

**LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y EL CONTROL DE
CONSTITUCIONALIDAD, CON ANOTACIONES REFERIDAS AL REGIMEN
MUNICIPAL SANTAFESINO ***

Por Hugo Luis Domingo

*Publicado en AAVV "Estudios sobre Derecho Municipal y Federalismo", 1a. ed., Buenos Aires,
Universitas, 2006, pp. 37-51*

Introducción

Si bien el sistema argentino de control de constitucionalidad funciona sobre la base del control judicial, y tal potestad no se extiende, en principio, a los órganos administrativos¹, sean éstos nacionales, provinciales o municipales, ésta última posibilidad, sin embargo, no debe ser descartada, ni menos aún considerarse prohibida por el ordenamiento jurídico, sino todo lo contrario, por cuanto se trataría de mecanismos tendientes a sanear el ordenamiento jurídico y extirpar los vicios constitucionales que padezcan los actos estatales.-

Pensamos, pues, que no debe desdeñarse como faceta de estudio, la relativa al control de constitucionalidad que, bajo determinadas condiciones, pueden realizar los órganos administrativos².-

1

* El presente trabajo es una adecuación al orden municipal de la tesina de Derecho Público, inédita, presentada por el autor en el Curso de Doctorado, Derecho Público Profundizado, dirigido por el Dr. Néstor Pedro Sagüés.-

BIANCHI, Alberto *Control de constitucionalidad*, Abaco, Buenos Aires, 1992, pp. 245-269.

² Hace ya varios años Bidart Campos abordó liminarmente el tema que nos ocupa. Cfr. BIDART CAMPOS, Germán *El control y la declaración de inconstitucionalidad en sede administrativa (sus problemas)*, en "El Derecho", tomo 21, p. 209 y ss.-

En ese sentido, pretendemos plantear la cuestión no solo desde el punto de vista de la llamada “administración jurisdiccional”³, sino también de la denominada “administración activa”, es decir: la que cotidianamente decide y ejecuta⁴.-

Partiendo del principio de juridicidad, nos proponemos diseñar un esquema en el cual las autoridades administrativas, en ciertos y determinados casos, puedan –y deban- ejercer un control de constitucionalidad.-

Dicho control, si bien podría ser visto como una especie de “custodia del principio de supremacía constitucional en sede administrativa”, en modo alguno será empero un control definitivo, ya que esta tarea, por imperio constitucional, está reservada a los órganos judiciales (arg. arts. 31 y 116 Constitución Nacional)⁵. Se trataría pues de una modalidad específica de control constitucional, pero no de una jurisdicción constitucional.-

El ejercicio de tal control variará según se trate de actos dictados por órganos distintos a los administrativos (verbigracia, los emanados de los órganos legislativos provinciales o nacionales)⁶, o de actos dictados por la propia Administración, supuesto

³ En rigor de verdad, “... ni de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema ni con las normas constitucionales, puede hablarse de función jurisdiccional por parte de la administración, con el alcance de sustituir total o parcialmente la actividad jurisdiccional propia de los jueces”, criterio al que adherimos, pues consideramos que la llamada actividad jurisdiccional de la Administración trasunta el ejercicio de función administrativa. Cfr. GORDILLO, Agustín *Tratado de Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, tomo I, pp. IX-45.-

⁴ MARIENHOFF, Miguel A. *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977, tomo I, p. 85. En realidad esa terminología es de raigambre francesa, estando dividida la doctrina sobre su aplicación en nuestro derecho, al menos con el alcance que tiene en el sistema jurídico-administrativo francés Cfr. al respecto GAUNA, Juan Octavio *La problemática del control judicial de los actos de la Administración Pública. La teoría de la separación del poder*, en “La Ley”, tomo 1979-C- 923 y ss..

⁵ DIAZ, Mariana *La acción declarativa de inconstitucionalidad*, Edit. Ad Hoc Buenos Aires, 2003, p. 46.-

⁶ Cierta sector de la doctrina, si bien admite la posibilidad de que los órganos ejecutivos ejerzan un limitado control de constitucionalidad, restringe el análisis al caso de las leyes, ya sea antes de su vigencia por medio del veto, ya sea con posterioridad, absteniéndose de aplicar la ley inconstitucional e iniciando la pertinente acción judicial declarativa, situación que, al plantear un conflicto de poderes con el legislativo, debiera ser decidida por la Corte Suprema de Justicia. Así, por ejemplo, pensaba EKMEKDJIAN, Miguel Angel *Tratado de Derecho Constitucional*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1995, tomo III, p. 315 y ss.

éste último en el cual habrá que distinguir, a su vez, en el orden municipal, si se trata de actos emanados del órgano ejecutivo o del Concejo.-

Como una forma de control a priori, en materia de actos administrativos, veremos el que ejercen, previo a su dictado, los órganos consultivos jurídicos por medio de los dictámenes. Y como formas de “control a posteriori reparador”, la revocación y la conversión del acto ⁷.

