

La matriz europea del derecho administrativo y el aporte de sus instituciones y técnicas en el control y enjuiciamiento de la discrecionalidad administrativa

XI° Encuentro Ítaloargentino de Profesores de Derecho Administrativo

por OSVALDO HÉCTOR BEZZI

Sumario: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. – II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO Y LA CUESTIÓN DE LA DIVERSIDAD DE FUENTES DEL DERECHO PÚBLICO. LA POLÉMICA CASSAGNE-MAIRAL. – III. PODER DISCRECIONAL Y DERECHO; LA INMUNIDAD DEL PODER DISCRECIONAL EN EL VIEJO PROCESO ADMINISTRATIVO BONAERENSE. – IV. LA IMPORTANCIA DE LOS REQUISITOS QUE CONCURREN EN LA FORMACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PREVIO. CONTROL JUDICIAL. – V. LA APARICIÓN DE LA TÉCNICA DE LA DESVIACIÓN DE PODER. SU NO CONSOLIDACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA BONAERENSE DESPLAZADA POR LA COEXISTENCIA DE OTROS VICIOS. REFLEXIONES Y RAZONES QUE FUNDAMENTAN SU REVITALIZACIÓN. – VI. EL APORTE DE UNA NUEVA CONCEPCIÓN SOBRE LA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y LA APLICACIÓN DEL GRAN PRINCIPIO DE LA RAZONABILIDAD EN EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA PROVINCIAL. – VII. CONCLUSIÓN. UNA NUEVA ÉPOCA DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA.

I. Consideraciones preliminares⁽¹⁾

Celebro la realización de estas jornadas que nos enlazan con la ciencia del derecho administrativo de Italia, agradezco la invitación por parte del profesor emérito Carlos A. Botassi, y expreso mi homenaje a la Dra. Inés D'Argenio, quien fuera protagonista de estas jornadas con la enjundia que caracterizaba sus ponencias, con quien con afecto y respeto hemos polemizado en actos académicos⁽²⁾; su ausencia me entristece.

El tema a tratar comprende aspectos de las relaciones entre el poder y la protección o defensa de los derechos de las personas frente a las extralimitaciones de ese poder, asunto básico en un Estado de Derecho; por ello, la discrecionalidad, que es fundamental en el ejercicio de

la función administrativa, es un tema central del derecho público, y ha sido considerada de acuerdo con la frase del jurista suizo Hans Huber “*el caballo de Troya del Estado de Derecho*”, destacada y recordada en la doctrina⁽³⁾.

Con carácter previo estimo necesario expresar algunas consideraciones que atañen a la diversidad de fuentes en el derecho público argentino, y el aporte en el desarrollo de las instituciones del derecho administrativo que le pertenece a la ciencia jurídica administrativa italiana, de la jurisprudencia de su Consejo de Estado (heredera como toda su ciencia jurídica, del derecho romano, del derecho común de la recepción, y representante del sistema jurídico latino). Italia representa en Europa continental uno de los principales países con derecho administrativo. El planteo aparece como inevitable pues las principales instituciones del derecho administrativo tienen matriz europea, y la Constitución Nacional Argentina se ha inspirado en una medida importante, particularmente en la parte orgánica, en la Constitución de los Estados Unidos⁽⁴⁾; dicha circunstancia ha dado origen a polémicas en torno a la legitimidad de las instituciones del derecho administrativo de matriz europea. Se procura integrar los distintos puntos de vista en las notas respectivas.

II. El derecho administrativo argentino y la cuestión de la diversidad de fuentes del derecho público. La polémica Cassagne-Mairal

El distinto diseño constitucional del poder que a la CN argentina corresponde, y las bases constitucionales que de dicha norma fundamental fijan el norte en el campo del derecho administrativo⁽⁵⁾, no han sido obstáculo para el

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *La confianza legítima*, por PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO, ED, 177-894; *Orientaciones para interpretar los criterios económicos de la Constitución Nacional*, por JOSÉ A. GIMÉNEZ REBORA, ED, 208-84; *La tutela del derecho a la vivienda de las personas en situaciones de extrema vulnerabilidad y el control de razonabilidad de las políticas públicas habitacionales de la CABA*, por ALFONSO SANTIAGO e ISABEL ZORRAQUÍN, ED, 248-644; *Reseña acerca de la discrecionalidad administrativa en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de los últimos treinta años*, por MARÍA SUSANA VILLARRUEL, EDA, 2011-624; *Profecías o sorpresas: derechos y garantías en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, por ESTELA B. SACRISTÁN, ED, 248-1092; *Control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa*, por AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ, EDA, 2011-597; *Algunas reflexiones y cuadros sobre las fuentes del derecho referidas a derechos económicos, sociales y culturales, en el desconcierto de juristas y ciudadanos*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2012-283; *La discrecionalidad administrativa en función del contexto interno y externo*, por MARTÍN BARTRA, EDA, 2012-449; *Apostillas sobre el caso “B.” (y un recuerdo de lo escrito por Bidart Campos sobre el control judicial)*, por PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO, EDA, 2014-333; *Algunas breves reflexiones en torno a la discrecionalidad administrativa y su control judicial*, por GUSTAVO E. SILVA TAMAYO, EDA, 2016-518; *El principio de razonabilidad (¿proporcionalidad?) en el derecho administrativo sancionador. Con especial referencia al empleo público*, por PEDRO J. J. COVIELLO, EDA, 2016-461; *Confianza legítima y discrecionalidad de la Administración*, por CARLOS E. GUARIGLIA, EDA, 2017-635; *Licitación y concursos públicos de etapa múltiple: el recurso a ellos, ¿potestad reglada o discrecional de la Administración?*, por EMMANUEL BARRIONUEVO, EDA, 2017-684; *Ejercicio de facultades discrecionales por parte de la administración pública y su control judicial*, por ESTEFANÍA VICTORIA RUIJ, EDA, 2018-536; *Proporcionalidad y discrecionalidad en el derecho administrativo, Primera y Segunda partes*, por CARLOS E. GUARIGLIA, ED, 288. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(1) Este trabajo recoge sustancialmente con algunos agregados, la exposición efectuada en el XI° Encuentro Ítaloargentino de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado los días 9 y 10 de noviembre de 2023 (La Plata / Ciudad de Buenos Aires) en homenaje a la profesora Inés D'Argenio y en conmemoración de la creación del fuero “Contencioso-Administrativo”.

(2) Agradezco mucho el reconocimiento que me efectuara en su libro “*La Administración Pública. Crisis del sistema autoritario*”, Librería Editora Platense, 2012, Prólogo de Mabel DANIELE, en página 181, nota 258.

(3) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “*La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*”, en RAP, Madrid N° 38, p. 167; ver el estudio de Pedro J. J. COVIELLO: “*El control judicial de la discrecionalidad administrativa*”, Ediciones RAP, 2003.

(4) Sobre el tema, ver el estudio de Jorge Reinaldo VANOSI, “*La influencia de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en la Constitución de la República Argentina*”, en Revista Jurídica de San Isidro, 10-11, diciembre de 1976, Buenos Aires, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de San Isidro, donde el constitucionalista analiza las fuentes de la parte orgánica y dogmática de la Constitución Argentina.

(5) Las relaciones del derecho administrativo con el ordenamiento constitucional han sido materia en torno a las bases constitucionales del derecho administrativo, de famosas y significativas polémicas; por ej., aparecida la tercera edición de la obra de Otto MAYER, en 1924, ya vigente la Constitución de Weimar de agosto de 1918, el jurista alemán escribió en el prefacio de su obra la famosa frase “*El derecho constitucional pasa, el derecho administrativo permanece*” [objeto de diversas interpretaciones en la doctrina –FORSTHOFF, OSENBÜHL–, que finalmente deriva con la frase correcta “*El derecho administrativo como derecho constitucional concretizado*” (Fritz WERNER), cito la obra de Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, “*Fundamentos de Derecho Administrativo I*”, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1991, ps. 189/190; en Francia, la polémica Vedel-Eisenmann; el primero postula definir el régimen administrativo, el derecho administrativo, partiendo del concepto de Administración y potestad desde la Constitución; el segundo funda su posición sosteniendo que los principios esenciales del régimen administrativo en Francia, no tienen su base en el texto constitucional (se trata por Jorge A. SILVA CENCIO, “*Estudios de Derecho Administrativo I*”, Montevideo, 1979, ps. 51 y ss). Relaciones que mantienen intensamente vigente el viejo enunciado de Pellegrino ROSSI, que el derecho administrativo tiene el encabecamiento de sus capítulos “*ses têtes de chapitres*” en el derecho constitucional (MARIENHOFF, M. S. “*Tratado de derecho administrativo*”, Abeledo Perrot, T° I, p. 162); en este orden de ideas, desde el derecho administrativo GARCÍA DE ENTERRÍA ha considerado “...que al teorizar temas de *Derecho Constitucional tampoco entiendo que estoy incurriendo en intrusismo sobre campos ajenos*”, Prólogo en la obra “*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*”, Ed. Civitas S.A., 1988, p. 20. Por su parte, Alberto B. BIANCHI, aludiendo a las distintas fuentes de las que el derecho constitucional y el derecho administrativo se han nutrido, pondera desde la unidad general del derecho público, observando de modo crítico “...la separación intelectual que en la Argentina ha tenido el *Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo*, pues no repara en que la unidad entre ambos es, en algunos casos, *indisoluble*”, en su estudio “*Constitución y Administración (una relación tensa y compleja)*”, ED, 208-990.

referido aporte de las instituciones que, v.gr., el derecho administrativo italiano ha desarrollado; y de una interpretación conforme a la Constitución. En tal sentido, se debe medir sus construcciones sobre los elementos del acto administrativo, el procedimiento administrativo, la jurisprudencia del Consejo de Estado italiano en lo concerniente al exceso de poder, y los vicios sintomáticos de un ejercicio irregular de la potestad discrecional. Ello es así, sin dejar de valorar sus desarrollos en la teoría de la organización administrativa y los oficios públicos, y en su época, la vertiente procesalista del interés legítimo. Una constelación de autores que han escrito páginas eruditas e innovadoras que contribuyeron al desarrollo científico de esta ciencia jurídica (Orlando y el método jurídico⁽⁶⁾, Santi Romano –quien con su construcción sobre el ordenamiento jurídico quebró la exclusividad en la producción del derecho por parte del Estado⁽⁷⁾–, Ranalletti, Zanobini, Giannini, Alessi, Sandulli, entre un universo de maestros)⁽⁸⁾.

Ciertamente, es dable tener presente las consideraciones efectuadas en la doctrina, por ejemplo en los estudios de Héctor A. Mairal⁽⁹⁾, siendo prudente en abreviar en otras fuentes, analizando –como sostiene dicho jurista– *el funcionamiento de las instituciones dentro del sistema al que*

pertenecen⁽¹⁰⁾. Por ello, ante la distinta estructura constitucional, cuadra escudriñar que instituciones o aspectos de su régimen jurídico, que por otra parte en nuestro suelo han adquirido su propia identidad, pueden menoscabar el sistema republicano y los principios del Estado de Derecho, que nuestra Constitución Nacional, de acuerdo con la arquitectura jurídica de su organización, ha consagrado. Ahora bien, entiendo, como ha sido valorado por Pedro J. J. Coviello⁽¹¹⁾, que el derecho administrativo argentino se ha enriquecido con la diversidad de fuentes⁽¹²⁾. Los aportes de los debates y polémicas en diversos temas que hunden raíces en la Constitución Nacional, que han protagonizado Juan Carlos Cassagne con Mairal, han promovido investigaciones, la valoración de obras clásicas, penetrando en las diversas interpretaciones de la doctrina de la separación de poderes y, con ello, el desarrollo de la ciencia del derecho administrativo argentino, asignando dinamicidad a sus contenidos⁽¹³⁾; como ha dicho García de Enterría las polémicas constituyen el necesario caldo de cultivo del desarrollo de la ciencia⁽¹⁴⁾. Por cierto que, con relación a los contenidos de las polémicas que protagonizan, no cabe expresar, sino con exageración, como se dijo con respecto de la polémica entre Duguit y Hauriou “No

(6) ORLANDO, V. E., “Principio de derecho administrativo”, traducción de Álvaro RODRÍGUEZ BEREJO, INAP, Madrid, 1978 y su monumental obra.

(7) Santi ROMANO, “L’Ordinamento Giuridico”, 1977, Ed. Nuova Biblioteca, Firenze (1ª edición 1918); una de las obras más consultadas “Fragmento de un diccionario jurídico”. Traducción de Santiago SENTÍS MELENDO y Marino AYERRA REDIN, EJE, Bs. As., 1964; el citado maestro efectuó importantes obras de derecho constitucional y administrativo; como se destacara por Sabino CASSESE, Santi Romano fue el principal discípulo de Orlando y su obra sobre el ordenamiento jurídico rompe con la tradición positivista, adquiriendo relevancia el elemento de la organización, en “Las bases del derecho administrativo”, INAP, Madrid, 1994, prólogo de Luis ORTEGA, p. 87.

(8) La clásica obra de ZANOBINI, “Corso di diritto amministrativo”, fue muy consultada en las bibliotecas de los Organismos de asesoramiento y control de la provincia de Buenos Aires; su clásica definición de acto administrativo, que siguió la estela que abriera Ranalletti, se universalizó o mejor dicho, se expandió en Occidente, al igual que su estudio en donde aborda el fundamento de la inderogabilidad del reglamento, publicado en Rivista di Diritto Pubblico, 1917. En el derecho administrativo procedimental ha sido valioso el aporte de Aldo Sandulli.

(9) MAIRAL, Héctor A., “Algunas reflexiones sobre la utilización del derecho extranjero en el derecho público argentino”, en AA. VV., “Estudios de derecho administrativo II”. Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, ps. 41 y ss.; “Un trasplante legal exótico: la adopción de la doctrina alemana de las relaciones de especial sujeción en Argentina”, E.D., Revista de Derecho Administrativo, mayo 2021, N° 5. “La influencia italiana en la definición argentina del acto administrativo. Los problemas que resultan de no haber seguido más fielmente el modelo”, RDA, mayo-junio 2017, Abeledo Perrot, Bs. As., N° 111, ps. 263 y ss. Ver el estudio de Pedro ABERASTURY, “La influencia del derecho continental en el derecho administrativo argentino”. El maestro Juan Francisco LINARES expresó su rechazo a la recepción de los sistemas de derecho administrativo europeos, en “Derecho Administrativo”, Ed. Astrea, Bs. As., 1986. Desde el campo del derecho constitucional, Manuel José GARCÍA-MANSILLA y Ricardo RAMÍREZ CALVO han efectuado observaciones críticas; en tal sentido, consideran peligrosa respecto de nuestro sistema constitucional la influencia de la doctrina del derecho administrativo argentino, en su obra “Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del derecho público argentino”, Prólogo de Fernando N. BARRANCOS Y VEDIA, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006; se trata de una obra que promueve el debate y así lo hemos propiciado en los cursos de posgrado de derecho administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP; en algunas cuestiones centrales disintimos, por ejemplo se sostiene “No existe base constitucional alguna para someter al Estado a un régimen jurídico diferenciado, sustrayéndolo de la aplicación del derecho común al que están sometidos todos los habitantes de la Nación”, ob. cit. p. 248; ahora bien, si se generaliza la aplicación del “derecho común” poco a poco, como ha dicho Benoit, la Administración desaparecería “...la identidad de soluciones entre el derecho público y el derecho privado no puede ser sino excepcional...”, Francis Paul BENOIT, “El derecho administrativo francés”, IEA, Madrid, 1977, ps. 82, 83; si se concuerda que la concepción del derecho administrativo sea una derivación lógica del derecho constitucional (p. 12); coincide en que es peligroso incorporar instituciones y efectuar interpretaciones incompatibles con el ordenamiento constitucional; asimismo, que Sarmiento y Alberdi admiraban a los Estados Unidos; y que ideologías autoritarias, nacionalistas, populistas y neomarxistas han gravitado, y aun hoy, en las políticas públicas y en el ambiente intelectual argentino (p. 248); ahora bien, el derecho administrativo no es peligroso, sino que está unido a la idea de Estado de Derecho, sus principales instituciones han efectuado un significativo aporte para la vigencia del Estado de Derecho. La evolución de su ciencia tiene como una de sus funciones más esenciales la lucha contra las extralimitaciones del poder. Una acotada referencia a dicha obra la hemos expuesto en el estudio “La categoría institucional del acto administrativo”, RDA N° 119, septiembre/octubre 2018, con la colaboración de Lucas M. RUEDA, ps. 924 y ss., especialmente nota 91; ver también nota 104.

(10) Pondera MAIRAL que el derecho administrativo europeo se desarrolló con prelación respecto del derecho constitucional, durante regímenes de soberanía legislativa sin control de constitucionalidad, de ahí advierte un derecho administrativo con mayor fuerza.

(11) COVIELLO, Pedro J. J., “El derecho de defensa del administrado”, RDA N° 79, ps. 25; en oportunidad de destacar la recepción del debido proceso adjetivo en la ley nacional de procedimientos administrativos “amalgamó la doctrina constitucional norteamericana con las instituciones iusadministrativas europeas...”. En otro estudio, pondera “Tal simbiosis permitió forjar un modelo jurídico particular, en el que nuestras instituciones jurídicas, de derecho público y de derecho privado, encontraron una armonía funcional a través del control de constitucionalidad que permitió el modelo constitucional norteamericano, del que careció hasta bien entrado el siglo XX el derecho europeo, con lo cual al mismo tiempo se favoreció la observancia y la vigencia de la superioridad de la Constitución como modo de articular, jerárquicamente las instituciones republicanas y su ordenamiento jurídico”, en “¿Qué es la jurisdicción primaria? Su aplicación a nuestro ordenamiento (a propósito de su invocación en el caso ‘Ángel Estrada’)”, publicado en el “Derecho Administrativo”, 2005-429; en el citado estudio también advierte sobre la importación de instituciones de matriz europea sin cribarlas previamente por el rasero de nuestro ordenamiento, y a su vez pondera que el derecho administrativo norteamericano desconoce instituciones fundamentales del derecho administrativo europeo. En este orden de conceptos, Ángel Manuel MORENO MOLINA ha dicho “El sistema norteamericano desconoce la teoría general y la noción unitaria de acto administrativo” “...cada Agencia es apoderada normalmente por su ley creadora para producir tal o cual acto, que tiene su propio nombre y su propio régimen jurídico, sistema de recursos, etcétera”, en su obra “La Administración por Agencia en los Estados Unidos de Norteamérica”, Universidad Carlos III de Madrid, 1995, Prólogo de Luciano PAREJO ALFONSO, p. 42.

(12) Diversidad de fuentes reconocida por la doctrina del derecho administrativo italiano; en tal sentido, en la obra de Aristide POLICE, “Il proceso amministrativo in Argentina”, Quaderni di Diritto processuale amministrativo, Giuffrè Editore, Milano, 2002, ps. 10/11. Por su parte, Sabino CASSESE sostuvo que el derecho administrativo argentino y la cultura argentina “...tan abierta a otras culturas, como la europea y la norteamericana. La riqueza de puntos de vista, teórico, histórico, jurídico”, en el Prólogo de la obra de Jorge Luis SALOMONI “Teoría General de los Servicios Públicos”, Ad-Hoc S.R.L., VILLELA, Ed., Bs. As., 1999, con colaboración de Juan Martín GONZÁLEZ MORAS, p. 15.

(13) La polémica entre estos dos notables juristas ha seguido viva, la que comenzara con la teoría del contrato administrativo y de los servicios públicos se ha focalizado en el sistema judicialista, el alcance del control judicial y sus raíces; MAIRAL, Héctor A., “Control judicial de la Administración pública”, Ed. LL, Thomson Reuters, 2021, Bs. As., ps. 107 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos, “La trascendencia del art. 109 de la Constitución Nacional en el sistema judicialista argentino y su fuente constitucional. Crítica a una tesis restrictiva sobre el alcance del control judicial”, publicado en LL, 15/6/2022, I; MAIRAL, Héctor A., “La verdadera importancia del artículo 109 de la Constitución Nacional. Respuesta a una crítica”, en la LL, 30/11/2022, I; CASSAGNE, Juan Carlos, “Singularidad y fuentes del sistema judicialista argentino. Alcances de la revisión judicial de la actividad de la Administración”, en RDA septiembre-octubre 2023/149, ps. 223 y ss.; cada ponente focaliza con argumentos fuertes su tesis en aspectos que se entienden centrales. Uno de los primeros estudios que penetró en la médula de la polémica fue el de Alberto B. BIANCHI, “Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo (una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos)”, publicado en ED, T° 184, ps. 900 y ss.; asimismo su estudio “Dos comentarios sobre la jurisdicción federal en la Argentina”, publicado en LL, del 07/02/2023, I, en el que se aborda la influencia de la Constitución de los Estados Unidos en el diseño de la jurisdicción federal en la Argentina y los antecedentes y la fuente del artículo 109 de la Constitución argentina.

(14) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Democracia, Jueces y Control de la Administración”, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1995 [“Las discrepancias y las correlativas polémicas constituyen el necesario caldo de cultivo de todas las ciencias y el instrumento imprescindible de su desarrollo y progreso. No otra cosa ocurre en la ciencia jurídica”].

están de acuerdo casi en nada, salvo en que los dos son *administrativistas*”⁽¹⁵⁾; aunque podrá Mairal entender que Cassagne magnifica la gravitación en el sistema general de las fuentes –las ajenas al texto del modelo–, por considerarlas no determinantes de la estructura fundamental del sistema general, y así sigue principalmente la línea europea del derecho administrativo; y sostener Cassagne que Mairal postula en función del modelo, norteamericanizar el derecho administrativo argentino soslayando que la Constitución Nacional –como ha expresado Holmes respecto del Derecho– encarna la historia del desarrollo de una nación⁽¹⁶⁾, surge que ambos maestros –como lo ha ponderado el propio Cassagne– luchan en común por racionalizar el poder, por la vigencia de los principios y valores del Estado de Derecho. Por cierto, como dijo Muñoz –y Mairal es consciente–, con la sanción de la ley 19.549/72 se consolidó la unidad del derecho administrativo argentino de *inequívoca extracción continental europea*⁽¹⁷⁾.

Ahora bien, el derecho administrativo argentino, desde su propio origen, como ha destacado Cassagne⁽¹⁸⁾ (“*Derecho Administrativo General y Argentino*”), por el Dr. Ramón Ferreyra, 1866 y su Prólogo), ha adaptado en lo pertinente instituciones del derecho administrativo europeo y defendido su compatibilidad con la Constitución Nacional⁽¹⁹⁾. En tal sentido, uno de los maestros que lo han sostenido, Rafael Bielsa⁽²⁰⁾, consideró: “*Se ha dicho, también, que nuestro sistema constitucional difiere del sistema francés, italiano, alemán e inglés, y que se asemeja al norteamericano o es similar. Esto, desde luego, es verdad, y lo sabe cualquiera; pero se incurre en un error al deducir de la diferencia de sistemas una limitación arbitraria del derecho administrativo*”; y Juan Carlos Cassagne ha profundizado el estudio de los antecedentes de las diversas fuentes que ha nutrido a la Constitución Nacional y su filiación filosófica, afirmando “*las principales instituciones de nuestro Derecho Administrativo han ido modelándose, en buena medida, mediante la utilización de principios y técnicas provenientes del derecho europeo que, adaptadas a la realidad vernácula, fueron consideradas compatibles con el sistema constitucional*”, en su estudio “*Las fuentes de la Constitución Nacional y el derecho administrativo*”⁽²¹⁾. Cabe decir, que Linares

Quintana, destacó el juicio del maestro italiano Vittorio Emanuele Orlando quien manifestó “*...no es cosa de poner absolutamente en duda que aquellos que dieron una Constitución a la Argentina fueron guiados por un sentido que tiene algo de milagroso*”⁽²²⁾. Ello no significa que se desplace la consideración de que el modelo constitucional estadounidense haya sido la fuente de mayor influencia en materia de la organización de los poderes⁽²³⁾, modelado con el realismo del Proyecto de Constitución de Alberdi y el aporte de diversas fuentes, vernáculas y extranjeras. Con respecto a la filosofía de la Constitución Argentina, es dable ponderar su valoración, como ha sido expresado por Bidart Campos, como hecho o producto histórico que “*institucionaliza la libertad, la república, la federación, etc.*”, su carácter de pacto de unión, de conciliación “*lo más auténtico del pensamiento de Mayo que recogido por la Constitución de 53, que dio la versión definitiva del mismo*”⁽²⁴⁾.

Ahora bien, estimo que también se debe considerar la formación del sistema jurídico romano y su expansión en el Occidente latino, el que constituye un legado histórico cultural que le ha asignado un papel protagónico a la

gravitación del derecho público patrio ha sido destacada en el estudio de PÉREZ GUILHOU, Dardo, “*Las fuentes de la Constitución Nacional*”, Suplemento de Derecho Constitucional, en LL del 01/02/2007, quien ha discriminado “*...una cosa es adoptar los principios del sistema que esbozan históricamente en 1787 los norteamericanos, y otra distinta es la respuesta organizativa dada por la Argentina en 1853*”; ver el Prólogo de Alberto PADILLA en la obra citada de SECO VILLALBA; asimismo, sobre la elaboración de los ensayos constitucionales, TAU ANZOÁTEGUI, Víctor - MARTIRE, Eduardo, “*Manual de Historia de las Instituciones Argentinas*”, Ed. Librería Histórica Emilio J. PERROT, Bs. As., 2005, 7º ed., p. 319, 320; asimismo, un sector de la doctrina ha considerado importante la influencia del pensamiento francés en la “*Constitución Originaria*” de 1853, el que gravitó a su vez en el Proyecto constitucional de ALBERDI (ver GHIRARDI, Olsen A., “*La Revolución Francesa y el Proyecto Constitucional de Alberdi*”, LL, Córdoba, 1989, ps. 915-935, y el trabajo de URBANO SALERNO, Marcelo, “*Trascendencia del pensamiento francés en la Constitución de 1853*”, en LL 2003-C, Sección Doctrina, ps. 1310-1314); ha dicho Carlos SÁNCHEZ VIAMONTE, luego de señalar que la Constitución Argentina de 1853 adoptó el sistema institucional creado para los EE. UU. para la república democrática, que su método, su técnica, en alusión a la incorporación de la declaración de derechos, es el modelo francés “*Alberdi adoptó este método, y los constituyentes de Santa Fe le dieron sanción definitiva*”, en “*Manual de Derecho Constitucional*”, Ed. KAPELUZ, Bs. As., p. 89; ver BARRA, Rodolfo C., “*Derecho Administrativo 2*”, Ediciones Astrea-RAP, 2018, p. 153. GARCÍA MANSILLA y RAMÍREZ CALVO destacan que la técnica, el concepto de la Declaración de Derechos de la Constitución Nacional tienen un significado típicamente estadounidense, ob. cit. ps. 187 y ss.; VANOSSI señala que también registra antecedentes del modelo norteamericano (Declaración de Virginia, 1776) ob. cit., p. 107; ver el estudio de Osvaldo A. PÉREZ SAMMARTINO, “*La Influencia de los Estados Unidos en el Constitucionalismo Argentino*”, en Res Pública Argentina I, 2006-1, P, 52; CORVALÁN, Juan Gustavo, “*Estado Constitucional y División de Poderes*”, Prólogo de Claudio M. VIALE, 2ª edición, Astrea, 2016, cap. III, ps. 101 y ss. Sobre la importancia en el derecho público de la emblemática “*Declaración de Derechos del Hombre*” de 1789, la obra de GARCÍA DE ENTERRÍA “*La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*”, Ed. Alianza Universidad, 1995, Madrid, ps. 75 y ss.; y sobre los fundamentos mediatos e inmediatos de la Declaración de Derechos de 1789, y la confrontación con el modelo anglosajón y el modelo americano, el estudio de Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, “*Los derechos del hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa*”, en Anuario de Filosofía del Derecho VI (1989), ps. 57-128. Cabe decir que en el derecho público provincial ha gravitado durante el derecho patrio la Real Ordenanza de Intendentes de 1782, la que originó diversas interpretaciones con respecto al alcance del conocimiento por la justicia, pues como se destacó en la obra de Jorge T. BOSCH, lo señalado por Manuel Antonio de Castro, en el sentido que los gobernadores de provincia “*herederos de los intendentes de las ordenanzas españolas, continuaban ejerciendo jurisdicción privativa en las causas contenciosas de hacienda*”. Ver su clásica obra “*Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública*”, Víctor P. de Zavalía Editor, Bs. As., 1951, p. 53; el estudio de Ruiz MÉNDEZ CALZADA, “*La jurisdicción fiscal y contencioso-fiscal en la primera época de la independencia*”, en Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, p.155, y la obra de ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, “*La organización judicial argentina en el período hispánico*”, 2da edición, Ed. Perrot, Bs. As., 1981, Capítulo IV, ps. 81/95 y ss.; DROMI, José Roberto, “*Derecho Administrativo*”, Ediciones Ciudad Argentina, 1997, ver ps. 156/157.

(22) Citado por LINARES QUINTANA, Segundo V., en su obra “*Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional. Argentino y Comparado*”, Parte General, Tº I, Ed. Alfa, Bs. As., 1953, p. 81 y nota 143. El eminente profesor italiano pronunció una serie de conferencias en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(23) VANOSSI, Jorge Reinaldo, “*La influencia de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en la Constitución de la República Argentina*”, ob. cit., p. 107.

(24) “*Derecho Constitucional*”, Tº I, Ediar, Buenos Aires, 1964, ps. 189/190; ver también CASSAGNE, Juan Carlos “*Singularidad y fuentes del sistema judicialista argentino*”, ob. cit., p. 232, y su estudio citado “*Las fuentes de la Constitución Nacional y el derecho administrativo*”, quien en lo sustancial concuerda con Bidart Campos.

(15) La cita es de GARRIDO FALLA “*Las transformaciones del régimen administrativo*”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, p. 55.

(16) La cita de Holmes (*The common law*, 1881, p. 1) de la obra de Edgar BODENHEIMER, “*Teoría del Derecho*”, Fondo de Cultura Económica, México, 1946, versión española de Vicente HERRERO, p. 284.

(17) MUÑOZ, Guillermo Andrés, “*El reclamo administrativo previo*”, LL, 1988-A, 1048.

(18) CASSAGNE, Juan Carlos, “*Las fuentes de la Constitución Nacional y el derecho administrativo*”, LL, jueves 6 de septiembre de 2007 y en “*Derecho Administrativo y Derecho Público General, Estudios y Semblanzas*”, 2020, Euros Editores S.R.L., Bs. As., Julio César Faira, Capítulo II, p. 54.

(19) Rodolfo FOLLIARI destacó respecto de la obra de Ramón Ferreyra el apartamiento del sistema español vigente, adoptando un criterio diverso al de Colmeiro, enrolándose en una posición judicialista, en virtud del sistema político instaurado por la Constitución Nacional, en su estudio “*Derecho Administrativo. El origen de su estudio. Manuel Colmeiro y Ramón Ferreyra*”, Régimen de la Administración Pública, Ciencias de la Administración S.R.L., Año 7, Bs. As., septiembre 1985, n° 84, ps. 26/27. Por su parte, José María DÍAZ COUSELO también ha destacado que Ramón Ferreyra, no obstante que en gran parte de su obra sigue el pensamiento de Colmeiro “*...tiene presente el texto constitucional argentino, que lo lleva, en algunos temas, a mantener posiciones distintas*”; ver su estudio “*La revisión de los actos administrativos en la Argentina (1853-1900)*”, publicado en Universidad de Buenos Aires, n° 16, 1990; en dicha investigación se destacan los debates que precedieron a la ley 48 de Organización de la Justicia Federal y la posición de notables juristas, ya sea tendiente a sostener la demandabilidad del Estado y la tesis que finalmente va a derivar en la venia legislativa.

(20) BIELSA, Rafael, “*Estudios de Derecho Público I, Derecho Administrativo*”, Ed. Depalma, 1950, Bs. As., ps. 358-359.

(21) “*Las fuentes de la Constitución Nacional y el derecho administrativo*” ob. cit.; VANOSSI, Jorge Reinaldo, “*La influencia de la constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en la Constitución de la República Argentina*”, ob. cit., ps. 73 y ss. Como se ha destacado en el informe de la Comisión de Negocios Constitucionales “*Por último, el Proyecto que la Comisión tiene la honra de someter a examen de V.H. no es obra exclusivamente de ella. Es la obra del pensamiento actual argentino, manifestado por sus publicistas y recogido en el trato diario que los miembros de la Comisión, mantienen con sus dignos colegas. La Comisión no ha hecho más que redactar la idea del Congreso Constituyente como habrá de probarlo, sin duda, la plena aprobación que de V.H. confiadamente espera*”; párrafo transcrito en la obra de José Armando SECO VILLALBA “*Fuentes de la Constitución Argentina*”, Prólogo del Prof. Dr. Alberto PADILLA, Bs. As., 1943 –Asambleas Constituyentes Argentinas, Tº VI, ps. 781-2da. parte (José Benjamín Gorostiaga, principal redactor del texto del Proyecto de la Constitución Nacional fue miembro informante de la Comisión ante el Congreso)–. La

doctrina científica y a las instituciones jurídicas. En este orden de ideas, si se procura un examen de la concepción del Derecho y de las características de los sistemas jurídicos, resulta inviable efectuar una disección del ordenamiento y de sus “*ramas jurídicas*” como si el Derecho como producto de la historia, como fenómeno cultural, no se comunicara o proyectara con sus características en la totalidad de ese ordenamiento jurídico⁽²⁵⁾. Por su parte, Tomás Hutchinson en su estudio “*Mitos y Realidades del Derecho Administrativo Argentino*”⁽²⁶⁾ refirió a nuestra cultura jurídica romanista, que nuestros códigos de fondo son de raíz europea y que no obstante la filiación o modelo estadounidense de nuestra Constitución Argentina “...*ha sido posible adoptar y adaptar una Constitución, que en su país de origen se aplica en un régimen jurídico basado en el common law, con la adopción y adaptación de un régimen sustantivo y adjetivo basado en modelos europeos continentales. Ello demuestra originalidad y la posibilidad de amalgamar ambos sistemas*”. Asimismo, pone de relieve el adelanto que significó en la provincia de Buenos Aires ya en 1873, el afianzamiento del sistema judicialista de justicia administrativa⁽²⁷⁾, con respecto al proceso administrativo en el orden nacional, cuya historia se comprende en el más amplio tema de la demandabilidad del Estado; en este orden de conceptos, gravitó en el orden nacional el principio tradicional del derecho anglosajón “*el soberano no puede cometer ningún mal*”, según el cual el Estado no puede ser demandado por los particulares sin su consentimiento, particularmente con la interpretación que efectuara la Corte Federal de los EE. UU. a partir de la XI Enmienda, que derivó en la creación del Tribunal de Reclamos (the Court of the claims), teoría extraña en el sistema romano de derecho (Oscar Rabasa)⁽²⁸⁾; dicho principio motivará que se consagre en el

(25) Horacio ROSATTI ha considerado las diferencias entre la concepción del derecho de los documentos que informan a la Constitución argentina (influencia del *common law*), y a la legislación privada civil, concepción del derecho del sistema continental europeo, romano-germánico; en su estudio “*Mitos y Realidades de las desavenencias originarias entre el Código Civil y el derecho público argentino*”, en SJAS-JA, 26/9/2007 y JA, JA-2007-III-1496; Cita On-line: 0003/013447; ahora bien, la concepción romana y sus características trascienden el ámbito de la legislación civil. Sobre la comparación de los grandes sistemas de derecho, las características de la familia romano-germánica, su expansión fuera del continente europeo y el desarrollo del derecho público, dentro de esa familia, con la doctrina de los derechos naturales del hombre, la obra de René DAVID-Camille JAUFFRET-SPINOSI, “*Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*”, UNAM, 2010, decimoprimera edición, edición, traducción y notas de Jorge Sánchez Cordero; ver las consideraciones efectuadas por Juan C. CASSAGNE en su estudio citado “*Las fuentes de la Constitución Nacional y el derecho administrativo*”, Punto I (Introducción), quien destaca un estudio de René DAVID sobre la originalidad del derecho público en los países de América Latina. Por su lado, José Roberto DROMI ha dicho que “*El derecho administrativo argentino se inscribe en la continuidad histórica del derecho romano-hispánico*”, y que “*la Real Ordenanza de Intendentes de 1782, como constitución política que era, contribuyó directamente a establecer los caracteres del Derecho Público provincial*”; “*De allí que en el derecho administrativo argentino concurriera la fuente universal (los antecedentes institucionales de España, Francia, Estados Unidos), pero también la propia nacional (pactos provinciales, constituciones provinciales, dictados anteriormente a 1853)*”, “*Derecho Administrativo*”, ob. cit., ps. 156/157.

(26) HUTCHINSON, Tomás, estudio publicado en LL, 1989-C, 1071 y ss.; uno de los grandes administrativistas argentinos del siglo XIX, Luis V. VARELA, admirador del sistema federal y republicano de los EE. UU., de notable conocimiento del derecho administrativo italiano y francés, en materia del exceso de poder, en una obra de su juventud sostuvo que el tribunal especial del artículo 129 de la Constitución del Estado de Bs. As. de 1854 no era necesario crear, entendiendo que la finalidad de esa propuesta del tribunal especial era el francés, y consecuentemente, propuso la reforma del artículo 129 en los siguientes términos: “*Las causas contenciosas de hacienda y las que nacen de contratos entre el gobierno y particulares, se seguirán ante los tribunales ordinarios, habiendo apelación, para ante la Exma. Cámara de Justicia*”, en “*Estudios sobre la Constitución de Buenos Aires*”, Imprenta de la Tribuna, Bs. As., 1868, ps. 121, 122; sobre el exceso de poder en Italia y Francia, Luis V. VARELA trató en su obra “*Derecho Administrativo*”, Tomo Primero. De lo Contencioso Administrativo. Doctrina General, 1901, Montevideo, Imprenta El Siglo Ilustrado, ps. 398 y ss., 429 y ss.

(27) Puede consultarse los debates legislativos en el estudio “*La justicia administrativa: origen y actualidad*”, BEZZI, Osvaldo Máximo, Ana María y Osvaldo Héctor, publicado en Revista de Derecho Administrativo, Año 4, enero-agosto 1992, N° 9/10, ps. 57 y ss.

(28) RABASA, Oscar, ob. cit., ps. 493 y ss. Con respecto a la invocación de la Corte de Reclamos por Luis V. VARELA, también mencionada por el inspirador de la codificación española de 1888, puede verse el estudio citado en la nota anterior, ps. 89 y ss.; Bielsa expresó que el criterio expuesto por Varela sobre el carácter de dicho tribunal norteamericano ha sido confuso al identificarlo como un tribunal contencioso-administrativo común; ahora bien, Varela sostuvo: “*He creído deber recordar a los Estados Unidos, porque sus instituciones nos han servido de modelo, pudiendo decir que hasta en esa misma materia,*

orden nacional el régimen legal de la venia legislativa en las demandas contra la Nación (ley 3.952)⁽²⁹⁾.”

