

- Actos de Gobierno pág. 148
- Actos Discrecionales pág. 171.

Federico J. Lisa Rubén L. Weder

EL PROCESO
CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO
EN LA PROVINCIA DE SANTA FE

Ley 11.330. Doctrina jurisprudencial

1

arts. 1/15

Prólogo del Dr. Rodolfo Luis Vigo

Registro 10.2

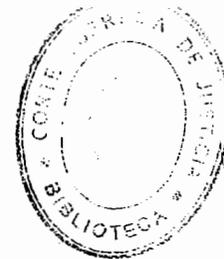
C.D.U. 342.955.2

Sig. Top. ej. 2

342.955
L. 11.330

T. 1
(1993)

editorial Juris 



© Copyright by
EDITORIAL JURIS de Luis Maesano
Dorrego 3668
2000 - Rosario - Pcia. de Santa Fe
Argentina. Telefax (041) 644480 / 614331
e-mail: editorialjuris@arnet.com.ar

Composición, armado,
impresión y encuadernación
en EDITORIAL JURIS.
junio de 1998.

Hecho el depósito que marca la ley 11.723.
Derechos reservados.
Prohibida su reproducción total o parcial.
Impreso en Argentina - Printed in Argentine.

ISBN 950-817-085-9

El derecho de propiedad de esta obra comprende para su autor la facultad de disponer de ella, publicarla, traducirla, adaptarla o autorizar su traducción y reproducirla en cualquier forma, total o parcial por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información; por consiguiente nadie tiene facultades de ejercitar los derechos precitados sin permiso del autor y del editor, por escrito, con referencia a una obra que se haya anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición públicas o privadas, excepto el uso con fines didácticos de comentarios, críticas o notas, de hasta mil palabras de la obra ajena y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto.
Los infractores serán reprimidos con las penas del artículo 172 y concordantes del Código Penal (arts. 2, 9, 10, 71, 72 ley 11.729).

A los doctores

*Jorge A. Barraguirre, Irmgard E. Lepenies,
Enrique H. Sánchez Gambino, y Decio C. F. Ulla*

*De quienes aprendemos mucho
más que Derecho Administrativo*

ACTOS EXCLUIDOS

“Artículo 6. Actos excluidos. No corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa:

a) Los actos que comporten el ejercicio del poder político del Estado;

b) Los actos que se relacionen con derechos o intereses que tutela el derecho privado, atribuidos a la jurisdicción ordinaria;

c) Los actos discrecionales, en cuanto deban reputarse tales;

d) Los actos que resuelven sobre reclamos de agentes estatales, en materia de accidentes de trabajo;

e) Los actos que sean reproducción, confirmación o ejecución de otros anteriores ya consentidos por el interesado”.

1. Consideraciones generales

La norma refiere a los casos cuyo conocimiento y decisión están excluidos de la “jurisdicción” de las Cámaras de lo Contencioso Administrativo y de la “jurisdicción” contencioso administrativa de la Corte Suprema de Justicia. Así debe afirmarse, sin perjuicio de que algunos de esos casos no pueden en principio someterse a jurisdicción judicial alguna.

En efecto, la exclusión comprende a los actos del poder público que por razones vinculadas al principio de división de poderes no son, en principio, susceptibles de ser revisados por órgano jurisdiccional alguno (incs. a y c); y también comprende a los que son revisables, aunque no por las Cámaras de lo Contencioso Administrativo ni la Corte (incs. b y d); y los irrevisables por razones que se relacionan con la seguridad jurídica (inc. e).

Por sí solo, el artículo es insuficiente a los fines de ofrecer una idea completa de los actos excluidos del recurso contencioso administrativo reglamentado por la ley 11.330; debe, efectivamente, complementarse con las exclusiones que surgen de otras disposiciones de la ley, en particular, de los arts. 3 y 5, a cuyos comentarios remitimos.

De ese modo, podemos agregar como actos excluidos:

a) A los actos administrativos que se pretendan lesivos de un interés difuso.

b) A los actos administrativos que no deciden ni directa ni indirectamente el fondo del asunto poniéndole término o impidiendo su continuación; es decir, a los actos de trámite no equiparables a definitivos.

c) A los actos dictados en función administrativa interna por los Poderes Legislativo y Judicial, salvo lo que dispongan leyes especiales en el caso de los primeros.

d) A los actos generales normativos (reglamentarios), cuando por sí mismos no producen efectos en relación al recurrente, para lo que es necesaria su aplicación individual.

Si bien no están excluidos los actos susceptibles de otra acción o recurso, como lo hacía el art. 12, inc. e, de la ley 4106, según vimos en el capítulo introductorio, la materia contencioso administrativa, asignada a los jueces ordinarios por leyes anteriores a la ley 11.330, se mantiene en el fuero respectivo.

En definitiva, la norma, junto con los arts. 3 y 5 permite, aunque por exclusión, definir el objeto de la impugnación contencioso administrativa.

2. Actos que comportan el ejercicio del poder político del Estado

Esta excepción comprende los denominados actos "políticos", "de gobierno" o "institucionales" que remontan su origen al Consejo de Estado francés. La doctrina recuerda que allí aparecen por vez primera, en un intento de lograr la

supervivencia del organismo frente a la antipatía que provocaba su actuación como órgano de control de la Administración activa. En esta lucha por su propia existencia, que libró el Consejo de Estado, el precio que tuvo que pagar por su conservación fue la declinación de una parte importante de su competencia, como el control de ciertos actos denominados "de gobierno". Desde hace algunos años, en Francia, la orientación predominante, en cuanto a qué es "acto de gobierno" se basa en una concepción empírica: sólo constituyen actos de gobierno aquellos comprendidos en la enumeración que realice el Consejo de Estado y el Tribunal de Conflictos.

Sobre los actos políticos o de gobierno mucho se ha escrito, y constituye una denominación en gran parte criticada porque bajo su etiqueta se ha intentado, sin razón, soslayar el control judicial; ello ha conducido a que parte de la doctrina acudiera a otras expresiones, como la de actos institucionales, para limitar al mínimo su ámbito y garantizar así, en máxima medida, la intervención judicial en tutela de las situaciones jurídicas individuales.

Sin embargo, parece innegable que cierta parte de la actividad estatal escapa de lo que constituyen materialmente las otras funciones estatales, y que no cabe calificar de "administrativos" a los actos mediante los cuales se exterioriza dicha actividad, para sujetarlos al control por vía contencioso administrativa.

Tal es la solución que traía el derogado Código de lo Contencioso Administrativo, y que reitera la ley 11.330 en su art. 6, inc. a, que establece que no corresponden a esta jurisdicción los actos que comporten el ejercicio del poder político del Estado.

Ciertamente la doctrina y la jurisprudencia son las encargadas de configurar el real alcance de esta exclusión, a fin de determinar cuándo, estrictamente, nos enfrentamos a actos de esa naturaleza, y si sólo la libre decisión política

es inmune a todo control judicial, o si esos actos también son revisables cuando se les imputa incurrir en infracción alguna norma de las leyes fundamentales que regulan la competencia del órgano, la forma, o ciertos requisitos que se configuran como presupuesto de validez.

Del concepto amplísimo surgido del Consejo de Estado francés, basado en la teoría del móvil político, se reduce en 1875, con el *arrêt "Prince Napoléon"*, que versaba sobre el cese de éste como general de división (a consecuencia de haber logrado dicho Consejo, ya en 1872, el sistema de jurisdicción delegada); y en 1880, respecto a la expulsión de los jesuitas. A partir de entonces, se mantiene el concepto sólo en cuanto a una lista de casos, cada vez más reducida. Se sostiene ahora, como motivo de exclusión por su carácter político, los actos que versan sobre relaciones internacionales, relaciones interpoderes y potestades de conceder gracia y amnistía.

En nuestro país, se ha reducido el campo de las cuestiones exentas de control judicial, que quedan ahora relegadas a aquellos actos en que se hallan en juego principios y normas constitucionales vinculadas a la organización y subsistencia del Estado y que carecen de efectos jurídicos directos sobre los particulares o administrados. No lo están, en cambio, los actos de aplicación, si afectan derechos subjetivos o intereses legítimos.

La Corte Suprema provincial se ha expedido sobre esta posibilidad de excluir los actos políticos del control judicial. Así lo ha hecho en la causa "Holder", en la que expresó que "según criterio de antiguo aceptado por la Corte Suprema de la Nación, las cuestiones políticas son ajenas, como principio, a la jurisdicción del Poder Judicial; idea ésta que encuentra su explicación y justificación en la circunstancia de que, como natural consecuencia del principio de la separación de los poderes del gobierno, los tribunales carecen de facultades para revisar la forma y la oportunidad en que los poderes políticos ejercen las atribuciones que de modo privativo les corresponden".

"Sin embargo —agregó la Corte provincial en el antecedente citado—, el máximo Tribunal ha aclarado que 'no cabe concluir *a priori* que una determinada cuestión queda sustraída a la esfera del Poder Judicial por el simple hecho de que involucre temas de índole política, de acuerdo con el significado que en el lenguaje común se asigna al término, cuando la decisión adoptada suscita una controversia de naturaleza estrictamente jurídica, que exige un pronunciamiento que le ponga fin a través de la solución que en derecho corresponda' (Fallos: 285:410)".

El Ministro Dr. Ulla, en su voto vertido en autos "Caballero Martín", después de precisar que los recursos contencioso-administrativos previstos en la ley 4106 eran contra actos administrativos formales, de autoridad administrativa, en ejercicio de funciones administrativas, por lo que se excluye los actos políticos o de gobierno (art. 12, inc. a), realizó una serie de consideraciones muy interesantes sobre este tipo de actos.

Allí expresó que "son 'actos políticos' los que tienen su causa en la suprema dirección de los intereses generales del Estado. La función esencial para la vida del Estado —función de gobierno— propia de los actos políticos, es fundamento suficiente para sustraerlos al control de otra autoridad, fuera de que por su misma índole, son esencialmente discrecionales, lo que excluye la posibilidad de lesionar derechos subjetivos y aun intereses legítimos. Se trata, en suma, de evitar la anulación de actos que por definición interesan a exigencias vitales del Estado y constituyen la exteriorización de funciones propiamente constitucionales, sometidas a un control exclusivamente político. La lista de actos políticos o de gobierno que nuestra doctrina y la Corte Suprema de Justicia de la Nación han elaborado, esta última a través de casi siglo y medio de actuación, es bastante extensa. Así pueden citarse, entre otros: a) la declaración de guerra, concertación de la paz (art. 67, inc. 21, y 86, inc. 18 —actuales 75, inc. 25, y 99, inc. 15, respectivamente—, de la Const. Nac.) y sobre la necesidad de

imponer el estado de guerra, los medios escogidos por el órgano encargado de conducirla y la oportunidad de que pudieran o debieron ser realizados (Fallos 211:262); b) conclusión y firma de tratados internacionales (art. 86, inc. 14 –actual art. 99, inc. 11–, Const. Nac.); c) legitimidad de un gobierno de facto y la necesidad de legislar por ausencia del Congreso por un gobierno de tal naturaleza (Fallos 2:124; 158:290; 196:5; 208:184 y 225; 209:340; 211:1833; 212:51, 231 y 438; 217:1122; 240:96); d) causas determinantes de la acefalía del Poder Ejecutivo (Fallos 252:177, 285 y 288); e) apreciación de las circunstancias y motivos determinantes de la declaración del Estado de sitio –art. 23 de la Const. Nac.– (Fallos 196:584; 223:206; etc.) y la facultad del Presidente de arrestar o trasladar a las personas (Fallos 247:528 y 708; 249:522; 253:521; etc.); f) intervención federal en el territorio de las provincias (arts. 5º y 6º de la Const. Nac., Fallos 53:420; 54:180; 141:271; 143:131; 154:192; 177:390; 187:79; 206:21 y 312; 210:1031; 211:682; 212:105; 239:219); g) fijación por el Congreso de los límites interprovinciales (art. 67, inc. 14 Const. Nac. –actual art. 75, inc. 15–; Fallos 98:107; 228:264); h) los nombramientos con acuerdo del Senado previstos por el art. 86, incs. 5º (actual 99, inc. 4) –magistrados de la Corte y de los tribunales inferiores–; 10, 1ª parte (actual 99, inc. 7) –ministros plenipotenciarios y encargados de negocios–; 16 (actual 13) –provisión de los empleos militares en la concesión de los grados superiores F.F.A.A.–; i) el nombramiento de los Ministros del despacho, según el art. 86, inc. 10 (actual 99, inc. 7) y la concesión de los empleos o grados de oficiales superiores de las F.F.A.A. en el campo de batalla (art. 86, inc. 16 –actual 99, inc. 13–); j) los actos que concretan relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Congreso como la apertura del período ordinario de sesiones, la prórroga del período ordinario y la convocatoria a período extraordinario (art. 86, incs. 11 y 12 –actual 99, incs. 8 y 9, respectivamente–); veto y promulgación de las leyes (arts.

