

¿Puede plantearse seriamente un interrogante sobre el acto administrativo?

POR INÉS A. D'ARGENIO (*)

Sumario: 1. El acto administrativo como expresión de la voluntad estatal. — 2. La dualidad actos administrativos - actos de la administración. — 3. Aplicación del derecho privado a un ámbito de la administración: la distorsión del derecho administrativo. — 4. En el sistema institucional argentino la administración pública no tiene atribuciones sobre materias propias. — 5. En el sistema institucional argentino el Presidente de la Nación como encargado de la administración pública, no tiene el poder de decidir por el grupo en su conjunto. — 6. Las bases para la consideración de una actividad administrativa íntegramente regulada por el derecho administrativo. — 7. Bibliografía.

La denominación de acto administrativo se desubica y no puede buscarse un acto administrativo determinado para imputarle ese título exclusivamente.

(Bartolomé Fiorini, 1968:271)

Resumen

El convencimiento en el ámbito de la doctrina *ius administrativa*, acerca de la existencia de una voluntad creadora en un marco de atribuciones propias, conduce a rechazar cualquier planteo para una interrogación sobre el acto administrativo. El análisis del sistema institucional argentino permite advertir que la administración pública no tiene un ámbito de atribuciones propias, sino que su función se agota con la adecuada gestión del derecho (normas internacionales, Constitución Nacional y Constituciones locales, leyes del Congreso o de las Legislaturas), lo que implica superar definitivamente que exista la posibilidad de un juicio de mérito, oportunidad o conveniencia para concretar la efectiva vigencia del derecho. Nuestra postura, siguiendo a Fiorini, es que no existe en la actividad administrativa una categoría especial de voluntad creadora y que toda la actividad administrativa, íntegramente, es productora de efectos jurídicos que se manifiestan institucionalmente en virtud del derecho que se gestiona.

Palabras clave: Administración pública - Acto administrativo - Sistema institucional - Argentina

Abstract

The belief in the field of administrative *ius doctrine* about the existence of a creative will in a framework of own attributions, leads to reject any interrogating about the administrative act. The analysis of the Argentine institutional system can reveal that the Public Administration hasn't a field of proper attributions but its function become exhausted with the appropriate management of Law (international norms, National Constitution and Local Constitutions, laws of Congress or of Legislatures) which imply to overcome definitely that exist the possibility of a judgment of merit, opportunity or convenience to realize the effective validity of Law. Our position, following Fiorini, is that a creative will doesn't exist into the administrative activity as a special category and that all the administrative activity fully, produces legal effects which manifest institutionally under the Law that is managed.

Keywords: Public Administration - Administrative act - Institutional system - Argentina

(*) Profesora Titular de Posgrado: Especialización de Derecho Administrativo. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. UNLP - UBA.

1. El acto administrativo como expresión de la voluntad estatal

El convencimiento de la existencia de una *voluntad creadora* de la administración pública en un ámbito de atribuciones propias, conduce a la doctrina mayoritaria en Argentina a rechazar cualquier planteo para la interrogación que aquí se propone. El *acto administrativo* como acto jurídico, se elabora sobre la base del acto voluntario creador de efectos jurídicos proveniente del Código Civil. Sólo la producción de efectos jurídicos hacia terceros le confiere la calidad de tal, vinculado a la declaración o manifestación de voluntad en ese sentido: la relación jurídica administrativa existe porque un acto administrativo la establece con su alcance y contenido generando una situación consecuente. El particular debe esperar a que el acto le ataña para considerarse vinculado a la administración pública.

Es este el eje de pensamiento que lidera la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la justicia federal en lo contencioso administrativo, cuando otorga expresamente calidad de *acto administrativo* a un sector de la actividad administrativa que constituye una expresión de voluntad del Estado, frente a otro sector de actividad que considera carente de aptitud para modificar el status jurídico del interesado (1). En la causa “Serra” del año 1993 la Corte Suprema distingue en el marco del ejercicio de función administrativa:

a) un acto administrativo que es *expresión de la voluntad estatal* con presunción de legalidad y fuerza ejecutoria (remite al artículo 12 de la ley 19.549) al que el ordenamiento jurídico brinda un tratamiento especial consecuente del *régimen exorbitante del derecho privado que rige a la administración pública* e impera en la relación ius administrativa.

b) de otros actos que solo poseen virtualidad para fijar la posición de la administración frente a un requerimiento del particular sin que goce de aptitud para modificar la relación jurídica sustancial.

Esta clasificación constituye un intento de flexibilizar la rigidez con que se exhibe la presencia del acto administrativo en el régimen administrativo, como decisión previa ejecutoria que quiebra apertadamente el principio general de acceso a la justicia cuando la administración actúa en el marco de sus prerrogativas (2). De tal modo, la flexibilización se intenta tratando de retirar del ámbito de la autoridad algún sector de actividad administrativa para posibilitar a su respecto un más amplio acceso