Nos preguntamos: ¿qué idea sostiene la frase de Ramón Ferreyra expuesta en el Prólogo de su obra: “*De los Estados-Unidos nada se puede esperar en esta materia, porque todos conocen su modo de ser administrativo*”?⁽³⁰⁾; resulta evidente que no se alude a la administración por Agencias independientes, pues su proliferación comienza a finales del siglo XIX⁽³¹⁾; entendemos que se ha referido a las características de la concepción del *common law* estadounidense, en palabras de Juan Francisco Linares “...*ciertas valoraciones y criterios interpretativos singulares, de difícil aplicación al nuestro*”⁽³²⁾. Sobre este orden de cuestiones, Pedro A. Miguens ha dicho “*Esta postura que considera al Derecho europeo continental como formador de nuestro Derecho administrativo es sensiblemente mayoritaria y siguió los pasos del pensamiento criollo, que no vio en las reglas del Derecho anglosajón un sistema adaptable a nuestra idiosincrasia*”⁽³³⁾.

Aun más, si el texto de la Constitución Nacional hubiese reproducido literalmente la norteamericana, las grandes instituciones del derecho administrativo, por cierto con

sino hemos copiado sus leyes, estableciendo The Court of The Claims, hemos seguido las indicaciones de sus pensadores, dando a nuestra Suprema Corte provincial las atribuciones que aquel tribunal ejerce”, VARELA Luis V., “*Introducción al proyecto de Código de Procedimientos de lo Contencioso-administrativo*”, Ed. Oficial, La Plata, 1906, ps. 19 y ss.

(29) Guillermo Andrés MUÑOZ destaca la construcción de Gronda “*La jurisdicción para conocer y resolver las demandas contra la Nación, dice, es similar a la que ejerce la Corte de Reclamos de los Estados Unidos. Por tanto no emana del art. 100 de la Constitución Nacional, sino de las leyes 3.952 y 11.634. Mediante ellas, agrega, el Congreso delegó a la justicia federal su facultad de resolver los reclamos que se formulan contra la Nación, por tratarse de una función inherente a su potestad de arreglar la deuda interna del país. Se trataría de una institución legislativa cuyo mantenimiento, modificación o derogación se halla dentro de los poderes propios del Congreso*”, en “*El reclamo administrativo previo*”, ob. cit. Con respecto al orden nacional entre muchas valiosas obras, además de los citados estudios de Miguens y de Díaz Couselo, menciono el libro del profesor Fernando R. GARCÍA PULLÉS, “*Tratado de lo Contencioso Administrativo*” 1, Ed. Hammurabi, J. L. Depalma Editor, 2004, Bs. As., Prólogo de Juan Carlos CASSAGNE, ps. 253 y ss.

(30) “*Derecho administrativo. General y argentino*”, Bs. As., 1866, Prólogo VI.

(31) Ver el estudio de Manuel MORENO MOLINA, “*La Administración por Agencia en los Estados Unidos de Norteamérica*”, ob. cit., p. 52.

(32) LINARES, Juan Francisco, “*Derecho Administrativo*”, Ed. Astrea, Bs. As., 1986, p. 20; CUETO RUA, Julio “*El Common Law - estructura normativa - su enseñanza*”, Ed. LL, Buenos Aires, 1957; Carlos COSSIO expresó en el prefacio, que dicha obra tuvo como objetivo suplir el silencio o el vacío de la cultura jurídica dominante respecto del derecho del *common law*, de la doctrina de “*los juristas de habla inglesa sobre su derecho vernáculo*”; la obra de RABASA, Oscar “*El Derecho Angloamericano. Estudio expositivo y comparado del Common Law*”. Prólogo de Salvador URBINA, FdCE, México, 1944.

(33) MIGUENS, Pedro A., “*El proceso administrativo en el Derecho argentino. Evolución histórica*”, en la obra colectiva en homenaje a Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, “*Derecho procesal administrativo*”, Ed. Hammurabi S.R.L., director Juan Carlos CASSAGNE, p. 91. El jurista español José María BOQUERA OLIVER ha destacado que en Hispanoamérica el Derecho administrativo se encuentra en la línea del cultivado en el continente europeo, y la Ciencia de la Administración sigue la corriente anglosajona, en su obra “*Derecho Administrativo*”, volumen I, 1992, novena edición, Civitas S.A., p. 110. En la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP Rodolfo Bullrich, en el curso de derecho administrativo que inauguró el 15 de septiembre de 1920 aplicó un programa que recibió las principales instituciones del derecho administrativo, desplazando así a los contenidos de la materia “*legislación administrativa*”; dicho programa también lo aplicó poco después en la Facultad de Derecho de Buenos Aires cuando quedó a cargo de la cátedra por renuncia del profesor titular Vicente Gallo. Es dable destacar que en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata esa línea del derecho administrativo se consolidó con profesores de la talla de Rafael Bielsa, Benjamín Villegas Basavilbaso, Bartolomé Fiorini, Manuel María Díez y Miguel S. Marienhoff; Juan Francisco Linares, quien se manifestó restrictivo respecto de las instituciones del derecho público europeo, integró la Cátedra de Derecho Público Provincial. Por su lado, Jorge TRISTÁN BOSCH (profesor de Administrativo II) propició una línea distinta en su gran libro “*El procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América (La Federal Administrative procedure Act de 1946)*”, Montevideo, 1953, p. 214; en dicha obra el ilustre jurista se apartó de la línea dominante y expresó que los autores nacionales persisten en realizar estudios de derecho administrativo acudiendo casi exclusivamente a las fuentes europeas y que ello nos podía colocar “*en retraso frente al acercamiento del derecho administrativo anglosajón y el europeo continental*...”. Cabe destacar, que por el retiro de la Cátedra de Derecho Administrativo 1 de Miguel S. Marienhoff, en virtud de la aplicación de una vieja Ordenanza que establece el cese a los sesenta y cinco años de edad, queda a cargo de la Cátedra Agustín Gordillo, cuya importante obra innovadora se nutrió de ambas fuentes, ver su obra “*Introducción al Derecho [Derecho Público y Privado, Common-Law y Derecho Continental Europeo]*”, LL, 2007, Bs. As., Prefacio de Spyridon Flogaitis, p. 4.

sus transformaciones a la luz de la evolución del ordenamiento jurídico⁽³⁴⁾, resultarían compatibles (la teoría del acto, sus elementos y vicios, el procedimiento administrativo; las técnicas y formas de contralor y enjuiciamiento de la discrecionalidad administrativa, la teoría del contrato administrativo y los procedimientos de selección) porque se ajustan a las exigencias del Estado de Derecho. No es dable identificar el derecho administrativo bajo regímenes autoritarios ni focalizarlos con antecedentes históricos y la función que cumplió en la etapa revolucionaria de Francia. Los desarrollos de la doctrina científica del derecho administrativo han efectuado significativos aportes en la lucha por la juridización del poder, y aun bajo dictaduras⁽³⁵⁾. Si acontece que el desplazamiento de los funcionarios de carrera administrativa por la clientela política, el apartamiento del principio de la razonabilidad por organismos y entes que con la maraña de normas que dictan, procuran monopolizar el interés público con un criterio meramente fiscal, se desplace a los principios que nutren a las referidas instituciones, y dificulten el ejercicio de los derechos constitucionales y de la legislación de fondo; ello junto a malas políticas públicas, son las que en palabras de Héctor A. Mairal, degradan el derecho público argentino. Hay que decir que el derecho administrativo ha brindado a las necesidades prácticas soluciones jurídicas muy razonables y de avanzada, si se las compara con otros sistemas jurídicos que se han presentado, en palabras de Cassese, con una descripción hagiográfica; en su época Hauriou lo demostró respecto del modelo inglés⁽³⁶⁾. Por cierto, que la diversidad de fuentes en el derecho público argentino enciende debates, polémicas expresivas de las concepciones jurídicas e ideológicas de los ponentes. Como consideró un gran epígono de la Escuela de Burdeos, André de Laubadère *ha sido la preocupación extrema del liberalismo la que impide* (impidió, me permito añadir) *aceptar a los anglosajones la idea del derecho administrativo*⁽³⁷⁾.

III. Poder discrecional y Derecho; la inmunidad del poder discrecional en el viejo proceso administrativo bonaerense

La relación del poder con la libertad y los derechos de las personas constituye un tema central del derecho público administrativo⁽³⁸⁾. El desarrollo de la ciencia del derecho administrativo ha sido y es fecundo, con la legalización general de ese poder público y su ajuste o sujeción a un ordenamiento jurídico nacional y supraconstitucional que recepte los principios y valores inherentes al Estado de Derecho. No se pretende sostener que el Derecho comienza con la impugnación (la organización administrativa, las funciones, el procedimiento administrativo, las prestaciones de orden social, han sido materia de impor-

tantes aportes por la doctrina administrativa); ahora bien, es dable señalar que esa desconfianza hacia el poder ha promovido el desarrollo de esta ciencia, y es esa orientación que enjuicia al poder, fundamental para la vigencia de un Estado de Derecho. La construcción del exceso de poder francés⁽³⁹⁾ y la italiana, con sus singularidades, por cierto, están inspiradas en la doctrina de Montesquieu *“todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él”*; y representan una construcción emblemática en el mundo de la cultura jurídica del derecho público occidental, del derecho administrativo de matriz europea, especialmente francesa e italiana.

La discrecionalidad administrativa constituye un tema central del Derecho público, y por cierto que en el ejercicio de la función administrativa resulta fundamental, pues como expresó el jurista alemán Forsthoff, las situaciones en que la Administración se enfrenta, varían y debe estar preparada para ello⁽⁴⁰⁾, para la elección de comportamientos⁽⁴¹⁾. Ahora bien, ha adquirido en distintas épocas, formas de manifestación características, llegando incluso a ser considerada la relación entre la actividad discrecional con la ley y el derecho como “libre de ellos”; un poder libre de condicionamiento⁽⁴²⁾. En tal sentido, una doctrina inicial sobre la discrecionalidad sostenía que donde la ley no regulaba, cuando la actividad administrativa no estaba dominada por la norma jurídica, dicha actividad del Estado era análoga a la libre actividad del individuo en la realización de sus fines particulares (Gerhard Anschütz)⁽⁴³⁾, es la conocida relación como vinculación negativa de la Administración a la ley⁽⁴⁴⁾; el surgimiento de la teoría de

(39) Giannini ha considerado que el exceso de poder francés tiene un marcado sentido procesalista (referencia tomada del estudio de Sebastián Martín RETORTILLO BAQUER, *“El exceso de poder como vicio del acto administrativo”*, RAP, Madrid, N° 23, p. 91, nota 13).

(40) *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, ps. 122, 125, 129.

(41) En una fórmula estereotipada en la doctrina, MERKL identifica a la discrecionalidad o la teoría del arbitrio con la posibilidad de elección entre una pluralidad de posibilidades de solución ofrecidas por el derecho objetivo, posibles a igual título y el mismo valor jurídico, en *“Teoría General del Derecho Administrativo”*, Editora Nacional, México, 1980, ps. 198, 200; desde el punto de vista del Derecho, se trata de un concepto técnicamente más preciso que aquel que la conceptúa como el margen de apreciación del interés público concreto (ALESSI, Renato, *“Instituciones de Derecho Administrativo”*, Vol. I, Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1970, p. 195).

(42) SILVA TAMAYO, Gustavo E., *“Algunas breves reflexiones en torno a la discrecionalidad administrativa y su control”*, ED, Rev. de Derecho Administrativo, T° 2016.518; el estudio de Juan Gustavo CORBALÁN, *“Control judicial de la discrecionalidad administrativa”*, en LL, 2008-C, 1159: *“El concepto de discrecionalidad surgió bajo la idea de un poder absolutamente ‘libre’ y exento de todo control”*. En tal orden de conceptos ha dicho MUÑOZ MACHADO: *“En el pasado discrecionalidad equivalía jurídicamente a libertad plena para decidir y acto discrecional o acto de pura administración injusticiable por naturaleza. Pero esta concepción ha pasado a la historia”*, en *“Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General”*, Tomo I, 2004, p. 584, Ed. Thomson Civitas. La doctrina ha efectuado distintas clasificaciones o tipos sobre la discrecionalidad; ahora bien, en líneas generales los estudios se enfocan en el acto que produce efectos jurídicos directos. Se ha destacado por Carlos Alberto Andreucci el régimen inorgánico de los subsidios, que se aparta del principio de legalidad y del control del gasto público; una discrecionalidad incontrolable que afecta a la legalidad presupuestaria; *“Encuentro Argentino-Mexicano de Derecho Administrativo”*, profesores Jorge Vargas Morgado, Carlos A. Andreucci, Isaac Damsky –*“2° Ciclo de Conferencias sobre Fundamentos Actuales del Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Bartolomé A. Fiorini”*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, 14/11/2023-. Por cierto que no es concebible un arbitrio o libertad en su otorgamiento sin el cumplimiento de recaudos de forma y de fondo, además de ser fundado el acto, igualdad de trato y debida rendición de cuentas.

(43) Citado en la obra de Hans Kelsen, *“Teoría General del Estado”*, traducción por Luis LEGAZ LACAMBRA, Ed. Nacional México, p. 511.

(44) GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, 1° edición argentina, Thomson-Civitas, LL, con notas de Agustín GORDILLO, 2006, ps. 443 y ss. GARCÍA PULLÉS, Fernando, *“Lecciones de Derecho Administrativo”*, segunda edición actualizada y ampliada, 2020, Abeledo Perrot, p. 38. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *“Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General”*, Tomo I, p. 87/89. El principio de la *positive Bindung* (Winkler) como técnica que explica que la Administración no puede obrar sin que el ordenamiento expresamente lo autorice, representa una conquista como ha expresado GARCÍA DE ENTERRÍA, indiscutible por el Estado de Derecho. *“Al margen de la ley no existe discrecionalidad, como se ha pretendido, sino imposibilidad de obrar por ausencia de poder para ello; la discrecionalidad, supone, pues, una atribución positiva de un poder de tal carácter por el ordenamiento”* (*“Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos”*, en *“Legislación Delegada. Potestad Reglamentaria y Control Judicial”*, tercera edición, Civitas, 1998, ps. 354 y ss., 359); los poderes o la competencia implícita deben surgir razonablemente de una interpretación del propio texto normativo o del estatuto del ente. Por ello, *“ha de entenderse prohibido lo no permitido”* (BALLBÉ, citado en la obra de GARCÍA

(34) Ver el estudio de Juan Carlos CASSAGNE, *“Reflexiones sobre la regulación económica y el servicio público”*, en Revista ED, Diario Buenos Aires, miércoles 8 de febrero de 1995, en el que se destaca el papel que cumplen los principios generales del derecho y la supervivencia del servicio público como institución jurídica. Por su lado, Héctor A. MAIRAL, produjo un importante estudio *“La ideología del servicio público”*, RDA N° 14, p. 359 y ss, en la que analiza la clásica concepción francesa de la Escuela de Burdeos, en particular con la gran obra de Jéze, obra que gravitó en el derecho administrativo argentino. Ahora bien, ante el cambio de los roles o funciones del Estado se constata que muchos de los principios que nutren a dicha teoría se mantienen. Sobre el pensamiento jurídico de León Duguit, la obra de Javier GARCÍA FERNÁNDEZ, *“Estudios de historia del derecho público”*, Ed. Reus, Madrid, 2019, Cap. 3, ps. 57 y ss.; destaca las diferencias de Duguit en la Universidad de Buenos Aires (1911), que dieron lugar al libro *“Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón”*.

(35) Puede verse el estudio *“La categoría institucional del acto administrativo”*, RDA, 119, 2018, p. 926, especialmente nota 104.

(36) HAURIUO, Maurice, en Prefacio de la 5° edición en *“Obra Escogida”* traducción de Juan SANTAMARÍA PASTOR-Santiago MUÑOZ MACHADO, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, ps. 49 y ss.; por su parte, Francis Paul BENOIT ha analizado el régimen francés y el correspondiente al régimen anglo-americano, considerando que *“El sistema de la unidad de derecho y de la unidad de jurisdicción, concebido sobre la idea de defensa de los particulares por el derecho privado, desemboca en el resultado contrario de entregarlos a la arbitrariedad administrativa”*, en *“El derecho administrativo francés”*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977, traducción de Rafael GIL CREMADES, ps. 96/99.

(37) LAUBADÈRE, André de, *“Traité de Droit Administratif”*, huitième édition, LGDJ, París, 1980, ps. 28-29; y en su obra *“Manual de Derecho Administrativo”*, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1984, p. 78.

(38) Véase el estudio de Juan Carlos CASSAGNE, *“La discrecionalidad administrativa”*, en *“Derecho Administrativo. Doctrinas esenciales”*, director Agustín GORDILLO, 1936-2010, T° II, LL, Cap. IX, p. 251; y el estudio de Pedro J. J. COVIELLO, *“El control judicial de la discrecionalidad administrativa”*, ob. cit.

los conceptos jurídicos indeterminados desarrollada especialmente en el derecho alemán y austríaco, tras la formulación del concepto de discrecionalidad vinculado a conceptos imprecisos –Friedrich Tezner–, se explica por exigencias de protección jurídica⁽⁴⁵⁾ en una época en que la discrecionalidad constituía un círculo inexpugnable; es decir, no regía el principio de legalidad (se ha efectuado en la doctrina un paralelo con la llamada discrecionalidad técnica en Italia)⁽⁴⁶⁾. La actividad discrecional de acuerdo con su historia fue considerada como una reserva de administración incontrolable; el poder discrecional se había liberado de la legalidad, del ordenamiento jurídico; y ello, en general, ha sido común en distintos ordenamientos comparados; en tal sentido, es dable recordar que el fallo universalmente más famoso de la Corte Federal de los EE. UU. “*Marbury v. Madison*, 1803” tras el enjuiciamiento de inconstitucionalidad de una ley, declara que las cuestiones políticas por su naturaleza, el control de los poderes discrecionales del ejecutivo no puede ser planteado ante la citada Corte; es decir, la discrecionalidad ha representado una esfera intangible del Poder Ejecutivo⁽⁴⁷⁾. Ello es así, sin dejar de ponderar el extraordinario aporte que significó en la segunda mitad del siglo XIX, en el ámbito del *excès de pouvoir*, la figura de *détournement de pouvoir*, y posteriormente en Italia con base

DE ENTERRÍA). En este orden de consideraciones, la construcción del maestro Linares, que parte del principio ontológico de la libertad, en palabras de Agustín GORDILLO, se entendería por prohibido lo que no constituye el campo de especialidad del ente; ello podría significar una discrecionalidad de medios muy amplia (ver “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tº I, Parte General, 10 edición, Fundación de Derecho Administrativo, 2009, Cap. XII-8/11; SCHEIBLER, Guillermo, “*La aplicación del principio del artículo 19 de la Constitución Nacional al accionar de los órganos estatales o el germen del totalitarismo*”, en Eduardo Ángel RUSSO, “*Colección de análisis jurisprudencial-teoría general del derecho*”, LL); la naturaleza o clase de normas jurídicas y el derecho administrativo ha sido motivo de reflexión, de análisis, por ejemplo por Ambrosio L. GIOJA, “*El postulado jurídico de la prohibición y otros escritos*”, Ediciones OLEJNIK, 2019, ps. 26/29. El postulado de la permisividad expresa no es un principio “vetusto”, ni cabe endilgarle una cosmovisión “liberal”; en todo caso, es una conquista o un legado del liberalismo que no puede quedar anclado en el siglo XIX. Una síntesis del pensamiento de Juan Francisco LINARES, en su obra “*Derecho Administrativo*”, ob. cit., ps. 244 y ss. Por cierto que, si todos los funcionarios jurídicamente pensarán e interpretarán el ordenamiento jurídico como Juan Francisco Linares, entonces no correspondería efectuar reparo alguno a su teoría, pero podría acontecer que a la luz de esa teoría algunos funcionarios actúen como semidioses, y nos preguntamos ¿cómo interpretarían las prohibiciones implícitas o débiles, los actos comprendidos en la especialidad?

(45) La crítica que Friedrich Tezner opone a la tesis de Bernatzik apunta a demostrar, expresa Fernando SAINS MORENO, las consecuencias absurdas a que conduce considerar que cuando se aplican conceptos jurídicos indeterminados, su significado y concepto legal, serían susceptibles de interpretación discrecional, excluidas del control judicial; en su obra “*Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*”, Ed. Civitas S.A., ps. 232, 233 y notas 63 y 64; como dijo Forsthoff, como la justicia no conocía sobre cuestiones discrecionales “...sus sentencias muestran como la tendencia a interpretar las cuestiones discrecionales como cuestiones de aplicación de Derecho, por exigencias de protección jurídica”; ver el estudio de Domingo SESÍN “*Control Judicial del Ejercicio de la Discrecionalidad y de los Actos Políticos*”, p. 701, en “*Tratado de derecho procesal administrativo*”, Tº I, LL, director J. C. CASSAGANE, 2007; ha considerado Domingo Juan SESÍN “*Tezner, en cambio, fue quien incipientemente propició el control de los conceptos jurídicos indeterminados, planteando la necesidad de diferenciarlos con la discrecionalidad*”, en “*Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica*”, con Prólogo del Dr. Pedro J. FRÍAS, Depalma, 1994, p. 175. Un estudio exhaustivo de los tipos de conceptos en la publicación de Martín GÓNZALEZ M., “*El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos*”, Revista de Administración Pública Española Nº 54, Madrid, ps. 197 y ss.; y el erudito estudio de Carlos M. GRECCO, “*La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa*”, LL, 1980-D-1306.

(46) Ver SESÍN, Domingo, ob. cit., p. 701; ver el tratamiento en su obra “*Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica*”, ob. cit., Capítulo V, ps. 163 y ss.; ALESSI, Renato, “*Instituciones de Derecho Administrativo*”, Vol. I, Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1979, p. 195 y ss.; GIANNINI, Massimo Severo, “*Diritto Amministrativo*”, Vol. Secondo, seconda edizione, Ed. Dott. A. Giuffrè Editore, s.p.A. Milano, 1988, ps. 492 y ss.

(47) Ver la obra de Jonathan M. MILLER - María Angélica GELLI - Susana CAYUSO, “*Constitución y Poder Político. Jurisprudencia de la Corte Suprema y técnicas para su interpretación*”, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Bs. As., 1987, ps. 1 y ss.; Bernard SCHWARTZ, “*Los poderes del Gobierno*”, Vol. I Poderes Federales y Estatales, UNAM, Traducción de José Juan Olloqui Labastida, México, 1966, ps. 577, 578; Miguel Beltrán de FELIPE y Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, “*Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, ps. 93 y ss., 105; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “*Democracia, Jueces y Control de la Administración*”, Ed. Civitas S.A., 1995, Madrid, p. 161/163. Muy importante en materia de control de la discrecionalidad, cabe considerar a la regulación que ha establecido la ley federal de procedimientos administrativos de 1946.

en la reforma de 1889, por el Consejo de Estado italiano en sede jurisdiccional con la figura entre otras formas de irregularidades o de ilegitimidad del acto administrativo, el *sviamento di potere*⁽⁴⁸⁾. Se ha destacado (especialmente por el jurista español Sebastián Martín Retortillo Baquer) la labor ampliadora del contenido del exceso de poder en la jurisprudencia del Consejo de Estado italiano que enriqueció la estrecha fórmula legal “*decidir sobre los recursos por razón de incompetencia, por exceso de poder y por violación de la ley contra actos y resoluciones de una autoridad administrativa...*”, interpretación evolutiva que penetró en la fiscalización del poder discrecional, examinando los posibles vicios de los actos administrativos discrecionales⁽⁴⁹⁾. Ahora bien, como ha expresado Tomás Ramón Fernández, la batalla de la discrecionalidad administrativa, su control, es una batalla permanente, inconclusa⁽⁵⁰⁾; en esa batalla a la que refiere el maestro español, el derecho administrativo de un Estado de Derecho aporta afinadas técnicas porque, como se ha dicho en el derecho inglés: “*Una persona investida de discrecionalidad debe ejercerla dentro de un campo de razonabilidad. La discreción no empodera a un hombre a hacer lo que guste por el solo hecho de que así lo desee, debe ejercer su discrecionalidad no para hacer lo que guste sino lo que debe. En otras palabras, debe, mediante el uso de su razón (razonabilidad) cerciorarse y seguir el curso que la razón indica. Él debe actuar razonablemente*” (Lord Wrenbury, caso “*Roberts v. Hopwood*”, año 1925)⁽⁵¹⁾.

En el derecho administrativo provincial decimonónico las leyes orgánicas municipales de 1876 y 1890 establecían que las resoluciones de la Administración de carácter “puramente administrativa” eran insusceptibles de apelación ni recurso alguno ante cualquier otra autoridad o jurisdicción. Asimismo, la exclusión de la materia discrecional que había consagrado la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española de 1888 (conocida como “*ley de Santamaría de Paredes*”) gravitó en la legislación procesal administrativa bonaerense del año 1905, conocida como “*Código Varela*”, acotando el “*contencioso*” a las resoluciones que versen sobre un asunto en que la autoridad haya procedido en ejercicio de facultades reglamentadas (art. 28) y consecuentemente, rechazando

(48) ROEHRSEN, Guglielmo, “*La Justicia Administrativa en Italia*”, Traducción y notas del Dr. Jesús Luis ABAD HERNANDO, Depalma, 1986, especialmente ps. 58 y ss.; ALESSI, Renato, “*Instituciones de Derecho Administrativo*”, ob. cit., ps. 330 y ss.

Ver el estudio citado de Sebastián Martín RETORTILLO BAQUER, “*El exceso de poder como vicio del acto administrativo*”, ps. 83 y ss.

(49) Sebastián Martín RETORTILLO BAQUER, ob. cit., “*El exceso de poder como vicio del acto administrativo*”, ps. 93 y ss. Sobre la noción y morfología del “*Ecceso di potere*”, GIANNINI, Massimo Severo, “*Diritto Amministrativo*”, V. Secondo, seconda edizione, Milano-Dott. A. Giuffrè Editore, 1988, ps. 753 y ss.; Guido LANDI - Giuseppe POTENZA, “*Manuale di Diritto Amministrativo*”, Giuffrè Editore, 1978, ps. 264 y ss., quienes describen la evolución jurisprudencial de la figura.

(50) En su libro “*Arbitrariedad y Discrecionalidad*”, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1991, p.22. Ya maduro por la evolución de las ideas democráticas el Estado constitucional, se procuró reforzar el poder discrecional; en tal sentido, con posterioridad a la vigencia de la Constitución española de 1978, se suscitó una agria polémica sobre los alcances del control del poder discrecional, entre juristas de una misma escuela (Tomás Ramón FERNÁNDEZ, Luciano PAREJO y Miguel SÁNCHEZ MORÓN); como ha dicho GARCÍA DE ENTERRÍA, el origen democrático de los administradores no puede asignar un plus de legitimidad a estos que reduciría correlativamente la función de control del juez sobre su actuación; “*Democracia, Jueces y Control de la Administración*”, ob. cit., ps. 54, 58; en este orden de ideas, Augusto DURAND MARTÍNEZ destaca el juicio de Enterría “*La doctrina a la que nos oponemos parece haber partido de la concepción jacobina de la representación política...*” en su estudio “*Control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa*”, ED, Rev. de Derecho Administrativo, Tº 2011, p. 597. Con otros argumentos, la doctrina de la deferencia, en los EE. UU., en el famoso caso “*Chevrón v. Natural Resources Defense Council*” de 1984, ver GARCÍA DE ENTERRÍA, “*Democracia, Jueces y Control*”, ob. cit., ps. 23 y ss., 178 y ss.; en Alemania, “*un margen de apreciación*” y de un ámbito libre o espacio de libre configuración de la discrecionalidad que podría establecer un límite, un alcance restrictivo de control por el juez; ver las consideraciones que efectúa CHINCHILLA MARÍN a la tesis de Martín Bullinger en su libro “*La desviación de poder*”, Civitas, 1999, p. 222 y ss.

(51) H. WL RL WADE & C. F. FORSYTH, “*Administrative Law*”, Oxford University Press, 2014, p. 294. Bernard SCHWARTZ destacó que la revisión de la discrecionalidad es una materia esencial en un sistema que tiende o pretende ser gobernado por el Rule of Law; y citando conceptos del juez Douglas en la causa “*Estados Unidos c. Wunderlich*”, recordó que la ley ha alcanzado su momento más sublime, cuando haya liberado a los hombres de la discreción ilimitada de algún gobernante oficial, o burócrata, entendiéndose que la discreción es un amo despiadado, y que es más destructivo de la libertad que toda otra invención humana, en “*Administrative Law*”, third edition, Little, Brown and Company, United States of America, 1991, ver ps. 493 y ss., 653 y ss.

in limine aquellas demandas que versen sobre cuestiones en que la autoridad administrativa haya procedido en el ejercicio de facultades discrecionales (art. 29). Cabe añadir que Luis Vicente Varela entendió que no era necesario incorporar el recurso por exceso de poder por haber considerado que cuando la Administración actuaba fuera de su competencia o con desvío de poder, el afectado tenía derecho a reclamar judicialmente⁽⁵²⁾; no obstante ello, la influencia en el texto del código procesal administrativo de 1905 de la ley española de 1888 se constituyó en el mayor obstáculo a su razonamiento, en merma del profundo control de los vicios de legalidad que significó en el ámbito del recurso por exceso de poder, el control del fin o de la finalidad pública como motivo de apertura del recurso. Ello no significa opacar su notable y vasta obra que aportó –y no solo en el ámbito del derecho público– con ideas progresistas, que incluso lo certifican regulaciones de ese código de 1905 y que mereciera en un estudio de Tomás Hutchinson un justo reconocimiento⁽⁵³⁾.

IV. La importancia de los requisitos que concurren en la formación del acto administrativo y del procedimiento administrativo previo. Control judicial⁽⁵⁴⁾

La discrecionalidad ha sido objeto de estudios en la ciencia jurídica administrativa por la doctrina de distintos países; en particular, analizando la estructura de la norma que atribuye o habilita el ejercicio de la potestad discrecional⁽⁵⁵⁾, y también se ha focalizado en algunos de los elementos del acto administrativo. Como se ha ponderado, no hay discrecionalidad en bloque⁽⁵⁶⁾, y en tal sentido se ha dicho que respecto de la competencia y la forma, no puede hablarse de facultades discrecionales, la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos del acto administrativo⁽⁵⁷⁾. La doctrina considera los momentos de la discrecionalidad, es decir, cuando se emana el acto (discrecionalidad de actuación) y en el qué, es decir en el

contenido, o en el objeto del acto (Balbín)⁽⁵⁸⁾, aludiendo a la llamada discrecionalidad de elección de medios. Como describe Mariano Bacigalupo, si se hace algo, qué se hace en concreto y cómo se hace (el quid y quomodo)⁽⁵⁹⁾.

En particular respecto de aquellos ordenamientos ajenos al exceso de poder, tratándose de un proceso administrativo reglado y angosto, la configuración de los requisitos de validez de los actos administrativos, significó un avance, pues dichos requisitos pasaban a integrar la categoría de elemento reglado. Pero, además, la doctrina advertía particularmente a partir de Maurice Hauriou, que en toda actuación administrativa existen preponderantemente aspectos reglados y discrecionales; que la atribución reglada y la discrecional no derivan de un texto legal aislado, sino de la totalidad del orden jurídico (Linares)⁽⁶⁰⁾.

Por cierto que el control sobre los elementos reglados luce como un avance a medias, pues resulta fundamental el conocimiento de la faz discrecional del acto⁽⁶¹⁾, e incluso penetrar en el mérito si el mismo resulta irrazonable.

Los requisitos y elementos del acto administrativo constituyen un aspecto vertebral de la teoría jurídica de dicha figura, así como su relación con los vicios y los tipos de invalidez. El método de descomponer el acto administrativo en nuevas unidades⁽⁶²⁾ (los elementos) cabe ser considerado una línea de exposición con tradición en la doctrina que desde un punto de vista científico estimo que no sería útil arrear, pues constituye un valioso legado de la ciencia jurídica administrativa. El tratamiento efectuado por la doctrina, pone de manifiesto lo fructífero de la construcción científica de la teoría de los elementos del acto, y su aporte en la verificación del uso correcto del poder discrecional. La teoría de las nulidades se revitaliza con la aplicación de los principios generales del derecho⁽⁶³⁾, teoría que requiere del método conceptual

(52) "Derecho Administrativo. De lo contencioso administrativo. Doctrina general", Tomo Primero, 1901, Montevideo, p. 429; dijo Luis V. VARELA: "Por nuestra parte entendemos que tanto la incompetencia como el exceso de poder, tomando esta expresión en el sentido de violación de leyes de forma, aun cuando recaiga en materia de intereses o que en el fondo sea discrecional, son cuestiones de verdaderos derechos y en tal concepto deben ser objeto del recurso judicial...", p. 429.

(53) "Mitos y realidades en el derecho administrativo argentino", ob. cit.

(54) En la doctrina, p. ej., Inés D'Argenio, Claudia Milanta y Daniel Fernando Soria observan de modo crítico hablar de control judicial en nuestro sistema en razón de no tratarse de un tribunal administrativo y que los jueces conocen sobre causas (juzgamiento de casos); la posición es entendible (artículo 116, CN); ahora bien, lo importante es la intensidad con que las técnicas permiten detectar el vicio; en tal sentido, se habla de técnicas de control de la discrecionalidad. Puede verse el libro de Inés D'Argenio, "La justicia administrativa en Argentina", Prologo de Agustín GORDILLO, FdDA, 2006, p. 46; Juan Carlos CASSAGNE entiende que existe un uso convencional: "Es probable que el uso del término control en España obedezca a la influencia francesa", en su estudio "Singularidad y fuentes del sistema judicialista argentino", ob. cit., nota 1.

(55) Juan Francisco LINARES, en su obra "Poder discrecional administrativo (arbitrio administrativo)", Buenos Aires, 1958, trata la materia discrecional analizando la estructura de las normas, p. ej., ordenanzas municipales, focalizando el arbitrio extraordinario con el empleo de fórmulas elásticas ubicadas en el antecedente de la estructura normativa; BACIGALUPO, Mariano, "La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)", Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, Prologo de Martín BULLINGER; este autor ha destacado que desde finales de la década del '50 la doctrina y jurisprudencia alemana predominante, ubicaron la discrecionalidad en el ámbito de las consecuencias jurídicas de la estructura normativa y la errática del ámbito del supuesto de hecho de dichas normas (teoría reduccionista); una de las manifestaciones de la vieja doctrina unitaria de la discrecionalidad identificó la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados con el fenómeno de la discrecionalidad. En la doctrina argentina, Julio Rodolfo COMADIRA ha sostenido que los conceptos jurídicos indeterminados y la habilitación de discrecionalidad pueden aparecer tanto en el antecedente de la norma como en su consecuente, o bien en ambos, sin perjuicio de la discrecionalidad que pueda generar la propia cópula que une a tales elementos; en su estudio "Control Judicial de la Actividad Discrecional de la Administración Pública", publicado en la obra colectiva "El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires", Librería Editora Platense, La Plata, 2000, ps. 179 y ss.

(56) Como se expresara en la Exposición de Motivos de la derogada ley de la jurisdicción contencioso administrativa española del año 1956 "...la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque [...] La discrecionalidad, por el contrario, ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto, con lo que es evidente la admisibilidad de la impugnación jurisdiccional en cuanto a los demás elementos".

(57) Exposición de Motivos de la citada ley en nota anterior; GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, "Curso de Derecho Administrativo", Vol. I, ob. cit., p. 453.

(58) BALBÍN, Carlos F., "Tratado de Derecho Administrativo", Tº I, primera edición, Ed. LL, Buenos Aires, 2011, ps 780 y ss, en donde afirma "En verdad, el operador debe elegir entre varios caminos y luego justificarlo (motivarlo) pero el contenido de su decisión en cuyo marco ejerce su arbitrio, no es el elemento motivación sino el objeto del acto". José María BOQUERA OLIVER sostuvo que, entre los distintos elementos del acto administrativo, el contenido es aquel en el que con mayor frecuencia se plantea el interrogante respecto del alcance de lo discrecional o reglado de cada acto; en "Estudios sobre el acto administrativo", sexta edición, Civitas S.A., Madrid, 1990, p. 96.

(59) BACIGALUPO, Mariano, "La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)", ob. cit., p. 117; ver GARCÍA TREVIJANO FOS, J. A., "Tratado de derecho administrativo", Ed. Rev. de Derecho Privado, Tº I, segunda edición, Madrid, 1968, ps. 417/419.

(60) LINARES, Juan Francisco, "Derecho Administrativo", ob. cit., p. 182 y nota 56 y 57. GARRIDO FALLA, Fernando, "Tratado de Derecho Administrativo", Vol. I, Parte General, décima edición, Tecnos, 1987, p. 392, con cita del artículo de ARIAS DE VELASCO, "Lo discrecional y lo reglado en el acto administrativo", en Rev. Der. Púb., febrero de 1932, p. 37; fallo de la CSJN caratulada "Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos", de fecha 23 de junio, publicado en Fallos 315:1361, en cuyo Considerando 10 se sostiene: "Que, en esas condiciones y frente al reconocimiento de que no existen actos reglados ni discrecionales cualitativamente diferenciales, sino únicamente actos en los que la discrecionalidad se encuentra cuantitativamente más acentuada que la regulación y a la inversa..."; en un sentido similar, se había pronunciado la jurisprudencia española, destacada en la obra de Antonio MOZO SEOANE, "La Discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983", con Prologo de Alfredo GALLEGU ANABITARTE, ps. 185 y ss., 187; ver GUZMÁN, Alfredo S. "De nuevo sobre la discrecionalidad administrativa y su revisión judicial", publicado en ED - Revista de Derecho Administrativo, Tº 2007, 490.

(61) En la doctrina, Carlos BOTASSI ha destacado el caso "Trezza", Causa B. 51.249; en esta causa la SCBA sostuvo la amplitud de la revisión judicial sobre la base de la juridicidad insita en la actuación de todos los órganos estatales a partir del art. 31 de la CN, "...el análisis de la existencia de los elementos que conforman el acto administrativo, la configuración en el caso de todos ellos conforme a derecho y la consiguiente constatación de los vicios que pudieran justificar su anulación, incluida por cierto la irrazonabilidad en el ejercicio de las facultades discrecionales", ver su libro "Ensayos de derecho administrativo", Librería Editora Platense, La Plata, 2006, ps. 388/390; ver Causa B-65564, del 10/07/2019, que aplica la doctrina del principio de la razonabilidad en el control de la discrecionalidad (especialmente voto del Dr. Negri). En la obra citada de Domingo J. SESÍN, se alude a momentos reglados y discrecionales, ps. 78/86; sobre los momentos de la discrecionalidad, ver el tratamiento efectuado por Antonio MOZO SEOANE, "La discrecionalidad de la Administración Pública...", ob. cit., ps. 230 y ss.

(62) Tomo la expresión de la obra del jurista español FERNANDO PABLO, Marcos M., "La motivación del acto administrativo", Ed. Tecnos S.A., 1993, Madrid; si bien el citado jurista efectuó una observación crítica sobre la construcción del acto administrativo que sigue la estructura del negocio jurídico, y en particular, en su aplicación para conceptualizar a la motivación.