A ello viene a sumarse, por otra vía, el contralor provocado por instancia de los particulares, a través de los recursos administrativos.-

Tratándose de Reglamentos, también podrían tener lugar ambas formas de control, el primero por medio de la intervención de la administración activa, y aún de los ciudadanos ⁸, en su proceso de formación, y el segundo a través de la derogación y de la reforma.-

Una forma particular se presenta en el caso de las ordenanzas, dado que respecto de las mismas existirá un control a cargo del órgano ejecutivo a través del veto, o del mismo consejo municipal en el proceso de formación previo a su dictado o posterior a éste, mediante la reforma o la derogación.-

No está demás reiterar, sin embargo, que todos esos tipos de control ejercidos por órganos administrativos estarán legitimados en la medida que se respeten las pautas

⁷ Las expresiones “control preventivo” y “control reparador” la hemos tomado siguiendo el criterio expuesto por SAGÜÉS, Néstor Pedro *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1989, tomo 1, pp. 75-76.-

⁸ Cfr. USLENGHI, Alejandro Juan *Régimen jurídico de la potestad reglamentaria*, en “Acto administrativo y reglamento”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Ediciones Rap S.A., Buenos Aires, 2002, p. 487 y ss., donde postula la audiencia pública como canal de participación ciudadana en la formación de los reglamentos administrativos. En igual sentido: SACRISTAN, Estela B *Audiencia Pública y otros procedimientos consultivos en el dictado de actos administrativos de alcance general (nulidades por su omisión)*, en “Revista de Derecho Administrativo”, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1999, Año 11, Nos. 30 a 32, pp. 169-193, donde la autora recorre antecedentes de derecho comparado, con sanciones nulidicentes en caso de no ser convocada la audiencia pública previo a la emisión del acto.-

del control judicial suficiente, trazadas por la Corte Suprema Nacional a partir del caso “Fernández Arias c/ Poggio”⁹.

No abordaremos en este trabajo el tema relativo a la posición de la Administración ante actos extraorgánicos, como por ejemplo los legislativos.¹⁰

I

EL PRINCIPIO DE JURIDICIDAD

1.- Formulación del principio

Concibiendo al bien común como el conjunto de condiciones de la vida social que hace posible a asociaciones e individuos el logro más fácil y más pleno de su propia perfección, es claro que una de esas condiciones debe ser la vigencia irrestricta del orden jurídico. De tal suerte, si dentro del Estado la Administración tiene a su cargo la gestión directa e inmediata de aquél bien, es indudable, por tanto, que la misma deba actuar incondicionalmente sujeta al ordenamiento jurídico¹¹.-

Consecuencia de ello, es que el Estado de Derecho implica que los órganos estatales “... han de actuar solamente de acuerdo a normas jurídicas que fijen el círculo de sus competencias” y que “el Estado no solamente no ha de actuar *contra legem*, sino que, además únicamente ha de actuar *secundum legem*”¹².-

⁹ FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION Buenos Aires, 1960, 247: 646, in re “Fernández Arias, Elena c/. Poggio José – sucesión”.

¹⁰ Este tema ha sido estudiado por COMADIRA, Julio *Derecho Administrativo*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, pp. 733-735.- Cfr. También SAGÜÉS, Néstor *Derecho Procesal Constitucional. El recurso extraordinario*, cit., tomo 1, pp. 181-190.-

¹¹ COMADIRA, Julio Rodolfo *Derecho Administrativo*, Edit. Abeledo Perrot Buenos Aires, 1996, p. 123.-

¹² COMADIRA, Julio Rodolfo *La anulación de oficio del acto administrativo*, Edit. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, p. 47.-

La vigencia del principio de juridicidad se refleja, precisamente, en ésa sumisión del accionar del Estado a la previa autorización normativa, exigencia que conlleva a que la Administración Pública deba respetar, pues, todo el orden jurídico¹³.

En tal sentido, cabe recordar que maguer la exorbitancia que suele predicarse respecto de los órganos que tienen atribuída competencia administrativa, ello no significa jamás exorbitancia de derecho, sino todo lo contrario, porque siempre las prerrogativas y poderes públicos son conferidos por principios o normas jurídicas, lo cual importa, consecuentemente, una “situación general de sujeción”¹⁴ -

Esta sujeción a todo el orden jurídico, nos inclina a utilizar el término “juridicidad”, y no solo legalidad, para catalogar este principio, por cuanto entendemos que ese vocablo señala con más amplitud el necesario sometimiento de aquélla al “bloque de legalidad”, que está integrado no solo por las leyes formales del órgano legislativo, sino también por los principios generales del derecho, las normas y principios constitucionales y los tratados internacionales.-

Ello además de las normas materiales establecidas por la propia Administración en el ámbito de su competencia¹⁵, desde los simples precedentes administrativos en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad, los reglamentos y eventualmente ciertos contratos administrativos¹⁶.-

¹³ Cfr. COVIELLO, Pedro José Jorge *La denominada zona de reserva de la Administración y el principio de legalidad administrativa*, en *Derecho Administrativo*, obra colectiva en homenaje a MARIENHOFF Miguel S., Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 204-212, donde el autor analiza las connotaciones del principio de legalidad en su relación con el obrar administrativo.-

¹⁴ Cfr. URRUTIGOITY, Javier *Consideraciones sobre el principio de juridicidad de la Administración y sus fuentes, a la luz de las nuevas disposiciones constitucionales*, en *Derecho Administrativo*, ibídem..., p.313 y ss.