(1) CSN en causa “Serra, Fernando H. y otro c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” del 26 de octubre de 1993; disidencia de los jueces Pico y Estevez en plenario de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal en causa “Petracca e Hijos S.A. y otros c. Gobierno Nacional” del 24 de abril de 1986 y la jurisprudencia de la misma Cámara consecuente de ella, por ejemplo Sala II en “Almeida Ascensión c. Ministerio de Educación” del 22 de mayo de 1997, en que se descartó como “acto administrativo” la decisión denegatoria de una Secretaría de Estado dictada en el marco de un reclamo por diferencias salariales originadas en la incorrecta aplicación a los haberes de la actora de adicionales y aumentos en la inteligencia de que se trataba de una actividad carente de aptitud para modificar el status jurídico del interesado. El único sentido loable de esta doctrina consistente en distinguir entre el acto administrativo propiamente dicho y otra actividad que no lo es, lo constituye la razón de su origen tendiente a evitar la desestimación de demandas entabladas respecto de esta última actividad sin cumplir los requisitos impuestos por ley para acceder a la justicia cuando se trata de impugnar un acto administrativo. Trece años después la cuestión sigue vigente aunque distorsionando aquel origen loable al que nos referimos: la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata consideró que el acto de la Subsecretaría de Administración de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que denegó el pago de una bonificación salarial “configura un genuino acto administrativo” “susceptible de proyectar la voluntad institucionalizada del Estado Provincial”, con remisión a doctrina de la Suprema Corte de Justicia provincial en tal sentido, por lo que denegó el acceso a la justicia por no haberse agotado la “instancia” administrativa (en causa “García Collins c. Poder Judicial” del 7 de setiembre de 2010).

(2) Lo estudiamos en “La justicia administrativa en Argentina” (D’Argenio, 2003), segunda edición 2006 ampliada con la nueva jurisprudencia (II.2, nota 6). Allí remitimos a Jesús González Pérez (1975), como autor de la expresión a que nos referimos en el principal; a Mairal y Tawil, para el estudio de la decisión prealable instituida por Laferrière en el Consejo de Estado Franceses en el siglo XIX y a Garrido Falla quien alude a la sumisión del Estado al Derecho pero con especial consideración a su situación de prerrogativa cuando actúa sujeto al derecho administrativo: un régimen en el que el principio de legalidad de la administración posterior a la Revolución Francesa concedió a ciertos actos la peculiaridad de actos administrativos – por oposición a otros actos de la administración que quedan

a la justicia. Sin embargo, en momento alguno se plantea la posibilidad de flexibilizar el ámbito de autoridad unificando la idea integradora de una actividad administrativa sin preponderancia de aquella categoría (3), que es lo que en este trabajo se propone: revisar la presencia de un acto administrativo de autoridad, acudiendo a sus orígenes, para reflexionar acerca de la necesidad de continuar o no manteniendo esa categoría. Mientras tanto, en la doctrina judicial analizada, éste conserva su calidad de decisión previa ejecutoria impugnable en el estricto marco del contencioso administrativo.

2. La dualidad actos administrativos – actos de la administración

El origen mismo del concepto de acto administrativo proviene de esta dualidad que la jurisprudencia de nuestro país repite hoy de manera desdibujada aunque manteniendo siempre la vigencia de una categoría diferente: la de acto administrativo emanado en ejercicio de prerrogativas públicas, en el ámbito en que el Estado actúa como poder público. Es el acto administrativo que nace con la Revolución francesa porque con anterioridad a ella, durante el régimen de policía, no hay derecho público (4). Todos los antiguos poderes dispersos se reúnen, a partir de entonces, en el seno único de una administración centralizada que asume para sí la realización del interés general antes confiado a la persona del príncipe. El acto administrativo es, por consecuencia, un acto de autoridad que emana de la administración y que determina frente al súbdito lo que para él debe ser derecho en el caso concreto (Mayer, 1982:126-127, especialmente nota 2). Por virtud de tal principio, se creó para su juzgamiento una jurisdicción especial y de privilegio, la jurisdicción contencioso administrativa, con el objeto expreso de excluirlo de la jurisdicción de los jueces. El juez administrativo, dice Bigot, es instalado en el rango mismo de la *puissance publique* sobre la base de un Edicto de *l'Ancien Régime* de 1641 que veda a la Corte del Parlamento de París y a todas las otras cortes, intervenir en todos los casos que conciernen al Estado, la administración y el gobierno (5). Entre 1795 y 1799 se origina la teoría del acto administrativo como sustraído a la competencia de los tribunales de derecho común. Por la invención del acto administrativo, la Revolución forja el zócalo del derecho administrativo: la

excluidos del concepto - como acto jurídico que determina el sentido en que la regla de derecho debe aplicarse al caso individual (Tratado, t. I capítulo III).

(3) Fiorini (1976) anticipa la sustitución del acto administrativo de autoridad como eje del sistema tradicional, por la idea integradora de actividad administrativa o actividad de la función administrativa, como expresión institucional de la función desplazando a la decisión o declaración, o manifestación creadora de efectos jurídicos, en un todo de acuerdo con la doctrina que inspiró la reforma constitucional de la Provincia de Buenos Aires de 1994 y que surge del diseño del caso judicial contenido en el artículo 166 último párrafo de la misma. Por eso el miembro informante de esa reforma explica en la Convención Constituyente que se elimina del texto anterior la expresión “previa denegación” superando la aplicación del dogma del carácter revisor de la justicia administrativa que supone, naturalmente, la existencia de un acto administrativo (Diario de Sesiones, 15ª sesión, La Plata, 19 de setiembre de 1994). La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata ignora por completo esta profunda reforma en causa “García Collins” ya citada, al imponer el tránsito previo por las instancias administrativas para que exista “caso”, considerando configurado a éste solo con la presencia de un acto administrativo de autoridad que impone en un ámbito de la actividad administrativa al que la Corte Suprema de Justicia de la Nación no consideró como tal (en causa “Serra”). Por cierto que la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires avala a la Cámara en esta concepción, cuando afirma que la carga de acudir ante la administración como requisito previo para demandar, responde a la necesidad de contar con un acto administrativo que proyecte suficientemente la voluntad institucionalizada del ente público, para de tal modo configurar un caso que le sea imputable por su actuación (en “Pomponio, Graciela Susana y otro c. Provincia de Buenos Aires (Poder Judicial)” del 17 de marzo de 2011).