(63) CASSAGNE, Juan Carlos, "Sobre el Sistema de invalidez y los vicios del acto administrativo" (a propósito de la doctrina que pretende

corregido por el de ponderación de intereses⁽⁶⁴⁾. La construcción en paralelo (Lucifredi) con el acto jurídico civil no significa precisamente desconocer la realidad jurídica administrativa, sus peculiaridades. Como dijo Renato Alessi, no se puede estar de acuerdo con la construcción de “...la teoría del acto administrativo sobre la pauta del negocio jurídico, o mejor adoptando sobre una especie de Lecho de Procusto (la teoría del negocio) la situación que se presenta en el campo de la actividad administrativa, lo que conduce a resultados nada claros y aceptables”⁽⁶⁵⁾.

En el derecho administrativo italiano, Giannini aludía a una heterogeneidad cuantitativa y cualitativa de los elementos⁽⁶⁶⁾. A su vez, cada ordenamiento revela sus singularidades respecto del alcance o concepto de determinados elementos. En tal orden de ideas, en la Argentina se ha receptado una concepción sobre la causa que tiene una raíz francesa, cuyo principal representante puede ser considerado Georges Vedel (tesis doctoral de 1934 “*Essai sur la notion de cause en droit Administratif français*”)⁽⁶⁷⁾, quien continuó una construcción de Hauriou como ha sido destacado en estudios efectuados por Coviello⁽⁶⁸⁾ y Guido S. Tawil⁽⁶⁹⁾, sobre la base de una jurisprudencia en materia de empleo público que incorporó en el ámbito del recurso por exceso de poder el examen o verificación de los presupuestos fácticos. Vedel opone a la idea de causa la de fin, y la conceptualiza como los antecedentes de hecho o de derecho que en cada caso llevan a dictar el acto administrativo; sostenida por Miguel S. Marienhoff en su tratado de derecho administrativo⁽⁷⁰⁾ y por Juan Carlos Cassagne en su obra sobre el acto administrativo⁽⁷¹⁾; dicha concepción sobre la causa fue receptada en la ley nacional de procedimientos administrativos n° 19.549/72; dicho decreto ley enuncia en sus arts. 7 y 8 con un criterio pedagógico la mentada heterogeneidad a la que refería Massimo Severo Giannini. Solo destaco que esa concepción sobre la causa, abandonada en Francia, y opuesta a la de fin, se reafirma con la regulación de la finalidad en el art. 7, inc. f), del citado decreto ley: “*Habrà de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor, sin poder percibir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad*”. Ahora bien, en la doctrina europea prevalece la idea de causa entendida como la adecuación de los actos a los fines que se persiguen (Muñoz Machado)⁽⁷²⁾ o en su época, la apreciación del interés

público (Bodda)⁽⁷³⁾; cierto es que la fiscalización del fin⁽⁷⁴⁾ y la motivación entendida como justificación o fundamentación del acto administrativo, constituyen conquistas notables que permiten efectuar una técnica penetrante en el control del exceso, abuso y desviación de poder.

Como ha sostenido Inés D’Argenio⁽⁷⁵⁾ –en un estudio que enlaza el “elemento mérito” con la legalidad– el control judicial sobre la existencia de los requisitos que concurren en la formación del acto administrativo ha elaborado un sistema de garantías para los derechos de las personas.

Asimismo, cabe poner de relieve la importancia institucional del procedimiento administrativo en nuestro sistema de derecho público. En tal sentido, nuestras leyes de procedimiento administrativo constituyen el cauce legal de la función administrativa, principalmente en la producción de actos administrativos; por más completo que resulte ser un código procesal administrativo resulta fundamental la regulación de un procedimiento previo⁽⁷⁶⁾. La justicia también verifica el cumplimiento del debido proceso, la garantía de defensa en la etapa administrativa. Se trata de una institución que ha sido materia de aportes significativos por la doctrina italiana (v.gr., Sandulli, Benvenuti, Giannini). Solo advierto que la ley de procedimiento administrativo italiana de 1990 (Ley N° 241) se aparta de la tradición de raíz austríaca (Merkel) y recepta institutos originales (v.gr., Conferencia de Servicios, art. 14; acuerdos con los interesados con el objeto de determinar el contenido discrecional de la resolución final, art. 11)⁽⁷⁷⁾.

V. La aparición de la técnica de la desviación de poder. Su no consolidación en la jurisprudencia bonaerense desplazada por la coexistencia de otros vicios. Reflexiones y razones que fundamentan su revitalización

La técnica de la desviación de poder tiene su ámbito natural en la función administrativa⁽⁷⁸⁾ y se focaliza pre-

borrar la distinción entre nulidad y anulabilidad], en ED, 174-960, y su estudio “El neoconstitucionalismo y su proyección al acto administrativo”, publicado en RDA, 2013-87-757.

(64) GARRIDO FALLA, Fernando, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Vol. I (Parte General), décima edición, Tecnos, 1987, p. 414 y nota 13.

(65) ALESSI, Renato, “*Instituciones de derecho administrativo*”, Vol. I, Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1970, p. 251.

(66) GIANNINI, Massimo Severo, “*Diritto Amministrativo*”, Vol. Secondo, ob. cit., ps. 674 y ss. ENTRENA CUESTA, Rafael, “*Curso de Derecho Administrativo*”, Tecnos, 8° edición, Vol. I, 1984, p. 210. SANDULLI, Aldo M., “*Manual de Diritto Amministrativo*”, Napoli, 1989, XV edizione, actualizado por María Alessandra SANDULLI, ps. 664 y ss.; Guido LANDI - Giuseppe POTENZA, “*Manuale di diritto amministrativo*”, ob. cit., ps. 198 y ss.

(67) VEDEL, Georges, “*Derecho Administrativo*”, edición española, Madrid, 1980, Biblioteca Jurídica Aguilar, p. 154.

(68) COVIELLO, Pedro J. J., “*La Causa y el Objeto del Acto Administrativo*”, en la obra “*Acto Administrativo y Reglamento*”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP S.A., 2002, ps. 33 y ss.

(69) TAWIL, Santiago Guido, “*Administración y Justicia*”, Vol. I, Prólogo del Dr. Julio R. COMADIRA, ps. 226/230.

(70) MARIENHOFF, M. S., “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Abeledo Perrot, 1975, p. 293/298.

(71) CASSAGNE, Juan C., colaborador: Juan Carlos SANGUINETI, “*El acto administrativo. Teoría y régimen Jurídico*”, cuarta edición actualizada, Thomson Reuters, LL, 2021, p. 221/225. Asimismo, el estudio de SAMMARTINO, Patricio M. E., “*La causa y el objeto del acto administrativo en el Estado constitucional*”, en Jornadas sobre cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo. 21, 22 y 23 de mayo de 2008, Universidad Austral RAP, Bs. As., 2009, p. 702; Carolina María LUCHI, “*Vicios que afectan a la causa del acto administrativo*” en “*Acto Administrativo*”, Guido Santiago TAWIL director, Abeledo Perrot, Cap. 37, ps. 635 y ss. Puede verse nuestro estudio “*La teoría de la causa y su aplicación al acto administrativo. Distintas concepciones sobre el origen de la noción dominante en la Argentina*”, en RDA, n° 127.

(72) MUÑOZ MACHADO, “*Tratado de derecho administrativo y derecho público general*”, IV, 2011, Madrid, Ed. Iustel, ps. 61/62. Por su lado, GARRIDO FALLA siguió el concepto de causa propiciado en Francia por Vedel y polemizó con García de Enterría respecto de la concepción sobre la causa, en “*Tratado de derecho administrativo*”, ob. cit., ps. 426 y ss.

(73) La jurisprudencia y doctrina italiana en lo concerniente al instituto del *exces de potere* ha hecho aplicación de una capacidad de inventiva, digna de un derecho de juristas y comprendió un conjunto de figuras sintomáticas de un mal uso del poder discrecional, en general, muchas de las irregularidades en conexión con la causa, según la postura finalista prevaleciente en la doctrina (desviación de poder, desnaturalización de los hechos, manifiesta injusticia, manifiesta falta de lógica; contradicción con actos administrativos precedentes) me remito al estudio citado de Sebastián Retortillo Baquer; sin perjuicio de ello, la concepción de Bodda es citada en las obras de Marienhoff y Cassagne. Alessi asume una posición crítica de las diversas concepciones finalistas ponderando la relación entre el acto administrativo y el interés público como condición de legalidad sustancial, entiendo forzado seguir el esquema del negocio jurídico privado de la causa (la obra de Bodda citada “*La nozione de causa giuridica della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*”), ob. cit., 277/278.

(74) SAYAGUES LASO, Enrique, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, sexta edición, Vol. I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Fundación de Cultura Universitaria, el maestro uruguayo puntualizó “*La afirmación del fin como elemento esencial del acto administrativo ha sido una de las conquistas más grandes del derecho público moderno, pues contribuyó eficazmente a eliminar el concepto autoritario de gobierno*”, p. 449.

(75) Inés D’ARGENIO, “*El mérito del acto administrativo como elemento de legalidad*”, Revista de Derecho Administrativo, Año 6, enero-agosto, 1994, N° 15/16, Depalma, ps. 127 y ss. El mérito, un juicio que según reglas técnicas y de buena administración desde el punto de vista de su conveniencia y oportunidad, resulte observable, aparece como ajeno al vicio de legitimidad. Es dable puntualizar que en el derecho italiano la jurisdicción sobre el mérito es para pocos casos, y que puede reformar el acto (ver MAIRAL, en su obra “*Control Judicial de la Administración Pública*” citada, p. 87). Ahora bien, puede acontecer que el llamado vicio de mérito a la luz de la razonabilidad se proyecte en el contenido y en el fin público que el acto administrativo debe concretar, y si resulta irrazonable, constituir un vicio de ilegitimidad desde el punto de vista teleológico (sobre esta cuestión ver el estudio citado de Sebastián Retortillo Baquer en oportunidad de analizar la posición de Amorth). Es clásico en la doctrina italiana relacionar el vicio de mérito con la inobservancia de criterios de oportunidad y de conveniencia (ZANOBINI, Guido, “*Curso de Derecho Administrativo*”, Vol. I, Ediciones Arayu, 1954, Bs. As., p. 365).

(76) ULE, Carl, “*La reforma administrativa en Alemania*”, Estudios Administrativos, Madrid, 1967, ps. 164 y ss.; como bien se ha razonado por más completa que sea la protección jurídica por el Código Procesal Administrativo, la actuación administrativa debe ser congruente con los principios del Estado de Derecho.

(77) El texto de la ley con su traducción y nota introductorio de Antonio FANLO LORAS, en RAP española n° 124, 1991, ps. 461 y ss.; ver Guido CORSO, “*El procedimiento administrativo en Italia. De cauce formal de la actuación administrativa a instrumento de tutela del ciudadano*”, en la obra colectiva “*El procedimiento administrativo en el derecho comparado*”, coordinador Javier BARNES VÁZQUEZ, Prólogo de Pedro ESCRIBANO COLLADO, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1993, ps. 477 y ss.

(78) En la doctrina se ha considerado que puede configurarse un desvío de poder en el ámbito de las otras funciones del Estado, p. ej.,

dominantemente en el campo de los actos administrativos. No nos detenemos en el análisis de los primeros casos del Consejo de Estado Francés, suficientemente tratados en la doctrina⁽⁷⁹⁾, solo la mención en el texto del arrêt que puede considerarse el punto de partida de la noción que finalmente la conceptualiza Aucoc. El objetivo es revitalizar dicha técnica considerada por Chinchilla Marín, el más sutil y penetrante medio de fiscalización del ejercicio de potestades administrativas⁽⁸⁰⁾. El Consejo de Estado francés consagró al comienzo de la segunda parte del siglo XIX la técnica de la desviación de poder (arrêt Vernes, de fecha 19 de mayo de 1858 –uso de los poderes de policía para favorecer los intereses financieros municipales y no para la defensa de la seguridad pública–) uno de los precedentes que traza el perfil de la figura, y por su parte M. Aucoc, como destaca Sánchez Isac, introdujo en la primera edición de las “*Conferencias sobre Derecho Administrativo*” de 1869 “*la gráfica expresión de détournement de pouvoir*”⁽⁸¹⁾; con esta técnica penetrante de control se fiscaliza con el fundamento de que las potestades administrativas son fiduciarias, funcionales, si la autoridad se ha apartado del fin específico fijado por la norma persiguiendo otros. Con posterioridad, sobre la base de las leyes de 1889 en Italia, creada la IV Sección del Consejo de Estado cuyo presidente fuera Silvio Spaventa, se avanza en un control incisivo –como refiere Guglielmo Roehrsen– en lo concerniente al exceso de poder, elaborándose por la doctrina y jurisprudencia figuras que revelan síntomas de un desviado uso de la potestad para alcanzar

si la calificación de utilidad pública no resulta ser la exigida por la CN por perseguir un interés financiero, ese vicio trasluce un desvío del fin (Caso “*Municipalidad de la Capital c. Isabel A. de Elortondo s/ expropiación*”) ver MARIENHOFF, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tº IV, Abeledo Perrot, Bs. As., 1973, p. 191 y ss.; ver nota 303. Por cierto, que el vicio trasciende el campo del acto administrativo; ver el estudio de IVANEGA, Myriam M., “*De nuevo sobre el personal contratado de la Administración Pública nacional*”, en Suplemento Constitucional, 2010, mayo 33, LL, 2010-C 282; la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo, con asiento en San Martín, Causa N° 3.966, caratulada “*Kevorkian Aurora A. c/ Municipalidad de General San Martín s/ Pretensión de Restablecimiento o Reconocimiento de Derechos*”, sostuvo: “*Si bien esta Cámara tiene dicho que prevalece, más allá de la índole de las tareas que desempeñara el actor, la modalidad en que fue designado, no pudiendo el mero transcurso del tiempo trastocar por sí la situación de revista de quien ha ingresado como empleado transitorio y no ha sido transferido a otra categoría por acto expreso de la Administración (conf. SCBA, B-57.107, 2-5-2007, causa ‘Taglia, Rosana Patricia c/ Municipalidad de Avellaneda s/ Demanda Contencioso Administrativo’), no es menos cierto que la naturaleza jurídica de una institución debe ser definida, ante todo, ponderando la realidad subyacente del caso, sin estar atado al nomen iuris que el legislador o los sujetos intervinientes le hayan atribuido (doct. CSJN in re ‘Cerigliano’, consid. 5º, segundo párrafo y doc. De Fallos 303:1812, 329:3680; argto. art. 39 inc. 3º, Const. Pcial. y CCA Mar del Plata, causa C-2.206, ‘Acosta’, del 2-08-11). Ahora sí, por todo ello es que entiendo que desde el momento en que fue dejado sin efecto el nombramiento en planta permanente, para después volver a contratar en forma temporaria a la actora por otros seis (6) años en las mismas funciones, existió una clara desviación de poder incurriendo la demandada en una ilegitimidad censurada por nuestra Corte nacional”.*

(79) Entre los antecedentes relevantes de la doctrina jurisprudencial de la desviación de poder, se han destacado los arrêts “*Vernes*”, del 19 de mayo de 1858, “*Pariset*” y “*Laumnnier*”, ambos del día 26 de noviembre de 1875; un antecedente importante es el arrêt “*lesbats*” de fecha 25 de febrero de 1864; ver jurisprudencia administrativa del Consejo de Estado francés, “*Grands Arrêts*”. Las Grandes Sentencias de la Jurisprudencia Administrativa, primera edición en español de junio de 2017, traducción de la vigésima edición francesa del año 2015, DALLOZ, INAP, Madrid, 2017 (LONG, Marceau, WAY, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, Pierre y GNEVOIS, Bruno); AUBY, J. M. et DRAGO, R., “*Traité de CONTENTIEUX ADMINISTRATIF*”, Tº 2, LGDJ, 1.984, París, ps. 411 y ss.; PÉREZ HUALDE, Alejandro, “*Desviación de poder: límite de la actividad estatal*”, ED, Tº 156, ps. 149 y ss.; BENTIVENGA, Matías, “*Reflexiones en torno al instituto de la desviación de poder*”, RDA 2011-76, 451; María JEANNERET DE PÉREZ CORTEZ, “*La finalidad como elemento del acto administrativo y la desviación de poder*”, LL, Tº 2002-D, Sec. Doctrina, ps. 1408 y ss.; TAWIL, Guido S., “*Administración y Justicia*”, Vol. I, Prólogo del Dr. Julio R. COMADIRA, ps. 400 y ss.; LÓPEZ MENDOZA, José A., “*La desviación de Poder*”, en Estudios de Derecho Público, Año 464, ps. 299-315; MARIENHOFF, Miguel S., “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tº II, Abeledo Perrot, Bs. As., 1975, ps. 535 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos, “*Derecho Administrativo*”, Tº II, 8va. edición actualizada, LexisNexis, Abeledo Perrot, ps. 295/298; BARRA, Rodolfo Carlos, “*Derecho Administrativo 2*”, Ed. Astrea S.R.L. - RAP S.A., 2018, Bs. As., ps. 140 y ss.; Prosper WELL, “*Derecho Administrativo*”, Ed. Civitas S.A. 1986, Madrid, Nota Preliminar de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, ps. 161/162

(80) “*La desviación de poder*”, segunda edición actualizada y ampliada, 1999; en el Prólogo de Jesús LEGUINA VILLA se destaca el concepto referido de la autora.

(81) SÁNCHEZ ISAC, Jaime, “*La desviación de poder en los derechos francés, italiano y español*”, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1973, Prólogo de Rafael ENTRENA CUESTA, p. 61, 64.

otros fines que los queridos por la ley, tergiversación de los hechos, tratamiento discriminatorio o manifiesta falta de lógica, manifiesta injusticia, contradicción con actos administrativos precedentes, entre otras irregularidades⁽⁸²⁾. El Consejo de Estado italiano con la figura del exceso de poder, ha expresado Alessi, aplicó la teoría de la desviación de poder con el fin de limitar el mal uso de la potestad discrecional, empleando distintas formas o figuras, p. ej., “*falsar y tergiversar los objetivos finales de la ley*”, “*la motivación contradictoria*”⁽⁸³⁾.

Como ha dicho Garrido Falla, se ha considerado con evidente exageración que, con la técnica de la desviación de poder, la potestad discrecional se convierte en un recuerdo histórico (con cita de Alibert)⁽⁸⁴⁾. En tal orden de ideas, León Duguit consideró que con la desviación de poder no hay ya actos discrecionales⁽⁸⁵⁾.

Por cierto, la desviación de poder ha sido y es una creación significativa, una forma de enjuiciar el poder, de lucha contra las inmunidades del poder en palabras del maestro García de Enterría. En la jurisprudencia de la provincia de Buenos Aires, hasta gran parte del siglo XX, resulta una aporía registrar casos que reconocen dicha técnica invalidando actos administrativos por desviación de poder. Evidentemente, que un “*contencioso*” en materia reglada se convirtió en un obstáculo para el control de la discrecionalidad administrativa; es que como sostiene la jurista española Chinchilla Marín, la discrecionalidad administrativa resulta ser el terreno más propicio para la desviación de poder⁽⁸⁶⁾; cuando se trata de una actuación con atribución de poder discrecional *se da en mayor grado la oportunidad de dictar actos con fines encubiertos*⁽⁸⁷⁾, y en mayor grado, pues estimamos que también se podría configurar en el ámbito de una regulación de contenido reglado⁽⁸⁸⁾. Ahora bien, con la regulación de los requisitos que concurren en la formación del acto administrativo en las leyes de procedimiento comienza un cambio⁽⁸⁹⁾.

Entendemos que la coexistencia de otros vicios que afectan a los requisitos del acto administrativo no debe desplazar la aplicación de esta técnica⁽⁹⁰⁾. Existen fundadas razones para revitalizarla, pues la misma vincula a la Administración a un comportamiento honesto; en palabras del maestro Marienhoff ajustar su conducta a rectos proceder⁽⁹¹⁾. El descubrimiento de la desviación de poder, en particular cuando organismos se apropian de una suerte de monopolio en la aplicación del interés público,

(82) ROEHRSEN, Guglielmo, “*La Justicia Administrativa en Italia*”, ob. cit., p. 60.

(83) ALESSI, Renato, “*Instituciones de Derecho Administrativo*”, ob. cit., ps. 320 y ss.; BARRA, Rodolfo C., “*Derecho Administrativo*”, ob. cit., p. 140 con cita del jurista italiano Arnaldo DE VALLES.

(84) GARRIDO FALLA, Fernando, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, ob. cit., p. 434, nota 73.

(85) “*Las transformaciones del derecho (público y privado)*”, Ed. Heliasta S.R.L., Bs. As., p. 124.

(86) “*La desviación de poder*”, ob. cit., p. 85.

(87) HUTCHINSON, Tomás, “*Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*”, Tº 1, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Bs. As., 1985, p. 163; en tal sentido lo expresa el citado jurista. Por su parte, María Inés del Carmen ORTIZ ha considerado, entre otros aspectos sobre la motivación, la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, y su exigencia “*como garantía contra la desviación de poder y los vicios en la finalidad del acto administrativo (excés y détournement de pouvoir)*”, Suplemento RAP [361] ps. 73.

(88) Aunque pueda considerarse que si el contenido es reglado el móvil del agente carece de relevancia, podría configurarse en situaciones de inactividad o cuando se ejerzan las potestades en forma abusiva transgrediendo de acuerdo a las circunstancias del caso el principio de razonabilidad.

(89) Como oportunamente destacara Rodolfo C. BARRA, la ley nacional de procedimientos administrativos, al efectuar el diseño estructural del acto administrativo, hizo un significativo aporte; el inc. f) del artículo 7 de la ley n° 19.549, consagró a la finalidad como elemento del acto administrativo en estos términos: “*Habrà de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad*”; y el decreto ley 7647/70, en su artículo 103, 2º párrafo prescribe “*El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y será adecuado a los fines de aquellos*”. Sobre este orden de cuestiones, ver BARRA, Rodolfo Carlos, “*Derecho Administrativo*”, ob. cit., ps. 59 y ss., 131 y ss., 140 y ss.; COVIELLO, Pedro José Jorge, “*El Principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo*”, Derecho PUCP, n° 67, 2011, pp. 139-143 y ss. Estas normas, y en particular la referida a la ley nacional, prohíben el desvío de poder, el exceso de punición, el abuso de poder.

(90) Charles DEBLASCH considera la crisis de la figura en “*Contentieux administratif*”, deuxième édition, Dalloz, París, 1978, p. 729; AUBY y DRAGO, ob. cit., p. 412 y ss.; MAIRAL, Héctor A., “*Control judicial de la Administración Pública*”, ob. cit., p. 676.

(91) MARIENHOFF, Santiago S., “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tº II, ob. cit., p. 544.

siguiendo en rigor un interés orgánico y apartándose del gran principio de la razonabilidad y, consecuentemente, de los específicos fines que justifican la actuación de la administración pública, la aplicación de la técnica de la desviación de poder puede justificar un reproche disciplinario o renuncia política⁽⁹²⁾. Ello no significa que las reglas morales estén por encima de las reglas jurídicas (Hauriou y Welter)⁽⁹³⁾, sino una valoración teleológica del obrar administrativo. Estamos ante un vicio de estricta legalidad pero que se nutre de una concepción ética de la actuación del poder público en el ejercicio de la función administrativa. La esencia ética de todo acto administrativo se sostiene en la doctrina por Marienhoff, Rodolfo Barra y Estela Sacristán⁽⁹⁴⁾. Esta postura no significa enrolarse primordialmente en una concepción subjetiva que persiga exclusivamente un control de moralidad administrativa ni escudriñar los móviles, que no pocas veces se manifiestan en las actuaciones administrativas⁽⁹⁵⁾. Hace muchas décadas Sebastián Martín Retortillo Baquer apreciaba que la desviación de poder podía tener una relación con la responsabilidad disciplinaria⁽⁹⁶⁾. Acontece en la realidad administrativa que los funcionarios de carrera de formación técnica son desplazados en gran medida por los de la política. Asimismo, que prevalezca el interés orgánico burocrático, autoritario, que se respalda con una maraña de regulaciones que ellos mismos crean, y el apartamiento del fin se reitera, expresivo de un ejercicio abusivo de la competencia⁽⁹⁷⁾. Como ha dicho Agustín Gordillo “La tendencia es ajustarse estrictamente a las disposiciones vigentes”⁽⁹⁸⁾, y paralelamente, crecen normas irrazonables, excesivas; con ello se desnaturalizan las grandes instituciones del derecho administrativo. Por otra parte, como dijo Vedel, el agente público “...no tiene a su cargo el interés público en su totalidad y no debe confundir las diversas categorías de interés público”⁽⁹⁹⁾.

(92) En tal sentido, se pronunció Sebastián MARTÍN RETORTILLO BAQUER, en su estudio “La desviación de poder en el derecho español”, RAP 22, Madrid, 1957, ps. 175.

(93) VEDEL consideró que la desviación de poder no es más que una variedad de la ilegalidad; “desde el punto de vista del Derecho que se hace, la desviación de poder incorpora a la legalidad ciertos principios de moralidad cuya observancia el juez estima necesaria”, en “Derecho Administrativo”, ob. cit., p. 513.

(94) Ver BARRA, Rodolfo Carlos, “Derecho Administrativo”, ob. cit., ps. 73/76, con la cita del estudio de Estela Sacristán “Acerca de la faz ética de los actos administrativos”; MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de derecho administrativo”, Tº II, ob. cit., en el que ha referido a la moralidad como un elemento –autónomo– del acto administrativo “El concepto de moral incluye el de buenas costumbres y el de buena fe. Son conceptos correlativos e interdependientes”, ps. 543/545; ver CASSAGNE, Juan Carlos, ob. cit., ps. 296, 297.

(95) Se desprende una posición contraria en Juan Alfonso SANTA-MARÍA PASTOR, en su estudio “Renovación dogmática en torno a la desviación de poder como instrumento de control”, en REDA 2, Madrid, 1974, p. 305; por cierto, que el apartamiento del fin no supone necesariamente intención maligna o inmoral (MARIENHOFF, Tº II, ob. cit., p. 537; ahora bien, el apartamiento del fin por error de interpretación no configura el vicio de la desviación de poder (en tal sentido, ver el citado estudio de Alejandro PÉREZ HUALDE, “Desviación de Poder: límite de la actividad estatal”).

(96) “La desviación de poder en el derecho español” ob. cit., p. 175.

(97) La doctrina ha considerado las relaciones del abuso del derecho y la desviación de poder, analogías y diferencias; en tal sentido, Enrique MARTÍNEZ USEROS consideró la existencia de una relación de género a especie, es decir, el desvío de poder se comprende en aquel, habiendo entendido que ambas doctrinas tienden a moralizar el orden jurídico; en su libro “La doctrina del abuso del derecho y el orden jurídico administrativo”, Ed. Reus, Madrid, 1947; Jorge Reinaldo VANOSSI, en su estudio “La revisión de los abusos en el derecho público y la justiciabilidad de las desviaciones de poder”, el eximio constitucionalista también ha considerado a la doctrina del abuso del derecho como un género (Cita T R LALEY AR/DOC/10/47/2003); por su parte MARIENHOFF sostuvo la existencia de una obvia analogía entre la división de poder y el abuso de poder, pero puntualizó el distinto plano en que actúan y se proyectan ambos institutos (“Tratado de Derecho Administrativo”, tomo II, ob. cit., p. 538). Este tema ha sido considerado por Rodolfo Carlos BARRA (ver “Derecho Administrativo 2”, ob. cit., ps. 142/143) en la obra citada de CHINCHILLA MARÍN y en estudios de Gustavo SILVA TAMAYO; destaca también que Marcel WALLINE, con cita del propio Jossierand, refirió a puntos comunes del abuso del derecho con le *détournement de pouvoir* (“Droit administratif”, Editions Sirey, París, 1963, ps. 982).

(98) GORDILLO, Agustín, “Tratado de derecho administrativo”, Tº I, Parte General, 10ª edición, Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 2009, Prólogo de Jorge A. SÁENZ, Cap. VII, ps. 20 y ss.

(99) VEDEL, Georges, “Derecho Administrativo”, ob. cit., p. 509. Consideraciones sobre la determinación del interés público en los estudios de DE LA RIVA, Ignacio, “Algunas reflexiones en torno del bien común y la discrecionalidad administrativa”, publicado en Rev. Argentina del Régimen de la Administración Pública, n° 258, 2012, ps. 9 y ss; ESPINOZA MOLLA, Martín R., “El interés público debilitado y su necesaria revitalización; aproximaciones acerca de su contenido actual”, en Revista de Derecho Administrativo, n° 119, p. 1035; BEN-

Asimismo, la declinación de esta técnica se ha debido –y ello en distintos países– a dificultades probatorias para descubrir el vicio (Chinchilla Marín ha destacado consideraciones de Benvenuti y Carnelutti, respecto de las figuras sintomáticas del *ecceso di potere* que revelan un vicio oculto⁽¹⁰⁰⁾). Insisto que por más eficaz que resulte el control de legalidad de los presupuestos fácticos y jurídicos que justifican el dictado del acto y sobre la motivación, si hay rastros en el expediente⁽¹⁰¹⁾ que revelan también la desviación de poder (caso “Ambros” CNA-CAF, Sala 4ª, 31-08-1994)⁽¹⁰²⁾, la declaración de invalidez debe comprender dicho motivo. Hay hipótesis de desviación muy grave⁽¹⁰³⁾. Como sostienen García de Enterría y Tomás Ramón Fernández “No es, pues, exacto afirmar, como solía hacer la jurisprudencia, que solo es posible hablar de desviación de poder en presencia de actos en los que no concurre ningún otro vicio de legalidad...”⁽¹⁰⁴⁾. En el mismo sentido, se pronuncia Juan Carlos Cassagne exponiendo un conjunto de argumentos, rechazando el carácter subsidiario de la figura de la desviación de poder, y entre esos argumentos destaco “en mérito a las razones de moralidad y justicia que presiden toda la construcción de la teoría”⁽¹⁰⁵⁾.

Como ha sido expresado por Marienhoff y Linares, la desviación de la finalidad prevista para actos del respectivo objeto constituye una especie de “irrazonabilidad” vedada en nuestro derecho.

Por último, recuerdo y destaco sobre esta técnica de control de la discrecionalidad, el proyecto del diputado nacional Carlos Moret (h) del año 1934 y el que presentó el Dr. Ángel H. Baulina al Congreso de la Nación en el año 1947, que han sido considerados en la obra de Jorge Tristán Bosch⁽¹⁰⁶⁾, y por cierto en toda la obra del Dr. Rafael Bielsa, especialmente la legislación que preparó para la provincia de Santa Fe.

Como ha ponderado Bustillo Bolado, la desviación de poder “...es institucionalmente una importante conquista del Estado de Derecho, aunque su incidencia práctica es limitada”⁽¹⁰⁷⁾.

VI. El aporte de una nueva concepción sobre la motivación del acto administrativo y la aplicación del gran principio de la razonabilidad en el control de la discrecionalidad en la jurisprudencia provincial

En el derecho administrativo ha predominado una concepción que concibe a la motivación como un requisi-

TIVENGA, Matías, “Reflexiones en torno al instituto de la desviación de poder”, Revista de Derecho Administrativo, ob. cit., ps. 451/479; el estudio de María Soledad LARREA, “La finalidad del acto administrativo”, en la obra colectiva “Acto Administrativo”, director Guido Santiago TAWIL, Abeledo Perrot, 2014, p. 477 y ss.

(100) CHINCHILLA MARÍN, Carmen, “La desviación de poder”, ob. cit., p. 177 y ss., nota 25.

(101) Ver MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de derecho administrativo”, ob. cit., p. 538; ver CLAVERO ARÉVALO, Manuel, “La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en “Estudios de Derecho Administrativo”, Ed. Civitas, S.A., presentación de Pedro ESCRIBANO COLLADO, Madrid, ps. 153 y ss., 163, 165.

(102) LL, 1995-B, 219, y el estudio de María JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, “La finalidad como elemento del acto administrativo y la desviación de poder”, ob. cit.; Javier Indalecio BARRAZA, sostiene ante la situación posicional de la administración pública, aplicar la teoría de las cargas probatorias dinámicas, en “Finalidad del acto administrativo y la desviación de poder”, Revista LL, Tº 2012-B, ps. 1053 y ss.; véase también respecto a la prueba del excelente estudio de Matías BENTIVENGA, “Reflexiones en torno a la desviación de poder”, ob. cit. La jurisprudencia de la SCBA ha puesto de relieve la necesidad de acreditar la prueba del desvío de poder (Causa B-54.401 “Ayude, Horacio c. Municipalidad de Daireaux”. Ahora bien, hay una jurisprudencia con tradición en la materia que se ha pronunciado en casos de aplicación de la prescindibilidad cuando se aplica como una sanción encubierta, presentándose como un supuesto vicio de desviación de poder, resultando insuficiente la mera invocación de razones de servicios.

(103) Rodolfo C. BARRA ha dicho: “Este es el vicio más difícil de demostrar, pero de lograrlo, es el que con más fuerza conduce a la declaración de la nulidad absoluta del acto afectado”, “Derecho Administrativo”, ob. cit., p. 337.

(104) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “Curso de derecho administrativo”, ob. cit., p. 465; CASSAGNE Juan Carlos, “Derecho administrativo”, Tº II, ob. cit., ps. 296/297; LÓPEZ MENDOZA, José A., “La desviación de poder”, ob. cit., p. 308.

(105) “El acto administrativo”, colaborador Juan Carlos Sanguinetti, ob. cit., p. 327.

(106) BOSCH, Jorge Tristán, “Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para juzgar a la Administración Pública”, Editor Victor P. de Zavalía, Bs. As., 1951, ps. 166 y ss.

(107) “La desviación de poder en el derecho comunitario y en el convenio europeo de derechos humanos”, Revista de Administración Pública n° 188, Madrid, mayo-agosto (2012), p. 65.

to formal, comprendido entre los elementos formales de los actos administrativos (Forsthoff, Alessi, Marienhoff, Cassagne⁽¹⁰⁸⁾). Una nueva dogmática sobre la motivación ha procurado desplazar a aquella que la vinculaba a la forma. Ha ponderado Manuel Atienza que la palabra motivación es “*desafortunadamente ambigua*” y sostiene que motivar una decisión no significa señalar los motivos, sino justificarla⁽¹⁰⁹⁾. Hace muchos años Agustín Gordillo, con cita del jurista uruguayo Alberto Ramón Real, expresó que hablar de motivación es débil “*Hay que decir fundamentación*”⁽¹¹⁰⁾. Se alude así a un concepto que se le asigna, como expresa Marcos Fernando Pablo, su “... *esencial característica de discurso justificativo de una decisión...*”⁽¹¹¹⁾, y se advierte por Tomás Ramón Fernández que la motivación no cabe entenderla en un sentido rutinario formal, sino como justificación “*En un Estado de Derecho solo lo fundamentado y justificado en derecho es razonable y solo lo razonable es jurídicamente admisible*”⁽¹¹²⁾. Por ello, la motivación resulta fundamental para demarcar o deslindar lo legítimamente discrecional de lo arbitrario, es decir, si se oculta un móvil o intención caprichosa (Juan Igartua Salaverría⁽¹¹³⁾).

La fundamentación fáctica y jurídica, es decir, las razones que han determinado el dictado del acto administrativo, erige a la motivación en un principio fundamental del derecho público de un Estado de Derecho. La jurisprudencia de la SCBA⁽¹¹⁴⁾ ha elaborado una doctrina sobre dicha figura asignando a la misma una noción sustantiva como razón justificadora de una decisión, que su hilo argumental ponderando el contenido del acto resulte ser suficiente (puede considerarse a la causa B-62.241, “Zarlenga”⁽¹¹⁵⁾, un punto de partida en esta concepción). Su exigencia se extiende aun tratándose de actos que no revisten en nuestro ordenamiento jurídico en un sentido estricto la condición jurídica de actos administrativos (v.gr., auto de imputación en el procedimiento disciplinario –causa B-63.770–; dictamen jurídico); a los actos de los órganos colegiados, y situaciones de empleo sin estabilidad (causa “Ubertalli”), y dicha exigencia de motivación suficiente se fiscaliza en el apartamiento de los dictámenes y en la doctrina del precedente administrativo (v.gr. y entre muchas, “Otero c/ IOMA”; causa B-63.367; causa B-57.387; causa

B-58.244, “Nazar Anchorena”, voto del Dr. Soria⁽¹¹⁶⁾). En este orden de ideas, puntualmente con relación al apartamiento del precedente, Carlos M. Lamoglia ha sostenido que en pos del interés público la opción que la administración pública elija debe brindar adecuada justificación, evitando decisiones arbitrarias o que traduzcan una desviación de poder⁽¹¹⁷⁾. Es decir, la autoridad debe justificar el cambio de conducta con la finalidad de proscribir de esta manera la arbitrariedad y la falta de coherencia en el comportamiento administrativo; un abuso de discrecionalidad que se expresa por un repentino e injustificado cambio, o cuando la nueva interpretación descuida la legítima confianza⁽¹¹⁸⁾. Por ello, en el territorio de una decisión discrecional bien se ha dicho que la interdicción de la arbitrariedad y la obligatoriedad de motivar son el anverso y reverso de la misma medalla (J. Igartua Salaverría⁽¹¹⁹⁾).

Y con relación a designaciones efectuadas en el ejercicio de facultades discrecionales, con carácter transitorio o precario, la CSJN en la causa “Scarpa”, con dictamen de la Procuradora Fiscal –Dra. Laura Monti– sostuvo que la remoción del cargo no eximía de cumplir con la motivación, recaudo cuya observancia es mayor tratándose de facultades discrecionales⁽¹²⁰⁾.

Asimismo, cabe señalar el significativo aporte en el control de la discrecionalidad a través de los principios generales del derecho; principios que convergen en las grandes instituciones, y que en palabras de García de Enterría y Tomás Ramón Fernández son los que sostienen y animan un ordenamiento⁽¹²¹⁾; como se precisa en la obra de estos maestros “...*nunca el Estado ha alcanzado a ser señor absoluto del Derecho, creador ad nutum del ordenamiento en su conjunto*”⁽¹²²⁾. Es pobre la idea del Derecho si el mismo se encierra en el legalismo formal. La doctrina del exceso de poder, la italiana y por cierto la francesa y su historia, ponen de manifiesto que el derecho administrativo desde sus orígenes no se confinó en la legalidad formal, sino que utilizó y se ha expresado con los principios generales del derecho, como técnica para controlar el ejercicio de la potestad discrecional. Estos principios generales tienen carácter informador del ordenamiento jurídico, guían en su interpretación y aplicación, coexisten en el ordenamiento jurídico aunque no estén escritos⁽¹²³⁾. La jurisprudencia de SCBA les asigna un papel

(108) MARIENHOFF, Miguel S., “*Tratado de derecho administrativo*”, Tº II ob. cit., ps. 323, 326 y ss.; FORSTHOFF, Ernst, “*Tratado de derecho administrativo*”, ob. cit., ps. 328/329; ALESSI, Renato, “*Instituciones de derecho administrativo*”, Tº I, ob. cit., p. 275. Por su parte, Juan Carlos CASSAGNE en un importante estudio, “*El principio de razonabilidad y la interdicción de arbitrariedad*”, Thomson Reuters, LL, 2020-E, 709, sostiene “...*tratándose de actos administrativos, no hay que confundir el sustrato de la razonabilidad, que constituye la causa y el fin del acto administrativo, con su motivación, que es un requisito formal referido a la expresión de la causa y el fin (los motivos) que persiga la decisión administrativa*”.