¹⁵ Esta es también la posición de la Procuración del Tesoro de la Nación en Dictámenes 128-526, citado por COMADIRA, Julio Rodolfo *Derecho...*, op. cit., p. 126, nota 35.-

¹⁶ Cfr. COMADIRA, Julio Rodolfo *Derecho Administrativo, Acto Administrativo, Procedimiento Administrativo, Otros Estudios*, 2da. Edición actualizada y ampliada, Edit. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 133. Cfr. también ULLA Decio Carlos F. *El principio de legalidad administrativa en el ejercicio de la función administrativa*, en *Derecho Constitucional y Administrativo*, director Luis Armando Carello, Edit. Juris, Rosario, 1999, tomo 1, p. 107 ss., donde el autor destaca la consagración constitucional de

En resumidas cuentas, podemos decir que la "...juridicidad... destaca sin necesidad de explicarla, la supremacía constitucional..." y que el "... Estado es un contenido pleno de juridicidad dentro de las fronteras que fija la Constitución..." por lo cual, "...la juridicidad que es el contenido de la Constitución, se encuentra sobre la Administración Pública..."¹⁷

En igual sentido, recuerda Linares que la Administración está sometida, como los jueces, a la "regla de legitimidad", que es el vocablo que dicho autor utilizada para referirse al principio que venimos exponiendo; y que en virtud de ello, si bien la Administración no tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad de una ley formal, puede en cambio declarar que, a su juicio, una ley es inconstitucional, pero sin prescindir de ella; y también reconoce la posibilidad de impugnar sus propios actos por razón de ilegitimidad, y hasta de realizar "interpretaciones armonizantes" de un acto administrativo o de una ley para hacerlos más acordes a la Constitución¹⁸.

Corolario del principio que nos ocupa, es que el actuar de la Administración resulta siempre predeterminado, siendo ésta, precisamente, una de las características de la función administrativa en un Estado de Derecho¹⁹.-

En la práctica, dicho principio se ha plasmado en esta doble exigencia para la Administración: una negativa, representada por la prohibición de actuar en contra del ordenamiento jurídico, y otra positiva, consistente en la necesidad de que obra adecuadamente cuando así lo exige el ordenamiento jurídico²⁰.-

ese principio en los arts. 1 y 2 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe.-

¹⁷ Cfr. FIORINI, Bartolomé A. *Derecho Administrativo*, 2da. Edición actualizada, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, tomo I, pp. 53-58.- Cfr. también GORDILLO, Agustín, op. cit., tomo 1, pp. VII-5 y ss., quien cataloga la supremacía constitucional como principio imperativo y, consecuentemente, como nota de juridicidad.-

¹⁸ Cfr. LINARES, Juan Francisco *Derecho Administrativo*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1986, pp. 141-147.-

¹⁹ TAWIL, Guido Santiago *Administración y Justicia*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1993, tomo I, pp. 37-38.-

²⁰ *Ibíd.*..., p. 43.-

En virtud del principio de juridicidad, la Administración tiene, pues, la posibilidad de controlar la constitucionalidad, no solo de los actos que emita en ejercicio de su competencia, sino también, excepcionalmente, de las normas provenientes del órgano legislativo, estando dividida la doctrina acerca del alcance de tal control.-

2.- Incidencia del principio de juridicidad en el obrar administrativo

Según se sabe, el derecho administrativo moderno se ha ido estructurando como una ecuación sobre la base, por un lado, de las prerrogativas del poder público de la Administración, y por el otro, de las garantías de los administrados frente a ella. Ambos extremos de la ecuación conforman lo que la doctrina denomina “régimen exorbitante” como nota dominante del Derecho Administrativo²¹.-

Precisamente, por influjo del principio de juridicidad, esas dos ecuaciones, en su faz dinámica, dan lugar a una serie de obligaciones y consecuencias jurídicas que, siguiendo a Tawil²², podemos resumir del siguiente modo:

“a) el sometimiento de toda la actividad estatal al ordenamiento jurídico (con especial sujeción a la Constitución y a las leyes formales)...”

“b) el establecimiento de una jerarquía normativa (enunciada por ejemplo en nuestra ley suprema en su art. 31...), como consecuencia de la cual el obrar administrativo no puede contrariar disposiciones de rango superior, empezando por la Constitución”.-

“c) la existencia de una prohibición dirigida a la Administración (consecuencia de la subordinación del proceso jurídico administrativo y del principio de jerarquía normativa) a fin de que ella no derogue normas superiores, ni altere por vía singular lo

²¹ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos *Derecho Administrativo*, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, tomo I, pp. 118-119; BARRA, Rodolfo Carlos *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Abaco, Buenos Aires, 2002, tomo I, pp. 264-283.-

²² TAWIL, Guido Santiago *Administración y Justicia*, op. cit., T. 1, p. 44.-

establecido por ella a través de disposiciones generales dictadas con anterioridad” (*principio de inderogabilidad singular de los reglamentos*; bastardilla agregada).

“d) la obligación de que la Administración actúe a efectos de poner fin a las situaciones ilícitas y satisfacer las necesidades lícitas de los integrantes de la comunidad”.

“e) el sometimiento de toda la actividad estatal al interés público, razón por la cual toda decisión administrativa debe ser el resultado de “un debido proceso de razonabilidad”²³.

“f) la exigencia de que toda violación a la legalidad sea rectificada por la Administración o susceptible de ser impugnada ante quienes tienen a su cargo el ejercicio de la función materialmente jurisdiccional dada la primacía establecida constitucionalmente”.-

Trazado, en líneas generales, el influjo del principio que nos ocupa en el accionar administrativo, en los desarrollos que siguen intentaremos brindar algunas muestras concretas acerca de los instrumentos que dispone la Administración, entre ellas las Municipalidades, para preservar la vigencia de tal principio, y especialmente, en cuanto atañe a nuestro tema, para preservar el imperio de las normas constitucionales.-

II

LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE SUS PROPIOS ACTOS. PRINCIPIOS GENERALES Y SU APLICACIÓN AL AMBITO MUNICIPAL