69, 70, 72, 86, inc. 4 –actuales arts. 78, 80, 83, 99, inc. 3, respectivamente–); k) el procedimiento seguido por el Poder Legislativo para la formación y sanción de las leyes, salvo el supuesto de incumplimiento de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley (Fallos 256:556; 268:352)".

Señaló también, que "puedese afirmar entonces, que los actos políticos o de gobierno que son expresión de la actividad –que debe llevarse a cabo teniendo presente los intereses permanentes del régimen político consagrados por la Constitución– de dirección suprema de la cosa pública (dirección política) y de las actividades de coordinación y de control de cada una de sus manifestaciones mediante las que se exteriorizan, se diferencian de los actos jurisdiccionales y administrativos. En efecto, mientras éstos, como generalmente sucede, son emitidos en función de la actuación o aplicación de las leyes, aquéllos no desarrollan una acción de segundo grado respecto de la actividad legislativa porque la vincula directamente e inmediatamente con la Constitución, aunque algunas veces pueden ser regulados también mediante leyes de actuación. Por tal razón no pueden admitirse otros actos políticos fuera de los previstos –expresa o implícitamente– por la Constitución (principio del *numerus clausus* de los actos políticos) (Sandulli, Aldo M., *Diritto Amministrativo*, XII edic., p. 13, Nápoli, 1980)". Concluyó con cita de Fausto Cuocolo (*Istituzioni di Diritto Pubblico*, 5ª edic., Milano, 1988), "que si gobernar es ante todo escoger las soluciones a tomar respecto de las variadas exigencias que la selección efectuada comporta, y, si actividad de gobierno es actividad política en el significado técnicamente propio del término y, como tal, actividad libre en el fin, en el sentido que todo fin constitucionalmente lícito puede ser asumido como su contenido, resulta que la actividad de gobierno es, consecuentemente, actividad de elección y de mando en la cual se expresa el momento de la autoridad del Estado. No

el autoritarismo —quede bien en claro— que comporta la negación del Estado constitucional, **sino la autoridad legítima que concierne a una exigencia insuprimible** del Estado en general y del Estado democrático en particular. Constituiría un grave error, por ceder a tentaciones abstractas, negar la autoridad del Estado; sin autoridad no puede haber Estado, como no puede existir tampoco por lógica consecuencia, ordenamiento jurídico (ps. 366-367). Después de lo dicho la conclusión es obvia: **los actos políticos o de gobierno están regidos por el derecho Constitucional; queda excluido, de consiguiente, el Derecho Administrativo**".

Por eso, finalizó, **"la lesión para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa debe producirse mediante un acto administrativo formal**, emitido por una autoridad administrativa en ejercicio de funciones administrativas que lesionen un interés legítimo, personal y actual regido por el Derecho Administrativo, con lo cual quedan **excluidos los 'actos de gobierno' que importen el ejercicio del poder político** (art. 12, inc. a, ley 4106)".

El **Ministro Dr. Barraguirre** también hizo referencia a este tipo de actos en la causa, **"Caballero Martín"**. Expresó, que "el Código de rito (en referencia a la ley 4106) excluye la posibilidad de juzgamiento de ciertos actos del Poder Ejecutivo que en la línea de una añeja tradición jurisprudencial llamada 'de gobierno' (art. 12, inc. a); actos de difícil o imposible categorización —de difícil o imposible categorización ontológica— y cuyo único rasgo esencial y cierto es el de encontrarse sustraídos a toda discusión jurisdiccional". Agregó que "el Consejo de Estado, propulsor histórico de la idea de un 'dominio' de inmunidad jurisdiccional, ha ido reduciéndolo, sea disminuyendo el listado hoy limitado a unas pocas decisiones del Ejecutivo, o bien admitiendo recursos respecto de actos de ejecución, susceptibles de apartarse de tales decisiones (por ej. las medidas diplomáticas), en principio excluidas del control".

Es decir que esta **exclusión in limine del control de la actividad política del Estado, tiene su causa en la suprema dirección de los intereses generales del Estado**. Los actos que en ejercicio de ella se dicten, están directa e inmediatamente vinculados con la subsistencia del Estado, la seguridad interna o externa, la guardia y el funcionamiento de los poderes públicos en su orgánica estructura. El tener causa en la función de gobierno, esencial para la vida del Estado, es fundamento suficiente para sustraerlo al control de otra autoridad. En nuestro país, han quedado relegadas al control judicial únicamente aquellos actos en que se hallan en juego principios y normas constitucionales vinculados a la organización y subsistencia del Estado. Cierta doctrina, por su parte, sostiene la judiciabilidad de todos los actos del Estado.

La **Corte provincial** declaró en las causas **"Melo"** y **"Acosta"**, entre otras, que la política salarial fijada por el Poder Legislativo, por ser resorte exclusivo de ese Poder, ya que integra el catálogo de las potestades del órgano, por regla están exentas al control judicial. Agregó que la revisión judicial de dicha medida, podría afectar la facultad de autoadministración financiera del Poder Legislativo, desde que la determinación del régimen retributivo de su personal compromete el manejo presupuestario de las Cámaras, y éste constituye una atribución privativa que las mismas tienen acordada constitucionalmente (art. 55, inc. 24, Const. Pcial.). Concluyó expresando que el órgano jurisdiccional no podría sustituirlas, en la apreciación de la conveniencia, mérito u oportunidad de un determinado régimen salarial, porque ello importaría invadir la esfera propia de sus potestades, contrariando el principio republicano de la división de poderes.

Contra estas decisiones se interpusieron recursos extraordinarios para ante la Corte nacional, cuya concesión fue denegada por la local. Interpuestos recursos directos, fueron declarados inadmisibles con fundamento en el art. 280 del CPCC de la Nación (A. 1150. XXXII y otros Recurso de Hecho Acosta, Carlos Aníbal y otros: Pcia. de Sta. Fe, del 29/4/1997).

Similar criterio asumió el Alto Tribunal de la Provincia respecto de la fijación de la política salarial de un sector de la Administración Central ("García Leiva", "Donayo").

Para finalizar, es importante recordar el voto del Ministro Dr. Álvarez en la causa "Decoud", en la que concluyó que "los nombramientos con 'acuerdo' son actos sustancialmente políticos o de gobierno; no son actos administrativos sino desde el punto de vista formal".

Definió a los actos políticos o de gobierno como "aquellos mediante los cuales los órganos supremos o constitucionales del Estado adoptan las medidas de mayor importancia, tanto de propulsión como de conservación, para la vida interna y externa de éste. Estos actos conciernen a la dirección suprema y general del Estado en su conjunto e interesan, por ello, a las exigencias vitales del mismo en su unidad institucional. De la eficacia de esta actividad, se ha dicho, depende la posibilidad de perseguir cualquier otra finalidad específica del Estado".

Recordó, además, que "alguna corriente doctrinal considera a esta función de gobierno o política como autónoma o eminente respecto de las otras actividades (y de allí la afirmación de que si bien los 'Poderes' son tres, las funciones son cuatro) las que siempre y de algún modo son influenciadas o condicionadas por ella. Su eminencia deriva del hecho de que entra en ella la dirección misma de toda la acción estatal, es decir, la dirección suprema de la cosa pública, como se ha afirmado (CSJN, Fallos t. 242, p. 337), determinando la 'dirección política' (que señala los fines últimos y generales a toda la multiforme actividad de los órganos estatales, orientándola de tal modo, unitariamente, hacia una armónica realización concreta de un particular programa político: de dirección política habló la CSJN en el caso 'Banco del Río de la Plata c. Pcia. de Bs. As.', Fallos t. 210, p. 50, 1948) de los distintos Poderes -los que deben desarrollar los intereses permanentes del régimen político adoptado

por la Constitución; por eso es que tales actos constituyen la exteriorización de funciones exquisitamente constitucionales-, como así también la actividad de control de las singulares manifestaciones en la que la misma dirección se exterioriza. Trátase de actos que se caracterizan por la máxima libertad de fines que responde a opciones puramente políticas y cuyos autores, siempre que los hayan emitido con las formas y dentro de los límites normativos correspondientes -constitucionales sobre todo- responden exclusivamente en el plano político. Por tal razón el ordenamiento (a los actos producidos en el ejercicio de ella) los rodea de garantías particulares al sustraerlos del examen judicial (actos no judiciales)". Y que "la no justiciabilidad deriva del prevalente interés público que los mencionados actos políticos ostentan, y, tratándose de disposiciones emitidas en virtud de poderes discrecionales, se excluye, frente a ellos, la existencia de derechos subjetivos perfectos. Esta última concepción puede completarse afirmando que si bien el ejercicio de la discrecionalidad reviste de inmunidad a los actos políticos de gobierno, no sería el único fundamento, ya que no debe olvidarse la función esencial que ellos revisten para la vida estatal que, en definitiva, también es fundamento del principio que los declara sustraídos al control y eventual anulación por autoridades distintas de las gubernativas a las que concretamente emiten".

Relacionado a las distintas posiciones doctrinarias alrededor de este tipo de actos anotó que "en nuestro país Marienhoff distingue los actos políticos de los institucionales cuya orientación siguen Dromi y Linares, como también Cassagne (Juan C. *Derecho Administrativo*, 3ª edic. actualizada, p. 67, Bs. As., 1991). La distinción se funda, conforme a la opinión del distinguido autor, en que los actos políticos o de gobierno cuando tienen por objeto finalidades superiores o trascendentes para el funcionamiento del Estado; en cambio el acto institucional ya no sólo se refiere al funcio-

namiento' normal del Estado como ocurre con aquéllos, sino que tiene aún mayor trascendencia ya que se vincula con la propia 'organización' y 'subsistencia' del Estado (op. cit., t. II, p. 757)".