(109) ATIENZA, Manuel, “*Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica*”, en REDA N° 85, enero-marzo, 1985, Ed. Civitas S.A., ps. 5 y ss.; dicho autor expresa: “... *un acto arbitrario no es un acto sin causa, sin motivo, sin explicación, sino un acto que carece de razones que lo hagan aceptables, es decir, que carece de justificación*”; la conceptualización de la motivación como justificación razonada se trata en el voto del doctor Soria, Causa A-70.444 “Decastrelli, Héctor Hugo c. Provincia de Bs. As., Pretensión Anulatoria. Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley”.

(110) GORDILLO, Agustín, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tº 3, novena edición, Fundación de Derecho Administrativo, Cap. X-13/14, en lo pertinente se señala “*La lucha por la debida fundamentación del acto administrativo es parte de la lucha por la racionalización del poder y la abolición del absolutismo, por la forma republicana de gobierno y la defensa de los derechos humanos*”.

(111) FERNANDO PABLO, Marcos M., “*La motivación del acto administrativo*”, ob. cit., p. 33.

(112) FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “*¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?*”, REDA N° 83, julio/septiembre, 1994, Ed. Civitas S.A., Madrid, p. 400. El maestro español GARCÍA TREVIJANO, José Antonio, sostuvo que enlazar la motivación con la forma representa una concepción muy pobre “...*ya que a través de ella se podrá detectar el interno corporis del acto*”, en “*Los actos administrativos*”, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1986, ps. 146/147. Por su parte, MORELL OCAÑA considera que si se concibe a la motivación como un requisito de forma, la omisión podrá ser considerada irrelevante si se entiende que la misma surge de las actuaciones administrativas aplicándose el principio de economía procesal, pero esa concepción –añade– afectaría la función de garantía que la motivación cumple desde el punto de vista de los intereses públicos y de defensa a los intereses particulares; en “*Curso de Derecho Administrativo*”, Tº II, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 1996, ps. 194/195.

(113) SALAVERRÍA, Juan Igartua, “*Discrecionalidad, técnica, motivación y control jurisdiccional*”, Ed. Civitas S.A., 1998, p. 77.

(114) Citamos jurisprudencia en nuestro estudio “*La motivación o fundamentación del acto administrativo*”, en ED, Revista de Derecho Administrativo, 2021 (febrero/diciembre).

(115) Causa B-65.621 (motivación, exceso de punición y razonabilidad de las medidas).

(116) Ver también Causa B-61.651 (voto de la Dra. Kogan) alude a los requisitos para la aplicación del precedente administrativo.

(117) LAMOGLIA, Carlos Marcelo, “*El precedente administrativo: ¿Queda la Administración vinculada a sus decisiones anteriores?*”, publicado en “*Dimensiones Jurídicas Bonaerenses*”, Rev. Jurídica de la Fiscalía de Estado, N° 1, mayo 2022, ps. 25/37. Como se señala en la doctrina el precedente reiterado puede tener un cierto valor vinculante “...*en el sentido de que apartarse de él en un caso concreto puede ser índice de un trato discriminatorio, de una falta de buena fe, de una actitud arbitraria*”, GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, “*Curso de derecho administrativo*”, ob. cit., p. 67 y ss.; DÍEZ PICAZO, Luis M., “*La doctrina del precedente administrativo*”, en RAP N° 98, Madrid, mayo/agosto, año 1982; COMADIRA, Guillermo E., “*Los Precedentes Administrativos*”, publicado en “*Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*”, Universidad Austral, Ediciones RAP, de fecha 6/10/2009, p. 321; el estudio de CAPUTI, Claudia, “*La Coherencia del Obrar Administrativo*”, RDA 16:879 a 907, Lexis Nexis, 2004; el estudio de BAYÓN, Ariel G., “*El diploma de honor: la puja entre el reglamento y otras fuentes del derecho*”, publicado en RDA 132, noviembre/diciembre, ps. 278 y ss.; “*Jurisprudencia Anotada*”, en donde se aborda las condiciones para que el precedente administrativo pueda constituirse como fuente del derecho y su carácter vinculante; MAIRAL, Héctor A., “*La Doctrina de los Propios Actos y la Administración Pública*”, Depalma, Buenos Aires, 1988.

(118) Causa B. 56425, “BOMARCO S.A. c/ Municipalidad de La Matanza” (voto del Dr. Soria); Causa B. 64343 “Vaccaro Hnos. S.A.I.C. c/ Provincia de Buenos Aires (UEPFP) Demanda Contencioso Administrativa (votos de los Dres. Negri y Soria).

(119) SALAVERRÍA, Juan Igartua, “*Discrecionalidad, técnica, motivación y control jurisdiccional*”, Ed. Civitas, S.A., 1998, p. 51.

(120) Causa “Scarpa”, Raquel Adriana Teresa c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos s/ Amparo Ley 16.986”.

(121) Como expresa Juan Carlos CASSAGNE, los principios fundamentales constituyen “*el basamento en que se asienta y fundamenta el ordenamiento positivo general...*”, y los de naturaleza institucional convergen en las instituciones, en “*Los principios generales del derecho...*”, ps. 57/58.

(122) GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, “*Curso de Derecho Administrativo*”, ob. cit., p. 61.

(123) Ver RIVERÓ, Jean, “*Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporáneo*”, RAP n° 6, Madrid, p. 289 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “*Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo*”, en RAP n° 40, ps. 189 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos, “*Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*”, Abeledo Perrot, Bs. As., 1988; COVIELLO, Pedro J. J., “*Los principios y valores como fuente del derecho administrativo*”, en la obra colectiva “*Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo*”, Editorial RAP, Bs. As., 2009, ps. 729 y ss.

relevante, destacándose el gran principio de la razonabilidad, de especial aplicación en el ámbito de la potestad sancionadora disciplinaria (art. 103, 2da. parte del Decreto Ley 7647/70). Ha ponderado Julio Rodolfo Comadira, que el exceso de punición se genera antes que de una falta de proporcionalidad o una ruptura del equilibrio que debe existir entre la causa y el objeto del acto, sino por la ausencia de una proporcionalidad entre el objeto y la finalidad (art. 7, inc. f, 1er. párrafo in fine de la LNPA)⁽¹²⁴⁾. En la doctrina comparada se habla de una prohibición o interdicción de la excesividad, expresiva del principio de proporcionalidad que conecta con la idea de “moderación” y de “medida justa” (Karl Larenz)⁽¹²⁵⁾. La SCBA aplica en su jurisprudencia el principio o canon de necesidad; en tal sentido ha considerado que “...ha mediado un apartamiento inmotivado por parte de la Administración de los dictámenes jurídicos que, con base en argumentos que debieran ser analizados, aconsejaba una sanción diferente, lo cual reflejaba el incumplimiento de la carga de fundamentación que le era impuesta por el artículo 108 del Decreto Ley n° 7647/1970” [causa B-57.387 de fecha 7 de septiembre de 2016]⁽¹²⁶⁾.

La razonabilidad y la proporcionalidad cumplen un papel significativo en el derecho público⁽¹²⁷⁾; ello es así por su aporte en el control de constitucionalidad y de legiti-

(124) “Acto administrativo municipal”, Depalma, prólogo del Dr. Rodolfo Carlos BARRA, 1992, ps. 36/37; “Procedimientos administrativos (Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada)”, T° I, LL S.A., con Laura MONTI (colaboradora), 2002, ps. 206/207; “El exceso de punición y su incidencia sobre la validez del acto administrativo [con particular referencia a la relación de empleo público]”, trabajo presentado al Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 1989. Ha ponderado COVIELLO “Razonabilidad y proporcionalidad significan lo mismo, y que dicho juicio es solo aplicable al contenido del resultado del procedimiento previo...”, en “El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo”, ob. cit.; por su parte BARRA, pondera que el elemento finalidad también exige que el acto sea racional y proporcionado “...es la totalidad del mismo objeto el que debe ser proporcionado con la finalidad”, “Derecho Administrativo”, ob. cit., p. 144; ha considerado Agustín GORDILLO: “La desproporcionalidad en el acto administrativo es un vicio del objeto, sin perjuicio que pueda también aparecer como forma de arbitrariedad y entonces como vicio de la voluntad”, en “Acto administrativo”, T° 3, Cap. VIII-23, 9ª edición, 2009, FdDA; con cita de Balbín, Lucas José ZUDAIRE ha destacado la estrecha vinculación de la causa, el objeto y la finalidad del acto administrativo; la causa y la finalidad nos deben guiar al objeto, así como la causa y el objeto a la finalidad del acto, y finalmente el objeto y la finalidad nos deben llevar al antecedente; en su estudio “La razonabilidad en el derecho administrativo”, UNLP, trabajo integrador (Especialización en Derecho Administrativo), pendiente su publicación, directora: Claudia Mc Cormack.

(125) LARENZ, Karl, “Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica”, Civitas, Madrid, 1990, ps. 144/145; traducción y presentación de Luis Díez-PICAZO. Expresa BARNES, “...la acción estatal –en cualquiera de sus formas de expresión posibles (acto administrativo, norma, resolución judicial)–, debe ser útil, necesaria y proporcionada”, “...el medio idóneo en relación con el fin, necesario el más moderado-respecto de todos los medios útiles, y proporcionada la ecuación costes-beneficios”, en “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, RAP, Madrid n° 135, septiembre-diciembre, 1994, p. 500.

(126) Ver Causa B. 61268.

(127) En el derecho público europeo, el principio de proporcionalidad ocupa un lugar protagónico “considerado como un supraprincipio que sirve para enjunciar la legitimidad de todas las medidas de gravamen” (BARNES), tal como acontece con el de razonabilidad en el derecho público argentino. Se considera en la doctrina que la razonabilidad y el principio de proporcionalidad como guía metodológica representan conceptualmente similitud; según el punto de vista que se adopte puede considerarse que la razonabilidad “parece sugerir una valoración del resultado del razonamiento” (BLANKE), y el de proporcionalidad, un mayor grado de concretización; ver Hermann - Josef BLANKE, “El principio de proporcionalidad en los derechos alemán, europeo y latinoamericano”, en Derecho Administrativo N° 79, director Juan Carlos CASSAGNE, Abeledo Perrot S.A., p. 1 y ss.; COVIELLO, Pedro José Jorge, “El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo”, ob. cit.; (conf. con las consideraciones que efectúa Gustavo E. SILVA TAMAYO, “Razonabilidad y Proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en RDA, 2024, 151, ps.161 y ss.); BARNES, Javier, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, en RAP n° 135, septiembre-diciembre 1994, Madrid, ps. 495 y ss.; CIANCIARDO, Juan “Medios y fines en el control constitucional de razonabilidad: el subprincipio de adecuación [“Actas de las Jornadas de Derecho Administrativo 2002, Universidad Austral”, dicho jurista ha efectuado importantes aportes sobre el tema]; GUARIGLIA, Carlos E., “Razonabilidad y legitimidad en el derecho administrativo”, en ED, Diario del 3 de agosto de 2017; ZUDAIRE Lucas José, “La razonabilidad en el derecho administrativo”, ob. cit. Evidentemente la razonabilidad y la proporcionalidad están tan estrechamente enlazadas que cuando se afecta la proporcionalidad se conculca la razonabilidad. Por su lado, Leonardo M. MANFREDI considera “La importancia del principio de razonabilidad en la modernización del procedimiento administrativo”, Citas TR LALEY AR/DOS/4024/2020 publicado en ADLA 2021-1, 5.

midad de los actos estatales; los fines de la legislación, las medidas que se adoptan, y la protección de los derechos constitucionales forman parte sustancial de una hermenéutica a seguir; aquí estamos en el plano de la aplicación de la norma, aunque a priori exige constatar su validez constitucional⁽¹²⁸⁾, pues si el vicio como se ha expresado “se anida” en la ley, se proyecta en el acto administrativo.

En concepto de Marienhoff, el principio de razonabilidad se resuelve en una cuestión “de buen criterio”, de “recto juicio” aplicados al caso concreto, “...una cuestión de hecho, para cuya solución puede ser decisiva la dignidad del razonamiento utilizado como la ecuanimidad de quien emita el fallo valorativo...”⁽¹²⁹⁾. Como puntualiza el profesor Coviello, el principio de razonabilidad constituye el paradigma en materia de control de la discrecionalidad⁽¹³⁰⁾. La jurisprudencia de la SCBA ha fijado doctrina en estos términos: “La razonabilidad constituye un principio general del derecho (creación doctrinaria y jurisprudencial, con fundamento en los arts. 28 y 33, Const. nac.), aplicado específicamente como límite de la discrecionalidad administrativa. Su control implica verificar –además de los requisitos ineludibles de fin público, medio adecuado y ausencia de iniquidad manifiesta– la existencia de circunstancias justificantes, es decir, que la restricción impuesta a los derechos ha de hallarse fundada en los hechos que le dan origen, procurando que las normas aplicables mantengan coherencia con las reglas constitucionales, de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido con la ley fundamental...”, y en lo pertinente se añade “...el ilustre maestro Augusto Mario Morello, haciendo referencia al principio de razonabilidad, dijo que es para nosotros el más caro y orientador. Es el talón de Aquiles del edificio del derecho. El punto determinante de las proporciones; el que establece los límites, que, como enseñaba Ihering, es el punto crucial para llegar hasta ahí, en las circunstancias del caso o problema que se trate”⁽¹³¹⁾. Por ello, en palabras de Juan Carlos Cassagne, el principio de razonabilidad se configura como una suerte de metaprincipio que alberga diferentes principios como la igualdad, la protección del contenido sustancial de los derechos, la interdicción de arbitrariedad y el principio de proporcionalidad⁽¹³²⁾. En el

(128) En la obra de Rodolfo C. BARRA, se efectúa un análisis de la teoría constitucional de la proporcionalidad, del control de la causa y de la finalidad de la ley; el elemento finalidad en la sentencia y en el acto administrativo, con aportes de derecho comparado, de estándares o “escrutinios” en el control de razonabilidad (jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense, de los tribunales de justicia de la Unión Europea y del tribunal constitucional alemán); “Derecho Administrativo”, ob. cit., ps. 159 y ss. Por su lado, los profesores Alberto B. BIANCHI y Estela B. SACRISTÁN han efectuado un reexamen en materia de control de razonabilidad con motivo del COVID-19, sosteniendo la necesidad “...de un control más estricto y efectivo que el de mera adecuación entre los fines y los medios...”; examen crítico que se extiende con relación al reparto de la carga de la prueba de la razonabilidad de la restricción, y a la restricción en el control de la oportunidad, mérito o conveniencia de las medidas adoptadas; ver “Salud versus libertad personal: ¿es esa la cuestión?”, ED, Revista de Derecho Administrativo, junio 2020, N° 6; Cita Digital: ED CMXXI-421; por su parte, desde otra perspectiva ha tratado el tema Pablo O. CABRAL, “Aplicación del estándar de la razonabilidad en las decisiones administrativas adoptadas por el gobierno nacional ante la pandemia del COVID-19”, en RDA 2020-130. 04/08/2020-64; Cita On Line: AR/DOC/2161/2020.

(129) MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de derecho administrativo”, T° IV, Abeledo Perrot, Bs. As., 1973, ps. 675/676; ATIENZA, Manuel, “Para una razonable definición de ‘razonable’”, como señala el jurista español “La importancia práctica del concepto de razonabilidad explica que el mismo ocupe un lugar central en diversas teorías de la argumentación jurídica”, en Doxa, n° 4, año 1987, p. 190. El principio de razonabilidad también se aplica en las relaciones entre los poderes públicos del Estado federal; ver voto en disidencia del Presidente del Tribunal Horacio Rosatti y el Ministro Juan Carlos Maqueda en la causa “Banco de la Pampa c. Municipalidad de Santa Rosa”, y el estudio de Gonzalo FUENTES, “La autonomía financiera de los gobiernos municipales para disponer de sus recursos económicos. Análisis del caso ‘Banco de la Pampa c. Municipalidad de Santa Rosa’”, publicado en El Derecho-Constitucional, Marzo 2024-Número 3, Cita Digital: ED-V-CDXXIII-577.

(130) “El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo”, ob. cit.

(131) Ver causa A-72.825, “Grinberg, Eduardo Benjamín y otros c/ HTC s/ Pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos. Recurso de inconstitucionalidad”, 22/12/2021; en el mismo sentido, se ha fijado doctrina en la causa B-57.228, “Venturino y personal La Plata S.A. c/ Municipalidad de Ensenada. DCA”, de fecha 02/03/2023, en particular control sobre la razonabilidad del monto de la multa; ver de MARIENHOFF, Miguel S., “El exceso de punición como vicio del acto jurídico de derecho público”, LL, diario del martes 31/10/1989.

(132) “El principio de razonabilidad y la interdicción de arbitrariedad”, LL, 2020-E, 709; citas: TR LALEY AR/DOC/2959/2020.

campo del derecho constitucional Germán J. Bidart Campos ha dicho que el principio de legalidad debe integrarse con el de razonabilidad; no todo lo legal es constitucional; por ello los actos estatales deben tener un contenido justo, valioso, ponderando las circunstancias del caso de acuerdo con un criterio o estándar jurídico⁽¹³³⁾. El art. 28 de la CN, inspirado en el art. 20 del Proyecto de Constitución de Juan Bautista Alberdi, establece, en palabras de Juan Francisco Linares, “...una limitación al arbitrio legislativo administrativo y judicial, de fuerza extraordinaria”, garantía del debido proceso sustantivo⁽¹³⁴⁾; Linares desarrolló en su tesis doctoral la garantía constitucional inominada en el derecho constitucional argentino, analizando la experiencia jurídica de la jurisprudencia argentina que recurre a fórmulas representativas de un estándar axiológico de razonabilidad y los antecedentes en el mundo anglosajón. El artículo 20 del Proyecto de Constitución de Alberdi y la tesis doctoral de Linares constituyen un aporte vernáculo altamente valorado en el derecho argentino⁽¹³⁵⁾. Como en el ordenamiento jurídico español acontece con la interdicción de la arbitrariedad, la razonabilidad trasciende “...un precepto concreto y organiza y da sentido a muchos” (García de Enterría, art. 9.3, CE). Ha destacado García de Enterría que Leibholz había partido de la construcción iusadministrativista del abuso de discrecionalidad o *Ermessensmissbrauch*, técnica más cercana al “*ecceso di potere*” italiano que al concepto estricto de desviación de poder francés, del *détournement de pouvoir*, para extender el concepto al legislador, y expresó el maestro español: “yo propongo la operación inversa, llenar con más contenido como es propio de las potestades administrativas, límites que se habían formulado para controlar al legislador...”⁽¹³⁶⁾.

La razonabilidad, como ha dicho Gordillo, es el punto de partida del orden jurídico⁽¹³⁷⁾, la piedra angular del ordenamiento jurídico argentino.

Como parámetro de razonabilidad o de proporcionalidad en sentido estricto se inspira la pauta o balance, costes-ventajas o beneficio, técnica que, como sostiene María Angélica Gelli, “resulta ser especialmente adecuado en materia ambiental”⁽¹³⁸⁾, con cita del caso “Salas, Dino” 2009; es una técnica o una forma de oponerse a un ejercicio poco razonable del poder discrecional en este orden

de consideraciones, en el trazado de una obra pública, una carretera que por razones de costos pueda afectar un parque público, resulta evidente el vicio de irrazonabilidad del acto que la ordena, y no una cuestión de “mérito” que el juez rehúsa controlar. En tal sentido, en el mundo jurídico de la cultura anglosajona Bernard Schwartz señaló que la revisión de la discrecionalidad es una materia esencial en un sistema que pretende ser gobernado por el Rule of Law, y entre los diversos casos que cita, se destaca “Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe”, 401 U.S. 402; en dicho caso el tribunal norteamericano declaró nula la decisión del Secretario de Transporte en la determinación de la traza de una carretera que pretendía fuera emplazada a través del parque Overton, dado que si bien legalmente se había atribuido dicho poder a la discrecionalidad del funcionario, este no había logrado satisfacer la demostración de una justificación a dicha traza “...que las rutas alternativas presentan problemas únicos”⁽¹³⁹⁾. En tal orden de ideas, Weil pondera que si la elección del trazado de una autopista es poco razonable, no sería una mera cuestión de oportunidad que escapa al control judicial y de acuerdo como ha pronunciado el Consejo de Estado francés⁽¹⁴⁰⁾; por ello, como ha expresado Juan Carlos Cassagne, la oportunidad debe guardar coherencia con la legalidad y la razonabilidad⁽¹⁴¹⁾. De acuerdo con las ideas de Carlos F. Balbín “...la discrecionalidad y la oportunidad son dos conceptos fuertemente entrelazados y casi imposibles de escindir en términos lógicos y prácticos”⁽¹⁴²⁾. Como dice Tomás Ramón Fernández, no es que el juez elija donde va a pasar la carretera, sino que el nombre del Derecho se pronuncia por donde no puede pasar⁽¹⁴³⁾. Y ello es así, porque el poder discrecional no se ha ejercido con fundamentos razonables, porque la solución elegida por la Administración no guarda una razonable proporción valorando los intereses relevantes. En la materia que convergen pluralidad de intereses resulta fundamental prevenir el conflicto judicial en sede administrativa; así ocurrió en la provincia de Buenos Aires con parte del trazado de la RP 6 (Tte. Gral. J. D. Perón), cuyo diseño recorría un camino lindero al Parque Pereyra Iraola. La vista del Fiscal de Estado⁽¹⁴⁴⁾ ponderando los intereses públicos relevantes, fundamentalmente el mandato constitucional que emerge del artículo 28 de la CP –norma que exige el deber jurídico de resguardar las áreas de importancia ecológica, de la flora y la fauna, en provecho de los habitantes de la Provincia y de las generaciones futuras–, se opuso a dicho trazado; previamente se celebró una audiencia pública cuyo debate fue fundamental para prevenir un conflicto judicial.

La SCBA efectúa también la verificación de los hechos, de los presupuestos fácticos y su encuadre normativo, mediante el control sobre la “causa” del acto administrativo; p. ej., entre muchos precedentes, el caso “Guardiola, L. M. c. Pcia. de Bs. As., DCA”, que fija esta línea de doctrina con relación a una invocada supresión del cargo y limitación de funciones y traslado: “...la causa resulta siempre un elemento reglado del acto y por lo tanto fiscalizable por los tribunales” y “...cuando los hechos y el derecho como antecedentes no existen, ello es causal de nulidad absoluta e insanable del mismo”.

Las consideraciones precedentemente expuestas procuran destacar el significativo aporte en el control de la legitimidad de los criterios o técnicas de control de la discrecionalidad, como la razonabilidad o proporcionalidad; y en la verificación del ajuste al ordenamiento jurídico de los requisitos y elementos que concurren en la formación del acto⁽¹⁴⁵⁾.

(133) Germán BIDART CAMPOS, “Derecho Constitucional”, Tº II, EDIAR, 1966, ps. 118 y ss.

(134) “Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía constitucional inominada”, 2º ed. actualizada, Ed. Astrea, 2015, p. 107.

(135) Jorge Reinaldo VANOSI destacó la obra de Linares en su estudio “La revisión de los abusos de derecho en el derecho público y la justiciabilidad de las desviaciones de poder”, ob. cit.

(136) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una Nota”, RAP, Madrid nº 124, enero-abril 1991, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, ps. 211, 216/217; la interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria, en el libro “Legislación Delegada. Potestad Reglamentaria y Control Judicial”, tercera edición, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1998, ps. 286 y ss.; Francisco RUBIO LLORENTE observó críticamente la noción de interdicción de la arbitrariedad incorporada a la Constitución de 1978, sosteniendo que la noción de interdicción de la arbitrariedad es acuñada por Leibholz en 1928 para ofrecer un criterio con el cual ponderar el respeto por el legislador del principio de igualdad, y entiende que la expresión incorporada en la Constitución española aparece constituida en un valor distinto “cuyo sentido no es fácilmente discernible”, en “Juez y Ley desde el punto de vista del principio de igualdad” en la obra colectiva “El poder judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa”, Vol. 5, Madrid, 1990, p. 108; ha dicho GARCÍA DE ENTERRÍA “La idea de la interdicción de la arbitrariedad es una evidente idea matriz del ordenamiento, remite inmediatamente, por ello mismo, al plano de valor de la justicia material, expresa con acierto que se trata de un auténtico control de fondo, que se contraponen sistemáticamente al control formal del respeto a la competencia, al procedimiento y al mero orden jerárquico de las normas, y tiene a la vez la misteriosa mezcla de precisión (que evita su disolución nebulosa) e indeterminación (que permite su dinamicidad y su superioridad de grado para dominar supuestos muy varios que es peculiar de los auténticos principios de derecho)”, en “La interdicción de la arbitrariedad reglamentaria”, ob. cit., ps. 286/287. Por su lado, Juan Carlos CASSAGNE ha dicho “...el concepto de arbitrariedad es amplio y comprende lo injusto, irrazonable e ilegal, fundado en la sola voluntad del funcionario, siendo uno de los límites sustantivos de la discrecionalidad”, en “El principio de razonabilidad y de interdicción de la arbitrariedad”, ob. cit.; CASSAGNE ha destacado la relación existente entre los artículos 19 y 28 de la CN, de la cual deriva una interdicción implícita de la arbitrariedad (ver su obra “El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa”, ob. cit., ps. 195 y ss.).

(137) GORDILLO, Agustín, “Tratado de derecho administrativo”, Tº I, ob. cit., cap. VI- 27.

(138) GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, sexta edición ampliada y actualizada, Thomson-Reuters, LL, Tº I, 2022, p. 661.

(139) SCHWARTZ, Bernard, “Administrative Law”, Third Edition, Little, Brown and Company, United States of America, 1.991, ps. 653 y ss., “Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe” (401 U.S. 402).

(140) “Derecho Administrativo”, ob. cit., p. 134.

(141) CASSAGNE, Juan Carlos, “El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa”, con prólogo de Jesús GONZÁLES PÉREZ, Marcial Pons, Buenos Aires, Madrid, Barcelona, 2.009, ps. 210/211.

(142) BALBÍN, Carlos F., “Tratado de derecho administrativo”, Tº I, LL, Bs. As., 2.011, p. 803.

(143) “Arbitrariedad y Discrecionalidad”, ob. cit., p. 122.

(144) LAMOGLIA, Carlos Marcelo, “La vista fiscal y los intereses del Estado comprometidos”, en “Dimensiones Jurídicas Bonaerenses”, Revista jurídica de la Fiscalía de Estado, N° 5, mayo 2024; en general sobre la vista fiscal el estudio de Carlos R. TRIBIÑO, “El fiscal de Estado”, Editorial Ábaco, de Rodolfo Depalma, ciudad de Buenos Aires, prólogo de Alberto B. BIANCHI.

(145) Las técnicas de control en el ejercicio de la potestad discrecional resultan ser de aplicación en los tribunales de justicia de las naciones iberoamericanas; en tal sentido, ver el estudio de Libardo RODRÍGUEZ R., “Los límites de la discrecionalidad administrativa: con-

VII. Conclusión. Una nueva época de la justicia administrativa

Como se dijo en el precedente inglés que hemos citado en lo pertinente “*Una persona investida de discrecionalidad debe ejercerla dentro de un campo de razonabilidad. La discreción no empodera a un hombre a hacer lo que guste por el solo hecho de que así lo desee, debe ejercer su discrecionalidad no para hacer lo que guste sino lo que debe. En otras palabras, debe, mediante el uso de su razón (razonabilidad) cerciorarse y seguir el curso que la razón indica. Él debe actuar razonablemente*” (Caso “Roberts v. Hopwood”, año 1925).

Las diversas técnicas que se aplican para verificar si el poder discrecional se ha ejercido sin abuso, con criterios fundados en la razón, considerando las cuestiones relevantes, si se han cumplido las garantías procedimentales y con el derecho a una decisión fundada, constituyen un acervo jurídico valioso de un derecho administrativo de un Estado de Derecho.

Hoy, con las bases constitucionales (arts. 15 y 166, 5° párrafo, CP), el Código Procesal Administrativo vigente y el fuero contencioso administrativo⁽¹⁴⁶⁾, hay un mundo de distancia con el antiguo proceso administrativo, y por cierto, se abre camino a un campo extraordinariamente fértil en el territorio de las nulidades y vicios del acto administrativo mediante la aplicación de esas incisivas técnicas de control de la discrecionalidad, que asignan un papel protagónico a los principios generales del derecho⁽¹⁴⁷⁾; técnicas que posibilitan depurar las infracciones

ceptos generales y evolución”, en RDA N° 121, enero-febrero, 2019, Abeledo Perrot, ps. 529 y ss; en particular, respecto al método de aplicación del principio de proporcionalidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia.

(146) El nuevo sistema de justicia administrativa consagra la tutela judicial efectiva, y consecuentemente se dio fin al protagonismo de la pretensión impugnatoria de actos y el principio revisor, con pluralidad de pretensiones y sustanciación de procesos urgentes; y un sistema descentralizado de justicia.

(147) Ver CASSAGNE, Juan Carlos, “*Sobre el Sistema de invalidez y los vicios del acto administrativo*” (a propósito de la doctrina que pretende borrar la distinción entre nulidad y anulabilidad), en ED, 174-960; y su estudio: “*El neoconstitucionalismo y su proyección al*

al ordenamiento jurídico de modo más intenso. El control sobre las extralimitaciones del poder constituye una de las funciones más importantes del derecho administrativo; y en tal orden de conceptos, es dable recordar y destacar que el recurso por *ecceso di potere* en Italia se nutrió de esas ideas que Silvio Spaventa sostuvo en el discurso de Bérgamo (“La Justicia en la Administración”). La teoría del exceso de poder ha gravitado en la consolidación de una concepción antiautoritaria en el derecho administrativo. El derecho administrativo que surgió en Occidente, como ha dicho Garrido Falla, “...es una consecuencia del tipo histórico conocido con el nombre de Estado de Derecho. Sus dogmas están también en la base del Derecho administrativo...”⁽¹⁴⁸⁾; su historia, la evolución de su ciencia, es sustancialmente, la lucha contra la arbitrariedad, el cercenamiento de la arbitrariedad, conquista que comienza con la legalización general del poder, haciendo efectivas las garantías y derechos, que el constitucionalismo en las normas fundamentales consagra en protección jurídica de las personas.

VOCES: DERECHO ADMINISTRATIVO - DERECHO CONSTITUCIONAL - PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO - CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - CONSTITUCIÓN NACIONAL - EMPLEADOS PÚBLICOS - ACTO ADMINISTRATIVO - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - JURISPRUDENCIA - DERECHO PÚBLICO

acto administrativo”, ob. cit. Por su lado, Oscar Álvaro CUADROS ha considerado que “*Las categorías de validez y nulidad del acto han envejecido*” y propicia su reemplazo por estándares de arbitrariedad o razonabilidad, “...*criterios de confrontación dinámica que resulten más aptos para facilitar el control en general y la revisión judicial, en particular*”; ver su desarrollo en su libro “*Derecho Administrativo*”, Ed. Astrea S.R.L., Buenos Aires 2021, especialmente capítulo VI, ps. 101 y ss.; su concepción parece nutrirse de un enfoque común con las ciencias administrativas; estimo que la construcción clásica de los vicios y los elementos, nutrida con los principios generales del derecho y un método conceptual corregido por la ponderación de intereses como ha sostenido Garrido Falla, le asigna dinamicidad y certidumbre a la teoría de las nulidades del acto administrativo.

(148) GARRIDO FALLA, Fernando, “*Las transformaciones del régimen administrativo*”, ob. cit., p. 19.

Razón práctica y discrecionalidad de la administración

por CARLOS GUARIGLIA

1. En otra ocasión he estudiado la cuestión del título⁽¹⁾, y en este caso, como he seguido meditando sobre dicha temática, aun a riesgo de ser repetitivo, me propongo volver a ella con nuevos enfoques o revisión de los empleados.

Este es uno de los casos donde se evidencia que, pese a que ambas nociones pertenecen a campos gnoseológicos diversos, pueden visualizarse puntos de convergencias entre ellas.

La primera pertenece a la filosofía y a la iusfilosofía, en tanto que discrecionalidad y buena administración se examinan en el ámbito del derecho administrativo.

No obstante tal correlación, en ocasiones se advierte que en los Centros superiores de enseñanza, por lo general al influjo del menguado positivismo jurídico, se priorizan las disciplinas dogmáticas y solo a la finalización de la currícula, se estudia Filosofía del derecho o Teoría general del Derecho en los comienzos.

Entiendo que el futuro jurista no puede ignorar las principales corrientes que se analizan en el terreno de la iusfilosofía como bien lo ha sostenido R. Vigo⁽²⁾, en tanto corre el riesgo, nada menos, entre otras temáticas, de ignorar el rol de la moral en el derecho y, en nuestro caso, de la razón práctica y de la prudencia jurídica.

Agrego que, igualmente, ello enriquece la formación del jurista puesto que le permite asumir una visión tan amplia como profunda del Derecho, sin desconocer los aspectos doctrinarios y/o dogmáticos de cada disciplina jurídica⁽³⁾.

Mosset Iturraspe⁽⁴⁾, hace décadas, aludiendo al trabajo del jurista, advirtió: “*Crea el Derecho, lo aplica, lo enseña, lo investiga si antes haberse detenido a meditar sobre el Hombre, su origen y su destino. O bien, lo hace convencido de que su quehacer de jurista nada tiene que ver con ‘esta cosmovisión’*”.

Luego agregó “...cuando a un hombre de Derecho con tamaño despreocupación se le hace ver el sentido filosó-

fico y político que encierran las tesis que sustenta suele quedar perplejo, atónito; no sabía, de ningún modo, que estaba haciendo filosofía o asumiendo una postura filosófica o siendo corifeo de una concepción política”.

Es que, precisamente, el operador jurídico puede transmitir en su discurso una posición positivista, iusnaturalista, constructivista, kantiana, etc., o seguir anclado en el Estado legal de Derecho, decimonónico, sin siquiera tener conocimiento acerca del contenido de cada una de dichas corrientes, y, si lo tiene, no lo aplica o tampoco le interesa.

Así, mediante una interpretación literal de los textos, puede argumentar transcribiendo el contenido de un acto regla, los textos que invoca y aplica, y hasta realizar una subsunción a partir del supuesto fáctico y la consecuencia jurídica, teniendo una visión solo preliminar de la iusfilosofía y del positivismo jurídico, o de cualquier otra corriente iusfilosófica.

De igual forma, aquel que se apoya en los principios generales del derecho, la dignidad de la persona, los derechos humanos como derivados de ella, etc., desconociendo que acude a nociones propias del realismo jurídico clásico o del iusnaturalismo.

2. Debo consignar que, en este trabajo, tanto el estudio de la razonabilidad práctica como de la prudencia jurídica pueden resultar, si se quiere, excesivos.

Aun a riesgo de ello, estimo que la conexión de nociones iusfilosóficas con conceptos doctrinarios emergentes en este caso del Derecho administrativo requieren un grado de estudio difícilmente acotado a una argumentación sucinta por razones de seriedad de quien esto escribe y respeto a los iusfilosofos.

Veamos, entonces, qué se ha entendido por razón práctica, luego por prudencia jurídica, para finalizar con la relación que encuentro existe de ambas con la discrecionalidad administrativa.

Razón práctica y prudencia jurídica son términos íntimamente vinculados en tanto ambas hacen referencia a lo *agible*.

Tanto la razón práctica como la prudencia jurídica abrevan en el pensamiento de Tomás de Aquino y Aristóteles.

El Aquinate⁽⁵⁾ enseñó que el saber práctico conoce la verdad como la conoce también el especulativo, pero ordena a la acción la verdad conocida.

Proclama la íntima conexión entre el Derecho y la razón; ello se verifica al definir la ley como “ordenación de la razón” (“ordinatio rationis”) y al designar el saber prudencial jurídico como la matriz del Derecho concreto⁽⁶⁾.

Enseña, asimismo, que la razón humana es una sola, tanto actúe en forma teórica como práctica.

La razón teórica es contemplativa, vale decir, se propone conocer la verdad para observar lo real. Así sucede con las matemáticas, la química o la física, por ejemplo.

Y la razón es práctica cuando la verdad es aprehendida para dirigir la acción del hombre.

No se trata solo de conocer la verdad, sino también dirigir la acción del hombre de conformidad con esa verdad conocida.

Por tanto, el objetivo que persigue la razón práctica es la recta orientación de la vida humana en las diversas facetas de su acción⁽⁷⁾.

En el ámbito de la diversidad axiológica, muchas veces en conflicto, a través de la razón, se trata de escoger aquellos comportamientos que más se ajusten al fin debido.

Y este no es cualquier fin, sino el debido, es decir, el que por naturaleza corresponde, esto es, conforme con la ley natural⁽⁸⁾.

(5) Tomás de Aquino, Summa Theologica I q 14 a 16. Biblioteca de autores cristianos. Madrid. 2011.

(6) Rodolfo L. Vigo. Prudentia Iuris. Número Aniversario. 2020, págs. 79-95.

(7) Angela Aparisi Miralles. Razón práctica y praxis jurídica. Algunas reflexiones. Persona y Derecho. Vol. 74. Universidad de Navarra. 2017, págs. 149 y ss.

(8) Se podrá decir que estas enseñanzas que provienen del realismo jurídico clásico son teóricas y utópicas, porque la realidad del mundo nos ofrece un panorama distinto. Esto es así. Sin embargo, siempre es aconsejable insistir en lo bueno que hace a la ley natural, y no lamentarse solo de la tragedia humana.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *La confianza legítima*, por PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO, ED, 177-894; *Orientaciones para interpretar los criterios económicos de la Constitución Nacional*, por JOSÉ A. GIMÉNEZ REBORA, ED, 208-84; *La tutela del derecho a la vivienda de las personas en situaciones de extrema vulnerabilidad y el control de razonabilidad de las políticas públicas habitacionales de la CABA*, por ALFONSO SANTIAGO e ISABEL ZORRAQUÍN, ED, 248-644; *Reseña acerca de la discrecionalidad administrativa en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de los últimos treinta años*, por MARÍA SUSANA VILLARRUEL, EDA, 2011-624; *Profecías o sorpresas: derechos y garantías en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, por ESTELA B. SACRISTÁN, ED, 248-1092; *Control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa*, por AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ, EDA, 2011-597; *Algunas reflexiones y cuadros sobre las fuentes del derecho referidas a derechos económicos, sociales y culturales, en el desconcierto de juristas y ciudadanos*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2012-283; *La discrecionalidad administrativa en función del contexto interno y externo*, por MARTÍN BARTRA, EDA, 2012-449; *Apostillas sobre el caso “B.” (y un recuerdo de lo escrito por Bidart Campos sobre el control judicial)*, por PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO, EDA, 2014-333; *Algunas breves reflexiones en torno a la discrecionalidad administrativa y su control judicial*, por GUSTAVO E. SILVA TAMAYO, EDA, 2016-518; *El principio de razonabilidad (¿proporcionalidad?) en el derecho administrativo sancionador. Con especial referencia al empleo público*, por PEDRO J. J. COVIELLO, EDA, 2016-461; *Confianza legítima y discrecionalidad de la Administración*, por CARLOS E. GUARIGLIA, EDA, 2017-635; *Licitación y concurso públicos de etapa múltiple: el recurso a ellos, ¿potestad reglada o discrecional de la Administración?*, por EMMANUEL BARRIONUEVO, EDA, 2017-684; *Ejercicio de facultades discrecionales por parte de la administración pública y su control judicial*, por ESTEFANÍA VICTORIA RUIJ, EDA, 2018-536. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(1) Carlos E. Guariglia. El Fundamento Iusfilosófico del Derecho Administrativo. UCA-UCU. Buenos Aires. 2016, págs. 216 y ss.