Consideraciones previas

²³ Cf. LINARES, Juan Francisco *Razonabilidad de las leyes*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 38 y ss. Cfr. asimismo BUDASSI, Iván Fernando *El control de razonabilidad en la doctrina de la C.S.J.N.* en “Revista de Derecho Administrativo”, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1996, Año 8, Nos. 21 a 23, pp. 211-252, donde el autor analiza el concepto de razonabilidad y la utilización de ese principio como parámetro general de control.-

Si bien, como hemos visto más arriba, el sistema argentino está estructurado sobre la base del control de constitucionalidad de tipo judicial, lo cual implica vedar, en principio, a los órganos administrativos que cumplen funciones jurisdiccionales ejercitar dicho control²⁴, pensamos que, como también dijimos antes, la cuestión debe enfocarse no solo desde el punto de vista de la llamada Administración jurisdiccional²⁵, sino también de la denominada Administración activa.-

En efecto, la Administración Pública, en ejercicio de las funciones que le son propias, tiene competencia para emitir distintos tipos de actos, a través de los cuales adopta decisiones que no siempre son de naturaleza jurisdiccional.-

Tales actos pueden ser de alcance individual o general, incluyéndose dentro de esta última categoría a los reglamentos, que no toda la doctrina está de acuerdo en considerar como actos administrativos²⁶, y en el caso especial de las Municipalidades también a las ordenanzas.-

De allí pues que, ya sea en la fase preliminar del proceso de formación del acto, o al momento de su dictado, y aún después de emitido, pueda y deba la Administración, en virtud del principio de juridicidad arriba expuesto, ejercer un control de constitucionalidad.-

En este orden de ideas, no debemos olvidar que respecto de la Administración y a diferencia de lo que acontece en el derecho privado, no rige la regla que impide volver

²⁴ Ver supra, Introducción, y doctrina citada en nota 1.-

²⁵ Para una reseña sobre la cuestión referida al ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de los órganos administrativos Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos *El acto administrativo*, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974, pp. 124-136; VANOSSI, Jorge Reinaldo *Los llamados tribunales administrativos ante el Derecho Constitucional Argentino*, en "El Derecho", tomo 103, p. 843 y ss.. Con específica referencia al tema objeto de este trabajo Cfr. SPISSO, Rodolfo R. *Los tribunales administrativos y el control de constitucionalidad*, en "El Derecho", tomo 129, p. 967 y ss.

²⁶ Consideran al Reglamento como acto administrativo, entre otros, MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, tomo II, pp. 222/226; BIELSA, Rafael *Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1955, 5ª. Edic., tomo II, p. 3 y nota 200; FIORINI, Bartolomé, op. cit., tomo I, p. 285 y ss. En contra, sosteniendo que el Reglamento no es acto administrativo, están, entre otros, GORDILLO, Agustín, op. cit., T. I, p. X-11; DROMI, Roberto *Derecho Administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, p. 195.

sobre sus propios actos cuando media error. Lo cual permite que, dejando a salvo las limitaciones derivadas de la existencia de derechos subjetivos de particulares, pueda aquélla diagramar la búsqueda de mecanismos que permitan adecuar sus actos al esquema constitucional, y como consecuencia de ello, al principio de juridicidad ²⁷.-

No se nos escapa que tales mecanismos de control de constitucionalidad entrañan el riesgo de aceptar la implementación de sistemas de “autocontrol constitucional”²⁸. Pero pensamos que tal peligro se aventa con la posibilidad del ulterior control judicial de los actos que dicte la Administración en ejercicio de esa tarea de “vigilancia constitucional”.-

Ello sentado, en los acápites que siguen trataremos de analizar los distintos supuestos y las modalidades que puede asumir dicho control, que bien podríamos dar en llamar de “tutela administrativa del principio de supremacía constitucional”.-

I. Control constitucional en el dictado de actos administrativos

Previo a entrar en la específica temática que nos convoca, consideramos oportuno puntualizar, siguiendo a moderna y autorizada doctrina, que por acto administrativo debe entenderse “toda declaración de un órgano del Estado, o de un ente no estatal, emitida en ejercicio de la función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros”²⁹.-

Seguidamente, pasaremos a analizar las distintas fases en que puede presentarse ese control.-

²⁷ Cf. MAIRAL, Héctor A. *La doctrina de los propios actos y la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires, 1994, pp. 78, 102 y ss.

²⁸ Cf. SAGÜÉS, Néstor Pedro *Tribunal Constitucional e Interpretación constitucional*, en “El Derecho”, tomo 163, p. 1015 y ss.

²⁹ Cfr. COMADIRA, Julio Rodolfo *El acto administrativo, hoy*, en la obra colectiva *El Derecho Administrativo, Hoy*, Edit. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, p. 54.-

1) El control durante el proceso de formación del acto

El elemento volitivo e intelectual que, según se infiere del concepto dado, caracteriza el acto administrativo, hace que éste no pueda ser concebido como el producto de un obrar súbito e irreflexivo por parte del órgano emisor.