Expresó también que "la diferencia conceptual entre dichas categorías (los actos políticos tienen por objeto finalidades superiores o trascendentes para el funcionamiento del Estado; trasuntan una 'directiva' de carácter superior, pero siempre dentro del funcionamiento 'normal' del Estado; el acto institucional, en cambio, ya no sólo se refiere a tal funcionamiento, sino que tiene mayor trascendencia dado que se vincula a la propia 'organización' y 'subsistencia' del Estado) implica también una consecuencia fundamental: el **acto político o de gobierno puede incidir, directa o inmediatamente, en la esfera jurídica del particular o administrado, vulnerando incluso un derecho o una garantía individual establecidos a su favor por la Constitución**; ello autorizaría la impugnación ante la autoridad jurisdiccional judicial. El **acto institucional, en cambio, no puede dar lugar a la expresada impugnación de inconstitucionalidad**, pues por su índole **no afecta derechos subjetivos de los administrados**. Estos últimos derechos recién podrían verse afectados, directa e inmediatamente, a raíz de actos emitidos como consecuencia de los mencionados actos estatales". Y que "la mayor parte de la doctrina argentina concuerda en señalar que esta función o los actos pertinentes adquieren su significación más trascendente en el ámbito del órgano ejecutivo -punto de arranque de todas las creaciones políticas- (Alberdi, J. B., *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*, p. 34, Bs. As., 1929), dado que éste **no se limita a la administración sino que tiene la máxima responsabilidad en la dirección superior del desarrollo nacional, determinando los objetivos políticos y las estrategias'** (Dromi, op. cit. p. 33). Esta concepción está confirmada por el nuevo texto constitucional. En efecto, el presidente de la Nación, conforme al art. 99 inc. 1,

no sólo 'es el jefe de la Nación', sino que, además, 'es jefe de Gobierno y responsable político de la administración general del país'. La diferencia de redacción respecto del texto anterior (art. 86, inc. 1) es sustancial y acentúa las características antes señaladas, es decir se confirma así la existencia de un 'órgano estatal preeminente' (CSJN, Fallos, t. 248, p. 462, caso 'Martínez Casas', considerando 4)". Por lo que "el ejercicio de esta actividad y, en consecuencia, la emisión de los actos correspondientes, no está, ni puede estar sujeta a regla alguna de los otros órganos supremos, ya que se mueve en el ámbito de determinaciones que 'reclaman alto grado de discrecionalidad y prudencia política' (Bidegain). Por otra parte es preciso tener en cuenta que únicamente pueden dictarse 'en los casos constitucionales, expresa o razonablemente conferidos a los órganos estatales' para 'ejecutar directamente una norma constitucional' dado que la función de gobierno 'tiene una directa inmediatez constitucional, con rango supremo de jerarquía', pues, 'no tiene, en principio, legislación intermedia' y es 'indelegable' (Dromi)".

En una palabra, concluyó el Ministro Dr. Álvarez, "los **actos políticos están institucionalmente sustraídos del control judicial pero no porque una norma legal lo establezca** (p. ej. en nuestra Provincia, el art. 12, inc. a, del Cód. Contencioso Administrativo, ley 4106), puesto que sería lógicamente inconcebible que la función soberana de gobierno encontrase en su accionar otros límites distintos de los que, en el hipotético caso, estableciera la Constitución. Consecuentemente, **siempre son legítimos** dado que están previstos explícita o **implícitamente por la Carta Magna** en cuanto necesariamente **indispensables para el ejercicio de la función de gobierno** dado que, como se dijo en A. y S. t. 84, ps. 446 y 447, siguiéndose a Fausto Cuocolo, si gobernar es ante todo escoger las soluciones a tomar respecto de las variadas exigencias que la selección efectuada comporta, y si actividad de gobierno es actividad política en el significado técnicamente

propio del término y, como tal, actividad libre en el fin, en el sentido que todo fin constitucionalmente lícito puede ser asumido como su contenido, resulta que la actividad de gobierno es, consecuentemente, actividad de elección y mando en la cual se expresa el momento de la autoridad del Estado. No el autoritarismo —quede bien claro— que comporta la negación del Estado constitucional, sino la autoridad legítima que concierne a una exigencia insuprimible del Estado en general y del Estado democrático en particular. Constituiría un grave error, por ceder a tentaciones abstractas, negar la autoridad del Estado; sin autoridad no puede haber Estado, como no puede existir tampoco por lógica consecuencia, ordenamiento jurídico”.

Hizo referencia, también, a la jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, destacando que no reconoce excepciones y que “es secular toda vez que se inició en 1893 con el caso ‘Cullen c. Llerena’ (Fallos, t. 53, p. 420). En este precedente se produjo una disidencia del Ministro Dr. Luis Varela la que aún sigue siendo invocada como paradigma por quienes sostienen la tesis contraria sin advertir que el citado juez, más adelante, abjuró de aquella opinión. Señala Linares (*Derecho Administrativo*, cit., p. 194) que la jurisprudencia de la Corte Suprema no sigue la distinción entre actos de gobierno no institucionales e institucionales, distinción que, como se señaló... corresponde a Marienhoff”. Recordó además que “si bien la regla es la que se ha esbozado, no es menos cierto que, a partir del caso ‘Sofía’ (Fallos, t. 243, p. 504); doctrina que mantuvo en Fallos 247:208; 248:800; 249:553; 250:832; 251:404; 252:244; 276:73, entre otros), la Corte Suprema determinó que las medidas particulares o de aplicación concreta o los actos de ejecución que emita el órgano competente, como consecuencia del acto político que no es judicializable porque es una cuestión política que queda librada al juicio prudencial del Congreso y del Ejecutivo, necesario y final para instrumentar los objetivos



de la Constitución, están, no obstante, sujetos al control judicial de razonabilidad. Este control es un deber del Poder Judicial, y en especial de la Corte como tribunal de garantías constitucionales, impuesto en interés del buen orden de la comunidad y del propio órgano político (Fallos, 298:441, con las siguientes remisiones: 170:246; 295:439; 196:584; 197:483; 235:681; 236:41, 632 y 657; 272:540; 246:205; 247:708; 248:529 y 800; 249:522; 250:832; 252:244 y otros)”.

Por último, citó en su voto a Lino E. Palacio (*El recurso extraordinario federal. Teoría y Técnica*, Bs. As., 1992) quien, criticando a los que afirman la judicialidad de estos actos (entre otros Bidart Campos, Boffi Boggero, Gordillo, Haro, Sagués, Vanossi, etc.), que parten del contenido del art. 100 (actual 116) de la Constitución —en cuanto dispone, respecto de la Corte Suprema y demás tribunales inferiores de la Nación, su intervención en “todas” las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución— (“por lo que no es posible pensar... que estas controversias escapen al control de tales órganos”), sostiene que “al margen de que la exégesis meramente gramatical de las normas jurídicas debe reputarse un sistema perimido (tanto más cuando se circunscribe a un precepto aislado y por lo tanto escindido de la totalidad del ordenamiento constitucional), la tesis comentada justifica la intromisión del Poder Judicial en áreas que la propia Constitución nacional asigna a los poderes Legislativo y Ejecutivo así como a los gobiernos provinciales, atribuyendo al primero una responsabilidad primaria en la adecuada ponderación de múltiples y complejas circunstancias políticas, económicas y sociales ajenas a su cometido específico. A lo cual cuadra añadir que los eventuales excesos en que pueden caer los poderes políticos en el ejercicio de sus competencias constitucionales, son susceptibles de encontrar correctivo dentro de los mecanismos estructurados por la propia Constitución nacional y no mediante el control judicial de constitucionalidad” (ps. 120/121). El Ministro Al-

varez consideró también que Palacio "en su apoyo cita el precedente de la CSJN de Fallos, t. 251, p. 53 (caso Alfredo S. Rendón fallado en 1961) en el que el Alto Tribunal desestimó la pretensión de que se invalidara la ley 14.546 con base en el apartamiento de las exigencias del bien común". Nuestro autor, siguió el Ministro Alvarez, "estima que allí se sentó 'una doctrina aplicable, en general, a las cuestiones no justiciables'. La Corte afirmó en el precedente mencionado, que 'a la posibilidad genérica de desviación en el ejercicio de la función legislativa, en cuanto a la apreciación de tales exigencias, se debe buscar remedio en los comicios y no en los estrados de esta Corte, porque no es a ella a la que la Constitución encomienda la satisfacción del bienestar general en los términos del art. 67, incs. 16 y 28 de la Constitución nacional (hoy art. 75, incs. 18 y 32), en ausencia de una transgresión específica'".

3. Actos que se relacionan con derechos o intereses que tutela el derecho privado, atribuidos a la jurisdicción ordinaria

La Administración puede actuar no sólo en posición de supremacía, sino también en posición de paridad, como cualquier otro sujeto de derecho.

Y si bien podría sostenerse que la determinación de adoptar un medio privado tiene un contenido y carácter de acto administrativo, porque todo cuanto concierne a su emanación está sometida a los principios de derecho público, que regulan formalmente el ejercicio de la actividad administrativa, el negocio resultante queda sometido al derecho privado, excepto las especiales desviaciones debidas a la repercusión del carácter público del sujeto activo.

Estos casos, de acuerdo al criterio tradicional y dominante que limita el ámbito de esta jurisdicción al conocimiento de las pretensiones fundadas en el ordenamiento jurídico administrativo, están excluidos de la vía prevista en la ley 11.330.



Si bien con terminología que respondía aún a la teoría de la doble personalidad del Estado, la ley 4106 mantenía el mismo criterio, al excluir de la jurisdicción contencioso administrativa, en el art. 12 inc. b, a "las decisiones del Estado cuando obra en su carácter de persona jurídica de derecho privado".

La actual legislación, con técnica correcta y mayor amplitud, prevé que no corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa "los actos que se relacionen con derechos o intereses que tutela el derecho privado, atribuidos a la jurisdicción ordinaria".

Se ha inclinado así por mantener el criterio tradicional de la pluralidad de jurisdicciones para juzgar a la Administración Pública, configurándose la contencioso administrativa como una jurisdicción judicial especial, ya sea por la jerarquía del Tribunal que juzga este tipo de litigios, o por la especialización de sus jueces, lo que justifica que sólo refiera a aquellos en que debe aplicarse una normativa diferenciada del resto del ordenamiento jurídico, y que no comprenda los supuestos en que, aun cuando refieran a la actividad de la Administración, estén regulados por normas del mismo derecho que el que regula las relaciones entre particulares.

Sin embargo, este criterio no es unánime. Las grandes dificultades que en la práctica suelen aparecer al momento de determinar cuál es la jurisdicción que debe intervenir, y el riesgo que para la adecuada tutela de los derechos —en sentido amplio— nace de esta indeterminación (sobre todo si se considera la complejidad que actualmente tiene delimitar las ramas del derecho, en especial frente a la progresiva interpenetración entre el derecho público y el privado), han llevado a parte de la doctrina, especialmente extranjera, a postular la unidad de jurisdicción para juzgar a la Administración (así lo ha dispuesto la Constitución de Venezuela); y, a otros doctrinarios, a buscar una solución intermedia, que, aunque parte del principio general de pluralidad de jurisdicción, por vía de excepción postula la unidad para decidir

algunas materias, tales como las referentes a la responsabilidad patrimonial del Estado y a los contratos —sin distinción entre públicos y privados—, que concluya la Administración.

En suma, este inciso excluye del control por parte del tribunal de lo contencioso administrativo a los actos que se relacionen con derechos o intereses que tutela el derecho privado, atribuidos a la jurisdicción ordinaria. La norma refiere, básicamente, a los supuestos en que el Estado actúa con su capacidad de derecho privado.

Como se adelantó, la norma ha superado la técnica del inc. b del art. 12, ley 4106, que aludía al carácter de "persona jurídica de derecho privado" de conformidad a la antigua distinción —hoy superada— entre Estado poder público y Estado persona jurídica de derecho privado.