(2) Rodolfo L. Vigo. Por qué los juristas deben estudiar Filosofía del Derecho. La Ley Thomson Reuters. Buenos Aires. La Ley, 2022-F-571.

(3) Conozco excepciones como es el caso de P. Coviello. Una introducción iusnaturalista del derecho administrativo. Estudios de Derecho Administrativo en homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira, bajo la dirección del profesor Juan Carlos Cassagne. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. 2009. Derecho administrativo y ética. Una visión luego de treinta y cinco años. Prudentia Iuris. Nro. 80. año 2015. Alfonso Santiago. Bien común y derecho constitucional, el personalismo solidario como techo ideológico del sistema político. 2002. También En las fronteras del Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho. Buenos Aires. Marcial Pons. 2010.

(4) Jorge Mosset Iturraspe, en Prólogo al libro de Carlos I. Massini Correas, La Desintegración del Pensar Jurídico en la Edad Moderna, Abeledo-Perrot, Buenos Aires. 1980, pág. 9. Este texto lo he transcrito en otros trabajos. Lo reitero, porque mantiene plena actualidad.

La razón práctica, en suma, se caracteriza por reconocer que la razón humana puede llegar a conocer al menos los rasgos esenciales, o dimensiones fundamentales de la perfección humana y en consecuencia de aquello que es bueno para alcanzarla⁽⁹⁾.

No se trata de contemplar lo real, sino de la transformación de lo real: es el caso de la filosofía moral, la filosofía del arte o la ciencia política.

Aristóteles⁽¹⁰⁾, había diferenciado entre el saber teórico y el práctico, siguiendo al Aquinate.

Enseña que “es propio de un hombre prudente el ser capaz de deliberar sobre lo bueno para sí y lo que le conviene –no parcialmente, como por ejemplo, qué cosas lo son con vistas a la salud o al vigor– sino qué cosas lo son en general con vistas a vivir bien”.

“Luego queda que sea una disposición verdadera, acompañada de razón, relativa a la práctica en cosas que son buenas y malas para el hombre.”

Escribe Vigo⁽¹¹⁾ que “la vida moral de los hombres cuenta con la prudencia como virtud de la razón práctica que tiene por objeto señalar e imperar el bien concreto y posible, funcionando como una especie de puente entre las exigencias universales y permanentes y las exigencias contingentes e históricas.

Conforme con Aristóteles⁽¹²⁾, entonces, la prudencia es la virtud de la inteligencia mediante la cual se puede resolver acerca de los bienes y males que encaminan a la felicidad; la prudencia es el género próximo de las virtudes intelectuales.

Pero se trata de una virtud no solo intelectual sino también moral, que deriva de la razón práctica, conformando el instrumento en el que debe apoyarse el jurista para dirimir situaciones de injusticias cualesquiera sean ellas.

El prudencial es el sexto grado de conocimiento jurídico, “que partiendo del conocimiento universal de los principios y de las leyes del obrar, llega a su aplicación concreta con las circunstancias del caso”.

Por ende, por un lado es cognoscitiva, es decir, aprehende la realidad, y por otro, ordena el querer y el obrar, esto es, deviene imperativa.

No es ni un nuevo conocer o un saber informativo, siendo lo esencial de ella que en forma inmediata se transforma en consumación de la acción. Por tanto, el conocimiento prudente sin juicio deliberativo y sin más imperio, conforma un juicio o una acción imprudente, de acuerdo con cada caso.

Del mismo modo, aquel que solo delibera y no accede al plano imperativo permanece en el nivel cognoscitivo de la prudencia, pero no arriba al ordenativo.

Como observa Massini Correas⁽¹³⁾, la prudencia es un saber dirigido intrínsecamente al bien del hombre, el cual a través de ella no solo hace bien la obra, sino que se hace bien a sí mismo, se dimensiona en su dimensión más específica.

Afirma el Aquinate⁽¹⁴⁾ que entonces la prudencia es la virtud más necesaria para la vida humana, porque vivir bien consiste en obrar bien.

Pero para que alguien obre bien, no solo se requiere la obra que se hace, sino también el modo de hacerla, es decir que obre conforme a recta elección, y no por el impulso o la pasión.

Por eso ha señalado: “la verdad del entendimiento práctico se obtiene por la conformidad con el apetito recto, conformidad que no tiene lugar en las cosas necesarias, que no dependen de la voluntad humana, sino tan solo de las cosas contingentes, que pueden ser hechas por nosotros bien se trate de lo agible interior, bien se trate de lo factible exterior. La prudencia, por ende, se da sobre lo agible”⁽¹⁵⁾.

De acuerdo con su pensamiento, para Tomás de Aquino, en síntesis, la prudencia es el instrumento de la recta razón, vale decir, la regla y medida en orden a dar a cada

uno lo suyo, es decir, lo justo debido, sin privar al otro de lo suyo.

La razón es el instrumento de que dispone el hombre para escoger los medios en orden al fin debido que consiste en el bien común, con lo cual, como se dijo, contribuye a su propio perfeccionamiento y al de los demás.

En sentido similar, Aristóteles afirmó que el rasgo distintivo del hombre prudente consiste en ser capaz de deliberar y de juzgar de una manera conveniente, sobre las cosas que pueden ser buenas y útiles para él, no sobre conceptos particulares, sino respecto de aquellas cosas que debe en general contribuir a su virtud y felicidad.

La prudencia, por ende, es una facultad que, descubriendo lo verdadero, obra con auxilio de la razón en todas las cosas que son buenas o malas para el hombre; porque el objeto de la producción es siempre diferente de la cosa producida, y por el contrario el objeto de la acción es siempre la acción misma, pues el fin que ella se propone puede ser únicamente el obrar bien.

La riqueza conceptual que nos legaron los clásicos donde, como se sabe, la prudencia se encuentra atada a la razón práctica, fue objeto de desplazamiento y desconocimiento, en lo que refiere a su calidad jurídica.

El Estado legal de Derecho, Estado liberal burgués, o decimonónico, surgido de la Revolución Francesa, gestó un Estado legalista, dogmático, exegético, formalista y voluntarista en el cual imperaba la ley y no el Derecho, el legislador era poseedor de una voluntad infalible, la Constitución era meramente programática y el juez cumplía una función mecanicista; en fin, la última ratio del Derecho lo constituía la ley.

Por ende, desconoció tanto la razón práctica como la prudencia jurídica, aferrado a un logicismo cientificista.

Regía como corriente iusfilosófica, el positivismo jurídico decimonónico predicado por Savigny, y luego el positivismo keynesiano, donde la razón práctica era ignorada puesto que cualquier contenido podía ser Derecho, y la última ratio del Derecho se encontraba en la norma hipotética fundamental de Kelsen o de reconocimiento de H. L. A. Hart.

Tales corrientes, por supuesto, estaban muy lejos de las enseñanzas de Tomás de Aquino y de Aristóteles, y por ende del realismo jurídico clásico.

Ahora bien, como es sabido, concluida la Segunda Guerra Mundial en el siglo XX, a partir de los juicios de Núremberg y el llamado giro de Radbruch, se genera una profunda transformación del Derecho, en especial del Público produciéndose luego el surgimiento de un nuevo paradigma estatal y posteriormente del llamado neoconstitucionalismo.

3. El Estado de Derecho Constitucional y Democrático, en lo que aquí interesa, presenta como rasgos principales la inserción de valores y principios en las Constituciones que asumen un contenido valorativo o axiológico, como consecuencia, de un mayor desarrollo de la novel parte dogmática de la Constituciones, la importancia del cognositivismo ético, el tránsito de la ley al Derecho, y en particular los derechos humanos, como principios morales supra positivos que emergen de la dignidad de la persona humana, por ende solo declarados, no reconocidos sino garantizados.

A ello contribuyeron sustancialmente los Tratados sobre Derechos humanos y su tutela por Cortes Internacionales, al extremo que algunos autores sostienen que el Estado Constitucional de Derecho, ha sido superado por el Estado Convencional de Derecho.

Todo este movimiento ha dado lugar a la llamada rehabilitación de la razón práctica, y por ende, a la inserción de la moral en el Derecho.

Siguiendo a R. Vigo⁽¹⁶⁾, esa rehabilitación de la razón práctica, ya sea desde una concepción kantiana o aristotélica tomista, viene “a reconocer que la razón puede respondernos algunas preguntas de índole moral o axiológica, y esas respuestas se traducen en el ámbito sustancial pero también formal y procedimental.

La razón práctica, axiológica, moral o ética permite desde el plano de los valores, juzgar desde el bien o axiológicamente, a las conductas, y por extensión, su resultado como instituciones, hábitos, etc.⁽¹⁷⁾.

(16) Rodolfo L. Vigo. Del voluntarismo jurídico a la razón práctica en el derecho. Prudentia Iuris, Número Aniversario, 2020, págs. 79-95.

(17) En la concepción kantiana, mientras la razón teórica es aquella que nos permite discernir qué es lo que podemos conocer, la razón práctica nos indica cómo debemos actuar.

(9) Carlos I. Massini Correas. Razón práctica y objetividad del derecho. Sapientia. Buenos Aires. V. 5 2004, págs. 226 y ss.

(10) Aristóteles, Acerca del alma. Libro III, caps. II y III. Biblioteca de Obras Maestras del Pensamiento. Buenos Aires. 2004.

(11) Rodolfo L. Vigo, La Ley Natural y la ciudad (Razón práctica) en el Estado de Derecho Constitucional. (Proyecciones Teóricas: Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo y realismo jurídico, Coincidencias y diferencias). UCA. Buenos Aires. 2015, pág. 247.

(12) Carlos I Massini Correas. La prudencia jurídica. Una introducción a la gnoseología del Derecho. Lexis Nexis. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2006, pág. 41.

(13) Vide Carlos I. Massini Correas, La Prudencia Jurídica. Una introducción, pág. 41.

(14) Santo Tomás de Aquino S. Th. II-II c.57 a 4.

(15) Santo Tomás de Aquino Suma Teológica, ob. cit., pág. cit.

Se rehabilita el pensamiento de Aristóteles y del realismo jurídico donde la prudencia es la primera de las virtudes, es decir, una virtud intelectual, concretamente del intelecto práctico, que tiene por objeto establecer y prescribir lo que es recto en el obrar propiamente humano.

4. Veamos, entonces, cómo es posible aplicar estas ideas a un instituto propio del Derecho administrativo, como lo es la actividad discrecional de la Administración.

No ingreso a la problemática respecto a las definiciones de la discrecionalidad, como tampoco a la determinación acerca de los tipos de discrecionalidad que ha diferenciado la doctrina.

Tomo la definición de Brito⁽¹⁸⁾, quien enseña que la discrecionalidad “entraña como la prudencia, la aplicación de reglas de la moralidad que alcanzan a la Administración en los casos singulares de la vida en que ella está llamada a actuar, determinando un juicio sobre el acto a producir y a la vez moviendo el querer u obrar en conformidad con ese juicio”.

Y agrega: “la prudencia es una virtud intelectual y, por tanto, dice siempre la verdad en la medida en que su juicio procede de la voluntad recta”.

Define la discrecionalidad como la aptitud de apreciación del cuándo del obrar administrativo, esto es, el proceso de apreciación previo para determinar la gestión oportuna y eficaz.

La posición de Brito, fiel a su concepción iusnaturalista al referirse a la prudencia, introduce la filosofía moral en el comportamiento de la Administración y la voluntad recta, lo que equivale a la razón práctica prudencial ordenada al bien común.

Pues bien, como la elección es acerca de los medios para conseguir un fin, la rectitud de la elección exige dos condiciones que son el fin debido y el medio convenientemente ordenado al fin debido.

Esa concatenación, entre el medio adecuado y el fin debido, requiere de la razón, ya que deliberar y elegir, versan sobre los medios y son actos de la razón.

Sin ingresar a otras definiciones sobre la discrecionalidad administrativa, rescato, el empleo de términos tales como: “apreciación”, “posibilidad de elección racional”, “margen de arbitrio”, “libertad”, “valoración”, “elección libre”, etc.

Precisamente, Rotondo Tornaría⁽¹⁹⁾ alude a la “esfera de apreciación de la finalidad del actuar”, de lo cual se desprende que tal apreciación –acto voluntario– implica el empleo de la razón práctica prudencial que como virtud humana (Aristóteles) orienta la conducta.

“Apreciar”, “valorar”, “margen de arbitrio” no conforman términos dotados de abstracción, sino que por el contrario intentan orientar la acción, en este caso de la Administración, en función de la razón prudencial y expresan el juicio deliberativo previo que realiza el agente.

La razón práctica, además escoge los medios y fines en orden al fin perseguido, se la llame interés general o bien común⁽²⁰⁾.

Entiendo, por tanto, que sea la razón práctica como la prudencia, son elementos enlazados con la discrecionalidad administrativa. Incluso su aplicación se articula con el concepto de buena administración.

Admito, sin embargo, que la visión iusfilosófica de la discrecionalidad administrativa no ha merecido demasiada atención, no obstante emplearse expresiones como prudencia y razonabilidad que comportan el ingreso de la filosofía moral en las cuestiones jurídicas. De pronto, puede haberse entendido que ello deviene innecesario.

El obrar discrecional implica el empleo de “razones” que son aquellas que dan fundamento a la acción inteligente, motivada en esencia por un bien humano básico (Finnis).

Si la actividad discrecional de la Administración implica optar entre diversas alternativas posibles y legítimas esa “apreciación”, “valoración” o “elección libre” debe estar apoyada en la justificación argumental de la cual

emerja en forma clara y precisa la alternativa escogida a través de la razón.

El juez, ante la apreciación de alternativas igualmente validas, no puede ignorar esos imperativos universales y permanentes que hacen a la esencialidad radical de la persona, es decir, a su naturaleza racional, social y política, en tanto la Administración ontológica y deontológicamente se encuentra al servicio del individuo.

Lo realmente relevante significa entender que la razón práctica así como la prudencia introducen en el concepto de discrecionalidad administrativa, la valoración moral y axiológica, que por ejemplo, inspiran a los principios generales del derecho como límites de la discrecionalidad.

Estos conceptos sobre razón práctica y prudencia jurídica, aunque no formen parte de una definición de la discrecionalidad administrativa, se encuentran insertos en ella.

La elección entre alternativas igualmente válidas no implica admitir que la Administración pueda actuar de manera irracional e imprudente, con una errónea elección de medios, así como de fines, delineando la figura de la arbitrariedad.

De pronto, podría entenderse que la filosofía moral y la axiología sobrevuelan el concepto de discrecionalidad, a la luz de las calificaciones aludidas.

Pero es indudable que dentro de un orden jurídico, la discrecionalidad de la Administración no puede ser examinada solo en función del aporte doctrinario o dogmático si lo hubiera, porque el comportamiento como *debe ser*, siempre entraña el obrar ético y valorativo.

Un acto administrativo derivado del accionar discrecional de la Administración puede entonces ser anulado por una errónea elección de los medios en relación con los fines, es decir, por desviación, exceso o abuso de poder, en detrimento del fin debido.

Por consiguiente, la razón práctica induce a la Administración a obrar conforme a lo justo aplicando para ello el principio de razonabilidad, como sus subprincipios de idoneidad, necesidad y razonabilidad en sentido estricto (pesos y contrapesos).

Vulnerar, por consiguiente, los principios de la razón práctica como de la prudencia implica una vulneración de lo justo administrativo⁽²¹⁾.

La argumentación justificadora es primordial en la actividad discrecional, porque por tratarse de un acto volitivo, la exigencia de fundamentación es mayor, en los términos ya señalados, es decir que el obrar debe ser honesto, consistente, racional y convincente, sin perjuicio de que la conducta de la Administración se entienda se apoya en la legalidad.

La discrecionalidad de la Administración, sin perjuicio de los aspectos dogmáticos o doctrinarios, vista desde el ángulo de la iusfilosofía introduce un componente, como se dijo, moral y axiológico que no puede ser ignorado por el juez del contencioso administrativo, el que al apreciar el cuándo del obrar administrativo, debe asimismo, examinar, como se dijo, los medios y fines desde la óptica de la razón práctica y de la prudencia, apoyadas en la regla de la recta razón.

Por ende, la aptitud de apreciación previa, para la determinación de la gestión oportuna y eficaz, entraña la elección de medios y fines ajustados a la prudencia y a la razón práctica, todo ello apoyado en el contexto argumentativo justificatorio de apreciación del cuándo y también del cómo del obrar administrativo.

Y esa justificación no solo es algo que se apoya en un silogismo lógico formal, necesario pero insuficiente, sino que conforma la expresión de un enunciado válido, correcto, plausible y verdadero y por ello implica la moralidad del comportamiento administrativo y allí reside la esencia de la buena administración.

VOCES: DERECHO ADMINISTRATIVO - DERECHO CONSTITUCIONAL - PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO - CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - CONSTITUCIÓN NACIONAL - EMPLEADOS PÚBLICOS - ACTO ADMINISTRATIVO - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS - ACTO ADMINISTRATIVO - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - JURISPRUDENCIA - DERECHO PÚBLICO

(18) Mariano R. Brito. La aptitud del acto para el fin debido: supuesto de principio en que reposa la discrecionalidad, en Derecho administrativo. Su permanencia-contemporaneidad-prospectiva Montevideo. UM, págs. 435-436.

(19) Felipe Rotondo Tornaría. Manual de Derecho Administrativo. Novena edición. Montevideo. Abril. 2015, págs. 313-314.

(20) Carlos E. Guariglia. El Fundamento iusfilosófico del Derecho Administrativo. Ob. cit., págs. 181 y ss.

(21) Expresión que atinadamente ha empleado en distintos trabajos Augusto Durán Martínez.

Recurso Extraordinario:

Salto de instancia: inadmisibilidad; decreto de necesidad y urgencia; Cámaras del Congreso; tratamiento inmediato; configuración de caso o controversia; rechazo; legitimación procesal; gravedad institucional; ineficacia.

1 – *La acción cuyo objeto reside en exigir el mero cumplimiento de la legalidad –compeler a las Cámaras del Congreso de la Nación a que se aboquen al inmediato tratamiento de un decreto de necesidad y urgencia conforme ley 26.122– sin que se explique cuál sería la afectación concreta y particularizada que tendría el apelante es insuficiente para tener por configurado un caso o controversia, en los términos de los arts. 116 de la CN y 2º de la ley 27, así como también de la clara y constante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.*

2 – *La admisibilidad del recurso extraordinario se encuentra subordinada a la existencia de un caso o controversia en los términos de los artículos 116 de la CN y 2º de la ley 27 y dicho requisito surge de los principios del ordenamiento constitucional argentino y resulta aplicable al recurso previsto en el art. 257 bis y ter del CPCCN.*

3 – *La pretendida calidad de titular de una porción de la soberanía popular resulta indistinguible de la condición de ciudadano a la que la Corte Suprema de Justicia ha desconocido invariablemente legitimación para demandar.*

4 – *La noción de gravedad institucional que, según la ha definido la Corte Suprema de Justicia, se refiere a aquellas situaciones que exceden el interés de las partes y atañen al de la comunidad requiere la existencia de partes y, en consecuencia, la de un caso, por lo que la alegación por el recurrente resulta ineficaz para habilitar la intervención de la Corte Suprema de Justicia. M.A.R.*

CS, abril 23-2024. – Gil Domínguez, Andrés c. Estado Nacional s/ proceso de conocimiento (CAF 1794/2024/1/RS1).

Buenos Aires, 23 de abril de 2024

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal nº 1 desestimó por ausencia de legitimación activa y, por consiguiente, de “caso” o “controversia”, el “proceso autosatisfactivo” promovido con el objeto de que se ordene a la Cámara de Diputados y a la Cámara de Senadores del Congreso de la Nación que en el plazo de treinta (30) días hábiles se aboquen al expreso e inmediato tratamiento del decreto de necesidad y urgencia 70/2023, a efectos de su aprobación o rechazo en los términos de la ley 26.122. Contra esa decisión el actor interpuso recurso extraordinario por salto de instancia.

2º) Que, en lo que aquí interesa, el recurrente argumenta que el juez de grado “confundió a los efectos de habilitar la legitimación procesal activa del proceso autosatisfactivo, la calidad de ‘ciudadano’ (vinculada a la aptitud de cuestionar judicialmente una norma) respecto de la calidad de ‘integrante del pueblo argentino como sujeto colectivo titular de la soberanía popular’ (vinculada con el cumplimiento de las Cámaras del Congreso de la Nación de ejercer el control político ulterior en un plazo razonable)”. Señala que “como integrante del pueblo argentino titulariz[a] la correspondiente ‘porción de soberanía popular’ en igual condición que el resto de las personas para instar ante el Poder Judicial federal que los representantes del pueblo deliberen en las condiciones establecidas por la Constitución argentina para determinar la validez o invalidez de un decreto de necesidad y urgencia. Si esto no se reconociese entonces el pueblo y la soberanía popular se transformarían en una mera entelequia o ilusión conceptual vacía de contenido epistémico y aplicaciones concretas”. Destaca que la omisión de ambas Cámaras de realizar el control político ulterior del decreto de necesidad y urgencia 70/2023 genera una objetiva situación de gravedad institucional que afecta al pueblo argentino como titular de la soberanía popular. Para concluir afirma que “Si un integrante del pueblo argentino que titulariza la soberanía popular no posee ni siquiera la aptitud pro-

cesal de instar ante la justicia que sus mandatarios cumplen con las obligaciones de control [...] entonces [...] el pueblo y la soberanía popular son una mera entelequia ficcional para ‘entretener’ a las masas y hacerles creer que viven en una democracia representativa”.

3º) Que la admisibilidad del recurso extraordinario se encuentra subordinada a la existencia de un caso o controversia en los términos de los artículos 116 de la Constitución Nacional y 2º de la ley 27 (Fallos: 306:1125; 334:236; 342:853, entre otros). Dicho requisito surge de los principios del ordenamiento constitucional argentino y resulta aplicable al recurso previsto en el artículo 257 bis y ter del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

4º) Que la pretendida calidad de titular de una “porción de la soberanía popular” resulta indistinguible de la condición de ciudadano a la que este Tribunal ha desconocido invariablemente legitimación para demandar (arg. de Fallos: 321:1252, con cita de “Schlesinger v. Reservists Committee to Stop the War”, 418 U.S. 208, especialmente págs. 222, 226/227; Fallos: 322:528; 324:2048; 333:1023; 345:191; CAF 48194/2023/1 /RH1 “Rizzo, Jorge Gabriel y otro c/ EN - DNU 70/23 s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 16 de abril de 2024). La pretensión del actor consiste en compeler a las cámaras del Congreso de la Nación a que procedan de acuerdo a las que serían las exigencias establecidas en una ley, con la invocada finalidad de evitar que “el pueblo y la soberanía popular” se transformen “en una mera entelequia o ilusión conceptual”. Es decir, el objeto de la acción implica exigir el mero cumplimiento de la legalidad, sin que se explique cuál sería la afectación concreta y particularizada que tendría el apelante. Tal situación resulta insuficiente para tener por configurado un caso o controversia, en los términos de los ya citados artículos 116 de la Constitución Nacional y 2º de la ley 27, como así también de la clara y constante jurisprudencia de esta Corte ya recordada.

5º) Que, finalmente, la existencia de la gravedad institucional alegada por el recurrente resultaría ineficaz para habilitar la intervención de esta Corte fuera de un caso o controversia. La propia noción de “gravedad institucional” que, según la ha definido este Tribunal, se refiere a “aquellas situaciones que exceden el interés de las partes y atañen al de la comunidad” (Fallos: 286:257; 306:480; 307:919; 346:1070, entre otros) requiere la existencia de “partes” y en consecuencia la de un “caso” (Fallos: 345:1531 y causa CAF 48194 /2023/1/RH1 “Rizzo, Jorge Gabriel”, ya citada, entre muchos otros), lo que en estos obrados no se presenta.

Por ello, se declara inadmisibile el recurso por salto de instancia interpuesto. Notifíquese y archívese. – *Horacio D. Rosatti. – Carlos F. Rosenkrantz. – Juan C. Maqueda. – Ricardo L. Lorenzetti.*

Competencia:

Competencia originaria de la Corte Suprema: improcedencia; demanda promovida por una empresa de salud contra una provincia; domicilio; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; pago de facturas por servicios médicos prestados a pacientes; leyes locales.

1 – *Resulta ajena a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia la demanda promovida por una empresa de salud, con domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, contra una provincia a fin de obtener el pago de facturas por servicios médicos prestados a pacientes derivados por la demandada, toda vez que la pretensión se rige por el derecho público local (del dictamen de la PROCURADORA FISCAL al que la Corte Suprema se remite en razón de brevedad).*

2 – *No corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia la demanda promovida por una empresa de salud, con domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, contra una provincia a fin de obtener el pago de fac-*

turas por servicios médicos prestados a pacientes derivados por la demandada, pues para resolver el pleito se debería examinar, sustancialmente, normas y actos locales, interpretándolos en su espíritu y en los efectos que la soberanía local ha querido darles, lo que determina que sean los jueces provinciales los que tengan a su cargo el conocimiento y la decisión de tales cuestiones (del dictamen de la PROCURADORA FISCAL al que la Corte Suprema se remite en razón de brevedad).

3 – Para que proceda la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia establecida en los arts. 116 y 117 CN, y reglamentada en el art. 24, inc. 1º, del decreto-ley 1285/58, en los juicios en que una provincia es parte, resulta necesario, además, examinar la materia sobre la que versa el pleito, es decir, que se trate de una causa de manifiesto contenido federal o de naturaleza civil, en cuyo caso resulta esencial la distinta vecindad o nacionalidad de la contraria, quedando excluidos de dicha instancia aquellos procesos que se rigen por el derecho público local (del dictamen de la PROCURADORA FISCAL al que la Corte Suprema se remite en razón de brevedad). M.A.R.

CS, mayo 7-2024. – Angio Salud S.A. c. Gobierno de la Pcia. de Santa Cruz - Ministerio de Asuntos Sociales s/cobro de sumas de dinero (CCF 7058/2014/CS1).

DICTAMEN DE LA SEÑORA PROCURADORA FISCAL ANTE LA CORTE: I. El señor presidente de la firma Angio Salud S.A., con domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, promovió demanda, ante el Juzgado Civil y Comercial Federal Nº 2, contra la Provincia de Santa Cruz –Ministerio de Asuntos Sociales–, a fin de obtener el pago de la suma de pesos ciento cuarenta y seis mil novecientos noventa (\$ 146.990), por el cobro de diversas facturas que allí detalla por servicios médicos prestados a pacientes derivados por la demandada (cfr. sitio www.csjn.gov.ar –consulta de causas en trámite–).

A su turno, la demandada, entre otras cuestiones, opuso excepción de incompetencia al entender que lo que se pretende es obtener el pago de una suma de dinero en virtud de facturas comerciales que constituyen materia regida por el derecho común. Agregó además que, en el hipotético caso de que se resuelva que no corresponde remitir los autos a la esfera de la competencia originaria de la Corte Suprema por no constituir el presente un “asunto civil”, trajo a colación que encontrándose una provincia como parte demandada, no puede ser ella, en su carácter de estado federado, sometida a otra jurisdicción, debiendo resultar, en el caso, competentes los tribunales locales de la Provincia de Santa Cruz y citó el precedente en la causa “*Intense Life*” publicada en Fallos: 330:178 en la que se estableció que cuando el Estado en ejercicio de funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades del mismo carácter llega a un acuerdo de voluntades, sus consecuencias quedan regidas por el derecho público, extremo que determina que deben ser los jueces locales quienes conozcan en la cuestión propuesta.

Luego, el Magistrado interviniente, compartiendo los argumentos expuestos por el fiscal de grado, hizo lugar a la excepción de incompetencia planteada y ordenó la elevación de las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia.

Remitidas las actuaciones a la Cámara Civil y Comercial Federal (Sala I), de conformidad con el dictamen fiscal, confirmó la resolución apelada y dispuso su elevación a V.E.

En ese contexto, se corre vista, por la competencia, a este Ministerio Público.

II. Para que proceda la competencia originaria de la Corte establecida en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional y reglamentada en el art. 24, inc. 1º, del decreto-ley 1285/58, en los juicios en que una provincia es parte, resulta necesario, además, examinar la materia sobre la que versa el pleito, es decir, que se trate de una causa de manifiesto contenido federal o de naturaleza civil en cuyo caso resulta esencial la distinta vecindad o nacionalidad de la contraria, quedando excluidos de dicha instancia aquellos procesos que se rigen por el derecho público local (Fallos: citas; 325:618; 326:2126 y 4580; 328:3797 y 4023; 329:937).

A mi modo de ver, este último supuesto es el que se presenta en autos, en tanto la pretensión de la sociedad actora consiste en obtener el pago de varias facturas por la prestación de servicios médicos brindados a pacientes

de la demandada, el cual se rige por el derecho público local, según la doctrina sentada por V.E. en el precedente “*Intense Life S.A.*” (Fallos: 330:178) y lo dicho por este Ministerio Público en el dictamen del 8 de septiembre de 2006 in re S.20. XLII. Originario “*Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires - Hospital Italiano c/ Chubut, Provincia del s/ incumplimiento de prestación de obra social*”, causa en la que también se dictó sentencia el 20 de febrero de 2007.

En efecto, ello es así toda vez que para resolver el pleito, V.E. debería examinar, sustancialmente, normas y actos locales, interpretándolos en su espíritu y en los efectos que la soberanía local ha querido darles, lo que determina que sean los jueces provinciales los que tengan a su cargo el conocimiento y la decisión de tales cuestiones (doctrina de Fallos: 312:282 y 606; 316:1740; 320:217; 323:3924; 326:1591; 329:560; 330:1718).

En virtud de lo expuesto y dada la índole taxativa de la competencia prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional y su imposibilidad de ser extendida, por persona o poder alguno, según el criterio adoptado por el Tribunal en el precedente “*Sojo*”, publicado en Fallos: 32:120, y reiterado en Fallos: 270:78; 285:209; 302:63; 322:1514; 323:1854; 326:3642, entre muchos otros, opino que este proceso resulta ajeno a la competencia originaria de la Corte. Buenos Aires, 1 de marzo de 2023. – *Laura M. Monti*.

Buenos Aires, 7 de mayo de 2024

Autos y Vistos; Considerando:

Que el Tribunal comparte la conclusión del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, así como sus fundamentos, a los que corresponde remitir en razón de brevedad y con el propósito de evitar repeticiones innecesarias, en la medida que resultan coincidentes con los expuestos en el pronunciamiento de Fallos: 330:178.

Por ello, *se resuelve*: Declarar que la presente causa es ajena a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Notifíquese y comuníquese a la Procuración General de la Nación. – *Horacio D. Rosatti*. – *Carlos F. Rosenkrantz*. – *Juan C. Maqueda*.

Constitución Nacional:

Inconstitucionalidad: acción declarativa; leyes 3978 y 4559 de la Provincia de Río Negro; anexión de hectáreas a ejido municipal; Reserva y Parque Nacional Nahuel Huapi; ley 22.351; dominio público del Estado Nacional; Administración de Parques Nacionales.

1 – Son inconstitucionales las leyes 3978 y 4559 de la Provincia de Río Negro en cuanto anexaron al ejido de la Municipalidad de San Carlos de Bariloche varias hectáreas, toda vez que estas integran la Reserva Nacional Nahuel Huapi –zona Gutiérrez y zona centro– y el Parque Nacional Nahuel Huapi, y han sido excluidas de los bienes que debían transferirse con motivo de la provincialización dispuesta por la ley 14.408, lo que impide a la provincia efectuar actos de disposición con relación a ellos (art. 75, inc. 30, CN).

2 – La acción declarativa deducida constituye la vía idónea para motivar la intervención de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que no se trata de dar solución a una hipótesis abstracta, sino que se propone precaver los efectos de la aplicación de las leyes 3978 y 4559 de la Provincia de Río Negro a las que la actora atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, a la par de fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en el conflicto.

3 – Constituye la vía idónea para motivar la intervención de la Corte Suprema de Justicia la acción iniciada a fin que se declare la inconstitucionalidad de normas provinciales que anexaron al ejido municipal varias hectáreas, pues según lo planteado en la demanda tales terrenos se encuentran afectados al régimen de Parques Nacionales de la ley 22.351 y en su mayoría forman parte del dominio público del Estado Nacional, por lo cual la actora –Administración de Parques Nacionales– tiene un interés sustancial y directo en la decisión de la controversia. M.A.R.

CS, mayo 28-2024. – Administración de Parques Nacionales c. Río Negro, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad (CSJ 468/2012 (48-A)/CS1).

Buenos Aires, 28 de mayo de 2024

Vistos los autos: “Administración de Parques Nacionales c/ Río Negro, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, de los que *resulta*:

I) A fs. 6/12 la Administración de Parques Nacionales promueve demanda contra la Provincia de Río Negro, a fin de obtener que se declare la inconstitucionalidad, invalidez y nulidad de las leyes locales 3978 y 4559, mediante las que, según afirma, se anexaron al ejido de la Municipalidad de San Carlos de Bariloche 2484,14 hectáreas de la Reserva Nacional Nahuel Huapi –Zona Gutiérrez–, 29.850 hectáreas de la Reserva Nacional Nahuel Huapi –Zona Centro– y 81.690 hectáreas del Parque Nacional Nahuel Huapi.

Señala, además, que en la superficie anexada mediante la ley 4559, se incorporaron parcelas de propiedad privada situadas en el loteo Brazo Machete Country Club (300 hectáreas) y en el paraje Millaqueo (1260 hectáreas).

Sostiene que al sancionar las leyes impugnadas la provincia se arrogó la facultad de ejercer actos de administración y disposición sobre bienes del dominio público y exclusivo del Estado Nacional que están regidos por la ley 22.351, y que revisten la condición de imprescriptibles e inalienables.

Destaca que no se trata en el caso de una porción de territorio provincial adquirida por compra o cesión, ni federalizada a los efectos del ejercicio de jurisdicción con reserva de dominio por la demandada, sino que pertenece a la Nación desde sus orígenes, con anterioridad a la creación de la Provincia de Río Negro.

Aduce que el parque y las reservas nacionales referidas conforman un establecimiento de utilidad nacional, cuya finalidad es la de preservar y aprovechar de manera sustentable el área reservada que los compone, su flora y fauna.

Afirma que el dictado de las normas cuestionadas importa el uso ilegítimo de las potestades legislativas locales, en tanto desconocen el dominio y la jurisdicción nacional en tales establecimientos, lo que –a su juicio– resulta violatorio del artículo 75, inciso 30, de la Constitución Nacional.

Solicita asimismo el dictado de una medida cautelar a fin de que la Provincia de Río Negro se abstenga de aplicar las leyes impugnadas y toda otra norma o acto administrativo dictado en consecuencia.

II) A fs. 22/23 se declaró la competencia originaria de esta Corte para entender en el caso, se ordenó correr traslado de la demanda y se rechazó la medida cautelar solicitada.

III) A fs. 44/53 la Provincia de Río Negro contesta la demanda y solicita su rechazo.

Considera que la acción resulta improcedente, pues una eventual resolución que declare la invalidez solicitada no respondería a un fin práctico sino a la satisfacción de un mero interés teórico o hipotético incompatible con la exigencia de demostrar la existencia de un daño o perjuicio, o un vicio conceptual, que habilite el dictado de una sentencia en tal sentido.

Luego alega haber actuado en ejercicio de los derechos que le son inherentes en función de la autonomía provincial que consagra la Constitución Nacional.

Expone que la ley 12.103 establece que: “A los fines de esta ley, podrá declararse parques o reservas nacionales aquellas porciones del territorio de la Nación, que por su extraordinaria belleza, o en razón de algún interés científico determinado, sean dignas de ser conservadas para uso y goce de la población de la República” (artículo 7º), y que: “Ningún parque o reserva situado en el territorio de una provincia será incluido en el sistema de parques nacionales, si antes la provincia no cede al gobierno nacional el dominio y jurisdicción dentro de sus límites” (artículo 9º).

Explica que la provincia fue creada mediante la ley 14.408 con los límites del entonces territorio nacional de Río Negro, efectúa la reseña de las normas pertinentes contenidas en las leyes 17.830, 19.292 y 22.351, y asevera que la correcta hermenéutica de las leyes involucradas otorga suficiente fundamento a la anexión que cuestiona la actora.

En tal sentido sostiene que una vez dictada la ley 14.408 citada y luego de vencidos los tres años contemplados en su artículo 10 para que la Nación estableciera por ley los bienes que se reservaría para destinar a un uso o servicio público nacionales, cualquier modificación o inclusión de los límites de parques o reservas existentes que se dispusiera excediendo dicho plazo, debió contar con la conformidad expresa de la provincia a los fines de que fuera válida.

Por otra parte, expresa que, a excepción de los inmuebles efectivamente ocupados por el Estado Nacional, las tierras de la Colonia Agrícola Nahuel Huapi –según las normas que invoca– pertenecen al dominio privado del Estado provincial, sin perjuicio de los derechos que podrían esgrimir quienes ocupan en forma legítima esas tierras desde hace décadas. Añade que la “reserva” efectuada mediante la resolución del 12 de abril de 1937 dictada por el Presidente de la Dirección de Parques Nacionales sobre una superficie de aproximadamente cinco mil (5000) hectáreas con destino al Ministerio de Guerra, en el mejor de los casos pudo generar el derecho del Ejército Argentino a la posesión de lo que efectivamente ocupaba en 1968 al sancionarse la ley 17.830, pero de ninguna manera comprende la totalidad de las tierras de la Colonia Agrícola.

Por último, señala que la supuesta titularidad del Ejército Argentino o del Estado Nacional surge de anotaciones en los folios parcelarios de la Dirección General de Catastro y Topografía de la Provincia de Río Negro, registros que tienen carácter provisorio y se encuentran sujetas a revisión cuando se refieren a tierras fiscales.

IV) Una vez clausurado el período probatorio y luego de que las partes presentaran sus alegatos (fs. 299/309 y 313/319), dictaminó la señora Procuradora Fiscal (fs. 322/328) y a fs. 330 obra el llamado de autos para sentencia.

Considerando:

1º) Que de conformidad con lo decidido a fs. 22/23, este juicio es de la competencia originaria de esta Corte (artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional).

2º) Que la acción deducida constituye una vía idónea para motivar la intervención de este Tribunal, pues no se trata de dar solución a una hipótesis abstracta, sino que se propone precaver los efectos de la aplicación de las leyes 3978 y 4559 de la Provincia de Río Negro a las que la actora atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal, a la par de fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en el conflicto (Fallos: 311:421; 318:30; 323:1206 y 327:1034).