Por el contrario, en un Estado de Derecho es dable afirmar, como principio, la existencia del debido procedimiento previo a su dictado, a fin de preparar la emisión de la voluntad administrativa.-

1.1.- La actividad preparatoria de la voluntad administrativa: Dicho procedimiento está presuponiendo la existencia de una necesaria actividad preparatoria que debe preceder la manifestación de voluntad por parte de la Administración.-

Esa actividad o procedimiento previo está enunciado en la ley nacional de procedimientos administrativos³⁰, y a través del mismo se tiende a asegurar la debida participación del administrado en la formulación de la actividad administrativa, y no sólo en la impugnación de las decisiones administrativas que afecten sus derechos³¹.-

Tal procedimiento, por su parte, está representado por un conjunto de actos combinados entre sí, que marcan el camino por el cual inexorablemente debe transitarse para llegar al dictado del acto definitivo³².-

Entre esos actos preliminares a la expresión de voluntad administrativa, y que tienen decisiva influencia en el control jurídico en general y en el control de constitucionalidad en especial, se encuentran los actos de la denominada Administración consultiva, es decir los dictámenes.-

1.2.- Los dictámenes jurídicos

³⁰ Art. 7 ley 19549.-

³¹ Cfr. COMADIRA, Julio Rodolfo *Derecho ...*, ed. ampliada y actualizada, año 2003, op. cit., pp.143-144.-

³² Cfr. CANOSA, Armando *El procedimiento como elemento del acto administrativo*, en la obra colectiva *Acto administrativo y reglamento*, op. cit., p. 55.-

Tal como dejáramos expuesto en el acápite precedente, en el transcurso del procedimiento previo al dictado del acto administrativo, se produce la intervención de órganos consultivos que emiten dictámenes jurídicos.-

La ley nacional de procedimientos administrativos N° 19.549 exige como recaudo esencial el “dictamen proveniente de los servicios jurídicos permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos”³³.-

Como recuerda Cassagne, dentro “... de la misión del abogado estatal lo esencial es velar por el cumplimiento de la legalidad administrativa a través del asesoramiento jurídico...”³⁴, actividad ésta que, precisamente, según ya hemos visto, se concreta en la emisión del pertinente dictamen.-

Pues bien. El dictamen, a diferencia del mero informe, no tiene por finalidad relatar hechos, ni solamente informar sobre el derecho aplicable, sino que, por sobre todo, por su intermedio el órgano consultivo analiza la aplicación del derecho al caso, es decir: “brinda una opinión circunstanciadamente fundada”³⁵.-

Estos dictámenes, si bien no tienen efectos jurídicos directos e inmediatos hacia terceros -razón por la cual se los llama actos de la Administración, para diferenciarlos de los actos administrativos que sí producen esos efectos-, tienen implicancia respecto al tema que nos ocupa, ya que a través del parecer de los organismos de asesoramiento jurídico, éstos deben observar las fallas constitucionales que detecten en el acto a dictarse. Pues al asesor jurídico de los órganos administrativos, que si bien actúa en

³³ Cfr. CANOSA, Armando *El procedimiento como elemento del acto administrativo*, Art. 7 inc. d) ley 19.549.

³⁴ CASSAGNE, Juan Carlos *Función y organización de los asesores jurídicos del Estado*, en “El Derecho”, tomo 57, p. 863.-

³⁵ MURATORIO, Jorge I., *El dictamen jurídico en la Administración Pública Nacional*, en *Derecho Administrativo*. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica”, Lexis Nexis-Depalma, Buenos Aires, 2002, Nro. 41, p. 543.-

parte como abogado del Estado, también lo hace como funcionario público, no le es permitido defender otra cosa que la regular aplicación del derecho³⁶.-

Al respecto, opina la doctrina que el control jurídico que se realiza por un servicio jurídico debe ser cuanto menos similar y preferiblemente mayor al que eventual y posteriormente se realizaría por vía de control judicial³⁷.-

En ese quehacer, los dictámenes, además de enfocar debidamente los aspectos jurídicos involucrados, deben cumplir la exigencia de razonabilidad, conforme lo establecido por el art. 28 de la Constitución Nacional, pues si los actos preparatorios se encuentran afectados del vicio de “irrazonabilidad”, los actos administrativos que los incorporen se contagiarían de ese vicio, resultando inválidos³⁸.-

2.- Controles concomitantes a la emisión del acto

Cabe consignar que además del control previo en el proceso de formación del acto, también se puede ejercer dicho control al momento de la emisión, si se perciben vicios constitucionales no advertidos con anterioridad.-

Así, es posible que no obstante mediar un dictamen jurídico previo, suceda que el órgano consultivo no haya anunciado el vicio de inconstitucionalidad, y sí lo advierta el funcionario competente para dictar el acto, al momento de su emisión, y ejerza, consecuentemente en esa instancia el control de constitucionalidad, eliminando aquél vicio.-

Podría suceder, asimismo, que entre el dictamen y el dictado del acto administrativo se haya producido una reforma constitucional que priva al órgano emisor de la competencia que antes tenía, adjudicándosela a otro órgano. Aquí también, el

³⁶ LUQUI, Juan Carlos *El dictamen jurídico*, en “Jurisprudencia Argentina”, 1954-IV- p. 46.-

³⁷ MURATORIO, Jorge I., op. cit., pág. 555.-

³⁸ *Ibidem*..., p. 553.-

funcionario, ejerciendo el control de constitucionalidad, deberá abstenerse de emitir el acto, porque de ser dictado portaría un vicio de inconstitucionalidad.-

3.- Controles posteriores a la emisión del acto

3.1.- Controles impulsados por la propia Administración

3.1.1.- Modificación del acto administrativo

Con posterioridad a la emisión del acto viciado de inconstitucionalidad la Administración, si bien no podría convalidarlo dada la gravedad de un vicio tal, sí podría hacer uso de otro instituto tendiente a modificarlo, para adaptarlo al ordenamiento constitucional.