La disposición contempla al Estado tal como es, es decir, con una personalidad única pero con la posibilidad de actuar en dos campos, sea éste el del derecho público o el del derecho privado. Al respecto, señala Zanobini que los entes públicos, juntamente a su específica capacidad de derecho público, conservan la común capacidad de derecho privado, y en base a ésta realizan contratos de adquisición y de enajenación, actos de administración patrimonial y otras, sometiéndose por ello a la común disciplina del derecho privado. Agrega el autor citado que el Estado y los entes públicos menores, cumplen actos de derecho público cuantas veces ejercen una potestad pública (potestad de policía, potestad tributaria, potestad de certificación, etc.), y dan vida a actos de derecho privado cuando se valen de una potestad que es común a los particulares (potestad de enajenar, de adquirir, de aceptar donaciones, etc.).

Esto llevó a Argañarás a decir que para determinar cuándo la cuestión suscitada es contencioso administrativa y cuándo es contencioso civil, ha de partirse de la siguiente base: a) que la Administración haya actuado en el ejercicio de su potestad pública; y b) que en el ejercicio de esa actividad

haya vulnerado un derecho subjetivo que se encuentra protegido por un norma administrativa que regla y limita la actividad del poder Administrador; de tal modo es que la contienda ha de versar sobre la aplicabilidad de la norma administrativa (ley, decreto u ordenanza) protectora de ese derecho.

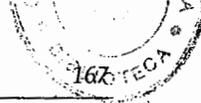
Cuando la Administración dicta actos actuando en el campo del derecho privado, la competencia, la forma, la voluntad y el fin del acto siguen sin embargo regidos por el derecho administrativo y solamente el contenido es regulado por el derecho privado. Por ejemplo, en los contratos de locación sobre inmuebles donde uno de los contratantes es el Estado, el juicio de cobro de alquileres o el desalojo del inmueble deberá tramitarse ante los juzgados ordinarios con competencia en esa materia, en el caso de la Provincia de Santa Fe, ante los Juzgados de Primera Instancia de Circuito, y no ante el tribunal de lo contencioso administrativo; esto, sin perjuicio de que lo referido a quién es el órgano competente para firmar ese contrato está determinado por normas de derecho público, al igual que el fin. Es decir que lo único regido en el caso por el derecho privado es el contenido, y ello es suficiente para sustraer la contienda suscitada por ese contrato de la competencia contencioso administrativa.

El máximo Tribunal local se ha expedido en varias causas sobre el tema, dando pautas para determinar cuándo se está en presencia de actos, que si bien son administrativos, se relacionan con derechos o intereses que tutela el derecho privado.

Uno de estos antecedentes, relacionado a los contratos celebrados por la Administración, es "F.V. Publicidad S.R.L.". En él recordó que "suelen ser borrosos los límites que separan, dentro del género de los 'contratos de la Administración', las dos especies de 'contratos comunes' y 'contratos públicos'. A ese propósito, la posición más razonable estribaría en no reducirse a un criterio único de distingo, que probablemente fracasaría apenas se lo enfrente con una experiencia que es rica, intrincada y proteica; sino, más bien, en

guiarse por la concurrencia de una serie de pautas que orienten para decidir en cada caso si la Administración obra ahí como poder público o como persona privada (cf. Argañaráz, *Tratado de lo contencioso administrativo*, ps. 285/291)". Afirmó, además, que "en la especie habrá de decidirse apelando a tal premisa, es decir, dilucidando –en el caso particular– la naturaleza del contrato, para –de tal forma– identificar la acción (pretensión procesal), pues 'A modo de premisa general, útil es recordar que las acciones participan de la naturaleza del derecho que protegen en cada caso particular, pues siendo la acción un poder dirigido a la tutela de un interés, toma su naturaleza de éste (Chiovenda, José, *Principios de derecho procesal civil*, t. 1, p. 76)' (A. y S. t. 66, ps. 244/255)".

En otra oportunidad (autos "Roberto J. Azcoitia y Compañía Sociedad de Responsabilidad Limitada") sostuvo, que "en el sistema singular del proceso contencioso administrativo de nuestra Provincia y según se establece específicamente en el art. 70 del Código de forma, el Tribunal no puede expedirse respecto a derechos reales, civiles o de otra naturaleza, no siendo competente para decidir sobre materia indemnizatoria (cf. Bielsa, *Sobre lo contencioso administrativo*, p. 209 y nota al pie)". Sin embargo, aclaró que "en ciertos casos, el no reconocimiento de la competencia contencioso administrativa, por hallarse eventualmente en juego pretensiones indemnizatorias, podría llevar a una desnaturalización de los fundamentos que justifican esta competencia, remitiendo el conocimiento de aspectos netamente administrativos a los jueces ordinarios". Agregó, que "pueden mencionarse, ejemplificativamente, algunas de esas pautas complementarias delineadas por el Tribunal en precedentes en los que no se discutía propiamente la materia indemnizatoria. Así se indicó, que si bien podía resultar discutible la competencia de la Corte si sólo se pretendiera el cobro de una deuda no negada, ella es indudable en casos en que no sólo se discute el cobro, sino también la validez del contrato del que surgi-



ría tal derecho (A. y S. t. 55, p. 290); o cuando el crédito reclamado tiene origen en un contrato celebrado por autoridad administrativa, vinculado a un fin público y bajo un régimen de derecho público y no se trata de un mero cobro de una suma que reconozca adeudar el ente público, sino de decidir la legitimidad del acto administrativo que deniega el derecho (A. y S. t. 90, p. 443)"; y que "las pautas ejemplificativamente mencionadas pueden brindar elementos útiles para definir la competencia cuando en la reclamación de daños y perjuicios derivados de un acto administrativo concurren análogas razones para no desmembrar el punto de la legitimidad de la decisión estatal que se impugna, del que concierne a sus consecuencias patrimoniales".

Advirtió, en el precedente citado, que "no en todas las circunstancias puede aplicarse el principio consagrado en el art. 70 de la ley 4106, so riesgo de simplificar de manera extrema algunas situaciones en las que la pretensión resarcitoria no se delinea con autonomía, imponiéndose excepcionalmente la consideración conjunta de la eventual ilegitimidad de un acto administrativo con las consecuencias patrimoniales que el mismo hubiera podido acarrear".

En el caso mencionado, la Corte realizó un doble análisis para concluir que la causa era de su competencia, y, como consecuencia de ello, rechazó la excepción planteada por la demandada. En primer lugar, consideró la pretensión básica de la actora, en cuanto refería a que se declarase que la rescisión era por culpa exclusiva de la Administración, lo cual había sido tácitamente denegado por la demandada; tal denegatoria –aunque tácita– constituyó el objeto del juicio, y el examen de su legitimidad autorizó el ejercicio por el Tribunal de su jurisdicción contencioso administrativa. En segundo lugar, resultó determinante que, de acuerdo a los términos de la *litis*, se advirtió que las partes discrepaban acerca de aspectos sustanciales del vínculo que las unió, y de los hechos que desembocaron en la rescisión del contrato admi-

nistrativo, como así también, en la eventual atribución de culpabilidad que pudo corresponderles, por lo que encontró íntimamente vinculadas a estos aspectos el reconocimiento y extensión de las pretensiones indemnizatorias subsidiarias. En definitiva, confirmó la necesidad de tratar estos extremos conjuntamente en la sede contencioso administrativa.

En la causa "Santa Lucía S.A.C.I.F.", el Tribunal resolvió su incompetencia, y como consecuencia de ello, atribuyó a la jurisdicción ordinaria la tramitación de la misma. Para ello, consideró que, en lo sustancial, "la pretensión patrimonial de la actora se delinea con autonomía, en tanto se basa en circunstancias que, si bien pudieron tener derivación en el contrato de obra pública que las había vinculado, atañen a conductas posteriores a la rescisión del aludido convenio, invocándose como productores de los perjuicios hechos ajenos a la relación administrativa que originariamente los había ligado". Agregó el Tribunal que "conforme a los términos de la reclamación de la accionante no se impugna un acto administrativo ni tampoco para su dilucidación se requiere -al no existir una conexión estrecha- el análisis de los términos de la contratación". Concluyó, en definitiva, que "tales circunstancias sellan la suerte adversa a esta impugnación y, por ende, la competencia de este Tribunal para entender en la presente causa (art. 93, inc. 2), Const. Pcial.)".

En el precedente "D'Andrea", ante la pretensión del actor de perseguir, mediante recurso contencioso administrativo, el cobro de una suma dineraria que no tenía su origen en una relación regulada por el derecho administrativo, sino en la intervención del profesional, como perito, en un juicio laboral, la Corte advirtió, que "desde su origen, la pretensión no pertenece a la materia administrativa, encontrándose el actor en análoga situación a la de los demás profesionales auxiliares de la justicia frente a la alternativa de percibir sus honorarios, aspectos éstos que se encuentran principalmente regulados por las disposiciones arancelarias", es de-

cir, tuteladas por el derecho privado y no por el administrativo. Agregó, que "no modifica la situación antes descripta la circunstancia que el art. 82 del Código Procesal Laboral prevea que los honorarios de los peritos los abonará la Provincia, siempre que se justifique sumariamente que el trabajador es insolvente. Ello es así puesto que, dejando a un lado la naturaleza de la solución consagrada a través de dicha disposición, queda en claro que la posibilidad legalmente reconocida de hacer efectiva la acreencia contra el Estado provincial -reunidos que sean los requisitos que la norma exige- no modifica la causa que dio lugar a los honorarios -intervención del profesional en un juicio- ni desde luego permite sostener que la retribución del profesional pase de ese modo a quedar regida por el Derecho Público. Trátase únicamente de una relación obligacional en la que, por imperativo legal, se señala subsidiariamente al Estado como deudor, vínculo éste que se inscribe dentro del vasto campo de relaciones patrimoniales en las que el Estado puede aparecer como sujeto pasivo de una obligación dineraria pero no por ello pertenecen al derecho administrativo ni dan lugar a la competencia contencioso administrativa de este Tribunal". Señaló, por último, que "la sola intervención de la Provincia no basta a los fines de determinar la competencia de esta Corte", y, atento a que la situación del actor puede en cierto modo asimilarse a la de otros profesionales auxiliares de la justicia, "es claro que no puede prosperar el argumento consistente en la inexistencia de otro procedimiento; el cual, en todo caso, debió tramitarse ante los jueces ordinarios".

También desechó el Tribunal la posibilidad de que, en materia contencioso administrativa, la Administración y el particular convengan la jurisdicción ordinaria. Así, dijo que "la alegación de la excepcionante consistente en que en el contrato de fecha 20 de septiembre de 1984 se convino expresamente que la competencia para todo lo que sea materia del contrato es la de los Tribunales Ordinarios de la ciudad

de Santa Fe, del fuero civil y comercial, no empece a lo antedicho y carece de trascendencia a los fines de dirimir la cuestión" de competencia. Afirmó que "la competencia *ratione materiae* conferida por la Constitución y la ley 10.160 a esta Corte, con miras a una especialización jurisdiccional, tiene carácter de orden público, encontrándose las partes impedidas de atribuir mediante convenios contractuales una competencia distinta a la establecida por esas normas, que sus traiga el conocimiento de las causas en que se debaten cuestiones de naturaleza administrativa, atribuyéndolo a la justicia civil y comercial. Tal aserto ha sido objeto de expreso mandato legal en el art. 3 de la ley 4106, que establece que la competencia contencioso administrativa es improporrogable" ("Roberto J. Azcoitia Compañía Sociedad de Responsabilidad Limitada") criterio, por lo demás, mantenido en la ley 11.330 (art. 2).