En efecto, desde la óptica de la actora la vigencia de las leyes mencionadas supone alterar *per se* la condición jurídica de los terrenos anexados al ejido de la ciudad de San Carlos de Bariloche. Ello es así pues, según lo planteado en la demanda, tales terrenos se encuentran afectados al régimen de Parques Nacionales de la ley 22.351 y en su mayoría forman parte del dominio público del Estado Nacional.

Consecuentemente, la actora tiene un interés sustancial y directo en la decisión de la controversia que hace viable la acción intentada.

En tales condiciones, cabe considerar reunidos los requisitos exigidos por el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

3º) Que la cuestión de fondo sometida a decisión de esta Corte consiste en determinar si la Provincia de Río Negro podía válidamente anexar al ejido municipal de San Carlos de Bariloche los territorios consignados en las leyes provinciales 3978 y 4559 o si, por el contrario, como lo sostiene la Administración de Parques Nacionales, tales normas resultan inconstitucionales por disponer de bienes que son del dominio público y exclusivo del Estado Nacional regidos por la ley 22.351.

En este sentido, corresponde puntualizar que, en cuanto aquí interesa, la demandada ha limitado el sustento de su posición a que la interpretación que propone de las leyes nacionales 12.103, 14.408, 17.830, 19.292 y 22.351 otorgaría fundamento suficiente a la anexión que pretende y que cuestiona la actora. Ello por derivar la provincia de dicha exégesis –que considera la correcta– la falta de “reserva” al respecto por parte del Estado Nacional, o bien su inoportunidad.

4º) Que la ley provincial 3978 dispuso en su artículo 1º anexar “al ejido municipal de San Carlos de Bariloche, la

jurisdicción que se describe en el mapa que se adjunta y forma parte indisoluble de la presente ley...” y, asimismo, fijó los límites del territorio añadido. En los fundamentos del proyecto de ley se señaló la importancia de las múltiples actividades comerciales que se desarrollan en la zona que comprende el aeropuerto internacional “Teniente Luis Caldelaria” sin la debida fiscalización municipal, lo que justifica su integración definitiva al ejido a fin de aplicar las reglamentaciones, ordenanzas y códigos vigentes. También se advirtió que tales actividades no tributan al erario municipal por cuanto el aeropuerto “...se encuentra dentro de la jurisdicción de la Reserva Gutiérrez del Parque Nacional Nahuel Huapi...” y que “es importante que esa zona se integre al ejido municipal de San Carlos de Bariloche, único municipio que puede absorberlo en su jurisdicción” (v. copia obrante a fs. 74/80).

Por su parte, la ley local 4559 dispuso anexar al mismo ejido municipal el territorio que se exhibe en el plano del anexo I que forma parte de la ley y, seguidamente, lo delimitó. En la comunicación 670-CM-10 del Concejo Municipal de San Carlos de Bariloche, mediante la cual se puso en conocimiento de la Legislatura de la Provincia de Río Negro la urgente necesidad de ampliar los límites del ejido municipal, se mencionan las normas nacionales y locales que otorgarían fundamento a la afirmación de que el Lago Nahuel Huapi es de propiedad de la provincia hasta la línea de ribera sur que linda con la Municipalidad de Bariloche y luego, más al este, con el Departamento de Pilcaniyeu. Allí se señaló que el dominio de los cursos de agua pertenece a las provincias y no a la Nación, ya sean cursos de agua navegables o no navegables, sea que nazcan o mueran dentro de una misma provincia o atraviesen más de una, pues lo único que las provincias cedieron al Gobierno Nacional en esta materia es la jurisdicción en los cursos de agua navegables interprovinciales, para lo relacionado con la navegación (v. copia obrante a fs. 235/237).

5º) Que la ley 12.103, que creó la Dirección de Parques Nacionales (artículo 1º), también creó el Parque Nacional Nahuel Huapi, fijando sus límites (artículo 21). El artículo 15 declaró bienes del dominio público las tierras de propiedad fiscal, situadas dentro del perímetro de cada parque o reserva, con las limitaciones del artículo 22. Esta norma excluyó las tierras pertenecientes al dominio privado, las destinadas a asentamientos poblacionales y los lotes que hubieran sido adjudicados en venta. En particular, excluyó de la declaración de dominio público las fracciones fiscales existentes dentro de la colonia agrícola Nahuel Huapi, el pueblo San Carlos de Bariloche y sus ensanches (inciso a); una fracción de 400 hectáreas situada en el frente de los lotes pastoriles 1, 2, 3 y 4 de la colonia Nahuel Huapi, destinada al trazado de un centro de población (inciso f); y los sobrantes fiscales que puedan existir en los lotes agrícolas y pastoriles adjudicados en venta a la fecha de sanción de la ley (inciso j).

La Dirección de Parques Nacionales debía resolver, en el plazo de diez años contados desde la sanción de la ley, la ubicación y destino de esas superficies, y las que no fueran objeto de una resolución especial quedarían incorporadas al dominio público.

Posteriormente, en junio de 1955, a través de ley 14.408, se provincializaron varios territorios nacionales, entre ellos el correspondiente a la actual Provincia de Río Negro. En lo que aquí interesa, el artículo 10 dispuso que “pasarán al dominio de las nuevas provincias los bienes situados dentro de sus respectivos límites territoriales que pertenezcan al dominio público o privado de la Nación, excepto aquellos que necesite destinar a un uso o servicio público nacionales, en cuyo caso la reserva deberá establecerse por ley de la Nación dentro de los tres años de promulgada la presente”.

Antes de cumplirse dicho plazo, se dictó el decreto-ley 654/58 (ratificado por la ley 14.467), norma que declaró expresamente que continuaría perteneciendo al dominio del Estado Nacional, entre otros, el Parque Nacional Nahuel Huapi, manteniendo los límites fijados por las normas respectivas.

6º) Que de los textos legales citados en el considerando precedente se desprende la existencia de dos categorías de bienes: aquellos expresamente exceptuados por voluntad de la autoridad nacional de la transferencia a las provincias y los demás que, *ipso jure*, pasaban a integrar el dominio de los nuevos estados (Fallos: 323:4046).

Tal conclusión fue ratificada por la ley 17.830, del 5 de agosto de 1968 –que se dictó para determinar el alcance del primer párrafo del artículo 10 de la ley 14.408– al establecer en su artículo 1º que la transferencia de dominio a las provincias prevista por dicha norma, “no comprende los bienes pertenecientes al dominio público o privado de la Nación que al tiempo de la provincialización estaban afectados o destinados a servicios o usos de utilidad o interés público nacional, los cuales continuarán en el dominio de la Nación, siempre que esta se encuentre en posesión de dichos bienes, a la fecha de la promulgación de la presente ley”.

La nota que acompañó a la ley 17.830 justificaba su dictado en la necesidad de “salvaguardar el derecho de la Nación sobre bienes que le son imprescindibles para prestar actividades de carácter general ineludibles” y de manera explícita distinguía la situación de los bienes ya destinados a ese propósito al tiempo de producirse la provincialización, de aquellos que se iban a afectar a servicios semejantes en el futuro, entendiendo que la obligación de reserva del artículo 10 de la ley 14.408 no alcanzaba a los primeros sino tan solo a los segundos. Lo expuesto indica con absoluta certeza la voluntad del legislador nacional de mantener la afectación al dominio público estatal de las tierras que integran hoy los Parques Nacionales Nahuel Huapi y Lanín (v. Fallos: 323:4046 antes citado).

7º) Que, tal como lo señala la señora Procuradora Fiscal en su dictamen de fs. 322/328, con posterioridad se dictó la ley 19.292 (B.O. 16 de noviembre de 1971) que, si bien declaró parque nacional y reserva nacional las superficies comprendidas dentro de los límites que allí se fijan (artículo 3º, punto 2. Parque Nacional Nahuel Huapi; artículo 4º, punto 4. Reserva Nacional Nahuel Huapi –zona Centro– y punto 5. Reserva Nacional Nahuel Huapi –zona Gutiérrez–), lo cierto es que tal declaración no constituye un acto de creación del parque ni de las reservas nacionales posterior a la provincialización.

En efecto, de la nota al Poder Ejecutivo que acompañó el proyecto de ley surge claramente que el único objetivo de su dictado fue fijar los límites definitivos de los parques y las reservas nacionales, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 13 de la ley 18.594. Asimismo, expresa que el criterio adoptado para el “deslinde” de los parques se vincula con las áreas a conservar en su estado primitivo, sin otras alteraciones que las necesarias para asegurarse su control y la atención del visitante y, por otro lado, que se entiende por reservas nacionales aquellas superficies que interesan para la conservación de sistemas ecológicos, el mantenimiento de zonas de transición o la creación de zonas de conservación independiente, cuando la situación existente no requiera el régimen legal de un parque nacional, dedicándose estas reservas nacionales al uso múltiple.

8º) Que, por otro lado, la ley 22.351 de parques nacionales, monumentos naturales y reservas nacionales estableció que las tierras fiscales existentes en ellos son del dominio público nacional, carácter que mantienen hasta tanto no sean desafectadas por la autoridad de aplicación (artículo 2º). Determinó que “La creación de nuevos Parques Nacionales, Monumentos Naturales o Reservas Nacionales, en territorio de una provincia, solo podrá disponerse previa cesión de la misma a favor del Estado Nacional, del dominio y jurisdicción sobre el área respectiva” (artículo 3º). Asimismo, dispuso que la Administración de Parques Nacionales –ente autárquico del Estado Nacional– es la autoridad de aplicación con las atribuciones y funciones que allí se especifican (artículos 18 y 19) y, en su artículo 32, se previó que “...en razón de las reservas oportunamente dispuestas por el Estado Nacional o cesión de dominio y jurisdicción de las respectivas provincias, integran a la fecha el sistema de Parques Nacionales, Monumentos Naturales y Reservas Nacionales, sin perjuicio de los que se incorporen en el futuro, los siguientes: ... 3. Parque Nacional Nahuel Huapi (ley 12.103 y modificatorias, leyes 14.487, 19.292, 20.594 y 21.602)... 23. Reserva Nacional Nahuel Huapi Zona Centro (ley 19.292). 24. Reserva Nacional Nahuel Huapi Zona Gutiérrez (leyes 19.292 y 21.602)”.

9º) Que las consideraciones precedentes no se ven desvirtuadas por las conclusiones del perito ingeniero y agrimensor designado de oficio (fs. 272/275) pues, tal como lo señala la parte actora en su impugnación de fs. 279/285, el perito omitió considerar la reserva concretada

por el Estado Nacional mediante el ya citado decreto-ley 654/58 (ratificado por la ley 14.467) cuya aplicabilidad y vigencia fue reconocida por esta Corte en el precedente de Fallos: 323:4046.

En tal sentido cabe recordar que la prueba pericial en nuestro sistema no reviste –en principio– el carácter de prueba legal vinculante, de acuerdo con lo prescripto por el artículo 477 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Fallos: 342:824).

10) Que, por lo demás, según surge de la planimetría obrante a fs. 181, la Colonia Agrícola Nahuel Huapi no se encuentra comprendida en los territorios que la provincia pretende anexar mediante las leyes impugnadas; por lo tanto, los argumentos formulados al respecto exceden el objeto de la litis y, por consiguiente, resultan irrelevantes para la solución del caso.

11) Que en virtud de todo lo expuesto, corresponde concluir que las tierras consignadas en las leyes 3978 y 4559 de la Provincia de Río Negro, en cuanto se encuentran comprendidas dentro de los límites dispuestos por las normas nacionales examinadas y en el territorio de dicha provincia, integran e integran la Reserva Nacional Nahuel Huapi –Zona Gutiérrez–, la Reserva Nacional Nahuel Huapi –Zona Centro– y el Parque Nacional Nahuel Huapi, respectivamente, y han sido excluidas de los bienes que debían transferirse con motivo de la provincialización dispuesta por la ley 14.408, lo que impide a la provincia demandada efectuar actos de disposición con relación a ellos (artículo 75, inciso 30, de la Constitución Nacional).

12) Que las consideraciones precedentes son suficientes para resolver el caso y tornan innecesario el tratamiento de los restantes argumentos expuestos por las partes.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se *resuelve*: I. Hacer lugar a la demanda entablada por la Administración de Parques Nacionales y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de las leyes 3978 y 4559 de la Provincia de Río Negro. Con costas (artículo 68, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, comuníquese a la Procuración General de la Nación y, oportunamente, archívese. – Horacio D. Rosatti. – Carlos F. Rosenkrantz. – Juan C. Maqueda. – Ricardo L. Lorenzetti.

Impuesto a las Ganancias:

Exportación de productos: precio; determinación de la ganancia neta de fuente argentina; precio de exportaciones de *commodities*; empresas independientes no residentes en países de baja o nula tributación; determinación; omisión; efectos. **Arbitrariedad**: Sentencia: interpretación de la ley; inadmisibilidad.

1 – Resulta improcedente la aplicación que hizo el fisco del párr. 4º del art. 8º, inc. a), de la ley de impuesto a las ganancias –a los efectos de establecer el precio mínimo de los productos exportados en base al índice FOB oficial fijado por la SAGPyA–, pues desconoce que el párr. 2º de dicho inciso dispone que la ganancia neta de fuente argentina sujeta a impuesto debe establecerse en base al precio de venta pactado por el exportador argentino, por lo cual siendo tal precio de venta pactado por el exportador la premisa adoptada por el legislador, su desestimación por parte del fisco procedía únicamente cuando se encontrasen reunidas las condiciones para aplicar la excepción contemplada en los párrafos tercero y cuarto de la norma citada.

2 – La determinación de oficio del impuesto a las ganancias –ejercicios fiscales 2001 y 2002– practicada por el fisco, por la cual sostuvo que los precios de las exportaciones de *commodities* realizadas por la actora a empresas independientes –residentes o no en países de baja o nula tributación– que resultaron inferiores al índice FOB oficial fijado por SAGPyA debían ajustarse a dicho índice a los efectos de determinar la ganancia neta de fuente argentina, debe ser desestimada, pues resulta aplicable lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 8, inc. a), de la ley de impuesto a las ganancias que da

prevalencia al precio de venta pactado entre empresas independientes.

3 – En el caso del precio de exportaciones de *commodities* realizadas a empresas independientes no residentes en países de baja o nula tributación que resultaron inferiores al índice FOB oficial, el fisco no estaba autorizado a tomar como referencia al precio mayorista de destino o, en su defecto, de origen cuando al exportador pudiese efectivamente demostrar que los precios de venta pactados por él con empresas independientes eran precios de libre competencia, por ser esa la premisa de la que parte la ley de impuesto a las ganancias para determinar la ganancia neta de fuente argentina sujeta a impuesto.

4 – La sentencia que convalidó lo resuelto por el Tribunal Fiscal respecto de que las exportaciones realizadas por la actora a empresas independientes no residentes en países de baja o nula tributación en los ejercicios fiscales 2001 y 2002 se ajustaron a las condiciones normales de mercado es el resultado del criterio de selección y valoración del material probatorio que corresponde a los jueces de la causa, sin que tal conclusión exhiba una manifiesta arbitrariedad que permita descalificar a lo decidido como acto jurisdiccional.

5 – En razón de que el legislador no estableció que el precio índice u oficial establecido para la ley 21.453 debiese ser utilizado también para fijar el precio mayorista vigente en el lugar de origen a los efectos de determinar la ganancia neta de fuente argentina, dicha omisión no autoriza a los jueces a sustituir a un órgano de otro poder de gobierno en una función que le ha sido conferida por ser el más apto para cumplirla.

6 – Los textos normativos no deben ser considerados, a los efectos de establecer su sentido y alcance, de manera aislada, sino correlacionándolos con los que disciplinan la misma materia, como un todo coherente y armónico, como partes de una estructura sistemática considerada en su conjunto y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por aquellos. M.A.R.

CS, mayo 28-2024. – Vicentí n S. A. I. C. c. Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo (CAF 16117/2017/1/RH1).

Buenos Aires, 28 de mayo de 2024

Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la parte demandada en la causa Vicentín S.A.I.C. c/Dirección General Impositiva s/recurso directo de organismo externo”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) determinó de oficio el impuesto a las ganancias de Vicentín S.A.I.C. correspondiente a los períodos fiscales 2001 y 2002 y aplicó una multa en los términos del art. 46 de la ley 11.683 (t.o. en 1998 y sus modificaciones). Sostuvo que los precios de las exportaciones de *commodities* realizadas por la actora a empresas independientes –residentes o no en países de baja o nula tributación– que resultaron inferiores al índice FOB oficial fijado por la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación (SAGPyA) el día de la operación respectiva debían ajustarse a dicho índice a los efectos de determinar la ganancia neta de fuente argentina conforme lo dispuesto por los arts. 8º y 15 de la ley de impuesto a las ganancias por entonces vigente (texto según la modificación introducida por la ley 25.239, en adelante, la “LIG”).

2º) Que el Tribunal Fiscal de la Nación revocó la determinación de oficio de la AFIP con el voto concurrente de los dos vocales intervinientes. El vocal preopinante Pérez, sostuvo que el art. 8º de la LIG facultaba al fisco a desecher los “precios de venta” pactados por el exportador y aplicar en su lugar los “precios mayoristas de origen” cuando los primeros fuesen ficticios y perjudicasen el interés fiscal, debiendo el fisco acreditar que el precio de venta no representaba al precio real de la exportación. Luego de reseñar los informes producidos por el Director de Mercados Agroalimentarios de la SAGPyA y por J. J. Hinrichsen S.A. –corredor que intermedió en las exportaciones de la empresa– y de valorar el peritaje contable producido en autos, concluyó que los precios de las exportaciones realizadas por la actora en los ejercicios fiscales 2000 a 2002 se encontraban dentro de los márgenes determinados por aplicación de la dispersión de pre-

cios diarios obtenidos en la Bolsa de Chicago sobre los índices FOB oficiales de la SAGPyA, ajustándose a las condiciones normales de mercado entre partes independientes. Destacó que los precios de algunas operaciones eran superiores o iguales a los índices FOB oficiales. El vocal Magallón adhirió al voto de su colega. Sostuvo que mediante la prueba aportada y producida –en particular la pericia contable– había quedado acreditado que el precio utilizado por la actora constituía el precio de mercado.

3°) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la revocación de la determinación de oficio. Respecto de las exportaciones realizadas a empresas independientes no residentes en países de baja o nula tributación, concluyó que había quedado acreditado que los precios pactados por la actora se ajustaron a las condiciones normales de mercado entre partes independientes. Señaló la importancia de las operaciones realizadas en la Bolsa de Chicago, a la cual tuvo como mercado rector en la comercialización del tipo de productos exportados por la actora y principal referente de los precios de mercado a nivel mundial. Destacó que el informe contable producido en autos –que había demostrado que los precios de las exportaciones se encontraban dentro de los márgenes determinados por aplicación de la dispersión de precios diarios obtenidos en la mencionada Bolsa de Chicago sobre los índices FOB oficiales fijados por la SAGPyA– había sido confeccionado y suscripto tanto por el experto ofrecido por la actora como por el contador público designado a propuesta del fisco, no habiendo este último impugnado dicha pericia. Respecto de las exportaciones a empresas independientes residentes en países de baja o nula tributación, desechó el agravio fiscal de que la empresa no había utilizado comparables independientes válidos. Concluyó que la AFIP no había realizado una crítica razonada de los factores que podían afectar el precio pactado con clientes independientes que permitiese concluir fundadamente que no se trataban de comparables válidos.

4°) Que la AFIP interpuso el recurso extraordinario cuya denegación dio origen a esta presentación directa. Sostiene que la empresa debió determinar el precio de venta de sus exportaciones mediante el cotejo del precio pactado con las empresas independientes con el precio de venta mayorista vigente en el lugar de destino, para luego tomar el mayor de ellos. Señala que la empresa no aportó documentación dirigida a demostrar que hubiese realizado dicho cotejo, por lo que incumplió con el parámetro de mercado definido por el legislador a los fines de la determinación del impuesto. Agrega que, al no conocer la AFIP necesariamente los precios mayoristas en cada lugar de destino de las mercancías negociadas, el fisco quedó habilitado para emplear el precio mayorista vigente en el lugar de origen, como lo autoriza el art. 8°, inc. a, cuarto párrafo, de la LIG. Al respecto, sostiene que el precio mayorista vigente en el lugar de origen, de público conocimiento y fácil acceso, es el índice FOB publicado por la SAGPyA.

Respecto de las operaciones efectuadas a clientes ubicados en países de baja o nula tributación, sostiene que la empresa no utilizó comparables válidos puesto que se valió de los precios de sus exportaciones a empresas independientes no residentes en países de baja o nula tributación sin superar la prueba prevista por el legislador en el art. 8° de la LIG para ser consideradas como operaciones de mercado. Finalmente, se agravia de que la sentencia tenga por válida la pericia contable. Sostiene que las conclusiones arribadas en base a tal pericia le causan un gravamen irreparable pues de sus anexos se desprende que la empresa registró exportaciones de *commodities* a sujetos independientes del exterior a valores inferiores a los índices FOB oficiales de la SAGPyA, los cuales fueron adoptados en la determinación recurrida para efectuar el ajuste en función de lo dispuesto en los arts. 8° y 15 de la LIG.

5°) Que el recurso extraordinario resulta admisible puesto que se halla en juego la inteligencia de normas federales (arts. 8° y 15 de la LIG, sus normas reglamentarias y complementarias) y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria a los derechos que la vencida fundó en aquélla (art. 14, inc. 3, de la ley 48).

Al encontrarse en discusión el alcance que cabe asignar a normas de derecho federal, la Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o de la cámara, sino que le incumbe realizar una declara-

ción sobre el punto disputado (Fallos: 311:2553; 314:529; 316:27; 321:861, 332:306, entre muchos otros), circunstancia que impone examinar la interpretación que realizó el juzgador de las normas aplicables al litigio.

Toda vez que los reproches relativos a la arbitrariedad de la sentencia que surge de la queja interpuesta se encuentran vinculados de modo inescindible con los planteos referidos a la inteligencia de normas federales, corresponde proceder a su examen en forma conjunta (Fallos: 307:493; 321:703; 327:5515; 329:1951; 330:2206; 342:654, entre otros).

6°) Que se encuentra en discusión si los precios de las exportaciones de *commodities* realizadas por la actora en los períodos fiscales 2001 y 2002 a empresas independientes –residentes o no en países de baja o nula tributación– que resultaron inferiores al índice FOB oficial fijado por la SAGPyA el día de la operación respectiva, debieron ajustarse a dicho índice oficial por aplicación de los arts. 8° y 15 de la LIG por entonces vigente.

7°) Que el art. 8°, inc. a, de la LIG establecía que “[l]a determinación de las ganancias que derivan de la exportación e importación de bienes entre empresas independientes se regirá por los siguientes principios:

a) *Las ganancias provenientes de la exportación de bienes producidos, manufacturados, tratados o comprados en el país, son totalmente de fuente argentina.*

La ganancia neta se establecerá deduciendo del precio de venta el costo de tales bienes, los gastos de transporte y seguros hasta el lugar de destino, la comisión y gastos de venta y los gastos incurridos en la REPÚBLICA ARGENTINA, en cuanto sean necesarios para obtener la ganancia gravada.

Cuando no se fije el precio o el pactado sea inferior al precio de venta mayorista vigente en el lugar de destino, corresponderá, salvo prueba en contrario, tomar este último, a los efectos de determinar el valor de los productos exportados.

Asimismo, la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, entidad autárquica en el ámbito del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS, podrá también establecer el valor atribuible a los productos objeto de la transacción, tomando el precio mayorista vigente en el lugar de origen. No obstante, cuando el precio real de la exportación fuere mayor se considerará, en todos los casos, este último” (el subrayado pertenece al Tribunal).

8°) Que en su interpretación del 8° de la LIG respecto de las operaciones de exportación celebradas por la actora con empresas independientes no residentes en países de baja o nula tributación, la AFIP sostuvo que dicho artículo “*ni ninguna otra norma dispone un orden de prelación en la aplicación de los precios mayoristas de origen o destino en cada caso, dependiendo el empleo de uno u otro de las características de la operación de que se trate*”. Señaló que las modificaciones introducidas por las leyes 25.063 y 25.039 al mencionado art. 8° habían tenido por finalidad “*darle mayor flexibilidad a la mecánica*” para la determinación de la renta de fuente argentina, incorporando “*como facultad de esta Administración la posibilidad de establecer el valor atribuible a los productos comercializados recurriendo a los precios mayoristas del lugar de origen, en el caso de las exportaciones...*”. Destacó que “*con ello se intenta dar mayor operatividad y practicidad a la aplicación de la norma en las fiscalizaciones, atento las dificultades que pueden surgir en la obtención de la información de otras jurisdicciones tributarias*”.

Señaló que, al no haber aportado la actora documentación sobre los precios mayoristas en el lugar de destino de las exportaciones realizadas, correspondía aplicar el cuarto párrafo del art. 8°, inc. a, de la LIG y computar los precios mayoristas vigentes en el lugar de origen del día de las operaciones. Sostuvo que tales precios debían ser “*–por lo menos– iguales a los precios de la SAGPyA*”, fijados por tal organismo en uso de las atribuciones conferidas por el art. 8° del decreto 1177/1992, máxime considerando que los valores publicados por la Bolsa de Cereales de Buenos Aires tenían a los índices de la SAGPyA como fuente de información (cfr. resolución determinativa de oficio, fs. 14 vta.).

9°) Que esta Corte ha afirmado reiteradamente el principio según el cual la primera fuente de interpretación de la ley es su letra, sin que sea admisible una inte-

ligencia que equivalga a prescindir del texto legal (Fallos: 312:2078; 344:3006). En esa tarea es deber de los magistrados conciliar el alcance de las normas aplicables, dejándolas con valor y efecto, evitando darles un sentido que ponga en pugna las disposiciones destruyendo las unas por las otras (Fallos: 310:195; 310:1715; 312:1614; 321:793; 330:1910; 341:500; 344:3749, entre muchos otros). Para ello, los textos normativos no deben ser considerados, a los efectos de establecer su sentido y alcance, de manera aislada, sino correlacionándolos con los que disciplinan la misma materia, como un todo coherente y armónico, como partes de una estructura sistemática considerada en su conjunto y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por aquéllos (arg. Fallos: 324:4367; 344:102).

10) Que, desde esa perspectiva, la aplicación que hizo el fisco del cuarto párrafo del art. 8º, inc. a, de la LIG –a los efectos de establecer el precio mínimo de los productos exportados en base al índice FOB oficial fijado por la SAGPyA– desconoció que el segundo párrafo de dicho inciso disponía que la ganancia neta de fuente argentina sujeta a impuesto debía establecerse en base al “*precio de venta*” pactado por el exportador argentino. Tal razonamiento importó obviar que la norma adoptaba al “*precio de venta*” como aquel que es el resultado de una negociación “*entre empresas independientes*”, según lo establecía su primer párrafo. Por lo tanto, siendo tal precio de venta pactado por el exportador argentino la premisa adoptada por la legislador para determinar la ganancia neta de fuente argentina –por ser el que refleja un precio expuesto a la libre competencia en el mercado agroexportador y, por ende, al amparo de cualquier manipulación–, su desestimación por parte del fisco procedía únicamente cuando se encontrasen reunidas las condiciones para aplicar la excepción contemplada en los párrafos tercero y cuarto de la norma bajo examen.

11) Que cuando en sus operaciones con empresas independientes no residentes en países de baja o nula tributación el exportador argentino no hubiese fijado un precio o habiéndolo fijado éste resultase inferior al precio de venta mayorista vigente en el lugar de destino (cfr. tercer párrafo del art. 8º, inc. a, de la LIG), los párrafos tercero y cuarto del art. 8º, inc. a, de la LIG preveían dos parámetros diferentes –el precio mayorista vigente en el lugar de destino y en el lugar origen, respectivamente– a los efectos de determinar el valor de los productos exportados. Ante la ocurrencia de alguna de las circunstancias mencionadas (v.gr. ausencia de precio o precio inferior al mayorista de destino), la norma establecía que –en primer lugar– correspondía tomar al precio de venta mayorista vigente en el lugar de destino. Sin embargo, en ausencia de dicha información la norma autorizaba al fisco a reemplazar al precio de venta pactado por el exportador por el mayor precio mayorista vigente en el lugar de origen.

A pesar de estar redactada en distintos párrafos en razón de remitir cada uno de ellos a un parámetro distinto de valuación, la excepción contemplada en el art. 8º, inc. a, de la LIG era una sola y se aplicaba con el orden de prelación señalado. Al utilizar el adverbio “*asimismo*” al comienzo del cuarto párrafo, la norma no dejaba lugar a dudas respecto de que la utilización por parte de la AFIP del precio mayorista vigente en el lugar de origen como precio mínimo de valuación resultaba aplicable bajo las mismas condiciones que las establecidas en el tercer párrafo. Es decir, dicho precio de referencia podía ser utilizado por el fisco “*salvo prueba en contrario*” (cfr. tercer párrafo del art. 8º, inc. a, de la LIG) por parte del exportador argentino respecto de que –a la luz de la premisa contemplada en el primer y segundo párrafo del inciso– el precio de venta se trataba efectivamente de un precio pactado bajo condiciones de mercado entre partes independientes. Esto permite concluir que el fisco no estaba autorizado a tomar como referencia al precio mayorista de destino o, en su defecto, de origen cuando al exportador pudiese efectivamente demostrar que los precios de venta pactados por él con empresas independientes eran precios de libre competencia, por ser esa la premisa de la que partía la norma para determinar la ganancia neta de fuente argentina sujeta a impuesto.

12) Que la conclusión a la que arribó la Cámara, al convalidar lo resuelto por el Tribunal Fiscal respecto de que las exportaciones realizadas por la actora a empresas independientes no residentes en países de baja o nula tributación en los ejercicios fiscales 2001 y 2002 se

ajustaron a las condiciones normales de mercado, es el resultado del criterio de selección y valoración del material probatorio que corresponde a los jueces de la causa, sin que tal conclusión exhiba una manifiesta arbitrariedad que permita descalificar a lo decidido como acto jurisdiccional. La arbitrariedad es de carácter excepcional y no tiende a sustituir a los jueces de la causa en cuestiones que les son privativas, ni a corregir en tercera instancia fallos equivocados o que se reputen tales, ya que sólo admite los supuestos de desaciertos y omisiones de gravedad extrema, a causa de los cuales los pronunciamientos no pueden adquirir validez jurisdiccional (Fallos: 339:1066; 344:1070) por haberse producido un apartamiento inequívoco de la solución normativa o una absoluta carencia de fundamentación (Fallos: 328:3922; 329:2206; 329:3761; 330:133; 343:919; 344:1070). Por ende, resulta aplicable lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 8º, inc. a, de la LIG, correspondiendo dar prevalencia al precio de venta pactado entre empresas independientes a efectos de determinar la ganancia neta de fuente argentina derivada de las exportaciones realizadas y, en consecuencia, confirmar la desestimación del ajuste de la AFIP que pretendió reemplazarlo por el índice FOB oficial fijado por la SAGPyA.

13) Que, cabe agregar, carece de sustento legal la pretensión de la AFIP de que los índices fijados por la SAGPyA fuesen el “*precio mayorista vigente en el lugar de origen*” al que hacía referencia el cuarto párrafo del art. 8º, inc. a, de la LIG.

Si bien es cierto que debe preferirse la inteligencia que favorece y no la que dificulta los fines perseguidos por las normas (Fallos: 311:2751; 315:1922), propósito que no puede ser obviado por los jueces bajo el pretexto de imperfecciones técnicas en la instrumentación legal (Fallos: 315:1922; 317:672; 327:5649), no lo es menos que el principio de legalidad en materia tributaria exige que una ley formal tipifique de manera completa el hecho que se considere imponible y que constituya la posterior causa de la obligación tributaria (Fallos: 155:290; 248:482; 294:152; 303:245; 312:912; 316:2329; 321:366; 323:3770, entre muchos otros), incluida la definición de sus elementos esenciales (arg. Fallos: 329:1554, cons. 10º). Tal principio, que se erige como base de la imposición, constituye también el límite frente al cual debe detenerse el proceso interpretativo, impidiendo que el silencio o la omisión en esta materia sea suplido por la vía de la interpretación analógica (arg. Fallos: 329:59).

El art. 8º del decreto 1177/1992, reglamentario de la ley 21.453, dispone que la SAGPyA es la encargada de establecer “*los precios FOB oficiales o índices*” respecto de la mercadería comprendida en las previsiones de dicha ley, los cuales “*obrarán como base imponible de los derechos de exportación, contribuciones, tasas y demás tributos que gravaren la exportación para consumo o cuya percepción estuviera encomendada a la Administración Nacional de Aduanas con motivo de su exportación para consumo*”. La finalidad de la ley 21.453 al fijar el mencionado índice oficial no fue la de determinar la ganancia neta de fuente argentina derivada de exportaciones regulada por el art. 8º, inc. a, de la LIG, sino permitir que las ventas al exterior de productos de origen agrícola registradas quedasen sujetas a los regímenes tributarios, de alícuotas, arancelario y de base imponible “*vigentes a la fecha de cierre de cada venta*” (cfr. art. 6º, primer párrafo, ley 21.453). El objetivo de tal “*régimen especial*” fue otorgar certeza a los exportadores respecto de la carga fiscal que debía satisfacerse por la exportación, colocándolos “*al abrigo de posteriores normas que aumenten la carga tributaria de las exportaciones*” (Fallos: 320:2656, cons. 7º a 9º).

No habiendo el legislador previsto legalmente que el precio índice u oficial establecido para la ley 21.453 debiese ser utilizado también para fijar el precio mayorista vigente en el lugar de origen a los efectos de determinar la ganancia neta de fuente argentina, dicha omisión no autoriza a los jueces a sustituir a un órgano de otro poder de gobierno en una función que le ha sido conferida por ser el más apto para cumplirla (Fallos: 316:1190; CSJ 501/2007(43-D)/CS1 “Devotto Solari, Oscar N. (TF 18.489-I) c/D.G.I.”, sentencia del 8 de junio de 2010). Esta Corte ha puesto de relieve la necesidad de que el Estado prescriba claramente los gravámenes y exenciones para que los contribuyentes puedan fácilmente ajustar sus conductas respectivas en materia tributaria (Fallos: 253:332; 315:820; 316:1115; 321:153; 330:3994), preservando así

la seguridad jurídica, valor al que el Tribunal ha reconocido jerarquía constitucional (Fallos: 220:5; 243:465; 251:78; 253:47; 254:62; 316:3231; 317:218).

14) Que en lo referido a las exportaciones realizadas por la actora a empresas independientes residentes en países de baja o nula tributación, la AFIP se opuso a que, al aplicar el método de precios comparables entre partes independientes, utilizase un índice que contemplaba el precio de las exportaciones concertadas por ella con empresas independientes no residentes en países de baja o nula tributación. A criterio del fisco, tales precios no superaban la prueba prevista por el legislador en el art. 8°, inc. a, de la LIG al no ajustarse al índice FOB oficial fijado por SAGPyA.

15) Que el art. 15, segundo párrafo, de la LIG establecía que “[l]as transacciones que establecimientos estables domiciliados o ubicados en el país o sociedades comprendidas en los incisos a) y b) y los fideicomisos previstos en el inciso agregado a continuación del inciso d) del primer párrafo artículo 49, respectivamente, realicen con personas físicas o jurídicas domiciliadas, constituidas o ubicadas en los países de baja o nula tributación que, de manera taxativa, indique la reglamentación, no serán consideradas ajustadas a las prácticas o a los precios normales de mercado entre partes independientes”.

Entre los métodos previstos por el mencionado art. 15 para ajustar las transacciones no conformes con las prácticas del mercado entre partes independientes y determinar los precios de las transacciones se encontraba el método “de precios comparables entre partes independientes” (cfr. sexto párrafo) utilizado por la actora. El art. 21.1, inc. a, del decreto reglamentario (texto según decreto 1037/00) definía al precio comparable entre partes independientes como el “precio que se hubiera pactado con o entre partes independientes en transacciones comparables” (el subrayado pertenece al Tribunal).

Habiendo quedado fuera de discusión la conclusión de la Cámara respecto de que los precios de las exportaciones concertadas por Vicentín S.A.I.C. con empresas independientes no residentes en países de baja o nula tributación estuvieron ajustados a las condiciones normales de mercado, tales precios pudieron ser válidamente empleados por la actora para determinar si los precios de sus exportaciones a empresas independientes residentes en países de baja o nula tributación eran también precios de libre competencia. En efecto, se trataba del “precio que [la actora] hubiera pactado con [...] partes independientes en transacciones comparables” (cfr. art. 21.1, inc. a, del decreto reglamentario) previsto como comparable interno para aplicar el método de precios comparables entre partes independientes (cfr. art. 15, sexto párrafo, LIG) a fin de determinar si los precios se ajustaban “a las prácticas o a los precios normales de mercado entre partes independientes” (cfr. art. 15, segundo párrafo, LIG).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar parcialmente a la queja y, con el alcance que surge de los considerandos precedentes, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Reintégrese el depósito efectuado en los términos del art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. – Horacio D. Rosatti. – Carlos F. Rosenkrantz. – Juan C. Maqueda. – Ricardo L. Lorenzetti.

Moneda:

Actualización monetaria: prohibición; inconstitucionalidad; circunstancias tenidas en vista originariamente; modificación de la situación imperante; lesión de derechos constitucionales.

1 – El cuestionamiento a la constitucionalidad del art. 7 de la ley 23.928, texto según ley 25.561, en su estricta aplicación al caso enjuiciado, debe ser acogido. Ello es así pues, en este traumático presente, que arrastra el residuo de inestabilidades pasadas, es perceptible la futilidad de las herramientas jurídicas empleadas hasta aquí para evitar la lesión del contenido sustancial de los derechos patrimoniales de las personas.

2 – En ocasiones, las circunstancias relevantes tenidas en cuenta y valoradas por el legislador al momento de sancionar una ley varían de manera fundamental, el objetivo ambicionado con su dictado se frustra o se modifica en modo absoluto o relevante. A ello puede sumarse el hecho de que la aplicación actual del art. 7 de la ley 23.928, texto según ley 25.561, provoca un efecto lesivo de tal magnitud que es capaz de convertir a un instrumento, originariamente válido, en fuente directa de afectación de los derechos tutelados por el ordenamiento; supuesto en el cual, la disposición legislativa ha de ser susceptible de reproche constitucional.

3 – El ceñido esquema que impone la ley 23.928, texto según ley 25.561, en más de un supuesto, facilita la licuación del capital adeudado y provee soluciones alejadas de los intereses económicos. Ello explica que hayan proliferado un conjunto de regulaciones de distinta índole y jerarquía que, eludiendo o exceptuando la prohibición legal, han consagrado mecanismos de ajuste o indexación, de modo puntual o sectorial.

4 – Superada la convertibilidad, con creciente asiduidad, los jueces se encontraron ante el hecho de que el art. 7 de la ley 23.928 coadyuvaba de manera sumamente escasa o nula a la consecución de los fines procurados al tiempo de su sanción (contribuir a la estabilidad monetaria). Poco efectivo para atender (e incidir sobre) los efectos del cuadro de situación inflacionario, sustentado en argumentos antaño aceptables, pero que en la actualidad lucen macilentos o están desafiados por la realidad, el ideario que nutrió al precepto en cuestión fue disociándose progresivamente del decurso de los acontecimientos económicos, siendo visible el pronunciado desgaste de la plataforma en la que se había montado la regla prohibitiva de la actualización.