(4) Véase Otto Mayer (1982:54), “El Estado bajo el régimen de policía, evolución histórica”, en Derecho administrativo alemán, t. I, Parte general, traducción directa del original francés, París, 1904; Eduardo García de Enterría (1990), “Revolución Francesa. Derecho Público y justicia administrativa”; Carmen Chinchilla Marín (1992) “Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del derecho administrativo”.

(5) El Edicto de Saint Germain de 1641 constituye el antecedente de la ley revolucionaria del 16 al 24 de agosto de 1790 que sienta las bases de la especificidad del contencioso administrativo: la solución de un asunto en que se encuentra comprometido el interés público no es dominio de la justicia sino de la administración (Gregoire Bigot, 2002).

administración está a partir de entonces habilitada para producir sus actos de manera discrecional, independiente de la justicia (Bigot, 2002:33-47).

Es difícil penetrar en el pensamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la justicia federal en la materia cuando rescata de la más profunda historia del derecho administrativo la afirmación de que hay dos tipos de actos de la administración (6). Pero lo que resulta claro es que, en esta doctrina, existe una categoría de acto administrativo identificada con el derecho de prerrogativa del Estado actuando en un “régimen exorbitante del derecho privado”, aunque en su marco no se deriven necesariamente los restantes actos al ámbito del derecho común. Sí, en cambio, es concreto que se rescata para el acto administrativo la presencia de una jurisdicción especial que, aunque judicial en el ámbito institucional argentino de jurisdicción judicial única, reviste caracteres de especialidad esencial (7) tomados de la jurisdicción contencioso administrativa y que distorsionan su calidad de proceso judicial (interposición de recursos administrativos para agotar la “instancia” administrativa; plazo de caducidad para demandar; necesidad de provocar formalmente un acto ficto para acceder a la justicia ante el silencio de la administración; declaración de oficio de la improcedencia formal de la demanda por ausencia de requisitos propios de la jurisdicción contencioso administrativa). De tal modo, la doctrina judicial en análisis admite la presencia de un acto administrativo de autoridad por oposición a otros actos de la administración que no son tales, aunque no necesariamente remite a éstos al ámbito del derecho común ni, mucho menos al juzgamiento por una jurisdicción distinta. Solo los dispensa del cumplimiento de los requisitos esenciales que configuran la presencia de una jurisdicción contencioso administrativa, permitiendo el acceso a la justicia para cuestionarlos por una vía menos rigurosa.

3. Aplicación del derecho privado a un ámbito de la administración: la distorsión del derecho administrativo

Esta dualidad entre acto administrativo y otros actos de la administración, pudo haberse superado quitando al ámbito de la autoridad las calidades que instituyen a la administración como un poder. En su lugar, doctrinarios como Héctor Mairal prefieren desligar del ámbito de la autoridad la mayor cantidad de supuestos posibles para sujetarlos al derecho privado. La posición es destacable en cuanto advierte, tal como aquí se postula, la necesidad de replantear el principio de la exorbitancia, aunque lo hace cuestionando solamente la categoría de contrato administrativo, sin mención alguna a un pensamiento similar que se impone para el acto administrativo. En efecto: en ese marco limitado, el pensamiento de Mairal es renovador en cuanto analiza la peligrosidad e inutilidad de una teoría general del contrato administrativo, considerando de incidencia negativa la propuesta de Juan C. Cassagne (acerca de una *categoría de contrato administrativo regida por el derecho administrativo* por oposición a otra clase de contratos de la administración pública regidos por el derecho privado (Mairal, 1998:656) (Cassagne, 1999: 774). Pero la solución que brinda al planteo es simplista en cuanto se limita a diluir el límite entre una categoría y otra para considerar la mayor cantidad de supuestos posibles sometidos al derecho privado, en una adopción lisa y llana de la corriente liberal que durante todo el siglo XX hizo concesiones al ámbito de la autoridad a cambio de retirar de sus alcances situaciones vinculadas a la propiedad y la libertad. Al igual que el binomio “autoridad-gestión”, el

(6) Tal vez, de haber puesto el acento en los antecedentes nacionales, la remisión a la distinción perfilada en la ley 3952 y su trayectoria posterior con la modificación de la ley 11.634, le hubiera permitido al Tribunal unificar el acceso a la justicia en materia administrativa en la sola exigencia de la reclamación administrativa previa tan diluida, incluso, por la generalidad de las excepciones. En su lugar, se ensalza la presencia de una pretensión impugnatoria propia del “contencioso administrativo” receptada en el decreto ley 19.549 cuya inconstitucionalidad pudo ser declarada de oficio.