En cuanto a la trascendencia que el agotamiento de la vía administrativa tiene para determinar la exclusión de la competencia de la Corte, resolvió que "el argumento de la excepciónante basado en que la invocación, por parte de la actora, de las leyes 7234 y 9040 en los reclamos administrativos supondría un reconocimiento de su parte de la competencia ordinaria, tampoco puede prosperar. Aun admitiendo, por vía de hipótesis, que al momento del dictado de la sentencia por esta Corte ello pueda merecer especial consideración en punto a la admisibilidad del recurso -examen que como se expuso no corresponde, en principio, efectuar en esta oportunidad- tal invocación no es elemento definitorio para establecer la competencia; máxime cuando -como en el caso- a pesar de la cita de disposiciones relativas al reclamo administrativo ha operado denegación de su reclamo y de que es tal denegación, ilegítima a su juicio, lo que la pretensión recursoria viene a cuestionar según se dijo y se desprende de la demanda" ("Roberto J. Azcoitia Compañía Sociedad de Responsabilidad Limitada"). Agregó "que el *iter*

recursivo adoptado por la actora en sede administrativa, si bien se presenta como un indicio respecto de su propia convicción de tratarse el examinado de un contrato sujeto al derecho privado, no resulta un criterio definitorio. Así lo ha resuelto en la causa 'Edcon S.R.L. -Ingeniero Miglierini Construcciones- c. Municipalidad de Rosario' (A. y S. t. 66, p. 61/72) donde se concluyó que "...lo que importa es la sustancia del reclamo, y no aspectos subsidiarios susceptibles de ser despejados por aplicación del principio *iura novit curia*..." ("F.V. Publicidad S.R.L.").

4. Actos discrecionales, en cuanto deban reputarse tales

Esta exclusión nos lleva a la **diferenciación entre actividad reglada y actividad discrecional**, pues mientras que los actos en que se concreta aquélla son sin duda controlables por el Poder Judicial, el principio de división de poderes impone la regla de la exclusión del control respecto de las actividades discrecionales.

Como sostiene Alessi, la **discrecionalidad no constituye una potestad especial de la Administración, sino simplemente un modo de ser de las potestades de acción jurídica conferidas por la ley**, modo de ser que se refiere a la imprecisión de los límites dados a la potestad de acción conferida, de manera que permita una esfera de apreciación -siempre limitada- en relación con el interés público.

En cambio, si las **potestades de acción han sido conferidas con determinación precisa del interés público**, es decir, con **determinación de todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad**, de modo que la **Administración no tiene margen alguno de valoración**, nos enfrentamos a **supuestos de actividad reglada**.

La **función administrativa es discrecional cuando la autoridad dispone de libertad de apreciación de circunstancias**,

de medios, de oportunidad, para adoptar luego la decisión que juzgue más conforme al interés público, sin que la conducta a seguir le sea indicada de antemano por el Derecho.

Garrido Falla considera que la discrecionalidad se manifiesta en una doble vertiente: frente a la ley, porque el legislador no puede conocer de antemano todos los motivos de oportunidad y conveniencia que pueden influir en una decisión administrativa, por lo que necesariamente ha de renunciar a determinarlos; y frente al juez, porque un tribunal nunca podrá sustituir por los suyos propios, los puntos de vista de la Administración activa sin excederse de su verdadero papel, que no debe ser otro que el guardián de la legalidad.

La discrecionalidad técnica es la subordinada a un parecer técnico como antecedente necesario del ejercicio de la potestad. Es prácticamente imposible la fiscalización de este tipo de actividad por un órgano judicial, ya que ello implicaría sustituir el punto de vista del organismo técnico que actúa por los criterios del propio Tribunal, que, obviamente, no puede manejar más técnica que la jurídica.

La razón de esta exclusión la encontramos en el control que realiza sobre el acto el tribunal contencioso administrativo. En efecto, a éste únicamente le compete realizar el control de legitimidad del acto administrativo, estando inhabilitado para efectuar cualquier control sobre el mérito u oportunidad del mismo. Que esto es así, lo demuestra también el art. 4 de la ley 11.330, que establece que el recurso se fundará en un "vicio de ilegitimidad" del acto administrativo.

Si se admitiese la revisibilidad de actos de esta naturaleza, el órgano jurisdiccional vendría a sustituir a la Administración en la apreciación de la conveniencia u oportunidad de la medida, apreciación que la ley, justamente, entendió dejar, con exclusividad, a la autoridad administrativa.

Se justifica el poder discrecional por la necesidad que tiene muchas veces la Administración Pública de gozar de li-

bertad de acción para el debido cumplimiento de ciertas finalidades (policía administrativa, organización de servicio público, poder disciplinario, etc.).

A pesar de todo esto, los actos discrecionales no lo son totalmente y no escapan al control de legalidad por motivos reglados: competencia, formas sustanciales del acto y móvil o finalidad del acto.

Sobre este punto también se expidió el Ministro Dr. Ulla en la causa "Caballero Martín". Expresó que "la función administrativa es reglada cuando ante determinadas circunstancias de hecho, la autoridad está obligada a adoptar tal o cual decisión, es decir, cuando no puede elegir entre varias decisiones posibles, pues una regla de derecho le ha impuesto una por anticipado. La ley puede regular la oportunidad de emitir el acto o el contenido del mismo, o el procedimiento o forma de dictarlo, o simplemente imponiéndolo o prohibiéndolo en tanto no se den determinadas circunstancias de hecho. Por lo general, la actividad reglada es creadora o protectora de derechos subjetivos o intereses legítimos. El concepto excluye los aspectos discrecionales del acto. La función administrativa es discrecional cuando la autoridad dispone de 'libertad' de apreciación (o, mejor, de una facultad de elección, entre comportamientos jurídicos lícitos, inherentes al ejercicio de una potestad pública, lo que la diferencia de la libertad jurídica que es facultad de elección inherente a un derecho subjetivo) de circunstancias, de medios, de oportunidades, para adoptar luego la decisión que juzgue más conforme al interés público, sin que la conducta a seguir le sea indicada de antemano por el Derecho. Por lo general, del poder discrecional no surgen derechos subjetivos a favor de los particulares y sí solamente intereses legítimos. Si se admitiese la revisibilidad de los actos de esta naturaleza (art. 12 inc. c), el órgano jurisdiccional vendría a sustituirse a la Administración en la apreciación de la conveniencia u oportunidad de la medida, apreciación que la ley,

justamente, habría entendido dejar a la autoridad administrativa. Por otra parte, en este caso faltaría precisamente a la autoridad jurisdiccional la norma o pauta que le permitirá juzgar la legalidad de la resolución administrativa. **La discrecionalidad puede derivar:** a) de **expresa disposición de la ley en cuanto a la oportunidad de la medida** (es decir, si dictar o no un acto o el momento para dictarlo), o en cuanto a su contenido o a su objeto o la forma (si ésta no esta preestablecida) o las modalidades accesorias concernientes a los elementos accidentales del acto, o en cuanto a los medios de que la Administración puede valerse; o b) **del silencio de la ley al omitir la reglamentación de la actividad de la Administración en alguno de esos aspectos.** Justifícase el poder discrecional con la necesidad que tiene muchas veces la Administración Pública de gozar de 'libertad' de acción para el debido cumplimiento de ciertas finalidades, generalmente de policía administrativa, organización de los servicios públicos, ejercicio del poder disciplinario, otorgamiento de concesiones, etc., circunstancia que el legislador ni el juez podrían apreciar con debido conocimiento de causa. Con todo, los actos **discrecionales nunca lo son totalmente** y no escapan al control de **legalidad por motivos reglados: competencia, formas sustanciales del acto** (con los respectivos vicios de ilegalidad externa, o sea, que afectan a los elementos extrínsecos del acto) **y móvil o finalidad del acto** (desviación de poder, tipo de ilegalidad interna). La mayor parte sino todas las decisiones ponen en ejercicio una parte de poder discrecional y una parte de poder vinculado: la acción de la Administración está limitada en ciertos puntos, libre, en cambio, en otros. El dosaje entre poder discrecional y poder vinculado es importante en varios aspectos. Da la medida de la 'libertad' de la Administración que constituye el punto de equilibrio entre el automatismo absoluto y la arbitrariedad pura. Determina, igualmente, los derechos del administrado, que puede o no, según el caso, exigir de la Admi-

nistración una conducta o una abstención. Fija, en fin, los límites del control del juez, pues, en la medida que hay un poder vinculado, el comportamiento de la Administración suscita un problema de legalidad sobre el cual compete al juez ejercer su control; en la medida en que, por el contrario, hay un poder discrecional la actitud de la Administración no interesa ya a la legalidad (lo que es legal o no), sino a la oportunidad (lo que es oportuno o no) y excluye el control del juez".

Aunque muy someramente, referiremos a algunos desarrollos doctrinarios acerca de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados.

Se basa en que, por su referencia a la realidad, los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados. Los primeros delimitan el ámbito de la realidad de una manera precisa e inequívoca (mayoría de edad, a los 18 años). En el segundo, la ley refiere a una esfera de la realidad cuyos contornos no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante pretender delimitar un supuesto concreto (incapacidad, como condición para jubilarse).

La ley utiliza conceptos de experiencia (incapacidad para el ejercicio de las funciones, premeditación, fuerza irresistible) o de valor (buena fe, buen padre de familia, justo precio) porque las realidades referidas no admiten otro tipo de determinación más precisa. Pero en el caso concreto, se da o no se da el concepto: o hay buena fe o no la hay, o el precio es justo o no lo es. Esto es esencial en el concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una única solución justa en cada caso.

La doctrina distingue la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados de la discrecionalidad. Aquéllos, permiten una **solución única y justa, mientras que ésta** (la discrecionalidad) **permite una pluralidad de soluciones justas, una opción entre alternativas igualmente aceptables desde la perspectiva del Derecho** (elección de un funcionario para el as-

censo). El concepto jurídico indeterminado se agota en el proceso intelectual de comprensión de la realidad a la que refiere la norma. En cambio, en la discrecionalidad, en que hay libertad de decisión porque se funda en criterios extra-jurídicos (de oportunidad, de economía, etc.), interviene la voluntad del aplicador de la potestad discrecional. Mientras que en el primer caso el juez puede valorar si la solución es la única justa, en el caso de la discrecionalidad el juez no puede fiscalizar la entraña de la decisión discrecional, pues si se ha producido dentro de los límites legales y con respecto a los límites generales, debe entenderse necesariamente justa.

En otro orden de ideas, se observa que el nuevo ordenamiento, a diferencia del anterior, ha suprimido como excepción al recurso a "las resoluciones de la administración que importen el ejercicio de facultades disciplinarias, siempre que no adolezcan de vicios de ilegitimidad por incompetencia o violación de las formas sustanciales" (art. 12, inc. c, última parte, ley 4106).

En el caso "Torres" la Corte provincial dijo que "esta excepción se justifica, por una parte, por la autonomía funcional de la Administración Pública, dotada, consecuentemente, de una jurisdicción disciplinaria exclusiva, ejercida, ya en vía jerárquica (por los mecanismos de los recursos administrativos), ya por tribunales propiamente disciplinarios; y, por otra parte, por la posibilidad de una relajación de la disciplina y de la pérdida de prestigio de la autoridad si sus decisiones en materia disciplinaria —que incluiría mendacidades sin importancias— estuviesen sometidas a una revisión jurisdiccional inevitablemente morosa".

"Pero, en todos los casos, la potestad jurisdiccional recobra su viabilidad si el acto es impugnado: 1° por incompetencia de la autoridad que ha dictado la resolución; y 2° por violación de las formas sustanciales. Entre éstas figuran, desde luego, aunque no las consigne ningún texto legal, la notificación de los cargos que se hacen al inculpado, una razo-

nable posibilidad de defensa y la motivación del acto punitivo; y además cualquier otra forma, siempre que fuere sustancial, que emerja de los textos legales".