Esta forma de modificación se denomina “conversión” del acto administrativo, que implica una “reutilización del acto inválido”, es decir una “transformación o sustitución del acto, en el cual se toman los elementos o aspectos del primer acto, que en su forma original resultaban inválidos y se los incorpora a un acto distinto, en cuyo contexto adquieren validez”³⁹.-

3.1.2.- Revocación por razones de legitimidad

Según se sabe, tratándose de actos administrativos individuales, los mismos pueden ser revocados por razones de legitimidad, por discordancia con el marco jurídico condicionante al tiempo de su emisión, o de oportunidad, mérito o conveniencia, debido a causas sobrevinientes⁴⁰.-

Deteniéndonos en la revocación por razones de legitimidad, una de las causas que habilita el retiro de un acto administrativo por tal motivo es, precisamente, la contradicción del acto con normas o principios constitucionales, siendo ése un modo de

³⁹ GORDILLO, Agustín *Tratado de Derecho Administrativo*, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1991, tomo 3, pp. XII-21; COMADIRA, Julio Rodolfo *El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003, p.135 y ss.

⁴⁰ Para un desarrollo más pormenorizado de esta distinción ver MARIENHOFF, Miguel A., op. cit., tomo II, p. 599 y sgtes.

proveer a la gestión directa del interés público comprometido en la vigencia del principio de juridicidad ⁴¹, supuesto al cual bien podría darse en llamar “ilegitimidad suprema”, que acarrearía la nulidad absoluta del acto⁴².-

Ahora bien, la cuestión estriba en ver qué ocurre cuando existen derechos subjetivos surgidos merced al dictado del acto viciado por ilegitimidad suprema.-

En el orden nacional, la propia ley 19549 sienta algunos principios al respecto: si se trata de un acto regular ya notificado y del cual hubieren nacido derechos subjetivos, o bien actos irregulares que se encontraran firmes y consentidos y con derechos subjetivos en vías de cumplimiento, el acto habría adquirido estabilidad y no podrá ser revocado en sede administrativa en contra del administrado, quedándole como único camino la utilización de la vía judicial por medio de la acción de lesividad ⁴³.-

Cierta doctrina, sin embargo, opina que en este último supuesto la Administración estaría habilitada para “anular” (o revocar) de oficio el acto viciado de nulidad absoluta, decisión que si involucrara la incursión coactiva o forzosa de la Administración sobre la persona o bienes del administrado requeriría la intervención judicial. Es decir, la Administración debería dictar el acto revocatorio, no obstante que su “ejecutoriedad” deba efectivizarse vía judicial ⁴⁴.-

⁴¹ Cf. COMADIRA, Julio *La anulación de oficio*..., cit., pág. 22.- Cf. también BORJA Y BORJA, Ramiro *Teoría General del Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 560, especialmente cuando destaca que “la regularidad de una norma... es constitucionalidad si esa norma se refiere a la constitución directamente”.-

⁴² Aún vicios que parecerían comunes, tendrían relevancia constitucional y autorizaría la revocación por ese motivo, y el consiguiente control constitucional reparador por parte de la Administración. Así por ejemplo el vicio “desviación de poder”, que al afectar el elemento finalidad del acto administrativo, trasunta una violación a la constitución. Cf. al respecto BIDART CAMPOS, Germán J. *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1988, p. 95.-

⁴³ Cf. CASSAGNE, Juan Carlos *Derecho Administrativo*, cit., tomo II, pp. 283-289.- Ello salvo que el interesado conociese el vicio, más aún si éste es manifiesto, caso en el cual la Administración recupera su potestad revocatoria. Cf. AICEGA, Juan Ignacio *La potestad anulatoria del acto administrativo en un dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación*, en “Derecho Administrativo. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica”, Lexis Nexis-Depalma, Buenos Aires, setiembre de 2002, N° 42, pp. 945-954.-

⁴⁴

COMADIRA, Julio *La anulación de oficio*..., cit., p. 230.-

En el ámbito provincial santafesino no se admite la acción de lesividad, y sí, en cambio, la potestad de autoanulación de oficio de la Administración con relación a sus propios actos a fin de adecuarlos al orden jurídico, quedando para el administrado lesionado en sus derechos subjetivos la vía recursiva administrativa y la posterior revisión judicial del acto revocatorio por ante los órganos con competencia en materia contencioso administrativa.⁴⁵

3.1.3.- La suspensión de oficio

Por último, cabe recordar que la Administración también puede utilizar, a fin de impedir que el acto administrativo inconstitucional produzca efectos, e ínterin se sustancie el procedimiento de revocación, el instituto de la suspensión de sus efectos, a modo de medida cautelar administrativa⁴⁶.

3.2.- Controles impulsados por los administrados

También es posible, y muy habitual, que el control de juridicidad, y por ende de constitucionalidad, en sede administrativa, venga impuesto, no ya en forma oficiosa, sino por pedido del particular afectado por el acto.

3.2.1.- Los recursos administrativos

Ese pedido tendiente a lograr la revocación o modificación de un acto administrativo debe canalizarse a través de los denominados “recursos administrativos”, por medio de las cuales el interesado denuncia un vicio de inconstitucionalidad en el acto mismo (vgr. irrazonabilidad; violación de competencia otorgada por la

⁴⁵ Cf. MARTINEZ, Hernán *El Recurso contencioso administrativo en la Provincia de Santa Fe*, Zeus, Rosario, 1999, pp. 71-72.