(7) La expresión corresponde a Alejandro Nieto (1966:27-50) quien dice que a pesar de la transformación operada en España en la materia en 1904, la jurisdicción contencioso administrativa se ha convertido en algo equívoco e incongruente, en una jurisdicción a la que le ha faltado la conciencia de su normalidad constitucional, y que ha seguido basándose en una serie de principios creados para la jurisdicción retenida que ninguna razón de ser tienen en una jurisdicción integrada en el cauce estructural de un tribunal de justicia. La doctrina moderna insiste en que su especialidad es puramente técnica, pero en la práctica, sigue pensándose en una especialidad esencial.

binomio "autoridad-libertad" hizo estragos en el derecho administrativo del siglo XX permitiendo el desarrollo de la autoridad a cambio de concesiones a los derechos de propiedad y libertad, que dejaron fuera de toda defensa a las personas que carecían de ellos para someterlos a un ámbito de poder en el que solo existieron y existen aún como meros objetos benéficos del mismo (Nieto, 1975:9-10). Ya hemos advertido, sin éxito alguno en la consideración de un planteo diferente, que la solución adecuada al debate entre Cassagne y Mairal se encuentra en el pensamiento y la obra de Bartolomé Fiorini quien, naturalmente, hubiera compartido la crítica de Mairal referida a una categoría de contrato administrativo configurada en el marco de un derecho administrativo autoritario que el maestro rechazaba sistemáticamente. Pero la postura de Fiorini no admite de manera alguna que esa crítica derive en la distracción del ámbito de la autoridad de contratos de la administración para trasladarlos al ámbito del derecho privado, sino en la elaboración de un derecho administrativo regulador de todo el ejercicio de función administrativa sin los signos de autoritarismo que impregnaron sus orígenes (D'Argenio, 2001:15-19).

Es sumamente destacable, en este sentido, la preocupación de la doctrina italiana por la interpretación que debe brindarse a la expresión incorporada en 2005 al artículo 1 de la ley 241 de procedimiento administrativo, en el "comma 1-bis", según la cual la administración pública, en la adopción de actos de naturaleza no autoritaria, actúa según la norma de derecho privado en tanto que la ley no disponga lo contrario. Admite la doctrina que el fin de la norma es imponer una reducción del ámbito de incidencia de los poderes públicos en consonancia con normas superiores, nacionales y comunitarias, que tienden a la búsqueda del consenso en el ejercicio de la función para reducir la potencial conflictividad que se refleja negativamente sobre la efectiva obtención de resultados y de la certeza de las relaciones jurídicas (8). Y sin embargo, se destaca la existencia de una zona gris en la cual la garantía de la protección del interés público requiere todavía "la conservación de la autoridad" propia de la función administrativa (Marcella Gola, 1. La actividad de la administración sin uso de poder, p. 156 y ss). Es este un punto crucial para nuestro intento de transmitir las diferencias que inspiran el pensamiento de Fiorini: para nosotros, no se trata de conservar la autoridad para la defensa del interés general poniendo especial atención en el riesgo que genera acudir a la "actividad de derecho privado" o negocial de la administración respecto de aquella defensa, sino de acudir al consenso como técnica de gestión propia de toda la función administración emergente del ámbito mismo del derecho público, sin desplazamiento hacia las técnicas del derecho privado. Lo que reclamamos es un cambio en el proceso de adopción de decisiones (9) que desplace cualquier decisión final adoptada en el marco recoleto de una burocracia centralizada incompatible con las exigencias de participación ciudadana consagradas en normativas internacionales que Argentina ha adoptado como propias, pero que no se cumplen. No es adecuado acudir a instrumentos del derecho privado para escapar de la autoridad, siendo que tenemos a nuestro alcance la formulación de un nuevo derecho administrativo regulador de toda la función administrativa que permita cuestionar el ámbito mismo de la autoridad desplazando al acto administrativo como expresión prioritaria del ejercicio funcional. No solo con los instrumentos privatísticos se reduce la imposición de decisiones (contra: Gola, 2012:163).

Dice Marcella Gola (2012), ya citada, que la expresión "actividad negocial" de la administración reúne muchas especies diversas, reconducibles al común intento de evidenciar situaciones en las cuales la administración pública no actúa en una posición de superioridad respecto de los destinatarios de sus decisiones; ella ofrece un margen de flexibilidad de la acción de la autoridad pública, de otra forma rígidamente vinculada a la norma atributiva de poder. Recurrir a instrumentos de tipo consensual o privatístico no parece poner en discusión el carácter indisponible del interés público, dice Mario Spasiano citado, pareciendo adoptar una postura mucho más similar a la de Fiorini acerca de la formulación integral de un derecho administrativo diferente en lugar de permitir la huida de las instituciones hacia el derecho privado. Así se corrobora en sus conceptos acerca del interés público

(8) Véase Marcella Gola (2012). También, y muy especialmente, Mario R. Spasiano "El interés público y la actividad de la administración pública en sus diversas formas (a la luz de la modificación de la ley 241 de 1990)".

(9) Expuesto en un trabajo anterior publicado en esta misma revista (D'Argenio, 2011:51-73).