"Cabe advertir que la sustracción de la revisión jurisdiccional —dentro de los límites señalados— de los actos de ejercicio de potestades disciplinarias de la Administración Pública, no importa reconocer a ésta una facultad discrecional, como erróneamente se ha entendido. El ejercicio de tal potestad puede estar reglada por pautas legales o reglamentarias y, en tal caso, la Administración debe observarlas, la exención de la revisión jurisdiccional no responde a la circunstancia de tratarse de una facultad discrecional. Reglada o no, la materia es objeto de tal exención por los motivos antes expuestos, relacionados con la índole especial de la potestad disciplinaria".

"Naturalmente, como presupuesto básico de la acción de la Administración Pública, en cualquier campo de su actividad, es la realización del interés público, cuando se demuestre una manifiesta ausencia de esa finalidad en sus decisiones disciplinarias, procederá la revisión jurisdiccional aun en el área normalmente exenta de ésta".

La inexistencia de norma que, en la ley 11.330, excluya expresamente del control judicial a los actos dictados en ejercicio de potestades disciplinarias, permite sostener que el principio, ahora, es su revisibilidad, siempre que —como en todos los casos— se aduzcan respecto de aquellos actos vicios de ilegitimidad. De todos modos, consideramos que no podrían soslayarse los criterios del Alto Tribunal en relación a la especial naturaleza de la actividad disciplinaria, pues es claro que el legislador puede transformar en principio aquello que antes era excepción, mas no alterar la naturaleza de las cosas.

Sin perjuicio de ello, es también claro que la jurisprudencia de la Corte habría avanzado hacia una cada vez mayor revisibilidad de la actividad disciplinaria, no sólo al señalar —y al reiterar insistentemente— que el control se extiende a

los casos en que sea necesario verificar la efectiva presencia del presupuesto básico de la acción de la Administración Pública, cual es la realización del interés público, sino también al admitir su control a los fines de verificar "el cumplimiento por la Administración del recaudo implícito de razonabilidad" ("Suárez"; "Taborda" -del 8/10/1997-; etc.).

5. Actos que resuelven sobre reclamos de agentes estatales, en materia de accidentes de trabajo

Esta exclusión no tiene antecedente en el ordenamiento derogado; sin embargo, la ley 11.330 es coincidente con la posición mayoritaria actual del máximo Tribunal local, que ha tenido en este tema una evolución interesante en los últimos años.

Dicha evolución tiene su punto de partida en la causa "Olmedo" fallada el 4/9/1980. En ese asunto se demandaba al Banco Provincial de Santa Fe, y por recurso de inconstitucionalidad se cuestionaba la competencia del fuero laboral para entender en el cobro de pesos por indemnización por incapacidad absoluta y permanente, conforme a las leyes 9688 y 21.034. La Corte se pronunció por la competencia contencioso administrativa. Para así decidirlo, tuvo en cuenta que: "a) el vínculo que unía a la actora con el Banco Provincial de Santa Fe era el de relación de empleo público y, por ende, atento su naturaleza de derecho público, está regido por el Derecho Administrativo. Y el reclamo de la actora, en definitiva, tiende al reconocimiento de un derecho que si bien se invoca con sustento en una norma laboral, tiene su base en esa relación de empleo público mediante la que se vinculó a la Institución demandada; b) siendo ello así, todo lo relacionado con el ingreso, desenvolvimiento y la extinción de la relación es materia extraña al derecho común; c) el Banco es una entidad autárquica institucional -persona de Derecho Público- que integra la Administración Pública; d) la

competencia se determina, pues, en función de esos extremos -naturaleza de la relación y carácter de los sujetos-, y no en función de la norma positiva que se invoque como fundamento de su reclamación; e) consecuentemente, por imperio constitucional -art. 93 inc. 2 de la Constitución Provincial- y por mandato legal -arts. 1 y 3 de la ley 4106-, la cuestión planteada es de competencia de esta Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, al fallarse la causa "Carlacchiani" la Corte, si bien desestimó el planteo de incompetencia efectuado por la demandada en virtud del criterio que inspiró a la CSJN *in re* "Tellez" (LL, 1986-C-1664), respecto del momento desde el cual han de regir las nuevas pautas jurisprudenciales, dejó a resguardo la posibilidad de un cambio de opinión en caso de demandas promovidas con fundamento en el art. 1113 del Cód. Civil. Similar criterio siguió en autos "Suligoy", "Villa", y "Romero".

Posteriormente, el Ministro doctor Iribarren, como Presidente de la Corte, sostuvo que si en el reclamo administrativo como también en el judicial, el actor no funda su pretensión en las normas que regulan la relación de empleo público, ni en la ley 9688, sino que reclama indemnización en base al art. 1113 del Cód. Civil, debe demandarse ante quien corresponda". Este criterio, proveído en el Expte. "Morello c. Pcia.", no se aplicó a las causas en estado de recibir resolución ("Pennacino"), pero sí fue seguido por el Cuerpo al resolver la revocatoria interpuesta contra el auto de admisibilidad *in re* "Hernández, P. A."

En esta causa, se pretendía el pago de una indemnización de daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo, con fundamento en el art. 1113 del Cód. Civil, como consecuencia de la opción prevista en el art. 17 de la ley 9688; se dijo que "en torno a la competencia de este Tribunal esta Corte ha dicho que es de orden público *ratione materiae* (t. 15, p. 355); que emana de la Constitución y no puede ser desnaturalizada (t. 12-13, p. 2 y 'Serviflet', t. 56, p. 208); y que la ma-

teria contencioso administrativa, en principio, implica un litigio entre un sujeto público actuando en su carácter de tal, y un particular, a propósito de un acto de aquél, que el último estima lesivo de un derecho subjetivo o interés legítimo de carácter administrativo (t. 11, p. 458; t. 12-13, p. 35)".

"El art. 10 inc. b establece como presupuesto de proponibilidad del recurso de plena jurisdicción, que la resolución 'lesione un derecho subjetivo de carácter administrativo otorgado por ley provincial, ordenanza, reglamento, concesión o contrato de servicios públicos, suministros por medio de licitación y obras públicas; u otra disposición administrativa preexistente'".

"Y así, el carácter administrativo del derecho que se dice lesionado adquiere relevancia fundamental para determinar la materia contencioso administrativa".

"Es preciso insistir, por tanto, que para que se configure materia contencioso administrativa se requiere el acto de la Administración Pública en ejercicio de potestades públicas, y que el recurrente pretenda ilegítimo, inválido; y no que se reclame invocando el perjuicio causado por un hecho ilícito, pretendiendo hacer efectiva la responsabilidad extracontractual según las previsiones del Código Civil".

"Del art. 70 de la ley 4106 se desprende la imposibilidad de que el Tribunal se expida sobre derechos civiles (o de 'otra naturaleza') reafirmando en cambio, la competencia para resolver en lo que constituye su materia específica, o sea, los conflictos nacidos de presuntas violaciones a situaciones de naturaleza administrativa (lo que no impide, desde luego, la aplicación subsidiaria de las normas del Código Civil para resolver esos conflictos)".

"Por otra parte, ya se ha dicho en reiteradas oportunidades que la vía a elegir no puede quedar librada al arbitrio del titular del derecho presuntamente violado, porque no depende del trámite de reclamo que haya elegido el interesado, sino de que efectivamente se configure la materia propia de esta jurisdicción (t. 55, p. 264)".

"En el *sub judice*, el accionante deduce su demanda de daños y perjuicios fundando su derecho en las normas del Código Civil sobre responsabilidad extracontractual y afirmando que tienen su origen en un hecho ilícito".

"No surge de las constancias obrantes que aparezca lesionado un derecho subjetivo de carácter administrativo".

"La declaración de incompetencia dictada por el Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual mencionado por el recurrente, no mejora su posición, puesto que tal declaración no fue traída y no medió pronunciamiento anterior de esta Corte sobre si existía o no materia contencioso administrativa, por lo que no existe obstáculo para que se expida en esta oportunidad sobre el particular (art. 2, ley 4106)".

Idénticos fundamentos expresó el Tribunal en autos "Toledo", al declarar su incompetencia ante el pedido de reconocimiento y pago de la indemnización por daños y perjuicios ocasionados en la salud del actor por enfermedad profesional que lo incapacitó total y permanentemente para todo trabajo. En esa causa, el recurrente había ejercido la opción normada en el art. 16 de la ley 24.028, resultando aplicable el art. 1113 y concordantes del Cód. Civil. La Corte agregó que "debe tenerse en cuenta que la Provincia de Santa Fe adhirió a la ley 24.028 (aplicable a la relación de empleo público, según el art. 1, 2º párr.) por la ley 11.025 (B.O. 28/9/1993), y estableció la competencia de los Jueces de Distrito de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial para entender de las acciones en las que se reclaman derechos o indemnizaciones que pudieran corresponderles según el derecho civil; con lo que, actualmente -y aunque esa norma no sea aplicable a esta demanda en virtud de lo dispuesto por el art. 9 de la ley 11.025-, esa competencia resulta actualmente detraída del conocimiento de esta Corte, por dicha disposición legal".

Con posterioridad, en autos "Romiti", y también en el ámbito de un recurso de inconstitucionalidad, consideró que no era competencia del tribunal de lo contencioso administrativo entender en demandas por indemnización de acci-

dentes de trabajo de los agentes públicos con fundamento en la ley 9688. Como se observa, no se trataba de la situación planteada en "Hernández" y "Toledo", en los que se había optado por el derecho común, sino que se solicitaba la aplicación de la ley de accidentes de trabajo, pretendiéndose la indemnización allí tarifada.

Para así decidirlo, partiendo del razonamiento utilizado en el precedente "Olmedo" en cuanto se puso el acento para determinar la materia contencioso administrativa no sólo en la relación de empleo público, sino también en la circunstancia de que uno de los sujetos de ese vínculo jurídico era el Estado *lato sensu*, concluyó que "ni la presencia del Estado como beneficiario del trabajo ni la naturaleza de la relación ni las respectivas previsiones estatutarias, justifican —en supuestos como el de autos— la intervención de esta Corte Suprema de Justicia como tribunal de lo contencioso administrativo".

"En primer lugar, adviértase que el ámbito personal de amparo de la ley 9688 se fue dilatando considerablemente desde sus comienzos. Al principio comprendía sólo a una minoría de trabajadores, que eran los que se consideraban más expuestos a los riesgos emergentes de sus actividades; se trataba de los obreros de la industria en general donde se empleaba para el trabajo una fuerza distinta a la del hombre (art. 2, en su redacción primitiva)".

"En 1940 la ley 12.631 suprimió esa frase sobre la 'fuerza distinta a la del hombre' e incorporó a los trabajadores forestales, y de las actividades agrícolas, ganaderas y pesqueras, comprendiendo a los mayores de doce años de edad".

"La reforma más amplia fue introducida por la ley 18.913 del 31 de diciembre de 1970, porque incluyó en el régimen que nos ocupa a importantes sectores de trabajadores, entre ellos, los empleados de comercio y, por consiguiente, a los de bancos y seguros. Pero la innovación fundamental que ella introdujo —en lo aquí concierne— fue que declaró que el

Estado nacional, las provincias y las municipalidades en su carácter de empleadores están sujetos a las responsabilidades y obligaciones de la ley 9688, incorporando así a los empleados públicos de todos los niveles y jurisdicciones a los beneficios de la ley en la medida en que no lo estaban por disposiciones anteriores".