⁴⁶ Cf. COMADIRA, Julio R. *Las medidas cautelares en el proceso administrativo, con especial referencia a la suspensión de los efectos del acto*, en Derecho Administrativo, ed. actualizada y ampliada, año 2003, op. cit., pp. 439-467. Ver también CANDIA, Fabián *La suspensión del acto administrativo estable*, en “Procedimiento administrativo”, obra colectiva, op. cit., pp. 106-120, especialmente pag. 111 y ss. donde analiza las diferencias entre la suspensión y la revocación; y del mismo autor *La suspensión de oficio del acto administrativo*, en “Revista de Derecho Administrativo”, Depalma, Buenos Aires, año 1996, Nros. 21 a 23., pp. 409-438.-

constitución) o en el procedimiento previo a su dictado (vgr. violación de las garantías del debido proceso y defensa en juicio) ⁴⁷.-

La ley orgánica de Municipalidades contiene un régimen general acerca de los recursos administrativos en el orden municipal⁴⁸

3.2.2.- La denuncia de ilegitimidad

Lo expuesto no descarta, por cierto, que a pesar del vencimiento del plazo para la interposición de un recurso administrativo, el afectado pueda utilizar la vía de la denominada “denuncia de ilegitimidad” para advertir a la Administración sobre la existencia de un vicio constitucional en alguno de sus actos ⁴⁹.

En supuestos de vicios graves que provoquen la nulidad absoluta del acto, como serían los vicios constitucionales, la Administración debe procurar la extinción del acto ilegítimo por sí o acudiendo a la justicia. La nulidad absoluta del acto hace que en estos casos la seguridad jurídica no baste, por sí sola, como supuesto de inadmisibilidad de la denuncia. ⁵⁰

II.- La actividad reglamentaria

1. Control previo: Las audiencias públicas

A partir del proceso de privatización de los servicios públicos, y sobre todo de la reforma de 1994, que elevó a nivel constitucional el estatuto protector de los usuarios de servicios públicos, cobró auge el mecanismo de las Audiencias Públicas.-

⁴⁷ Cf. DROMI, Roberto *El procedimiento administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 254 y ss.

⁴⁸ Cfr. CARRILLO BASCARY, Miguel, y GRIGNAFINI, Mario Alfredo *Procedimiento y recursos en Municipios y Comunas de la Provincia de Santa Fe*, Librofila Editora S.R.L., pp. 27-69.-

⁴⁹ Mientras en el orden nacional la denuncia de ilegitimidad está regulada por la ley 19549, no sucede lo mismo en el orden provincial, aunque la misma ha tenido recepción jurisprudencial en materia provisional.

⁵⁰ Cf. COMADIRA, Julio Rodolfo *La denuncia de ilegitimidad*, en “Procedimiento Administrativo”, op. cit., p. 221 y ss.; y *Derecho Administrativo*, edic. 2003, cit., pp. 199-216. Cf. asimismo VILLASUR GARCIA, María Alejandra *La estabilidad del acto administrativo y la denuncia de ilegitimidad*, en “Revista de Derecho Administrativo”, Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 235-269.-

Ese procedimiento constituye, precisamente, el primer peldaño imaginable y mínimo de la participación de los usuarios y consumidores en los entes regulatorios de servicios públicos, exigida por el art. 42 de la Constitución Nacional, y, a la vez, un mecanismo idóneo de consenso de la opinión pública respecto de la juridicidad y conveniencia del obrar estatal ⁵¹.-

Y como forma de control constitucional el mecanismo de audiencias públicas, amén de su rol democratizador del poder⁵², a nuestro entender cobra relevancia funcional como procedimiento previo directamente emparentado con la garantía constitucional de la defensa en juicio, en tanto que se traduce en una garantía de todo interesado en ser oído antes de la emisión de un acto individual o general que pueda afectar sus derechos o intereses legítimos, por ejemplo, para bregar por la preservación de los principios constitucionales de igualdad, proporcionalidad y razonabilidad en materia tarifaria⁵³.-

En tal sentido, y además de destacar el especial status constitucional que ha adquirido la participación ciudadana luego de la reforma constitucional de 1994, anota Uslenghi que si bien el derecho a esa participación “...se encontraba encapsulado dentro de la trama de los derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, hoy se encuentra expresamente citado en el art. 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos...”, a partir de lo cual concluye que “frente a estos derechos de jerarquía

⁵¹ GORDILLO, Agustín, op. cit., tomo 2, pp. XI-7 y 9.- Debe tenerse presente, al respecto, que recientemente el Poder Ejecutivo Nacional ha reglamentado el funcionamiento de las audiencias públicas, como asimismo el procedimiento para la elaboración participativa de normas, mediante decreto 1172/03.-

⁵² Cfr. ALANIS, Sebastián D., *Audiencia Pública como instrumento de democratización del poder*, en “La Ley”, suplemento de Derecho Administrativo, 14 de mayo de 2001, p. 25 y ss. Cfr. asimismo los autores citados supra pág. 4 nota 9.

⁵³ FONROUGE, Máximo J. *Las audiencias públicas*, en la obra colectiva “Procedimiento Administrativo”, op. cit. p. 312.-

constitucional..., el instituto de la audiencia pública constituye una razonable reglamentación que permite a los interesados *participar* en el proceso de formación de actos generales de la Administración que hacen al gobierno o dirección de los asuntos públicos”⁵⁴.