al que considera emergente de un método de producción jurídica de tipo autocrático que se diluye “en la subjetividad de la autoridad administrativa agente”. Alude a la progresiva crisis del carácter monolítico de la acepción de interés público y a la progresiva toma de conciencia de la necesidad de una nueva configuración de la noción de acepción abstracta, a producto de una compleja acción de composición entre situaciones jurídicas contrapuestas y de sucesivas síntesis entre las mismas (con especial referencia a la conferencia de servicios contemplada en la misma ley 241). Los instrumentos consensuales de tipo privatístico —afirma Spasiano— pueden ser eficientes para la realización de un ordenamiento pluralista de carácter social, con lo que va mucho más allá de la mera huida hacia el derecho privado para superar la concepción autoritaria. Insiste en lo nocivo que resulta la disolución del interés público en la subjetividad de la autoridad administrativa agente, proponiendo una objetivación en la cual el poder público no pertenece a un sujeto sino a un ordenamiento, con expreso sustento de esta idea en el ordenamiento comunitario; afirmando que en este esquema, el procedimiento administrativo se orienta a asumir la connotación de *método de ejercicio cooperativo del poder, técnica de distribución y de dilución de éste, lo cual se coliga directamente al principio democrático* (10). De sus reflexiones integrales que son muchas y muy profundas (11) concluye Spasiano en que la disposición del “comma 1 bis” de la ley 241, asume en la realidad un alcance decididamente limitado, al menos bajo el perfil cuantitativo, tanto más porque a ella no puede reconocérsele fuerza derogatoria respecto de la disciplina del procedimiento administrativo normativamente definido. Impecable este aporte doctrinario que comprende tanto la exigencia del procedimiento administrativo entendido como garantía de una actuación administrativa jurídica, como su presencia consecuente en cuanto valladar a la huida hacia el derecho privado que tan ligeramente se postula. La remisión de Spasiano a Franco Gaetano Scoca completa esta idea porque Scoca alude a la necesidad de poner límites al deslizamiento hacia la “mística del consenso” solo en cuanto ella se constituye sobre la base de instrumentos propios del derecho privado, pero destacando la existencia de instrumentos propios del derecho público en ese sentido al desarrollar su concepto crítico del “acto administrativo en soledad” y la impronta de su superación en el marco de procedimientos administrativos consensuales como la conferencia de servicios (12).

4. En el sistema institucional argentino la administración pública no tiene atribuciones sobre materias propias

La Constitución de la República de Francia, aprobada el 4 de octubre de 1958, que conserva hoy en lo esencial, lo que a esta investigación interesa (13), proclama la República indivisible y en el título referido a los poderes constituidos aborda directamente al Presidente de la República quien vela por el

(10) Nuevamente, la opinión de Spasiano se traduce en la preocupación expuesta en nuestro trabajo citado en nota anterior.

(11) Expuestas en el trabajo citado y en otros muchos del mismo autor, entre los que destacamos “Interessi pubblici e soggettività emergenti. Gli organismi non lucrativi di utilità sociale”, Giannini Editore, 1996.

(12) Scoca acuña una expresión insustituible cuando alude a la “decisión en soledad”, proponiendo la superación del esquema tradicional de expresión unitaria de la voluntad administrativa sustituyéndolo por un procedimiento de coordinación y cooperación decisional como es la conferencia de servicios. Este procedimiento tiende a la adopción de decisiones concordadas entre varias administraciones participantes para la determinación en forma dialéctica del interés público concreto que, de otra manera, era el resultado de procedimientos discrecionales conducidos en soledad (se desarrolla en Doménico D’Orsogna, 2002). La afinidad con la doctrina de Bartolomé Fiorini que abordamos se corrobora cuando afirma – continuamos nuestra referencia a Scoca – que la actividad administrativa ha devenido ella misma, junto al “providimento”, objeto de una conspicua disciplina positiva adquiriendo relevancia jurídica, por lo que es necesario construir una teoría de la actividad administrativa al lado de la teoría de los actos. La conferencia de servicios, insiste, rompe el esquema tradicional de la decisión solitaria.

(13) Conforme el texto integral y oficial posterior a la revisión constitucional del 23 de julio de 2008 referida especialmente a la “modernización de las instituciones de la Ve. République” (“La Constitución de la Ve. République”, Gualino éditeur, París 2008); y Dominique Granguillot “Les institutions de la Ve. République. Los puntos clave del funcionamiento de las instituciones en Francia luego de la revisión constitucional del 23 de julio de 2008, modernización de las instituciones de la Ve. République” Gualino éditeur, París, 2008.

respeto de la Constitución y asegura, por su arbitraje, el funcionamiento regular de los poderes públicos así como la continuidad del Estado. Este deber de velar por la defensa de la Constitución expresado en el artículo 5, se transforma en el artículo 16 en la prerrogativa de adoptar las medidas exigidas por las circunstancias, inspiradas por la voluntad de asegurar a los poderes públicos constitucionales los medios para cumplir con su misión. En íntima conexión con esta preponderancia otorgada al Poder Ejecutivo, el título III referido al "Gobierno" le atribuye potestades exclusivas en tal carácter, disponiendo que *el Gobierno determina y conduce la política de la Nación; y dispone de la administración* (artículo 20) y que el primer ministro dirige la acción de Gobierno ...y ejerce el poder reglamentario (artículo 21). Luego el título IV dispone sobre el Parlamento, que no es Gobierno, diciendo que controla la acción del Gobierno y evalúa las políticas públicas (artículo 24) y el título V *de las relaciones entre el parlamento y el gobierno*, que estructura un sistema totalmente extraño al consagrado por la Constitución de la Nación Argentina. En efecto, el artículo 34 determina las materias que son propias de la ley, tal como lo hace el artículo 75 de la nuestra pero a otros fines sustancialmente diferenciados, en cuanto nuestra norma alude a las materias delegadas por las provincias al Congreso de la Nación, mientras que el mencionado artículo 34 refiere a las materias propias de la ley en relación al contenido de otras materias que son propias del Ejecutivo. Dice el artículo 37 en una expresión ausente por completo en nuestro ordenamiento jurídico, que las otras materias que no constituyen materias propias del dominio de la ley *tienen un carácter reglamentario*. Es la presencia de materias propias del Gobierno identificado solo con el Poder Ejecutivo, que impregna de autoridad a la administración pública, lo que genera un ámbito de prerrogativas que incluye la determinación de políticas públicas. En ese marco, el acto administrativo de autoridad tiene un sustento institucional del que carece en el nuestro.