"Esta línea fue seguida por la ley 24.028 que, en su art. 1, establece que: 'Todos los empleadores están sujetos a las responsabilidades y obligaciones que se establecen en esta ley. A los efectos de su aplicación se considerará trabajador a toda persona física que se desempeñe en relación de dependencia en virtud de un contrato o relación de trabajo o de un contrato de empleo público, cualquiera que sea la modalidad de la contratación y la índole de las tareas desempeñadas por él o la actividad de sus empleados, con excepción de los trabajadores del servicio doméstico'. A su vez, el art. 20 dispone que: 'el Estado nacional, las provincias y las municipalidades responderán por los daños sufridos en la integridad psicofísica de las personas obligadas a prestar un servicio de carga pública, por el hecho o en ocasión del cumplimiento del servicio que dicha carga implica, de acuerdo con lo prescripto en esta ley'".

"En definitiva, dentro del ámbito de la nueva legislación quedan comprendidos todos los trabajadores, empleados y funcionarios que dependan de los tres poderes del Estado, como también el personal que se desempeñe en entidades autárquicas, organismos descentralizados, personal civil de las fuerzas armadas y de seguridad que se encuentren vinculados a través de un contrato o relación de trabajo o de un 'contrato de empleo público' (según textualmente expresa la ley)".

"Ello demuestra inequívocamente que los derechos de los agentes públicos a las indemnizaciones por infortunios laborales (ley 9688) no reconocen su génesis en el Derecho Administrativo, pudiendo éste ser entendido, con la doctrina

clásica, como 'el conjunto de normas positivas y de principios de derecho público de aplicación concreta a la institución y funcionamiento de los servicios públicos y al consiguiente contralor jurisdiccional de la Administración Pública' (Rafael Bielsa, *Derecho Administrativo*, 6ª edic., t. 1, p. 37, Bs. As., 1964), ni, por ende, en los aportes de la doctrina juspublicista, ni, en fin, en la jurisprudencia de los tribunales contencioso-administrativos".

"En nada cambia la circunstancia de que el derecho a las indemnizaciones derivadas de la ley de accidentes de trabajo esté expresamente contemplado en algunos estatutos que, en la Provincia de Santa Fe, rigen la relación de empleo público (*v.gr.* ley 8525, art. 35; ley 9286, art. 30; ley 10.023, art. 33), pues, en verdad, tal previsión es inoficiosa a los fines de la aplicabilidad 'directa' de la ley 9688".

"En efecto, es evidente que de no existir tal consagración expresa en los estatutos respectivos, el derecho de los agentes del Estado siempre estaría bajo la tutela de la ley de accidentes de trabajo, esto es, comprendido en todo un ordenamiento jurídico nacido y desarrollado por el influjo de la legislación, jurisprudencia y doctrina laborales, y aplicable por igual –según se ha visto– a un vastísimo ámbito personal que recibe la consiguiente protección sólo por ser trabajadores, al margen de su condición de públicos o privados".

"En segundo lugar, no pueden soslayarse las razones institucionales –que, por lo demás, hoy merecen ser adecuadamente moderadas a la luz de los intentos de reformas tendientes a la creación de tribunales contencioso-administrativos inferiores a la Corte (*v.gr.*, Expte. 264, Cámara de Diputados)– que justifican la intervención de este Cuerpo como tribunal de lo contencioso administrativo".

"Así, se ha dicho que el legislador santafesino, al atribuir competencia contencioso administrativa a esta Corte (ley 4106), ha adoptado el sistema más adecuado a 'nuestro temperamento, a nuestra tradición jurídica y a las conveniencias

públicas' (Dana Montaña, Salvador M., *El nuevo Código de lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Santa Fe; texto y comentario*, 1951, p. 9)".

"Asimismo, que los poderes del órgano jurisdiccional en lo contencioso administrativo son correlativos al interés público y se ejercen en razón del grado de ese interés".

"En similar sentido, y aunque para explicar las particularidades del procedimiento a sustanciarse ante la eventual creación de tribunales contencioso-administrativos inferiores a la Corte, hoy se sostiene que 'las especialidades resultan de una materia impregnada de interés público' y de la presencia en los términos subjetivos de la relación litigiosa de un particular agente que encarna aquel interés, pero que en el desarrollo de su actividad está obligado a ajustarse a normas jurídicas que significan, a la vez, una efectiva protección de las personas con quienes entra en relación: (*Exposición de motivos; Expte. 264, CD, cit.*)".

"Por tanto, razones técnicas –por un lado– y las vinculadas al control de otro poder del Estado que actúa en ejercicio de potestades públicas y titularizando a los intereses públicos –por el otro–, son los motivos que básicamente justifican la intervención de esta Corte como tribunal contencioso administrativo (siempre conforme a la ley, según la Constitución provincial)".

Pues bien, cuando un agente público –como en el caso– pretende la aplicación directa de la ley 9688, ninguno de esos motivos aparecen con una incidencia tal que justifique, en verdad, habilitar dicha jurisdicción".

"Por otra parte, no es otro el criterio que evidentemente inspira al actual proyecto de 'Ley reglamentaria del recurso contencioso administrativo', por cuyo art. 6, inc. d, se excluyen de la 'jurisdicción contencioso administrativa' los actos que resuelven sobre reclamos de agentes estatales, en materia de accidentes de trabajo".

"No se le escapa al Tribunal que ante sus estrados arriban circunstancialmente cuestiones contencioso-administrativas

—en especial vinculadas al empleo público— en las que aquellas particularidades tampoco aparecen con una rigurosa intensidad; mas, en tales ocasiones, la experiencia demuestra que se trata de aspectos de imposible o difícil escisión, y cuya declinación por el Tribunal en favor de otros jueces produciría un desorden e inseguridad en los litigantes que, sin duda alguna, obstaculizaría la adecuada administración de justicia”.

“En cambio, el régimen de accidente de trabajo (ley 9688), conforma un capítulo bien definido de la relación de empleo y —como se dijo— de aplicación común para agentes públicos y privados; tales particularísimas características, y las ya mencionadas sobre el nacimiento del régimen y el posterior influjo de la doctrina y jurisprudencia laborales, aconsejan que esta materia en particular no se desplace de los tribunales creados especialmente para aplicar normas nacidas y desarrolladas en y desde el Derecho del Trabajo”.

“Es más, debe destacarse que la base fáctica que da andamiaje a pretensiones como la aquí analizada excluye, *prima facie*, el examen de normas del Derecho Administrativo como presupuesto básico de la demanda, ya que lo que está primordialmente en juego es la inteligencia de la ley de accidentes de trabajo; y que la tarea del juzgador se concentra, una vez superados los presupuestos que exige la ley para que prospere la pretensión, en verificar el porcentaje de incapacidad, establecer el monto indemnizatorio dentro del estricto marco legal y, en su caso, el grado de responsabilidad de la empleadora”.

“En suma, si lo que se discute es la procedencia o no de una indemnización prevista ‘directamente’ en la ley 9688, se estará ante una causa contencioso laboral, que debe promoverse ante los Jueces respectivos, de conformidad a lo dispuesto en el art. 2, inc. c, de la ley procesal 7945 y en el art. 74 de la ley 10.160”.

“Si bien es cierto que podría entenderse que los derechos emergentes de la ley 9688, por integrar el contenido normal

de la relación de empleo público, constituyen materia contencioso administrativa, también lo es que, de así entenderse, no lo serían sin más asimilables —por lo ya dicho— a otros derechos subjetivos de carácter administrativo que sí caracterizan —en lo que es de interés— a la relación de empleo público; sin perjuicio de ello, sabido es que no toda la materia contencioso administrativa ni, por ende, toda lesión a derechos subjetivos de carácter administrativo, habilita la jurisdicción de este Tribunal el que, por el contrario, ha reiteradamente admitido la constitucionalidad de los desplazamientos de competencia contencioso administrativa a otros fueros (“*Servi Flet*”, A. y S. t. 56, p. 208); como ocurre con los supuestos contemplados en la ley 10.000, con las multas impuestas por los jueces municipales de faltas, etc”.

“Finalmente corresponde subrayar que las argumentaciones aquí desarrolladas encuentran su límite y sustento en el marco legal actualmente existente en el ámbito provincial, por lo que, de alterarse el mismo, otro podría eventualmente ser la solución a adoptarse, pues sabido es que la Constitución provincial al encomendar la competencia contencioso administrativa a esta Corte contempla que sea el legislador el que en definitiva establezca los casos —y modos— en los que este Tribunal puede ejercer tal competencia”.

Idénticos fundamentos a los anteriormente transcriptos dio la Corte para declarar la incompetencia del fuero contencioso administrativo en autos “*Chamorro*” y “*Sosa, P.*”, en los que también se demandaba a un ente público por accidentes de trabajo que sufrieron sus agentes con fundamento en la ley 9688.

A los fines del art. 6, inc. d, que se comenta, la importancia de estos precedentes es obvia, por cuanto —entre otras consideraciones— describen el criterio que, a juicio del Tribunal, inspiró al entonces proyecto legislativo que luego fue sancionado como ley 11.330.

Pero el Tribunal dio un paso más. Nos referimos a la causa "Muñoz", en la que se solicitaba el reconocimiento, en forma acumulativa, de tres indemnizaciones: la contemplada en el art. 8 inc. a de la ley 9688, y las previstas en el art. 23 incs. b y g de la Ordenanza 8527 de la Municipalidad de la ciudad de Santa Fe, que no son otras, estas últimas, que las contempladas por los mismos incisos y artículo del Estatuto para el personal de municipalidades y comunas.

Dijo la Corte, por mayoría, que "en cuanto a las indemnizaciones por enfermedad ocupacional (ley 9688 y art. 23, inc. b, Ordenanza 8527 -y ley 9286-), este Tribunal ya ha decidido su incompetencia *in re* 'Romiti' (A. y S. t. 116, p. 287) a cuyos fundamentos corresponde remitir en honor a la brevedad".

"Sólo corresponde agregar que no es óbice para la aplicación de ese criterio, la circunstancia de que se soliciten, acumulativamente, la indemnización de la ley 9688 y la del art. 23 inc. b de la Ordenanza 8527 citada, por cuanto el Tribunal ha decidido que las indemnizaciones por accidentes de trabajo... previstas en la ley de accidentes de trabajo y en el Estatuto para el Personal de municipalidades y comunas de la Provincia de Santa Fe, son en realidad la misma indemnización ('Leppez', A. y S. t. 119, p. 46), debiéndose aclarar que no se trata, el supuesto de autos, de una pretensión sustentada en el art. 30, *in fine*, de la ley 9286 y 30, *in fine*, de la Ordenanza 8527".

"En cuanto a la indemnización prevista en el artículo 23 inciso g de la Ordenanza 8527 (y ley 9286), no se advierten, en verdad, razones que impidan extender a su respecto los fundamentos vertidos en autos 'Romiti'".

"A ese efecto debe tenerse en cuenta que en el presente caso -tal como sucediera en el precedente al que se remite, *mutatis mutandi*, en honor a la brevedad- tampoco aparecen configuradas las razones técnicas y las vinculadas al control de otro Poder del Estado que justifiquen la habilitación de la jurisdicción contencioso administrativa".

"Al respecto, se observa que la materia *sub examine* también constituye un capítulo bien definido de la relación de empleo; y, en fin, la inconveniencia de desplazar a los Tribunales especiales en la materia".

"Efectivamente, no puede soslayarse que la indemnización por cesantía por incapacidad inculposa (prevista en el art. 23, inc. g, de la ley 9286 y de la Ordenanza 8527; como también, *v.gr.* en los arts. 33 de la ley 8525, y 31 de la ley 10.023), guarda cierta similitud con la prevista en el art. 212 de la ley de Contrato de Trabajo".