5. – Las altas tasas de inflación experimentadas a partir de la pasada década, sobre todo al promediar su segunda mitad, motivó la agregación de distintos antecedentes normativos que han venido a reconfigurar el panorama regulatorio, morigerando la estrictez del régimen previsto en los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 (ratificado por la ley 25.561, con sus reformas) a favor de una creciente flexibilidad, por cuya virtud se abren paso considerables excepciones expresas que consagran la inaplicabilidad de tales textos –preferentemente para grandes operaciones financieras (v.gr., leyes 26.313; 26.078; 26.547, art. 4; 27.249; 27.271, art. 6; 27.328, art. 31 inc. “d”; decretos PEN 905/02, art. 2; 1.096/02, art. 1; 1.733/04, art. 1; 146/17, art. 5)– o bien se modulan sus alcances prohibitivos (v. dec. PEN 1.295/02, derogado por el dec. 691/16, cuyo considerando octavo alude al “aumento generalizado de los precios”; entre muchos otros textos).

6 – Una de las alternativas a las que recurrió la CSJN para paliar la prohibición de actualización monetaria impuesta por el art. 7 de la ley 23.928 fue objetar por irrazonable la fijación judicial de un saldo de precio en idénticos valores nominales cuando la economía de nuestro país ha sufrido un agudo proceso inflacionario, con la consecuente distorsión de precios en el mercado inmobiliario y echó mano a una solución lindante a la extensión analógica, para compensar los desajustes experimentados en el crédito reclamado, estimando necesario asignarle el trato propio de las “obligaciones de valor” de modo de restablecer el equilibrio de las prestaciones.

7 – Por mucho que la lógica de la última ratio genere una especie de cobertura diferencial de las disposiciones de la ley (y con mayor razón respecto de las que regulan las finanzas públicas, el mercado cambiario o el signo monetario), parece claro que ese trato encuentra un límite inexpugnable en la plena vigencia del orden constitucional. Este peculiar escrutinio remite a un plano de análisis en el que se evalúa la rotundidad del cambio operado en la configuración del supuesto de hecho esencial existente al sancionarse la ley –en el caso, ley 23.928– y durante su vigencia inicial, producido tanto de manera súbita o gradual.

8 – Podría pensarse que, en lugar o antes de descalificar la regla del art. 7 de la ley 23.928, sería dable acudir a la aplicación de otra tasa de interés de las admitidas por el art. 768 del Código Civil y Comercial, como es la tasa activa, no solo por tratarse de una alternativa centrada en el método de la extensión analógica, sino porque la declaración de inconstitucionalidad de las leyes constituye la última ratio del sistema; sin embargo las distorsiones económicas de los últimos años han sido extremadamente severas y, en principio, por de pronto, en determinadas circunstancias –como ocurre

en el caso— llevan a descartarla como una opción adecuada, pues, de emplearse la tasa activa referida, el resultado sería apreciablemente menor que el de la evolución de la tasa de inflación y no muy superior a la tasa BIP.

- 9 – Cuando el cotejo entre la aplicación del promedio anual de la tasa pasiva más alta digital BIP o del promedio anual de la tasa activa de descuento a treinta días en pesos con otras hipótesis de actualización monetaria –IPC, CER o RIPTE– con intereses a la tasa pura del 6% anual (dotadas como lo están de suficiente representatividad en la materia), revelan que en la opción favorable al mantenimiento del sistema actual reluce una brecha significativa en detrimento de la acreencia. Semejante proceder no respeta el valor económico del crédito reconocido. El intento de echar mano a la tasa activa, como sucedáneo de la pasiva BIP, tampoco cumple los requerimientos de razonabilidad que impone la justa decisión de un caso como el aquí planteado.
- 10 – Más allá de la utilidad que de suyo poseen los instrumentos de actualización del capital a los que se refiere el art. 7 de la ley 23.928, no hay duda de que la posibilidad de tomarlos en cuenta como referencia contribuye a determinar de manera más precisa la real magnitud económica de la prestación o la obligación debida. Desde esa perspectiva, el óbice legal que impone aquella norma, en cuanto priva al juez de ese valioso instrumento en el contexto actual, también parece reprochable por la falta de razonabilidad que acarrea, lo que conspira contra el despliegue adecuado del servicio de justicia (arts. 18, 28 y concs., CN, y 15, Const. Prov.).
- 11 – Si bien ciertas normas son susceptibles de ser consideradas legítimas en su origen pueden haberse tornado indefendibles desde el punto de vista constitucional con el transcurso del tiempo y el cambio de las circunstancias objetivas relacionadas con ellas. Ello se tipifica en el caso, dado que el art. 7 de la ley 23.928 fue sancionado al instituirse el programa de convertibilidad monetaria, más de tres décadas atrás y su contenido fue refrendado por la ley 25.561, hace alrededor de veinte años.
- 12 – Al margen de la consistencia técnica que pudiere caracterizar a la regla del nominalismo en el campo de las obligaciones dinerarias, es evidente que la estabilidad económica, insita en el propósito que ha inspirado la ley 23.928 –cuyo contenido fue refrendado por la ley 25.561–, constituye un estado, tan deseable como alejado, de esa realidad que cotidianamente se vive en nuestro país desde hace un tiempo más que considerable.
- 13 – El art. 7 de la ley 23.928, refrendado por la ley 25.561, consagra una prohibición expresa que hace inviable cualquier intento de armonización o de “abordaje satisfactorio” de su enunciado que economice, dispense o prescinda del test de constitucionalidad y de su eventual descalificación.
- 14 – Una interdicción taxativa como la ordenada por el art. 7 de la ley 23.928 –refrendado por la ley 25.561–, que solo cede en casos de excepción expresamente previstos, no deja resquicios para una comprensión diversa, so riesgo de habilitar a los jueces a formular una completa reconstrucción de la norma, desconocer o desfigurar el sentido que surge de su inequívoca lectura. Por lo mismo, sería impropcedente invocar la existencia de un caso no previsto o echar mano de cualquier otra figura equivalente, acaso menos explorada; también lo sería apartarse de la regla prevista por el mencionado art. 7 sin declarar su inconstitucionalidad o su inaplicabilidad por una razón fundada, pues semejante obrar elusivo encuadraría en una causal de arbitrariedad.
- 15 – En este estado de cosas, la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha devenido inadecuada en cuanto mantiene como única respuesta el reconocimiento de los intereses calculados a la tasa pasiva sobre el capital de origen. Debe ser revisada, juntamente con la revisión de la aplicabilidad a ultranza de la regla del nominalismo, pues el bloqueo que surge del art. 7 de la ley 23.928, reformado por la ley 25.561, hace mella en el equilibrio de las prestaciones y conduce a la merma de su virtualidad regulatoria, así como a su ineficacia para orientar las expectativas de los agentes económicos y, en tales circunstancias, el criterio vigente entra en crisis. M.M.F.L.

SCBA, abril 17-2024. – B., H. F. y otra c. L., S. B. y otra. Daños y perjuicios.

La Plata, 17 de abril de 2024

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, de conformidad con lo establecido en el art. 4 del Acuerdo nº

3971, procede al dictado de la sentencia definitiva en la causa C. 124.096, “B., H. F. y otra contra L., S. B. y otra. Daños y perjuicios”, con arreglo al siguiente orden de votación (Ac. 2078): doctores Soria, Torres, Kogan, Genoud.

ANTECEDENTES

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Morón confirmó, en lo principal, la sentencia de primera instancia que había estimado procedente la demanda, reduciendo el monto de la condena (v. sentencia de fecha 6-V-2020).

Contra dicho fallo, el letrado apoderado de los actores interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. escrito electrónico de fecha 8-VI-2020).

Dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente cuestión

¿Es procedente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

VOTACIÓN

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

I. H. F. B. y M. S. N. iniciaron el presente reclamo indemnizatorio contra S. B. L. y/o quien resultara propietario, tenedor, usufructuario y/o civilmente responsable del vehículo Ford Fiesta dominio ..., en virtud del accidente de tránsito acaecido el 24 de octubre de 2013 en la localidad de Morón (v. demanda: fs. 54/74).

Relataron en su escrito de inicio que el siniestro se produjo en oportunidad en que circulaban en el vehículo marca Peugeot –modelo Partner, dominio ...– por la calle Barabino cuando al intentar trasponer la intersección con la arteria Cochabamba fueron embestidos –en la parte central del lateral derecho– por el rodado conducido por la parte demandada.

A continuación, describieron los padecimientos sufridos y detallaron los rubros indemnizatorios reclamados, tras lo cual plantearon la inconstitucionalidad de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928, por considerar que resultaban contrarios a los arts. 14, 16, 17 y 18 de la Constitución nacional.

La señora jueza de primera instancia sostuvo que la responsabilidad por las consecuencias dañosas del evento recaía exclusivamente sobre la accionada L. por haber arribado a la bocacalle a excesiva velocidad, sin disminuir la marcha al acercarse a la encrucijada. Asimismo, destacó que, si bien contaba con la prioridad de paso por circular desde la derecha, aquella preferencia debía ceder, en tanto la camioneta de la reclamante había traspuesto prácticamente la ochava al momento del impacto (v. fs. 597/610).

En dicha inteligencia, a falta de eximentes de responsabilidad, estimó procedente la pretensión resarcitoria haciendo extensiva la condena a la citada en garantía, Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada, en los términos del art. 118 de la ley 17.418.

Luego examinó la procedencia y cuantía de los rubros indemnizatorios.

En lo que aquí interesa, al abordar el daño por incapacidad física, en relación con el actor B. puntualizó que lo dictaminado por el médico traumatólogo C. a fs. 468, respecto de las lesiones en la columna, no coincidían con las descriptas en la historia clínica al momento del accidente, donde se le diagnosticó solo omalgia izquierda postrauma y se estimaron 10 días de tratamiento.

En atención a ello, por no surgir de los demás elementos acreditativos prueba fehaciente de la relación causal entre las lesiones lumbares descriptas por el perito y el siniestro objeto de autos, estimó la incapacidad sobreviniente del actor H. F. B. en 13,55% T.V. de incapacidad parcial y permanente (en lugar del 20,46% estimado por el profesional).

En relación con la actora N., también encontró discordancias entre lo dictaminado por el citado perito y las demás constancias de la causa, destacando que en la historia clínica acompañada se dejó sentado únicamente el dolor cervical agudo y, luego de diversos estudios, se le diagnosticó cervicalgia aguda y rectificación total.

A la luz de estas consideraciones concluyó que debía apartarse del informe relativo a la lumbociatalgia por no encontrar prueba idónea de la relación causal entre las lesiones lumbares descriptas por el profesional y el hecho bajo estudio y tomarse la incapacidad derivada de la lesión cervical en 9% T.V. Agregó que la perito médica

neuróloga había determinado que la coactora N. padecía Síndrome post-conmocional de Pierre Marie, derivado del traumatismo de cráneo con pérdida de conciencia sufrida en ocasión del accidente (25% de la T.O.), lo que llevaba a determinar un total por incapacidad parcial y permanente del 31,75% T.V.

Así las cosas, teniendo en consideración lo antes expuesto y las condiciones personales de las víctimas, fijó la suma de \$ 160.000 para el señor B. y \$ 300.000 para la señora N. para el rubro en tratamiento.

Si bien rechazó el daño psicológico por entender que no había sido acreditada su irreversibilidad, hizo lugar al tratamiento psicológico futuro, el cual estableció –teniendo en cuenta lo aconsejado por la experta– a valores actuales y su duración (aproximadamente 6 meses) en la suma de \$ 12.000 para cada uno de los accionantes.

Luego procedió a la determinación del daño moral; gastos médicos y de traslado; daños materiales y por privación de uso.

Desde otro ángulo, adujo que el cálculo de una indemnización a valores actuales a la fecha del dictado de la sentencia constituía la expresión de la facultad conferida al juzgador por la última parte del art. 165 del Código Procesal Civil y Comercial. Precisó que tal era (fijación del daño a valores corrientes a la época del pronunciamiento) lo resuelto en autos sobre los rubros abordados.

A renglón seguido, expresó que ante la prohibición legal de actualizar los créditos que se desprendía de los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 –ratificada por la ley 25.561– correspondía rechazar el planteo de inconstitucionalidad introducido por los actores.

Por último, refirió que a los efectos del cálculo de los intereses correspondía tomar la alícuota del 6% anual, que debía ser impuesta al crédito indemnizatorio en cuestión desde el 24 de octubre de 2013 –fecha del siniestro– y hasta el momento del dictado de la sentencia (momento tenido en cuenta para la evaluación de la deuda). Y de allí en más, la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos de aplicación.

II. Apelado dicho pronunciamiento por los actores y la citada en garantía, la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial confirmó en lo principal la decisión, reduciendo –en lo que aquí importa– los importes otorgados en concepto de daño por incapacidad sobreviniente (\$ 125.000 para H. F. B. y \$ 225.000 para M. S. N.) al reconocer únicamente de manera parcial el daño físico, rechazar el daño psíquico y neurológico y revocar, asimismo, el monto otorgado en concepto de tratamiento psicológico futuro.

Por otra parte, confirmó el rechazo de la solicitud de los accionantes de actualizar el monto de la condena y los intereses aplicados por el pronunciamiento de origen (v. sentencia de fecha 6-V-2020).

III. Contra esta decisión se alza el letrado apoderado de los actores mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, en virtud del cual denuncia la violación de la doctrina legal que cita y el vicio de absurdo en la apreciación de la prueba. Hace reserva del caso federal (v. escrito electrónico de fecha 8-VI-2020).

Se agravia, en síntesis, por la reducción del resarcimiento por incapacidad física y el rechazo del daño psíquico y neurológico, fruto –a su entender– de una absurda valoración de la prueba pericial médica rendida en autos.

Cuestiona la tasa de interés aplicada y, por fin, peticiona se decrete la inconstitucionalidad de las leyes 23.928 y 25.561, propiciando luego que todas las sumas reclamadas y admitidas sean indexadas conforme a la evolución del índice general de precios.

IV. El recurso prospera parcialmente.

Sabido es que establecer el monto indemnizatorio por los daños sufridos constituye una típica cuestión de hecho, privativa de los jueces de las instancias ordinarias e irrevocable en casación, salvo que se denuncie y demuestre la existencia de absurdo (conf. causas C. 108.654, “Morán”, sent. de 26-X-2016; C. 121.219, “Maldonado Lavinia”, sent. de 21-II-2018; e. o.).

IV.1. El agravio referido al daño físico no procede.

Se alega que los elementos de juicio obrantes en el expediente demuestran que la prueba pericial médica realizada ha acreditado un cuadro muy diferente y notablemente superior al que fue considerado finalmente por la Cámara, separándose así de las conclusiones vertidas por el experto.

Pero ese órgano, al abordar este renglón resarcitorio, indicó que los accionantes no habían sido atendidos el día del hecho en centro asistencial alguno, que no obraba ninguna constancia al respecto en la IPP y que los certificados médicos suscriptos por los doctores F. R. y V. (v. fs. 28/29 y 33) no podían ser tomados en consideración, pues se había verificado que las matrículas en ellos consignadas pertenecían a otros profesionales. A la par, expresó que los informes de la obra social OSECAC (v. fs. 548/576) que detallaban las lesiones habían sido realizados 20 días después del hecho.

Ya ingresando en el análisis de la incapacidad física del señor B., en el recurso se expresa que no había quedado acreditado que las secuelas que informó el perito médico C. (v. fs. 468/474) –a saber, cervicobraquialgia con contractura muscular y rigidez y electromiograma alterado, lumbociatalgia con contractura muscular dolorosa persistente, pérdida de lordosis en las radiografías, reducción del rango de movilidad de la columna y electromiograma alterado, sin discopatía localizada– estuviesen en relación causal con el accidente, otorgando una incapacidad parcial y permanente del 5% T.V. en concepto de tendinitis de hombro izquierdo (no dominante) crónica.

Para así fallar, adujo que el dictamen fue realizado más de cuatro años después del accidente y que el actor, al consultar al médico 19 días después del hecho, únicamente refirió dolor en el hombro izquierdo por haberse golpeado con el parante del auto (v. fs. 557), debiéndose resarcir únicamente esta lesión.

En lo que respecta a la incapacidad física de N., consideró que solo podía admitirse la cervicalgia en tanto dicha dolencia era coincidente con el diagnóstico brindado al ser atendida en OSECAC (v. fs. 572), no así la lumbociatalgia dictaminada por el experto pues no se había logrado acreditar debidamente la relación causal con el accidente. Así las cosas, redujo al 9% T.V. la incapacidad parcial y permanente.

A su turno, el impugnante objeta la minusvalía física reconocida a los accionantes, pero no logra demostrar que haya sido irracional la decisión que determinó la ausencia de relación causal de ciertos daños con el hecho objeto de esta litis, lo que importa la insuficiencia de su embate (art. 279, CPCC).

El simple desacuerdo con la postura fijada en una sentencia no configura absurdo, vicio cuya configuración demanda la presencia de un error palmario y fundamental en el examen de determinadas cuestiones de hecho y prueba (conf. causas C. 108.139, “Scarcella”, sent. de 2-III-2011; C. 107.055, “González”, sent. de 10-XII-2014; entre muchas).

Esta Corte ha expresado que cuando se pretenden impugnar las conclusiones de un pronunciamiento referido a las cuestiones fácticas del proceso –en el caso, sobre la relación causal– es menester realizar un juicio crítico de los razonamientos desarrollados al valorarse el producto de la diligencia probatoria. En esa faena incumbe al interesado demostrar que concurre un error grave y manifiesto que ha derivado en conclusiones contradictorias, incoherentes o inconciliables con las constancias objetivas que resultan de la causa (conf. causas C. 108.654, “Morán”, sent. de 26-X-2016; C. 120.515, “Lo Curto”, sent. de 15-VIII-2018; etc.), lo que no acontece en autos.

Al contestar el pedido de aclaraciones y explicaciones efectuado por la citada en garantía (v. fs. 491/492 vta.), el perito médico C. expresó que los hallazgos que mostraban los estudios complementarios de la pericia –rectificación de la lordosis fisiológica, pinzamiento posterior, etcétera, de ambos actores– podían corresponder a factores distintos del hecho de la litis (v. fs. 537, respuesta A); circunstancia que echa por tierra la crítica ensayada por los accionantes sobre el punto.

IV.2. Igual suerte merece el cuestionamiento vinculado al rechazo del daño neurológico.

IV.2.a. En lo atinente a lo dictaminado por la perito médica neuróloga T., la Cámara sostuvo que la experta al determinar el síndrome post-conmocional de Pierre Marie sufrido por M. S. N., por el cual estimó una incapacidad del 25% T.V. derivada de un traumatismo de cráneo con pérdida de conciencia (v. fs. 462/464 vta.), se basó únicamente en los dichos de los testigos –ninguno médico– sin apoyatura probatoria al respecto, haciendo hincapié en que el día del accidente no había recibido ninguna asistencia médica.

En función de ello, concluyó que no se había logrado acreditar debidamente que ese daño se encontrara en relación causal con el accidente.

La Cámara descartó las secuelas neurológicas por considerar que el dictamen –en cuanto al juicio de causalidad afirmado por la experta– no tuvo “apoyatura probatoria”.

La crítica que porta la pieza recursiva es ineficaz para descalificar las conclusiones del fallo apelado.

En esa sentencia, huelga reiterarlo, no se puso en tela de juicio la existencia misma de las dolencias acreditadas. Se advirtió que no se había podido establecer –a partir de las constancias de la causa aportadas al proceso– que fueran consecuencia del accidente. Dicha experticia, según ponderó esa decisión, no encuentra “ninguna apoyatura probatoria al respecto” por fuera de la testimonial, aportada por sujetos que carecen de conocimientos médicos. El desarrollo argumental que propone el escrito recursivo no logra conmover tal conclusión.

En este pasaje de la impugnación se afirmó que “de haber advertido los peritos que las lesiones comprobadas podían tener otro origen lo hubieran informado”; agregándose que no es razonable sostener que “hubieran avalado la situación considerando que estamos ante hechos falsos, simulados o atribuibles a otras causas”.

Con todo, el cuestionamiento dirigido a ese pilar argumental del fallo traduce una mera discrepancia con el juicio realizado por el tribunal *a quo*. Se reduce a la dogmática afirmación de que el informe pericial en cuestión “encuentra apoyatura en los medios de prueba documental, informativa, pericial y testimonial, tal como hemos explicado en nuestros agravios”.

No hay en el recurso desarrollo alguno tendiente a demostrar tan contundente premisa, lo que sella la suerte adversa del agravio así postulado (art. 279, CPCC).

IV.3. Es de recibo, en cambio, el agravio postulado respecto del daño psicológico.

En la decisión recurrida aquí, se afirma que no fue realizada la pericia psicológica necesaria para determinar que los coactores padecían secuelas al respecto, por lo que no había quebranto patrimonial indirecto derivado de limitaciones psicológicas que debiera ser indemnizado. En consonancia, revocó el tratamiento psicológico concedido en la instancia de grado.

Tal aseveración no es fruto de una correcta evaluación de las secuelas sufridas por las víctimas.

En concreto, no se ha tomado en consideración, sin razón plausible, lo dictaminado por el perito psiquiatra H. M., quien tuvo a su cargo la determinación de la existencia del menoscabo en cuestión. En el recurso extraordinario el punto es objeto de una denuncia de absurdidad. El mentado profesional concluyó afirmando que H. B. “tiene daño psíquico, pues se produjo una merma en sus aptitudes psíquicas y perturbación del equilibrio emocional que provoca dificultades en su integración en el medio. La patología presentada [...] al momento de la pericia y que presenta una relación directa con el hecho de marras: Trastorno Adaptativo Mixto con Ansiedad y Estado de Ánimo Depresivo”, estableciendo un 10% de incapacidad psíquica parcial y permanente que “posee relación directa con los hechos denunciados” (v. fs. 368/369).

Y también que M. S. N. “tiene daño psíquico pues se produjo una merma en sus aptitudes psíquicas y perturbación del equilibrio emocional que provoca dificultades en su integración en el medio. La patología presentada [...] al momento de la pericia y que presenta una relación directa con el hecho de marras: Trastorno Adaptativo Mixto con Ansiedad y Estado de Ánimo Depresivo”, estableciendo un 8% de incapacidad psíquica parcial y permanente que “posee relación directa con los hechos denunciados” (v. fs. 375/376).

En ambos casos, el experto indicó tratamiento psicoterapéutico de 6 meses de duración a fin de que no se agravasen los cuadros previamente descriptos, puntualizando que podía prolongarse o no en base a la evolución de la patología, estimando que en el ámbito privado el valor de una sesión de psicoterapia era de \$ 500 (v. fs. 369 y fs. 376).

A ello cabe agregar que el perito H. M. resaltó que “...en el proceso de diagnóstico se realizaron entrevistas clínico psiquiátricas y se solicitó su autobiografía, describiendo [los actores] en forma coherente lo sucedido y lo vivido como un hecho cargado de angustia y de injusticia que modificó su existencia”. Destacó además que “los hechos vividos por estos han afectado su estructura psíquica, la que se ha visto debilitada y también han producido una marcada perturbación en su personalidad” (v. fs. 498 vta. y 499).

A la par, remarcó que los informes psicodiagnósticos y baterías de test a los que se refirió la citada en garantía al impugnar dicho informe, cuestionando la incumbencia del médico psiquiatra en la materia (v. fs. 493/495), eran exámenes médicos complementarios y de exclusiva realización por licenciados en psicología. Recordó que estos “no tuercen, modifican ni cambian los hallazgos determinados a través de la clínica psiquiátrica, que es la que prima para establecer el diagnóstico médico de existencia o ausencia de patología mental” (v. fs. 499).

En definitiva, la labor desarrollada por el experto, dio cuenta del origen traumático que tuvo dicho cuadro y la gravedad de la lesión, extremo que fue soslayado por la Cámara.

IV.3.a. En función de lo expresado, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto y, en consecuencia, revocar la decisión impugnada en cuanto ha denegado el reclamo relativo a los daños psíquicos sufridos por ambos accionantes. Los autos deberán volver al tribunal de origen para que, debidamente integrado, determine la cuantía de dicho rubro.

IV.4. Por último, se objetan los intereses establecidos por las instancias de grado al capital de condena. Argumenta que la jueza de origen no expresó que las sumas otorgadas a los actores hubiesen sido fijadas a “valores actuales” como refiere el Tribunal de Alzada.

Tal como se ha dicho, la sentencia de primera instancia sostuvo que el momento del dictado del fallo había sido el que se tuvo en cuenta para la evaluación de la deuda.

Pues bien, en lo que atañe al daño psíquico de los accionantes, los intereses respectivos deberán fijarse al momento de su oportuna determinación, según las pautas establecidas en las causas C. 120.536, “Vera” (sent. de 18-IV-2018) y C. 121.134, “Nidera” (sent. de 3-V-2018).

V.1.[sic] El cuestionamiento a la constitucionalidad del art. 7 de la ley 23.928, texto según ley 25.561, en su estricta aplicación al caso enjuiciado, debe ser acogido.

V.1.a. Como es conocido, las recurrentes crisis financieras y, entre otros problemas, los trastornos que ocasiona la inflación, impactan fuertemente en las relaciones jurídicas. En las últimas décadas se aprobaron e implementaron diversas normas legales y reglamentarias, así como variados programas, que contenían medidas de todo calibre, destinados a resolver esta problemática. Una de las más trascendentes fue la ley 23.928, de convertibilidad, reformada por la ley 25.561, denominada de emergencia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria.

V.1.b. El encuadre en esas normas, y su interpretación, fueron objeto de diversos esquemas de decisión jurisprudencial que, ya en la actualidad, en un contexto de acusada inestabilidad económica, generan una perturbación severa para la justa composición de los conflictos. La inflación que aqueja a la economía del país ha sido –y es– un factor tan corrosivo para el equilibrio negocial y, en términos más amplios, para la realización eficaz de los derechos, que la evidencia de sus efectos lesivos debe ser plenamente afrontada. Por ello, el enfoque interpretativo adecuado debe partir del reconocimiento de esta compleja problemática; lo contrario sería negar la realidad.

En este traumático presente, que arrastra el residuo de inestabilidades pasadas, es perceptible la futilidad de las herramientas jurídicas empleadas hasta aquí para evitar la lesión del contenido sustancial de los derechos patrimoniales de las personas.

V.1.c. En ocasiones, las circunstancias relevantes tenidas en cuenta y valoradas por el legislador al momento de sancionar una ley varían de manera fundamental, el objetivo ambicionado con su dictado se frustra o se modifica en modo absoluto o relevante. A ello puede sumarse el hecho de que la aplicación actual de esa norma provoque un efecto lesivo de tal magnitud que sea capaz de convertir a un instrumento, originariamente válido, en fuente directa de afectación de los derechos tutelados por el ordenamiento. En tal supuesto, la disposición legislativa ha de ser susceptible de reproche constitucional.

Es esto lo que sucede, en el caso, con la aplicabilidad a ultranza del art. 7 de la ley 23.928.

V.1.d. El núcleo del problema está centrado en la interdicción legal de la actualización, reajuste o indexación de las obligaciones dinerarias expresadas en moneda de curso legal (arts. 7 y 10, ley 23.928, texto según ley 25.561). La interpretación judicial vigente preconiza agregar al capital histórico un interés moratorio a la tasa pasiva digital más alta del Banco Provincia. Este mecanismo se comple-

ta con la inadmisión de toda alternativa de repotenciación, incluyendo el tramo dinerario de las deudas de valor.

En tales condiciones, el ceñido esquema que impone la ley antes citada, en más de un supuesto facilita la licuación del capital adeudado y provee soluciones alejadas de los intereses económicos en presencia. Ello explica que haya proliferado un conjunto de regulaciones de distinta índole y jerarquía que, eludiendo o exceptuada la prohibición legal, han consagrado mecanismos de ajuste o indexación, de modo puntual o sectorial.

V.1.e. Para dar cuenta de la gravedad de las distorsiones que aquella interdicción provoca es sobreabundante ahondar en el serpenteo que reflejan los trayectos inflacionarios. El alza generalizada de los precios y la depreciación monetaria, agravados en los últimos tiempos, y fuertemente en el último bienio, parece una constante. Estos hechos notorios impulsan el replanteo de la doctrina legal de este Tribunal. Para acometer con eficacia esa tarea, en primer término, vale recordar algunos antecedentes.

V.2. Por muchos años, ante la mora del deudor, se mandaba a liquidar el interés judicial previsto en el, por entonces vigente, art. 622 del Código Civil (hoy art. 768 inc. “c” del Código Civil y Comercial de la Nación) a la tasa que pagara el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días vigente en los distintos períodos de aplicación (conf. causas Ac. 43.448, “Cuadern” y Ac. 43.858, “Zong”, ambas de 21-V-1991). Antes se sostenía que esos réditos debían fijarlos los jueces de las instancias de grado (v.gr., en “Parula, Floro c. Provincia de Buenos Aires”, sent. de 15-II-1955, JA, 1955-II-158; “Provincia de Buenos Aires c. Leiva, Cecilio”, sent. de 27-V-1952, JA, 1952-III-179; B. 43.100, “Provincia de Buenos Aires c. Roccatagliata”, sent. de 14-V-1957, Ac. y Sent. 1957-II-465; Ac. 23.084, “Dirección de Vialidad de la Provincia de Buenos Aires”, sent. de 28-VI-1977, Ac. y Sent., 1977-II-294; Ac. 34.674, “Fernández”, sent. de 24-IX-1985, Ac. y Sent., 1985-II-767; e. o.).

Luego, el incremento pronunciado de los precios había generado como reacción que fuera rehabilitándose el uso de mecanismos de indexación del capital adeudado, a expensas de la regla del anterior nominalismo instituido en el Código de Vélez (art. 619, Cód. Civ.), hasta que finalmente se arribó a la doctrina legal aludida al comienzo (conf. causas Ac. 49.779, “Kusnesov”, sent. de 3-V-1994, Ac. y Sent. 1994-II-177; reiterado en Ac 51.458, “Valverde”, sent. de 3-V-1994, Ac. y Sent. 1994-II-192; Ac 55.137, “Pérez”, sent. de 24-XI-1998, Ac. y Sent. 1998-VI-124; e. o.). Esa decisión, adoptada por este Tribunal en las causas “Cuadern” y “Zong”, fue motorizada en gran medida por los factores que componían la realidad económica de ese momento (v. lo resuelto en la causa Ac. 49.439, “Cardozo”, sent. de 31-VIII-1993, DJBA 145, 187).

V.3. El programa económico destinado a superar la hiperinflación de comienzos de los 90, entre otros objetivos, procuró dar certeza a las obligaciones dinerarias y reforzar el principio nominalista, en su hora consagrado por el art. 619 del Código Civil, vigorizado con la incorporación de la norma prohibitiva de todo tipo de cláusulas de variaciones de precios y de indexación (art. 7, ley 23.928).

Este último dispositivo formaba parte de un ambicioso programa de estabilización como era la convertibilidad. Con resultados dispares, desbordando la idea del ancla cambiaria, se propuso detener el deterioro de la moneda, encauzar las expectativas inflacionarias y moderar, en suma, las variables más extremas o anárquicas de los mercados.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación adoptó una posición congruente en materia de intereses en el caso “YPF c. Provincia de Corrientes” (Fallos: 315:158, sent. de 3-III-1992). Hizo allí aún más explícitas aquellas motivaciones sobre el nuevo alcance de la tasa aplicable (v., en especial, considerandos 22, 24, 30, 31 y 32) y en esa ocasión también destacó que a la par de la “decisión de las autoridades políticas” en orden a la contención de la inflación, correspondía a los jueces interpretar las disposiciones de aquellas autoridades, con el objeto de darles pleno efecto a sus finalidades (consid. 30).

V.4. Más cerca en el tiempo esta Suprema Corte provincial ratificó su postura en torno al interés judicial moratorio –en el contexto de la vigencia de la ley 25.561– y mantuvo en esencia la aplicabilidad de las reglas establecidas en los artículos 7 y 10 de la ley 23.928 (art. 4) en las decisiones recaídas en causas C. 101.774, “Ponce” y L. 94.446, “Ginossi” (ambas sent. de 21-X-2009). Con

fundamentos similares a los mencionados en el apartado anterior, descartó otra interpretación contraria al propósito y a la letra de la norma prohibitiva de preceptos o estipulaciones convencionales que contemplaran modalidades de indexación.

V.5. Meses después, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reafirmó con singular énfasis la validez del nominalismo luego de la sanción de la ley 25.561, en el conocido precedente “Massolo” (Fallos: 333:447, sent. de 20-IV-2010). Una comprensión semejante ya había presidido lo resuelto por esta Suprema Corte en la causa B. 49.193 bis “Fabiano” (sent. de 2-X-2002, LLBA, 2002 –diciembre–, 1954; y, entre otras, Ac. 86.304, “Alba”, sent. de 27-X-2004; L. 85.591, “Fernández”, sent. de 18-VII-2007, e. o.).

En aquel fallo, el alto tribunal recordó el estándar que exige a los jueces que “interpreten las disposiciones de las autoridades políticas de modo de dar pleno efecto a la intención del legislador” y, además, rescató el valor del “...objetivo antiinflacionario que se proponen alcanzar las leyes [...] mediante la prohibición genérica de la ‘indexación’”. El voto particular del juez Petracchi, sin descalificar el régimen legal en juego, reconoció que a todo acreedor le asistía el derecho de reclamar, frente al envilecimiento de la moneda, una vez practicada la liquidación definitiva, sobre la base de institutos tales como la teoría de la imprevisión, el abuso del derecho y la frustración del contrato “...a fin de preservar la equidad de la prestación al tiempo de su cumplimiento” (consid. 19), además de emplear la tasa de interés como un remedio para evitar que “los efectos de la depreciación monetaria [...] incidan solamente sobre quien fue la víctima del daño” (consid. 20).

V.6.a. [sic] Desatada la grave crisis de 2001/2002, la ley 25.561 derogó el núcleo del sistema de la convertibilidad previsto en ley 23.928 (esto sucedió con los arts. 1, 2, 8, 9, 12 y 13 de la legislación referida, con las modificaciones incorporadas por la ley 25.445, v. art. 3, ley 25.561).

En otros aspectos las disposiciones de la ley 23.928 fueron reformuladas (es lo que la ley 25.561 hizo respecto de los arts. 3, 4, 5, 6, 7 y 10 de la ley 23.928, con sus reformas; v. art. 4, ley 25.561).

A su vez, la ley 25.561 mantuvo la prohibición relativa a la aplicación de mecanismos o la estipulación de cláusulas de repotenciación, variaciones de precios, de actualización o indexación (art. 4, ley cit.).

La doctrina de “Ponce” y “Ginossi”, en esencia, se prolongó hasta el presente, expresada en la forma de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus depósitos a treinta días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos (causas B. 62.488, “Ubertalli” –sent. de 18-V-2016–; C. 119.176, “Cabrera” y L. 118.587 “Trofe” –ambas sents. de 15-VI-2016–), matización que supuso una moderada elevación de la cuantía de esos accesorios.

V.6.b. En ese panorama, con creciente asiduidad, los jueces se encontraron ante el hecho de que el citado art. 7 coadyuvaba de manera sumamente escasa o nula a la consecución de los fines procurados al tiempo de su sanción (contribuir a la estabilidad monetaria). Poco efectivo para atender (e incidir sobre) los efectos del cuadro de situación inflacionario, sustentado en argumentos antaño aceptables, pero que en la actualidad lucen macilentos o están desafiados por la realidad, el ideario que nutrió al precepto en cuestión fue disociándose progresivamente del curso de los acontecimientos económicos. Era visible el pronunciado desgaste de la plataforma en la que se había montado la regla prohibitiva de la actualización.

Las zozobras financieras del país fueron sintiéndose de manera progresiva, al igual que lo hicieron los niveles de la inflación, cuyos índices, lejos de aquietarse, continuaron dinamizándose de modo incremental.

A la vista de la alteración de las variables económicas, el régimen legal comenzó a ser objeto de sucesivos cambios y excepciones que atenuaron el rigor de sus normas.

V.6.c.i. [sic] Esas cuestiones fueron puestas de relieve en las decisiones de esta Suprema Corte recaídas en las causas C. 120.536, “Vera” (sent. de 18-IV-2018) y C. 121.134, “Nidera” (sent. de 3-V-2018).

Tales precedentes derechamente aluden a “las altas tasas de inflación experimentadas a partir de la pasada década, sobre todo al promediar su segunda mitad. Una etapa en la cual [...] la agregación de distintos antecedentes normativos ha venido a reconfigurar el panorama regulatorio en la materia, morigerando la estrictez del régimen previsto en los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 (ratificado por

la ley 25.561, con sus reformas) a favor de una creciente flexibilidad, por cuya virtud se abren paso considerables excepciones expresas que consagran la inaplicabilidad de tales textos –preferentemente para grandes operaciones financieras (v.gr. leyes 26.313; 26.078; 26.547, art. 4; 27.249; 27.271, art. 6; 27.328, art. 31 inc. “d”; decretos PEN 905/02, art. 2; 1.096/02, art. 1; 1.733/04, art. 1; 146/17, art. 5)– o bien se modulan sus alcances prohibitivos (v. dec. PEN 1.295/02, derogado por el dec. 691/16, cuyo considerando octavo alude al ‘aumento generalizado de los precios’; entre muchos otros textos”).

V.6.c.ii. En el campo de la contratación administrativa el Poder Ejecutivo nacional instituyó ciertas alternativas para suplantarse el sistema de ajuste de precios anterior a las leyes 23.928 y 25.561. Entre otras disposiciones, los decretos 1.312/1993, 1.295/2002 y 691/2016 regularon la «redeterminación» de precios en la obra pública y la consultoría.

V.6.c.iii. La lista de regímenes que sortearon la prohibición de estipular cláusulas o establecer opciones de variaciones de costos, actualización monetaria, indexación o repotenciación, fue engrosándose. Dicha nómina incluye los supuestos comprendidos por las leyes 27.467 (arts. 17 y 105), 27.591 (art. 57) y 27.574 (art. 21), como en el decreto 523/22 (art. 1), por mencionar solo algunos. Todos contemplaban diferentes mecanismos para mantener el valor del capital debido, en el contexto de una economía que daba cuenta de una apreciable escalada de precios.

Entre tanto, la tasa inflacionaria se acercaba al 50% anual.

V.6.d. Poco antes se había resuelto el caso “Martínez” (causa C. 119.088, de 21-II-2018). Para mantener la justa homogeneidad de los valores implicados y, al mismo tiempo, ajustarse a la realidad económica, este Tribunal condenó a la compañía aseguradora a calcular, al momento de la evaluación judicial del daño, la cuantía de la cobertura básica debida; esto es, no ya según la cifra nominal de la póliza, sino a tono con los montos definidos en la sentencia definitiva. El respeto al valor de la prestación llevó a establecer ese cálculo de la cobertura asegurada, en lugar de considerarla a su monto histórico, lo cual supuso a la vez decidir la inoponibilidad al asegurado y a la víctima de la delimitación cuantitativa del riesgo originariamente estipulada, al menos de una inteligencia literal de su cuantía.