5. En el sistema institucional argentino el Presidente de la Nación como encargado de la administración pública, no tiene el poder de decidir por el grupo en su conjunto

Ello es así, porque solo el Poder Legislativo tiene la atribución de expresar la voluntad general o el contenido del interés general que ella implica (artículos 14 y 28 CN). En nuestro sistema institucional el presidente de la Nación solo *tiene a su cargo la administración general del país* (artículo 86 inciso 1 texto anterior a la reforma de 1994 confiada ahora en similares términos al jefe de gabinete de ministros en cuanto le corresponde *ejercer la administración del país* conforme artículo 100 inciso 1) lo cual no importa, en absoluto, el reconocimiento de un poder reglamentario para decidir por el grupo sino el desarrollo de la gestión adecuada para hacer efectiva la vigencia de la ley. Y en ese cometido, ninguna prioridad adquiere la presencia de un acto administrativo de autoridad dictado en el marco de prerrogativas propias, frente al desarrollo de una actividad integral de la administración pública, regida toda ella por el derecho administrativo, gestionando el derecho para lograr su efectiva vigencia. No es necesario a este efecto contar con el poder de decidir por el grupo en el marco de evaluaciones potestativas de discrecionalidad, mérito o conveniencia, porque dictada la ley con el contenido de interés general para el caso de que se trate, la única actitud posible de la administración es cumplirla organizando los mecanismos de gestión necesarios para la efectividad de su vigencia.

6. Las bases para la consideración de una actividad administrativa íntegramente regulada por el derecho administrativo

a. *No hay voluntad creadora ni declaración productora de efectos jurídicos: los efectos jurídicos provienen de la norma que la administración aplica, en el marco integral de la juridicidad.*

De tal modo, los integrantes de la sociedad se vinculan con la administración pública sin aguardar a que un acto administrativo les ataña, adquiriendo posibilidad de participación en la gestión administrativa sin necesidad de revestir una calidad específica de sujeto interesado. Una cuestión que incide directamente, por ejemplo, en el derecho a la información y a la rendición de cuentas acerca de la gestión administrativa en general y del destino de los recursos públicos en particular. La posibilidad de invocar directamente los derechos provenientes de normas jurídicas de superior jerarquía minimiza la importancia que se confiere en el enfoque tradicional al derecho a una buena administración que, por ser propio de este esquema, siempre estará limitado en su exigibilidad al reconocimiento previo y unilateral de su existencia.

b. *El acto administrativo no es “acto” por los efectos jurídicos que genera, sino expresión institucional de un todo en cuanto integrante del ordenamiento jurídico.*

En este marco, cobra relieve institucional la actividad administrativa en general sin distinción de categorías. Por eso afirma Fiorini —en la cita hecha al inicio de este trabajo— que la denominación de acto administrativo se desubica y no puede buscarse un acto administrativo determinado para imputarle ese título exclusivamente. Siendo una realización creada por el derecho —añade (Fiorini, 1968:276)— resulta ajeno a la declaración que caracteriza al acto jurídico privado en el que lo esencial es la voluntad declarada. De allí que todos los actos jurídicos promovidos por el quehacer interno y continuo de la actividad administrativa son actos jurídicos de derecho público, con lo que se desecha por completo la clasificación entre actos administrativos y actos de la administración tanto en cuanto al ámbito de los efectos de sus relaciones como a la posibilidad de que ella pueda impedir una concepción unificada como manifestaciones de la administración.

c. *No rige a su respecto un régimen exorbitante del derecho privado sino un derecho administrativo regulador de toda la función administrativa, cualquiera sea la forma de gestión del derecho que se ejerza.*

Superada la presencia de una categoría diferencial denominada acto administrativo en el contexto integral de la actividad jurídica administrativa, desaparece la presencia de un régimen exorbitante creado y desarrollado para justificar aquella categoría. No se trata de la solución simplista de desplazar algún sector de actividad administrativa de la categoría de acto administrativo o de contrato administrativo para trasladarla hacia el derecho privado, rescatando del ámbito de la autoridad solo algunas situaciones que nos interesen especialmente. Se trata de regir íntegramente el ejercicio de función administrativa, sin distinción de categorías ni clasificación alguna, por un derecho administrativo regulador de toda la función en cuyo marco prime la presencia de un procedimiento administrativo que asegure el ejercicio objetivo de la misma en miras al interés general, pero no como contenido de una decisión unilateral adoptada en el ámbito recoleto de la burocracia jerárquicamente organizada, sino en el marco de un proceso amplio de adopción de decisiones con participación ciudadana, tal como lo impone la normativa de alcance internacional o global a la que nuestro país ha adherido expresamente. Así, se consolida la idea de que el procedimiento administrativo está impuesto solo a la administración como garantía de su actuación jurídica, resultando de acceso absolutamente voluntario para el particular a quien no puede imponerse su sustanciación como instancia recursiva previa al acceso a la justicia.

d. *No existe una categoría “acto administrativo” expresado en términos de autoridad o como declaración constitutiva de situaciones jurídicas, por oposición a otro tipo de actividad administrativa caracterizada por la gestión: toda la actividad administrativa es gestión del derecho sometida a un derecho público garantizador de su juridicidad.*

La convicción de la doctrina mayoritaria en Argentina acerca de la necesidad de emanar actos administrativos de autoridad para la ejecución de la ley, distorsiona el cometido de gestión del derecho impuesto a la administración en tal sentido. Al poner el acento en el “poder reglamentario” propio de la Constitución de Francia que lo consagra en el ámbito de materias de competencia específica de la administración pública considerada en exclusividad como gobierno, la doctrina se recuesta en la convicción, nunca sometida a debate reflexivo, de que la administración gestiona adecuadamente la ley mediante el dictado de actos administrativos. Una mera revisión acerca del universo de leyes incumplidas conduciría a los autores a advertir que, en su amplia mayoría, ni siquiera se ha instalado en la realidad el órgano administrativo al que la ley impone la ejecución de ella. El cometido esencial de gestión del derecho es el primer cometido incumplido por la administración pública inmersa en su discrecionalidad esgrimida para decidir, como titular de la voluntad creadora, si dicta o no los actos administrativos necesarios para el cumplimiento de la ley. A partir de allí, la cadena de incumplimientos es infinita en la asunción de su discrecionalidad o de la evaluación del mérito, oportunidad o conveniencia del cumplimiento de la norma y su modalidad de aplicación.