2.- Control posterior a la emisión del reglamento

Con posterioridad al dictado de actos de alcance general, para extinguir el acto inconstitucional, la Administración deberá hacer uso de la “derogación”.-

También podrá utilizar, como en el caso de los actos administrativos individuales, la reforma o modificación del acto.-

Pero además de esas formas de intervención oficiosa tendientes a restablecer el imperio de la juridicidad, la constitucionalidad de un podrá ser controlada por la propia Administración como consecuencia de un “reclamo impropio” formulado por algún afectado por la disposición reglamentaria, o como consecuencia de un recurso interpuesto contra el acto de aplicación⁵⁵.-

Cabe destacar, que cuando la Administración deroga un reglamento por razones de ilegitimidad constitucional el efecto es erga omnes, lo que constituye una diferencia de vital importancia respecto del control ejercido por los órganos judiciales, que siempre se refiere al caso concreto.-

Tales principios, que son aplicables respecto de los reglamentos denominados “autónomos”, pensamos que también podrían extenderse a los reglamentos de ejecución y a los delegados, y aún a los de necesidad y urgencia antes de su remisión al órgano

⁵⁴ Cfr. USLENGHI, Alejandro J. Audiencias públicas, en *Ibidem...*, pp. 296 y ss. A este respecto cfr. asimismo bibliografía citada supra nota 9.

⁵⁵ Cf. DIEZ, Horacio Pedro *Reglamentos: su impugnación en el procedimiento administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 40-41 y 66 y ss.-

legislativo, cuando se aparten de las pautas que para su dictado exige la Constitución Nacional ⁵⁶.-

En el ámbito municipal santafesino, la ley orgánica de Municipalidades faculta al Intendente para dictar reglamentos autónomos y de ejecución ⁵⁷

III.- La administración de control: autorizaciones y aprobaciones

Igualmente los órganos superiores pueden –y deben- ejercer el control que nos ocupa antes de que el acto tenga validez, en el caso de una autorización, o antes de que adquiera eficacia, cuando se trata de una aprobación ⁵⁸.-

Puede darse asimismo que el superior haga uso de la “avocación” y revoque de oficio el acto del inferior reputado inconstitucional; o suceder que, a pesar de haber descargado, por vía de una “delegación administrativa”, determinadas competencias en el inferior, revoque algún acto del delegado en razón de ser el mismo portador de un vicio constitucional⁵⁹.

IV. Las ordenanzas municipales: Si bien parte de la doctrina tradicional considera a las ordenanzas como actos administrativos ⁶⁰, otros, en cambio las

⁵⁶ CASSAGNE, Juan Carlos *La configuración de la potestad reglamentaria*, en “La Ley 2004-A-p. 1144 y ss.

⁵⁷ Cfr. Art. 41 incs. 2 y 5 ley 2756.-

⁵⁸ MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., (ed.1977), tomo I, pág. 632 y ss. La autorización es una forma de control “a priori” del acto administrativo, que se ejerce antes de que el acto pertinente sea emitida por el órgano o persona controlados, siendo entonces un requisito de validez del acto. La aprobación, en cambio, es un modo de control preventivo, pero “a posteriori”, del acto emitido por el órgano controlado, y una vez otorgada confiere eficacia al acto aprobado, el cual, de por sí, ya era válido.-

⁵⁹ Cf. GORDILLO Agustín *Tratado de Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, op. cit., T. I, pp. XII-21-31. La delegación es el acto por el cual el superior jerárquico transfiere el ejercicio de todo o parte de su competencia a un órgano inferior. Para realizarla, se necesita de una previa habilitación normativa expresa. El delegante conserva, no obstante facultades de supervisión, en uso de las cuales puede, precisamente, revocar actos del delegado. La avocación, en cambio, es el proceso inverso a la delegación, produciéndose cuando el superior, por sí mismo, decide sustituir al inferior en el conocimiento y decisión de un asunto.-

⁶⁰ Cfr. BIELSA, Rafael *Principios de régimen municipal*, Lajjouane y Cía, Buenos Aires, 1930, p. 76. GRECA, Alcides *Derecho y Ciencia de la Administración Municipal*, Imprenta de la Universidad, Santa Fe, 1937, p. 160, considera que el principio aceptado es que las ordenanzas son actos administrativos, aunque aclara que si contienen disposiciones generales y permanentes deben ser consideradas como reglamentos.

consideran como un Reglamento ⁶¹.- Por su parte, la Corte Suprema Nacional, en el caso Promenade ⁶² les reconoció carácter materialmente legislativo.-

Pues bien, la cuestión de la naturaleza jurídica de las ordenanzas tiene incidencia en el régimen impugnativo de las mismas por parte de los administrados ⁶³ y ello, a su vez, redundará en la naturaleza del medio de control de constitucionalidad a utilizar, que variará entre la vía administrativa previa o la judicial directa.-

Además de ello, durante su proceso de formación, el Intendente puede ejercitar dicho control a través del veto⁶⁴.-

Asimismo, la constitucionalidad de las ordenanzas podrá ser controlado, vía impugnativa, mediante los recursos contra los actos administrativos de aplicación de la misma.-

Por último, y en tanto se trata de actos de alcance general, el mismo órgano que sancionó la ordenanza podrá ejercer el indicado control mediante la reforma o la derogación.-

⁶¹ MARIENHOFF, Miguel S. op. cit., tomo I, pp. 318-319; CASSAGNE, Juan Carlos *Derecho Administrativo*, cit, tomo II, p. 142.

⁶² Cf. BIANCHI, Alberto *El caso Promenade y la llamada inderogabilidad singular de reglamentos en un controvertido fallo*, en Revista de Derecho Administrativo, Depalma, n° 2, Buenos Aires, setiembre-diciembre de 1989, pp. 377-409, donde se transcribe el fallo comentado.-

⁶³ Cfr. al respecto la resolución Nro. 5 del 1 de marzo de 2002, de la Cámara de lo Contencioso Administrativo N°2, en autos “SERVI SUR Y OTROS C. MUNICIPALIDAD DE ROSARIO S/ RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”.

⁶⁴ Art. 41 inc. 6 ley 2756.-