Se abría paso con vigor el régimen de las deudas de valor. Pero en “Vera” y “Nidera” esta lógica pasó a ser consagrada en modo inequívoco.

V.7.a. [sic] Más recientemente, cabalgando entre la solución de especie y la introducción de matices a su jurisprudencia tradicional, la Corte federal admitió, y de alguna forma propició, la aplicación de herramientas relevantes para –lo que se entiende, sería– la justa definición de los casos. A tal efecto, acudió a estándares referidos al problema de la inflación y avaló el uso de instrumentos (en teoría alternativos a los meramente indexatorios) aptos para compensar los perjuicios derivados del alza general e incontrolada de los precios de la economía.

Lo primero se corresponde con la decisión adoptada en el caso “Di Cunzolo” (Fallos: 342:54, sent. de 19-II-2019); lo segundo, con los conceptos vertidos en el caso “Vidal” (Fallos: 344:3156, sent. de 28-X-2021) y la última referencia apunta al más cercano caso “G.” (causa CIV 83609/2017/5/RH3 “G., S. M. y otro c/ K., M. E. A. s/alimentos”, sent. de 20-II-2024).

En modo amalgamado con una pauta de equidad, la Corte ha debido considerar el impacto de los fenómenos (la inflación por caso) que distorsionan la ecuación económica en las relaciones jurídicas.

V.7.b. En “Di Cunzolo” la Corte preanunció un reacomodamiento que, en vista de la inflación de los últimos años, no parece detenerse en la búsqueda de instrumentos que alimenten el menú de opciones para dictar sentencias correctas.

El conflicto se vinculaba con el incumplimiento de una obligación dineraria y de la erosión que el transcurso del tiempo provocaba en su contenido patrimonial debido al alza generalizada del costo de vida.

Bajo tales circunstancias, el Tribunal objetó por irrazonable la fijación judicial de un saldo de precio en idénticos valores nominales “...cuando la economía de nuestro país ha sufrido en ese período un agudo proceso inflacionario, con la consecuente distorsión de precios en el mercado inmobiliario”.

Tras cartón, echó mano a una solución lindante a la extensión analógica y, para compensar los desajustes experimentados en el crédito reclamado, estimó necesario asignarle el trato propio de las «obligaciones de valor» de modo de restablecer el equilibrio de las prestaciones (Fallos: 342:54).

V.7.c. En cuanto concierne a la causa “Vidal”, un caso penal tributario de vinculación más distante con el asunto de autos, la Corte reiteró ciertos conceptos enarbolados en “Di Cunzolo”. En tal sentido, insistió en la necesidad de ponderar los efectos causados por la inflación, enfatizando a su turno que las decisiones de los jueces no pueden desvincularse de la realidad económica del caso (consid. 21).

Una inteligencia semejante impregna la argumentación del voto particular del juez Rosatti (consid. 9) en la sentencia de Fallos: 343:1146 (sent. de 1-X-2020).

V.7.d.i. [sic] El tercer factor de corrección antes apuntado (relativo al uso de instrumentos aptos para compensar los perjuicios derivados de la inflación) es perceptible en una sentencia todavía más próxima, dictada por remisión al dictamen de la Procuración General (causa “G., S. M. y otro”, Fallos: 347:51, sent. de 20-II-2024). En este fallo descalificó por arbitraria la sentencia de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que, al dejar sin efecto el mecanismo de actualización de la cuota de alimentos que se había discernido en la instancia de origen, omitió sopesar el impacto de la inflación sobre el valor económico de la prestación debida, abstrayéndose así de la realidad.

Según el razonamiento de la Corte, aquella sentencia sacrificaba el crédito al exponerlo al ritmo del proceso inflacionario sin proveer a otro tipo de medidas compensatorias del detrimento patrimonial.

V.7.d.ii. En el dictamen en el que se apoya la decisión, la regla del art. 7 de la ley 23.928 queda relegada o reducida en su expresión normativa por vía del rescate que en el caso se hace de ciertas soluciones alternativas.

Así, el fallo pondera de manera favorable un conjunto de cláusulas de “convenios y sentencias” destinadas a la “conservación del valor real” (de la cuota de alimentos), al señalar en el punto IV del dictamen de la Procuración General que, además de las que establecen “el ajuste semestral conforme el índice R.I.P.T.E.” o por el “Índice de Precios al Consumidor que publica el INDEC”, eran utilizadas, verbigracia, la fijación del “pago de la obligación en cuotas escalonadas”, “en moneda extranjera” o utilizando “algún otro parámetro de referencia” (v.gr. el salario mínimo, vital y móvil o el jus).

Bien puede advertirse que las soluciones a las que se alude en el dictamen poseen un claro propósito de actualización del crédito, en el sentido dado por la Corte Suprema a esta expresión en el considerando 10 del precedente “Massolo”. Prácticamente en su totalidad guardan ese cometido, por lo que no deja de ser arduo compatibilizarlas con la afirmación de validez del precepto legal puesto en entredicho en este litigio.

V.7.d.iii. Por otra parte, el fallo hace expresa referencia al incremento del I.P.C., aparte de valorarse como “razonable” que se prevea lo necesario para mantener el valor del crédito, toda vez que “las sumas nominales pactadas o fijadas judicialmente, por plazo indeterminado, resultarán prontamente insuficientes [...] debido a las sucesivas alzas de precios en los bienes y servicios”. Si bien se mira, antes que nada, se profundiza lo decidido en “Di Cunzolo”.

V.7.d.iv. En un caso de ribetes singulares como es la causa “Patterer”, resuelta un año atrás (Fallos 346:383, sent. de 25-IV-2023), la Corte, para confirmar un pronunciamiento que descalificó la omisión de actualizar una prestación asistencial, centra su enfoque interpretativo en el deterioro causado por la inflación. Lo discutido era el envilecimiento de la asignación por desempleo.

El fallo se expidió en términos indisputables en cuanto a los efectos lesivos que la omisión de actualizar la cuantía del beneficio causaba al acreedor. En el considerando 9 afirmó que la desvalorización del importe de asignación referida, originada en la inacción de la autoridad administrativa “en un contexto inflacionario” había lesionado los derechos del interesado por no haberse efectuado los “ajustes necesarios” que actualizaran su importe.

Tras lo cual destacó que ese comportamiento omisivo llevaba a “convertir en irrisoria e inequitativa la asignación por desempleo que correspondía a la actora”, desnaturalizando un derecho de fuente constitucional (Fallos 346:383, sent. de 25-IV-2023).

V.7.d.v. En rigor, en estas controversias la Corte, antes que ejercer un escrutinio constitucional negativo del tantas veces referido artículo 7, procuró acudir a algún camino discursivo alternativo que pudiera justificar la recomposición de los valores comprometidos.

V.8. El marco de resolución de esta clase de controversias, al igual que el detalle de su contenido, conlleva la necesidad de ponderar las variables de la economía y, sin perjuicio de dar pleno efecto a las medidas adoptadas por los poderes representativos, exige a la par indagar si media una afectación al núcleo esencial de los derechos tutelados por el ordenamiento. Tanto en el plano regulatorio como en el hermenéutico, el factor económico condiciona la opción jurídica y compele a la consideración circunstanciada de los impactos y mudanzas producidos a causa del deterioro patrimonial provocado por la depreciación de la moneda.

Por cierto, es preciso engarzar las determinaciones jurisdiccionales con una lectura razonable del nominalismo; acaso menos rígida que aquella que gobernara el temperamento seguido en otros fallos, tales como “Cuadern” y “Zong” y luego en “Ponce” y “Ginossi”. Aun cuando el objeto de estos pronunciamientos estuvo centrado en la tasa de interés moratorio aplicable, no cabe duda de que un cuadro de situación completo sobre los créditos dinerarios en una economía inflacionaria hubiese requerido de una mirada global. Para llevar a la práctica dicha exigencia con realismo, hacía falta imbricar la problemática asociada al interés moratorio con la viabilidad de la actualización monetaria, rubro que no podía examinarse sin poner en jaque la restricción normativa existente.

Como fuere, sin interferir en la dinámica de los cambios regulatorios, las decisiones judiciales no prescindieron de efectuar, sin embargo, un monitoreo de las repercusiones que ellos causaban en los derechos de las personas.

V.9.a. [sic] Es que, por mucho que la lógica de la última *ratio* (v. entre tantos, Fallos 343:140; 344:391 y sus citas) genere una especie de cobertura diferencial de las disposiciones de la ley (y con mayor razón respecto de las que regulan las finanzas públicas, el mercado cambiario o el signo monetario), parece claro que ese trato encuentra un límite inexpugnable en la plena vigencia del orden constitucional.

V.9.b. El abordaje del problema que se plantea en este caso franquea el ingreso a un campo de excepción: la inconstitucionalidad sobreviniente (Fallos 308:2268; 316:3104; 317:756; 319:324; 321:1058; 328:566; entre otros).

Este peculiar escrutinio remite a un plano de análisis en el que se evalúa la rotundidad del cambio operado en la configuración del supuesto de hecho esencial existente al sancionarse la ley y durante su vigencia inicial, producido tanto de manera súbita o gradual.

V.9.c. Va de suyo que la mutación de las características estructurales que definieron el cuadro de situación previsto por la ley y determinaron su contenido, o bien la irrupción de cambios copernicanos o de nuevas configuraciones políticas, económico-sociales o institucionales, deben reunirse en modo inequívoco. Así podrá justificarse cómo preceptos de una ley o un reglamento que en su origen no transgredieron la Constitución, presentan luego una contradicción insalvable con las reglas o principios de ese ordenamiento superior, de tal relevancia que no admiten lecturas flexibles, armonizadoras o evolutivas, susceptibles de dar sostén a una interpretación que rescate cierta compatibilidad entre los productos normativos.

Ante estas –nuevas– circunstancias el reproche constitucional será una lógica derivación.

V.9.d. Con otros términos, la modalidad de descalificación de una ley en cuestión (que procede cuando/porque dicha norma devino inconstitucional), presupone verificar el alcance e intensidad con que la nueva situación fáctica o jurídica impacta sobre los derechos en disputa (en el caso, se impone verificar la evolución de las variables inflacionarias).

A partir del examen contemporáneo de los textos comprometidos, ha de establecerse si la disposición legislativa exhibe una inexcusable incompatibilidad constitucional, si sus preceptos reflejan *hic et nunc* una medida irrazonable. Ello, por más que antes, esto es, al momento de su sanción o por varios años más, tal vez (Fallos: 308:2268; 328:566 y sus citas) no hubiesen merecido semejante descalificación.

V.9.e. En la especie, la brecha entre un sistema de mantenimiento del capital adecuado por medio de su actuali-

zación más una tasa de interés puro y el sistema hasta ahora aplicado –de capital nominal más intereses a la tasa pasiva BIP (de la anterior doctrina legal)– arroja una pérdida más que considerable en perjuicio del reclamante.

V.9.e.i. El siguiente cuadro comparativo parte del monto de la condena; esto es, de la cifra de \$ 568.000 (valor fijado a la fecha de la sentencia de primera instancia: 27 de marzo de 2019) y ensaya diferentes hipótesis de actualización en su cotejo con el resultado de la actual doctrina legal de este Tribunal (causas C. 119.176, “Cabrera” y L. 109.587, “Trofe”, sents. de 15-VI-2016); siempre con más un interés puro del 6% anual desde la fecha del hecho (24 de octubre de 2013) y hasta su cuantificación a la fecha de aquel pronunciamiento (conf. doctr. causas C. 120.536 “Vera” –sent. de 18-IV-2018– y C. 121.134 “Nidera” –sent. de 3-V-2018–).

Cuadro comparativo 1

Método actual según doctrina legal	Capital al 27-03-19	Interés 6% anual 24-10-13 a 27-03-19:		Tasa pasiva digital BIP s/capital 28-03-19 a 31-01-24	Monto total final
	\$ 568.000	\$ 184.872,33		\$ 1.533.492,44	\$ 2.286.364,77
Opción 1 IPC INDEC	Capital al 27-03-19	Interés 6% anual 24-10-13/ 27-03-19	Capital ajustado por IPC INDEC al 31-01-24	Intereses 6% s/ capital ajustado 28-03-19 / 31-01-24	\$ 15.357.108,73
	\$ 568.000	\$ 184.872,33	\$ 11.752.687,37	\$ 3.419.549,04	
Opción 2 Ajuste por el CER	Capital al 27-03-19	Interés 6% anual 24-10-13/27-03-19	Capital ajustado por CER al 31-01-24	Intereses 6% s/ capital ajustado 28-03-19/ 31-01-24	\$ 12.214.599,93
	\$ 568.000	\$ 184.872,33	\$ 9.318.443,49	\$ 2.711.284,11	
Opción 3 Ajuste según la RIPTE	Capital al 27-03-19	Interés 6% anual 24-10-13 / 27-03-19	Capital ajustado según la RIPTE al 31-01-24	Intereses 6% s/ capital ajustado 28-03-19 / 31-01-24	\$ 10.451.603,07
	\$ 568.000	\$ 184.872,33	\$ 7.952.794,40	\$ 2.313.936,34	

De las cifras consignadas en el **Cuadro comparativo 1** se desprende que: a) el monto total final por aplicación del método que surge de mantener la prohibición de ajustar el capital por índices y emplear la tasa de interés pasiva BIP, es de \$ **2.286.364,77 (100%)**; b) la opción 1 (actualización por aplicación del índice de precios al consumidor del INDEC) más intereses a una tasa pura (en este cálculo, del 6%) determina un resultado final de \$ **15.357.108,73 (671%)**; c) la opción 2 (actualización por aplicación del CER más los mismos intereses) arroja un resultado final de \$ **12.214.599,93 (534%)** y d) la opción 3 (actualización siguiendo la remuneración imponible promedio de los trabajadores estables [RIPTE]) más intereses a una tasa pura del 6%, alcanza la suma total de \$ **10.451.603,07 (457%)**.

Claramente, en cualquier hipótesis se configura una diferencia objetiva apreciable en perjuicio del acreedor, que justifica el óbice constitucional articulado.

V.9.e.ii. Podría pensarse que, en lugar o antes de descalificar la regla del art. 7, sería dable acudir a la aplicación de otra tasa de interés de las admitidas por el art. 768 del Código Civil y Comercial, como es la tasa activa, no solo por tratarse de una alternativa centrada en el método de la extensión analógica, sino porque la declaración de inconstitucionalidad de las leyes constituye la última *ratio* del sistema.

Pero las distorsiones económicas de los últimos años han sido extremadamente severas y, en principio, por de pronto, en situaciones como las aquí enjuiciadas, llevan a descartarla como una opción adecuada.

En efecto, de emplearse la tasa activa, acorde con el art. 768 del Código Civil y Comercial de mayor aplicabilidad, el resultado sería apreciablemente menor que el de la evolución de la tasa de inflación y no muy superior a la tasa BIP.

Cuadro comparativo 2

	PROMEDIO ANUAL TASA PASIVA MÁS ALTA DIGITAL BP	PROMEDIO ANUAL TASA ACTIVA DESCUENTO A 30 DÍAS EN PESOS BP	IPC INDEC
Año 2021	36,90%	40,16%	50,90%
Año 2022	56,53%	61,32%	94,83%;
Año 2023	100,06%	101,86%	211,52%;

De nuevo el cotejo exhibe un resultado elocuente. Las hipótesis consideradas, dotadas como lo están de sufi-

ciente representatividad en la materia, revelan que en la opción favorable al mantenimiento del sistema actual reduce una brecha significativa en detrimento de la acreencia. Semejante proceder no respeta el valor económico del crédito reconocido. El intento de echar mano a la tasa activa, como sucedáneo de la pasiva BIP, tampoco cumple los requerimientos de razonabilidad que impone la justa decisión de un caso como el aquí planteado.

V.9.e.iii. Más allá de la utilidad que de suyo poseen los instrumentos de actualización del capital a los que se refiere el art. 7 de la ley 23.928, no hay duda de que la posibilidad de tomarlos en cuenta como referencia contribuye a determinar de manera más precisa la real magnitud económica de la prestación o la obligación debida. Desde esa perspectiva, el óbice legal que impone aquella norma, en cuanto priva al juez de ese valioso instrumento en el contexto antes descripto, también parece reprochable por la falta de razonabilidad que acarrea, lo que conspira contra el despliegue adecuado del servicio de justicia (arts. 18, 28 y concs., CN y 15, Const. Prov.).

V.9.f. La Corte federal ha resuelto que “[l]as leyes no pueden ser interpretadas sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, y está destinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción (Fallos: 241:291 y 328:566)” (Fallos: 337:530, “Pedraza”, sent. de 6-V-2014, considerando 6).

En esa ocasión puso de resalto que “ciertas normas susceptibles de ser consideradas legítimas en su origen pudieron haberse tornado indefendibles desde el punto de vista constitucional con el transcurso del tiempo y el cambio de las circunstancias objetivas relacionadas con ellas”.

De allí que se comprenda que, en estos casos, el alto tribunal se haya planteado si una determinada norma legal “pudo haber devenido –con el transcurso del tiempo y el cambio de las circunstancias objetivas– contraria a la función que la Constitución le encomienda...” (Fallos 338:721, “Anadon”, sent. de 20-VIII-2015).

V.9.g. El art. 7 de la ley 23.928 fue sancionado al instituirse el programa de convertibilidad monetaria, más de tres décadas atrás. Su contenido fue refrendado por la ley 25.561, hace alrededor de veinte años.

V.9.g.i. Al margen de la consistencia técnica que pudiere caracterizar a la regla del nominalismo en el campo de las obligaciones dinerarias, es evidente que la estabilidad económica, ínsita en el propósito que ha inspirado a tales normas, constituye un estado, tan deseable como alejado, de esa realidad que cotidianamente se vive en nuestro país desde hace un tiempo más que considerable.

V.9.g.ii. El tantas veces mencionado dispositivo legal consagra una prohibición expresa que hace inviable cualquier intento de armonización o de «abordaje satisfactorio» de su enunciado que economice, dispense o prescindan del test de constitucionalidad y de su eventual descalificación.

El segundo párrafo de aquel precepto establece lo siguiente: “...En *ningún* caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley” (la *itálica* es añadida).

V.9.g.iii. Su contundencia ocluye el margen para la duda. Hay que descartar, por tanto, en este caso, la alternativa de la interpretación conforme (v. Fallos 327:4607).

Una interdicción taxativa como la ordenada por la norma, que solo cede en casos de excepción expresamente previstos, no deja resquicios para una comprensión diversa, so riesgo de habilitar a los jueces a formular una completa reconstrucción de la norma, desconocer o desfigurar el sentido que surge de su inequívoca lectura (T.C. España, sent. 169/2023).

V.9.g.iv. Por lo mismo, sería improcedente invocar la existencia de un caso no previsto (Fallos: 343:2649) o echar mano de cualquier otra figura equivalente, acaso menos explorada. También lo sería apartarse de la regla prevista por el art. 7 sin declarar su inconstitucionalidad o su inaplicabilidad por una razón fundada.

Por de pronto, semejante obrar elusivo encuadraría en una causal de arbitrariedad (Fallos: 308:1892; 313:1007; 320:305; 325:1525; 326:4909; 329:1040; 341:648. 343:143, entre muchos).

V.9.h. No es vano recordar que la Corte Suprema de Justicia hubo de reprobador, desde el punto de vista constitucional, una normativa que, en un escenario de muy

elevada inflación, carecía de mecanismos de compensación a pesar de que el envilecimiento de la moneda importaba la “...pulverización del real significado económico del crédito indemnizatorio”. Pues bien, ese juicio negativo fue emitido en relación con una regla legal censurada por causa de su «inconstitucionalidad sobreviniente» (“Vega”, Fallos: 316:3104).

V.9.i. Como se ha visto, es preciso que esta Suprema Corte se pronuncie acerca de la validez constitucional actual de la normativa en crisis.

Ello así, pues incumbe al poder judicial, al decidir las controversias, cuidar que los enunciados de la ley mantengan coherencia con las reglas de jerarquía superior durante todo el lapso que dure su vigencia, se [*sic*] suerte que su aplicación no contradiga lo establecido por la constitución (Fallos: 316:3104; 328:566; 337:1464; 340:1480; 344:316).

El corolario de todo lo expuesto es inequívoco: el art. 7 de la ley 23.928, texto según ley 25.561, en su aplicación al caso, debe ser descalificado porque desconoce el principio de razonabilidad, el derecho de propiedad del reclamante y no permite proveer una tutela judicial eficaz (arts. 1, 17, 18, 28 y concs., Const. nac.).

V.10.a. [*sic*] Los hechos hablan por sí solos.

Según se ha puesto de resalto, en el año 2022 la tasa anual de aumento de los precios había llegado casi al 100%; en rigor, la variación del índice de precios al consumidor del INDEC fue del 94,8%. El pasado año la variación interanual acumulada a diciembre (dicho mes incluido) trepó a la escalofriante cifra de 211,14% según el INDEC. El presagio de este año merodea los valores de 2023.

V.10.b. La inflación afecta severamente a las personas de bajos ingresos fijos y dentro de este segmento a las más desprotegidas. Al erosionar el poder de compra de sus salarios, haberes previsionales o ayudas sociales, se les priva la posibilidad de acceso a bienes de significación vital para la satisfacción de las necesidades más elementales (v. “Los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos”, Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado, el Consejo de Derechos Humanos por consenso el 27/09/2012, en la resolución 21/11. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/OHCHR_ExtremePovertyandHumanRights_SP.pdf). En función de un mandato de equidad, esa circunstancia podría aconsejar, incluso en la materia abordada aquí, tomar en consideración el nivel y la evolución de los ingresos de los deudores.

Pero las actuales condiciones inflacionarias también impactan negativamente en quienes reclaman o tienen reconocido un crédito en un proceso judicial, pues el paso del tiempo puede derivar en la licuación de su acreencia. A veces, sin habérselo propuesto, el sistema ofrece incentivos disfuncionales para no cumplir o profundizar la morosidad con estrategias de obstinada litigiosidad.

V.11. A la luz de las precisas argumentaciones de este fallo no es legítimo mirar de soslayo los efectos perniciosos que, en un contexto altamente inflacionario, provoca sobre las acreencias de las personas la interdicción de un adecuado mecanismo de actualización.

Los jueces, en los casos ocurrentes, deben proveer medidas de protección judicial efectiva (arts. 18, Const. nac., 15 Const. prov.), entre las cuales podrá prosperar la descalificación de la norma legal o reglamentaria prohibitiva del condigno reajuste de lo debido.

V.12. En este estado de cosas, la doctrina legal del Tribunal ha devenido inadecuada en cuanto mantiene como única respuesta el reconocimiento de los intereses calculados a la tasa pasiva sobre el capital de origen. Debe ser revisada, juntamente con la revisión de la aplicabilidad a ultranza de la regla del nominalismo. El bloqueo que surge del art. 7 de la ley 23.928, reformado por la ley 25.561, hace mella en el equilibrio de las prestaciones y conduce a la merma de su virtualidad regulatoria, así como a su ineficacia para orientar las expectativas de los agentes económicos. En tales circunstancias, el criterio vigente entra en crisis.

V.13. El rumbo de las variables macroeconómicas, el manejo de las finanzas públicas, la ejecución de la política monetaria, cambiaria y fiscal, así como los programas de estabilización de la economía con desarrollo sustentable, son algunos de los principales temas de una actividad que, en principio, escapa a la competencia primaria de los jueces.

Ese quehacer atañe a las esferas del Estado a quienes institucionalmente fue asignado. En particular, pertenece al núcleo de atribuciones de los órganos representativos y al diálogo democrático.

V.14. Sin embargo, si en el ejercicio de tales competencias se produce una afectación a los derechos consagrados en el ordenamiento positivo, la respuesta judicial, pronta y eficaz, resultará indispensable, porque el Estado de Derecho no se desactiva ante el ejercicio de la regulación económica ni durante la emergencia. Esa respuesta, al ser instada por el afectado, ha de estar ceñida a los confines de la controversia, de suerte que a veces presentará el sesgo propio de la casuística.

Se insiste: la judicatura ha sido instituida para dirimir controversias (arts. 18, 108, 109, 116 y concs., Const. nac.). No maneja la política económica, cuya pertenencia al núcleo de atribuciones propias de los órganos gubernativos a cargo de la dirección estratégica de los asuntos públicos, resulta evidente (arts. 1, 4, 42; 75 incs. 1 a 9, e incs. 11, 13, 18, 19, 23 y 32; 99 incs. 1, 3, 7; y concs., Const. nac.).

De allí que tampoco disponga, como estos, de la potestad de conformar espacios de negociación o acuerdo y de diálogo social que permitan encauzar la participación y robustezcan el debate racional para mejorar las chances de acierto en las decisiones. Los poderes representativos además pueden readecuarlos o conformar nuevos, con arreglo a la Constitución. Otras sociedades han logrado enhebrar relevantes acuerdos estructurales de esa manera y esa fue una plataforma vital para su progreso.

V.15. Entre tanto, cuadra establecer ciertas pautas jurisprudenciales a tono con la garantía de efectividad de la tutela judicial de los derechos de las personas (art. 15, Const. prov.).

Las últimas reformas adoptadas, que parece ilustrativo traer a colación, se refieren a operaciones sumamente utilizadas en el tráfico jurídico; y en ellas se habilita el uso de mecanismos de actualización por índices. Es lo que ocurre en el marco de la Ley de Contrato de Trabajo, con el reajuste de los alquileres, según el reciente decreto PEN 70/2023 (v. arts. 74 y 257 del decreto mencionado, que reforman los arts. 276 de la LCT y art. 1.199, Cód. Civ. y Com.).

Esta mención no implica juicio alguno sobre la constitucionalidad de aquel acto. Sencillamente revela que el Estado Nacional ha reconocido la necesidad de computar la inflación para compensar los efectos negativos que ella misma provoca. Y lo ha hecho en relación con bienes pertenecientes a un tráfico jurídico por demás frecuente, como son los derivados de los derechos laborales y los alquileres.

V.16.a. [sic] Por cuanto se refiere a las obligaciones de valor, cabe precisar que, al margen de lo que pudiere surgir de algún régimen especial, para aquel tipo de deudas es aplicable la doctrina legal establecida en los precedentes “Vera” y “Nidera” (C. 120.536 y C. 121.134), ya mencionados. A los fines de hacer viable la conservación del valor del capital, corresponde en principio mantener el criterio o parámetro de referencia para la determinación del valor actual de lo debido, establecido o adoptado por el órgano jurisdiccional de la instancia pertinente. La suma resultante podrá, a partir de allí, ajustarse por índices conforme a los términos de la presente sentencia en función de las circunstancias del caso.

V.16.b. Con otras palabras, para la determinación del capital en función de la naturaleza de la prestación u obligación debida, será preciso que el órgano de la instancia pertinente (incluyendo, claro está, los de segunda instancia) exprese la cuantía de la condena al valor actual a la fecha de su pronunciamiento.

En efecto, si se tratare de un daño a las cosas habrá de fijarse teniendo en cuenta el valor actual de tales bienes. En los daños causados a las personas humanas, cuando fuere menester reparar la incapacidad sobreviniente, y se computare el impacto en la persona dañada, igual parámetro de referencia deberá ser ponderado para la fijación del valor actual por el órgano de la instancia judicial correspondiente. De tal suerte, si estuviere en cuestión la privación de un salario determinado (o en su defecto, si se aplicare un parámetro remanente, por ejemplo el salario mínimo vital y móvil o el RIPTE), se hará idéntica operación con el monto del parámetro utilizado, calculándolo a la fecha de la sentencia. Y así habrá de procederse con los demás supuestos que representen una deuda de valor.

V.16.c. Una vez determinado de la manera antes señalada el justiprecio actual del daño o de la prestación, al expresarlos en la condena dineraria podrá, a partir de allí, ser de aplicación el mecanismo de actualización que surge de la presente sentencia, cuidando de evitar que el reconocimiento patrimonial final del capital exceda el valor real de la prestación debida.

Ello así, toda vez que la aplicación automática de índices o instrumentos de indexación en general, en algunas circunstancias y en relación con ciertos créditos, puede conducir a una sobreestimación del capital y, de ese modo, arrojar resultados excesivos, apartados del valor actual de la prestación debida y, por tanto, superiores a la cuantía del daño (arg. arts. 28 Const. nac.; 9, 10, 772, 961, 1.091, 1.716, 1.738, 1.747, 1.794 y concs., Cód. Civ. y Com.).

Si cuando el órgano jurisdiccional escoge una tasa de interés o una forma de capitalización que arroja resultados exagerados, sin correspondencia alguna con la realidad económica, su pronunciamiento debe ser descalificado (CSJN, Fallos: 315:2558; 316:1972; 319:351; 323:2562; 326:2569 y más recientemente *in re* CNT 23403/2016/RH1, “Oliva, Fabio Omar c/ COMA S.A. s/ despido”, sent. de fecha 29-II-2024). Del mismo modo cuando aplicare un índice de actualización que prescindiera de esa realidad y derive en montos desmedidos o ajenos al valor real de lo adeudado, la respectiva decisión deberá ser corregida para evitar que, so pretexto de una recomposición, se consolide una grave o arbitraria desproporción.

V.16.d. En el caso debatido en este expediente la condena patrimonial, en su mayor proporción, quedó definida a valores a la fecha de la sentencia de primera instancia. Ello es así, a excepción del rubro reconocido por el presente pronunciamiento de esta Corte. De manera entonces que, respecto de aquellos rubros fijados (calculados –se insiste– al fallo de la fase liminar del proceso) procede la aplicación de los índices pertinentes (v. *infra* VI.2).

V.16.e. En el tratamiento de esta clase de asuntos puede acontecer que, al tiempo de dictar el pronunciamiento, el órgano jurisdiccional carezca de elementos para definir, con la certeza necesaria, la entidad del gravamen experimentado por el acreedor (no ya con carácter retrospectivo sino hacia el futuro). Ello afectaría la valoración de ciertas variables que incidan en el caso. En esas circunstancias, descartado cualquier análisis meramente conjetural o hipotético, el escrutinio constitucional podrá ser diferido a ulteriores fases del proceso.

V.17. De conformidad con las consideraciones anteriores, y sin perjuicio de las otras precisiones que fuere menester efectuar en atención lo reglado en el Código de Procedimiento Civil y Comercial y las diferentes circunstancias o aspectos litigiosos verificados en otros procesos referidos a cuestiones similares a aquellas debatidas en autos, es preciso que el órgano jurisdiccional adopte el curso de acción más consistente con los intereses implicados; ello, según las siguientes directrices:

V.17.a. De no ser posible la solución del entuerto mediante la aplicación de normas análogas o instrumentos alternativos de preservación del valor del capital, el acogimiento de la petición o del agravio respectivo ha de completarse con la declaración de inconstitucionalidad e inaplicabilidad al caso del art. 7 de la ley 23.928, según ley 25.561, a fin de posibilitar la actualización monetaria, indexación o repotenciación del crédito dinerario.

V.17.b. La descalificación es procedente en la medida en que el mantenimiento del criterio anterior con eje en la regla prohibitiva del art. 7 tantas veces aludido, en su cotejo con una alternativa plausible de conservación del capital con arreglo a índices u otro método de actualización equivalente, tratándose de una deuda dineraria, fuere generadora de un menoscabo a los derechos tutelados por el ordenamiento jurídico; llevare a resultados desproporcionados, lesivos del derecho de propiedad y de garantía de efectividad de la defensa en juicio (arts. 1, 17, 18, 33 y concs., Const. nac.; 1, y 15 Const. prov.). A esos fines, la magnitud de las diferencias indicadas anteriormente a lo largo del apartado V.9., muestran la existencia de una mermada o diferencia objetiva pero no fija un cartabón común o uniforme a seguir necesariamente en todos los casos.

Como ocurre con los restantes aspectos significativos, la determinación de la brecha lesiva dependerá del (y estará sujeta al) examen circunstanciado al que seguidamente se hará mención.

V.17.c. El juez o tribunal interviniente ha de establecer el mecanismo específico de preservación del crédito que,

conforme a su estimación fundada, fuere el más idóneo para emplearse en el caso, en modo consistente con la plataforma de hecho que está en la base del litigio (a la luz, v.gr., de la índole del conflicto, la naturaleza de la relación jurídica en la que aquel se ha suscitado, la conducta observada por las partes y los demás factores relevantes comprobados de la causa judicial).

Con una visión integral, debe realizar adecuaciones en las relaciones jurídicas concernidas, en cuanto fuere necesario para observar la incolumidad del crédito (conf. causa C. 119.088, cit.). Todo, de conformidad con lo decidido en esta sentencia.

V.17.d. Los aspectos señalados en la totalidad de los puntos anteriores, y los que se indicarán a continuación, de este apartado 17, deberán ser valorados por el órgano judicial. De igual modo han de observarse de manera prevalente los siguientes principios y condicionamientos: i] la interdicción del enriquecimiento sin causa; ii] la interdicción de conductas que importen un abuso del derecho; iii] la buena fe; iv] la equidad; v] la equivalencia de las prestaciones; vi] la morigeración de los resultados excesivos que arrojar el uso de mecanismos de actualización, variaciones de precios o costos, indexación o repotenciación, cuando sobrepasen el valor actual del daño o de la prestación debida y, si correspondiere, vii] en su caso, el esfuerzo compartido (arts. 17, 28 y concs. Const. nac.; 1, 9, 10, arg. arts. 332, 729, 772, 88 inc. “b”, 961, 965, 1.061, 1.091, 1.716, 1.732, 1.738, 1.747, 1.794 y concs., Cód. Civil. y Com.; Fallos: 323:1744; 325:2875; 330:801, y Fallos 330:855, 5345; 334:698, entre muchos). En el plano adjetivo, la decisión relativa al ajuste del crédito ha de observar el principio de congruencia (arts. 34 inc. 4 y 163 inc. 6, CPCC).

V.17.e. Para el cálculo de la actualización monetaria se emplearán los índices oficiales (v.gr. del Banco Central de la República Argentina, el Instituto Nacional de Estadísticas y Censo, el área competente en materia de Trabajo, Empleo y Seguridad Social –actual Secretaría dependiente del Ministerio de Capital Humano–, u otro órgano o agencia estatal) que se estimaren apropiados según las características del asunto enjuiciado.

Más allá de la eventual consideración de otras tasas legales o convencionales válidamente autorizadas por el ordenamiento jurídico, al monto resultante se adicionará un interés puro no mayor al seis por ciento (6%) anual, cuya graduación en cada caso podrá vincularse al tipo de índice de actualización aplicado.

V.17.f. Con respecto a las deudas de valor en principio será de aplicación la doctrina sentada en los precedentes de las causas C. 121.134 y C. 120.536, ya citadas, y lo dispuesto en el art. 772 del Código Civil y Comercial, sin perjuicio de la aplicabilidad de un método de actualización según lo resuelto en este voto, una vez efectuada la cuantificación del crédito en dinero y si correspondiere en función de las características de cada caso (conf. apartado V.16. de esta sentencia).

V.18. En suma: las razones apuntadas justifican el acogimiento del agravio de base constitucional articulado en este litigio y, por lo tanto, conducen a la declaración de inconstitucionalidad del art. 7 de la ley 23.928, según ley 25.561, así como a su inaplicabilidad al caso, con el objeto de establecer una valorización adecuada del crédito correspondiente a los rubros indemnizatorios reconocidos en este proceso.

VI. Por consiguiente cabe expedirse en el modo y con el alcance que a continuación se detalla:

VI.1. Acoger parcialmente el recurso extraordinario interpuesto y, por ende: a) revocar el fallo impugnado en lo que hace a los daños psíquicos de ambos accionantes, los cuales deberán ser incluidos en la reparación de la incapacidad otorgada en este proceso, y b) declarar la inconstitucionalidad sobrevenida del art. 7 de la ley 23.928,

según ley 25.561, del mismo modo que su inaplicabilidad al caso, a fin de disponer una equitativa actualización del crédito adeudado.

VI.2. Remitir el expediente a la Cámara de Apelación para que: a) calculando el valor a la fecha del pronunciamiento que aquí se ordena, determine el monto correspondiente al agravio reclamado en el recurso que se estima en esta sentencia, conforme a los criterios o parámetros de valorización empleados en el caso; b) por cuanto concierne a los demás rubros indemnizatorios reconocidos en la causa, establezca el mecanismo de actualización que correspondiere aplicar y la tasa de los intereses puros; c) todo ello, con arreglo a lo establecido en el presente pronunciamiento (en particular en sus apartados V.16.c., V.17.a., V.17.b., V.17.c., V.17.d, V.17.e. y V.17.f.).

VI.3. Las costas de la segunda instancia como las atinentes a esta sede extraordinaria se imponen a los accionados vencidos en un setenta por ciento –70%– y a los actores en el restante porcentaje del treinta por ciento –30%– (arts. 68, arg. art. 274 y 289, CPCC).

Con ese alcance, doy mi voto por la **afirmativa**.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor *Torres* dijo:

Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto del doctor Soria con excepción de lo expresado por mi estimado colega en el último párrafo del punto V.13, último párrafo del punto V.14, 2do. y 3er. párrafo del punto V.15 y último párrafo del punto V.16.b de su sufragio, exclusiones que en nada alteran la sustancia de la solución que propone y acompaño.

Así, voto también por la **afirmativa**.

La señora jueza doctora *Kogan*, por los fundamentos y con el alcance dados por el ponente, dio su voto por la **afirmativa**.

El señor juez doctor *Genoud* adhirió al voto del ponente y dio el suyo por la **afirmativa**.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente Sentencia

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, se hace lugar parcialmente al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto y, por ende, corresponde: a) revocar el fallo impugnado en lo que hace a los daños psíquicos de ambos accionantes, los cuales deberán ser incluidos en la reparación de la incapacidad otorgada en este proceso, y b) declarar la inconstitucionalidad sobrevenida del art. 7 de la ley 23.928, según ley 25.561, del mismo modo que su inaplicabilidad al caso, a fin de disponer una equitativa actualización del crédito adeudado.

Asimismo, deberá remitirse el expediente a la Cámara de Apelación para que: a) calculando el valor a la fecha del pronunciamiento que aquí se ordena, determine el monto correspondiente al agravio reclamado en el recurso que se estima en esta sentencia, conforme a los criterios o parámetros de valorización empleados en el caso; b) por cuanto concierne a los demás rubros indemnizatorios reconocidos en la causa, establezca el mecanismo de actualización que correspondiere aplicar y la tasa de los intereses puros; c) todo ello, con arreglo a lo establecido en el presente pronunciamiento (en particular en los apartados V.16.c., V.17.a., V.17.b., V.17.c., V.17.d, V.17.e. y V.17.f. del voto que abre el acuerdo).

Tanto las costas de la segunda instancia como las atinentes a esta sede extraordinaria se imponen a los accionados vencidos en un setenta por ciento –70%– y a los actores en el restante porcentaje del treinta por ciento –30%– (arts. 68, arg. art. 274 y 289, CPCC).

Regístrese y notifíquese por medios electrónicos (conf. resol. SC 921/21 y Ac. 4013/21 y sus modif. –t.o. por Ac. 4039/21–) y devuélvase por la vía que corresponda. – *Daniel F. Soria*. – *Sergio G. Torres*. – *Hilda Kogan*. – *Luis E. Genoud*.