Si pensáramos en los términos que aquí se proponen, superaríamos los dogmas tradicionales para pasar a abordar la institución de nuevos métodos de gestión del derecho que aseguren la obtención de resultados, desarrollados todos ellos en el ámbito del derecho público que es el único aplicable a la función.

e. El contenido de la relación jurídica que se establece en el marco del ejercicio de función administrativa, por actuación u omisión, no es producto de la declaración proveniente de un acto de autoridad, sino materia propia consagrada en las normas jurídicas que la administración aplica.

Bartolomé Fiorini plantea que en el ámbito del derecho administrativo el contenido de la relación jurídica proviene de la norma. La administración pública, dice, no tiene la voluntad física creadora de los individuos; ella solo puede crear relaciones según las atribuciones jurídicas que se le encomiendan. Por eso, explica, los actos administrativos individuales solo aplican las relaciones jurídicas contenidas en las normas superiores; toda la actividad creadora de relaciones jurídicas se sustenta en la fuente normativa por lo que la forma unilateral o contractual es una mera cuestión de técnica de creación que no hace a la esencia de la relación jurídica (Fiorini, 1968:57, 70).

7. Las consecuencias trascendentes que el cambio implica

a) Vigencia efectiva de los derechos consagrados en normas de superior jerarquía

Si el contenido de la relación jurídica proviene de la norma y no está subordinado a la voluntad creadora de la administración, no es necesario requerir o promover el dictado de un acto administrativo para la operatividad de la norma. La cuestión cobra relieve en el caso de derechos esenciales cuya vigencia no puede depender de la discrecionalidad de la administración actuando en razón del mérito, oportunidad o conveniencia, por lo que, omitido por ella el ejercicio de cometidos impuestos normativamente en normas de jerarquía constitucional o universal para la satisfacción concreta de tales derechos, las personas deben contar con instrumentos eficaces para su exigibilidad. Esta es la doctrina que subyace en las sentencias de la Justicia en lo contencioso administrativo y tributario de la Ciudad de Buenos Aires, que desde su instalación, a partir de la Constitución local de 1996, abordaron la cuestión sin cortapisas propias de un proceso administrativo anquilosado, para desarrollar un magistral entramado en torno a las obligaciones de los entes públicos en la gestión efectiva de tales derechos. La condena judicial a la satisfacción de los derechos a la salud, vivienda digna, nutrición y alimentación, medio ambiente, etcétera, se plasmó sistemáticamente en sus sentencias, con la toma de posición que les brindó la convicción de una doctrina diferente, luego avalada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que calificó en términos de “deber jurisdiccional” al ejercicio de la magistratura para obligar a los otros poderes constituidos al cumplimiento de mandatos constitucionales omitidos (14).

b) Participación pública en el proceso de adopción de decisiones

No hay posibilidad alguna de participación pública en el proceso de adopción de decisiones, si la decisión sigue siendo el ejercicio del poder por uno solo. Toda la participación estructurada en el procedimiento administrativo tradicional sobre la base del principio liberal del debido proceso, que permite la intervención del interesado antes del dictado de un acto administrativo, no alcanza para superar la prevalencia de la decisión en soledad, que será adoptada en soledad sin perjuicio de aquella intervención. La participación pública en la gestión administrativa es algo muy diferente y no puede instrumentarse en el esquema del derecho administrativo autoritario. Por eso fracasan en América Latina en general y en Argentina en particular, los intentos por instalar organismos de constitución plural encargados de una gestión administrativa que brinde prioridad al consenso (15).

(14) Se desarrolla en D'Argenio, Inés (2010) “Trascendencia institucional del litigio de derecho público”.

(15) Se desarrolla en D'Argenio, Inés (2008) “La regulación económica en América Latina. Profundas diferencias con el sistema de agencias que se pretende trasplantar” y en sucesivos artículos publicados en Revista jurídica argentina La Ley, Suplemento derecho administrativo, Director Agustín Gordillo, bajo el título “La manera más conveniente de administrar el país”, alusivo a una expresión utilizada por la titular del Poder Ejecutivo en Argentina

c) Presencia del consenso para la obtención de mejores resultados en la gestión administrativa sin necesidad de acudir a instrumentos propios del derecho privado

La “mística del consenso” de que habla Franco Gaetano Scoca se vuelve realidad en un sistema concurrencial en el que la sociedad civil se integra en el proceso de adopción de decisiones. No es necesario acudir a instrumentos del derecho privado para el ejercicio de una función administrativa ajeno a la clásica relación de dominación-sujeción, cuando se concibe al derecho administrativo como regulador integral de aquella en un marco de juridicidad plena. De tal modo, se modifica el término de la autoridad en el esquema del binomio “autoridad-gestión”, unificando la gestión como eje de toda la actividad administrativa, regida toda ella por el derecho administrativo, pero no con el contenido tradicional de esta disciplina.