"En este sentido, y sin perjuicio de los particulares requisitos que establecen las respectivas normas estatutarias en cuanto a su percepción (*v.gr.*, arts. 34 de la ley 8525 y 32 de la ley 10.023) y cálculo, ambas indemnizaciones en definitiva suponen la ruptura de la relación de empleo derivada de una incapacidad inculpable".

"Por otra parte, elementales razones vinculadas a la adecuada administración de justicia también aconsejan -para el juzgamiento de pretensiones como la ejercida en el *sub examine*- recurrir a la especialización de los jueces laborales, que, maguer sus dificultades, posibilita una más rápida solución del litigio".

Debemos remarcar que estas posiciones no han sido compartidas por todos los integrantes de la Corte Suprema provincial. En efecto, el Ministro Dr. Barraguirre, en los citados autos "Romiti" y "Chamorro", fundó su disidencia considerando que "la recurrente invoca el reconocimiento de un derecho expresamente establecido en el estatuto que regula la relación de empleo público que la vinculaba con la Administración, y que, por ende, integra el contenido normal de dicha relación".

Agregó que "la situación jurídica subjetiva invocada, pues, encuadra perfectamente en el art. 10 de la ley 4106; en consecuencia, y hasta tanto en el ámbito del Poder Legislativo no se decida lo contrario, la materia debatida integra uno de los 'casos' a que refiere el art. 93, inc. 2, de la Constitución provincial".

Salvó, por último, su posición sentada en otros precedentes, aclarando que "las razones que me llevaron a suscribir el decisorio recaído en 'Hernández' (A. y S. t. 102, ps. 489/491) no concurren en la especie, ya que, en tal precedente, el ejercicio de la opción para demandar por daños y perjuicios de conformidad a las normas del Código Civil, importó, por el actor, la virtual declinación de su condición de empleado público, y su consiguiente sustracción del régimen respectivo".

A esta posición, sustentada en minoría por el Ministro Barraguirre, adhirió el Ministro Ulla en autos "Muñoz". Ahí consideraron que "la recurrente invoca el reconocimiento de un derecho expresamente establecido en un ordenamiento que regula la relación de empleo público y que, por ende, integra el contenido normal de dicha relación".

Dijeron también que "la situación jurídica subjetiva invocada, pues, encuadra perfectamente en el art. 10 de la ley 4106; en consecuencia, no siendo aplicable al caso la ley 11.330 sino, se reitera, la ley 4106 (respecto a la indemnización fundada en al ley 9688) y hasta tanto en el ámbito del Poder Legislativo no se decida lo contrario (en relación a la indemnización reclamada con sustento en el art. 23, inc. g, de la ley 9286), la materia debatida integra uno de los 'casos' a que refiere el art. 93, inc. 2, de la Constitución provincial. Resulta oportuno destacar que los límites de la materia contencioso administrativa constituyen una cuestión propia de política legislativa, tal como autorizada doctrina lo ha sostenido (Fiorini, Bartolomé, *Manual de Derecho Administrativo*, 2ª parte, LL, ps. 1058 y 1059, Bs. As., 1968)".

Se plantea el interrogante respecto de qué ocurre cuando lo pretendido no es sólo la indemnización por accidente de trabajo sino otra pretensión referida a otro aspecto de la relación de empleo público (*v.gr.* mayor porcentaje de incapacidad, jubilación, salarios caídos). En tales casos, en los que subsiste materia contencioso administrativa atri-

buida a la Corte o a las Cámaras, se mantiene el fuero contencioso administrativo.

En este sentido, consideró la Corte —en autos "Aguirre"— que "no puede soslayarse que la pretensión de la recurrente no se agota en el reconocimiento de la mencionada indemnización; en tales condiciones, elementales principios vinculados a un adecuado servicio de justicia aconsejan contener en una misma causa diversas aunque conectadas pretensiones si —como en el caso— una de las restantes (el otorgamiento del beneficio de jubilación por invalidez) es de indudable conocimiento del Tribunal".

6. Actos que son reproducción, confirmación o ejecución de otros anteriores ya consentidos por el interesado

Principios de buena fe y de seguridad jurídica rigen esta norma que excluye del recurso contencioso administrativo la impugnación de actos reproductorios, confirmatorios o que son ejecución de otros ya consentidos.

Los actos reproductorios y confirmatorios integran una categoría que la jurisprudencia interpreta de manera muy estricta, sobre la base del principio *favor actionis*; de modo tal que la misma requiere una absoluta identidad en todos los órdenes entre los actos objeto de comparación (el originario y el que lo confirma o lo reproduce).

Tanto en uno como en otro caso (que a estos efectos englobaremos bajo la denominación de actos confirmatorios) se trata de actos cuyo contenido consiste en una reiteración de otro anterior. No son más que una manifestación del acto firme (ya que tampoco pueden ser válidamente recurridos), con la sola diferencia que se manifiestan como actos independientes. Precisamente por ello, y al objeto de no permitir al particular reabrir los plazos ya caducados para recurrir el acto firme mediante la simple provocación de uno nuevo, es que la ley cierra toda posibilidad de acceso a la vía judicial.

El fundamento para la denegación del recurso contencioso administrativo contra estos actos se basa en el principio de seguridad jurídica impuesto por el carácter preclusivo de los plazos concedidos para recurrir.

El acto confirmatorio, en la medida que supone la reiteración de otro anterior, debe guardar con éste la más absoluta identidad en cuanto a los sujetos (órgano emisor y destinatario), objeto, contenido, supuestos de hecho y fundamentación jurídica, siendo imprescindible que no exista variación alguna entre el acto anterior y el posterior. De ese modo, no sería confirmatorio el acto que tuviera en cuenta nuevos elementos de hecho o motivos a los ya expresados en el acto anterior. Tal, el caso de los actos que resuelven nuevas solicitudes de licencias o autorizaciones, si tanto las circunstancias de hecho como los motivos jurídicos que justifican la denegación son diferentes, introduciéndose, así, un factor de novedad que rompería la existencia del acto confirmatorio.

En la causa "Schnidrig", ante la oposición de la resistente fundada en el art. 12, inc. d de la ley 4106, que consagraba la improcedencia del recurso contra las resoluciones que sean reproducción de otras anteriores que hayan causado estado y no hubieren sido recurridas en el plazo y forma legales y las confirmatorias de decisiones ya consentidas, recordó el Tribunal que "el sentido de la referida norma no es otro que lograr un *minimun* de seguridad jurídica, impidiendo que el particular que, conociendo la resolución administrativa que lo afecta, la consiente, pueda *a posteriori*, replantear el reclamo". Agregó, además, que "para que se dé tal hipótesis, es necesario la concurrencia de tres requisitos: reproducción de un acto anterior, que este último sea definitivo, y firme. Como señala Argañarás (*Tratado de lo contencioso administrativo*, p. 179, Bs. As., 1955), es fundamental que el contexto de las dos resoluciones sea idéntico, de tal manera que la segunda sea reproducción literal de la primera; es indispensable, además, que las circunstancias en aten-

ción a las cuales se dictaron las resoluciones sean exactamente las mismas". Concluyó, en definitiva, que "no ha de considerarse que una resolución administrativa es reproducción de otra anterior, porque lo sea literal o gramaticalmente; es preciso, además, que la segunda haya sido dictada en presencia de los mismos hechos y en fuerza de idénticos fundamentos que la primera".

En la causa "Empresa Zona Norte S.R.L.", se solicitaba que se dejara sin efecto la aprobación del recorrido de una línea de transporte urbano de pasajeros. La Administración planteaba que el recorrido que cumplía la actora era efectuado por otra línea, la que lo había prestado sola durante mucho tiempo, y que luego se creó la línea doscientos siete, momento en que se produjo la superposición de las mismas, funcionando conjuntamente sin queja alguna de los interesados hasta que sobrevino la quiebra de la sociedad que explotaba la línea cuatro. Consecuencia de esto, postulaba la demandada, que se da el supuesto previsto en el art. 12 inc. d de la ley 4106, que establece la improcedencia del recurso contra las resoluciones que sean reproducción de otras anteriores que hayan causado estado; aclaraba, sobre el punto, que la extensión de la línea que se impugna es reproducción de un estado de cosa anterior. Al respecto, la Corte consideró que "no es recepcionable el argumento relativo a que la impugnada se trataría de una resolución, reproducción de otra anterior que ha causado estado y que no fue recurrida (art. 12 inc. d, ley 4106); dado que el precedente mencionado, referente a la preexistencia de una resolución autorizando una línea con el mismo recorrido que el de parte de la concedida a la línea doscientos siete, no configura el supuesto aprehendido por la norma citada. Ello, en primer lugar, porque la demandada no ha probado su aserto y, en segundo, porque es menester que la resolución precedente haya perjudicado al interesado, situación que no se da en el caso con respecto al actor sino que en todo caso habría ocurrido con relación

al concesionario de la línea cuatro, por ser la concesión de la línea doscientos siete, posterior. Por lo demás, sería necesario que se trate de dos resoluciones iguales y que respondan también a idénticas circunstancias de hecho, supuestos que, por lo dicho en el párrafo anterior, no aparecen concurrentes... (Argañarás, *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, p. 178/179)".

Cuando la norma excluye del recurso contencioso administrativo al acto de ejecución de otro anterior, se refiere a aquellos actos que procuran la realización del contenido de otro, careciendo, en cuanto a ese elemento (contenido), de autonomía propia a los efectos de su impugnación.

Se debe situar al acto de ejecución en un nivel semejante al de los actos confirmatorios, por cuanto que en ellos se trata de dar efectividad al previo acto definitivo, como pura ejecución y desarrollo del mismo.

Sin embargo, los actos de ejecución podrán impugnarse si adolecen de vicios propios, pero no en cuanto se limiten a aplicar el contenido del acto principal, si éste no ha sido debidamente recurrido en tiempo y forma. En estos casos, la limitación a la recurribilidad está dada por el contenido del acto principal del que se deriva y no por los vicios de este último.

Como ejemplo de acto de ejecución podemos citar el caso de la disposición que ordena anotar en el legajo personal del empleado la sanción disciplinaria menor aplicada por la Administración Pública; es el acto sancionatorio el que se debe impugnar y no aquel que simplemente se dicta para ejecutar al anterior.

Es necesario excepcionar de esta irrecurribilidad a aquellos actos que, si bien son ejecución de uno anterior, sirven de notificación de éste, ya que es a través de ese acto de ejecución que el particular se entera de la decisión tomada. En este supuesto, a partir del conocimiento del acto de ejecución, comienza a correr el término para impugnar, ya no este acto, sino el principal.

Capítulo VII

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA. INSTANCIA REVISORA

1. Introducción. 2. El agotamiento de la vía administrativa previa.
 - a) Consideraciones generales. a) 1. El agotamiento de la vía administrativa previa como exigencia de admisibilidad del recurso contencioso administrativo. a) 2. Finalidad y fundamento. a) 3. Su basamento constitucional. a) 4. Principios que rigen el agotamiento de la vía administrativa previa en la jurisprudencia de la Corte. a) 5. El agotamiento de la vía administrativa previa y los actos que no resuelven el fondo del asunto. a) 6. Recurso y reclamo. b) Los recursos administrativos en particular. b) 1. Los recursos administrativos en el ámbito provincial. b) 1.1. El ordenamiento básico. b) 1.2. Algunos regímenes especiales. b) 2. Los recursos administrativos en el ámbito municipal. El ordenamiento básico y algunos regímenes especiales. b) 3. Los recursos administrativos en el ámbito comunal. El ordenamiento básico y algunos regímenes especiales. 3. La naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso administrativa.
 - a) Consideraciones generales. b) Alcance de la naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso administrativa.
 - b) 1. Lo incluido. b) 2. Lo excluido.