d) Superación del fracaso actual en la gestión administrativa para la ejecución de la ley: inoperancia del acto administrativo en el cometido esencial de la función asumida

La superación del concepto de acto administrativo confiado a la discrecionalidad de un poder se vincula directamente, al menos en nuestro país, a la superación del fracaso actual en la vigencia efectiva del derecho. No importan todos y cada uno de los institutos incorporados en el curso de la elaboración del derecho administrativo durante el siglo XX para limitar el ejercicio de la administración concebida como poder. Mientras siga siendo concebida como poder y la presencia de la autoridad se imponga a través del dictado de actos administrativos, no será posible la instalación de instrumentos propios de un sistema de gestión diferente que atienda a la participación pública como técnica para la satisfacción efectiva de los cometidos de interés general, concebido éste como inmanente a esa sociedad y no como una entelequia emanada de una autoridad trascendente.

7. Bibliografía

BIGOT, Gregoire. *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*. París: Presses Universitaires de France, 2002.

CASSAGNE, Juan Carlos. “Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo”, EN: *El Derecho*, Buenos Aires, 1999-180, 773-798.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen y otros. “Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del derecho administrativo”, EN: *Nuevas perspectivas del derecho administrativo: Tres estudios*. Madrid: Civitas, 1992.

para justificar la instalación de un consejo consultivo que obrara como “agencia” para el control del destino de las reservas del Banco Central transferidas al Poder Ejecutivo a efectos de enfrentar el gasto público (especialmente D’Argenio, (2010) “La manera más conveniente de administrar el país II”, en el que se analizan tres sentencias excelentes: a) De la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala A que anuló una resolución del Secretario de Comercio Interior del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, poniendo el acento en que la competencia ejercida en el caso era propia del Tribunal Nacional creado por la Ley de Defensa de la Competencia 25.156, dictada en 1999 y que, como órgano específico de aplicación de la ley con garantías propias del régimen concurrencial, aún no se había constituido a la fecha de la sentencia (causa “Pirelli & CSPA y otros” del 1 de febrero de 2010); b) De la Jueza Federal en lo Contencioso Administrativo Clara M. Do Pico, que obligó al Poder Ejecutivo Nacional a cumplir con el procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico vigente para la designación de los cinco miembros del directorio del Ente Nacional Regulador del Gas, destacando que tanto la ley 24.076 - marco regulatorio del gas natural - como el decreto reglamentario 1738 del año 1992, imponían esa constitución específica incumplida, desde por lo menos el 31 de marzo del 2000 (en causa “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia y otro” 14 de agosto de 2009, con remisión a sentencia en igual sentido de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V en causa “Unión de Usuarios y Consumidores” del 30 de junio de 2009); c) De la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V en “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia y otros”, sentencia de fecha 2 de setiembre de 2009 en la que ordenó a la Secretaría de Energía que arbitre los medios necesarios para realizar la convocatoria pública y dar cumplimiento a los demás procedimientos para que los integrantes del directorio del Ente Nacional Regulador de la Energía sean designados de la manera establecida en los artículos 58 y 59 de la ley 24.065).

D'ARGENIO, Inés. "Una omisión. El pensamiento de Bartolomé Fiorini: vigencia actual de sus propuestas", EN: *Función pública, legislación, doctrina, jurisprudencia*, La Plata, 2001 13(153/154), 15-19.

— *La justicia administrativa en Argentina: Situación actual. Necesidad de su adaptación a nuestro sistema institucional*. Prólogo de Agustín Gordillo. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

— "La regulación económica en América Latina. Profundas diferencias con el sistema de agencias que se pretende trasplantar", EN: *Jurisprudencia argentina, Suplemento de derecho administrativo*, Buenos Aires, 2008-II.

— "Trascendencia institucional del litigio de derecho público", EN: *Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, setiembre 2010-3.

— "La manera más conveniente de administrar el país II", EN: *Suplemento La Ley administrativo*, Buenos Aires, 6 de mayo de 2010, 1-4.

— "Reflexiones acerca del procedimiento administrativo frente a la crisis del sistema autoritario", EN: *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata*, 2011 8(41), 51-73.

D'ORSOGNA, Doménico. "Conferenza di servizi e amministrazione della complessità", EN: *Nuovi problemi di Amministrazione Pubblica*, Estudios dirigidos por Franco Gaetano Scoca, Torino: Giappichelli, 2002.

FIORINI, Bartolomé Alejandro. *Manual de derecho administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 1968, t. I.

— *Derecho administrativo*. 2a. ed. actualizada. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1976.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "Revolución Francesa. Derecho público y justicia administrativa", EN: *El Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución Francesa*. España: Centro de Estudios Judiciales, 1990.

GOLA, Marcella. "La stática del potere", EN: *La pubblica amministrazione e il suo diritto*. Parma: Monduzzi, 2012.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Los recursos administrativos y económico administrativos* Madrid: Civitas, 1975.

MAIRAL, Héctor. "De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo" EN: *El Derecho*, Buenos Aires, 1998-179, 656-700.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1982.

NIETO Alejandro. "Los orígenes de lo contencioso administrativo en España", EN: *Revista de administración pública*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1966-50, 27-50.

— "La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo", EN: *Revista de administración pública*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1975-76, 9-30.

SPASIANO, Mario R. *Interessi pubblici e soggettività emergenti. Gli organismi non lucrativi di utilità sociale*. Napoli: Giannini, 1996.