LA POTESTAD REGLAMENTARIA DE LA ADMINISTRACIÓN PUBLICA

RODOLFO CARLOS BARRA

Prof. adjunto de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, y en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires.

Sumario

1) - Introducción. 11) - Acto administrativo y reglamento. 111) - El reglamento como actividad legislativa de la Administración Pública. IV) - La función administrativa. V) - El reglamento como expresión de la función administrativa. Los decretos leyes. VI) - Régimen jurídico. VII) Clasificación. VIII) - Impugnación.

1. INTRODUCCION

Para cumplir con sus cometidos específicos la Administración Pública hace uso -cada vez con mayor intensidad- de la *potestad reglamentaria1. Es decir, dicta o emite actos de contenido general,* creadores de status generales, impersonales y objetivos2 .

1 En este terreno, la Administración Pública fue avanzando de manera incontenible, conf. García de Entrerría, Eduardo, "Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial", Madrid 1970; "Sobre una mínima base en el constitucionalismo tradicional, en realidad como un residuo del poder regio de ordenanza que se salva en la f6rmula de la monarquía constitucional bajo la etiqueta imprecisa de "poder ejecutivo", la Administración va a comenzar en el

(Esta nota continúa en Pág.. siguiente)

2 Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Bs. As., 1970, t. I.

Esta potestad reglamentaria, en el estado social de derecho, se ha ampliado enormemente en su campo de acción, ya que la satisfacción de las necesidades públicas o actividad "conformadora de la sociedad"3 asumida por la administración moderna, impuso que el dinamismo, la eficiencia y la agilidad con que debe cumplir esos cometidos aumentara cuantitativa y también cualitativamente, la emisión de reglamentos.

E n definitiva (si bien en el presente trabajo se señala el problema sólo a título de introducción) el análisis de la potestad reglamentaria de la Administración Pública -en una dogmática moderna del derecho administrativo- es irrescindible de considerar la actividad administrativa como orientada a la realización de la "procura existencial"4 .

(continuación de la nota 1)
siglo XIX a dictar una normación de segundo grado, los Reglamentos. Estos comienzan siendo meros desarrollos particularizados de ciertas leyes administrativas (tesis del Reglamento Ejecutivo), para, bajo la cobertura de la ejecución no ya de las leyes singulares, sino de todo el orden jurídico en su conjunto, terminar invadiendo paulatinamente campos mayores y concluir, ya en nuestro tiempo, desplazando en significación, importancia y, por supuesto, en número, los pronunciamientos solemnes de las Asambleas Legislativas" (pág. 6). '

3 El proceso de la actividad administrativa conformadora del orden social, supone el abandono del sistema jurídico liberal y "ha modificado de arriba abajo la Administración, no sólo multiplicando el ámbito de los asuntos y autoridades administrativas, sino influyendo también en la peculiaridad jurídica de la acción administrativa (Forsthoff, Ernst, "Tratado de Derecho Administrativo", Madrid, 1958, pág. 108). "Las siguientes consideraciones pondrán esto de manifiesto. Cuando un orden jurídico estatal trata el sistema de distribución de bienes y la restante estructura de las relaciones sociales como algo dado, ello significa que dicho orden jurídico reconoce el orden social en cuestión, no sólo facticidad, sino además justicia (por lo menos en principio, aunque no necesariamente en los detalles). O lo que es lo mismo, el orden jurídico considera el orden social como un orden organizado según un principio justo. Este era el caso del orden jurídico hasta la Primera Guerra Mundial. La sociedad hasta entonces existente, de carácter autónomo y movida por impulsos propios de naturaleza inmanente, era aceptada y reconocida por el orden jurídico como el orden social natural y por ello también, como el orden social justo. Esta relación entre orden jurídico y orden social reviste carácter esencial para el estado de derecho burgués. Un Estado con un orden social de esta naturaleza, entendido como algo dado, puede eludir la idea general de una amplia conformación de la existencia. Lo que se trata de decidir en la legislación y en la Administración se disuelve en cuestiones de detalle que puede ser regulado justa y oportunamente dentro de la estructura sólidamente dada del ámbito social". "Cuando, en cambio, el orden social no es para el Estado un dato, sino cometido y objeto de la conformación, la situación es completamente distinta. En este caso, en efecto, el presupuesto de la acción estatal es que la situación social tiene que ser mejorada, que no puede ser considerada como fundamentalmente justa" (ob. cit., pág. *108/109).*

4 Según Forsthoff, el concepto de "procura existencial" *(Daseinsvorserge)* ".. .no es formalmente determinable. Está exclusivamente referido a la materia. Esto se debe a una interna forzosidad: destinado a superar. la incongruencia entre las modernas funciones, muy diversificadas, y la tipicidad formal de la administración del estado de Derecho" ("Sociedad Industrial y Administración Pública", Madrid, 1967, pág. 24). En general consiste en "aquellos dispositivos que son adoptados para la satisfacción de las menesterosidades de apropiación" (ob.cit.,

El incremento de la potestad reglamentaria de la Administración Pública, por las razones señaladas, es tal comparándolo con el resto del quehacer administrativo como también en su relación con la actividad general del Estado.

Por ello, reviste una especial importancia determinar con claridad cuál es la naturaleza jurídica de los reglamentos administrativos y, como derivación lógica de esta determinación, establecer las características de su régimen jurídico.

11. ACTO ADMINISTRATIVO Y REGLAMENTO

N o existe conformidad doctrinaria en cuanto a la distinción o bien identificación conceptual de estos dos medios fundamentales de expresión de la Administración Pública.

Limitándose a la doctrina nacional, Marienhoff 5 se destaca entre los' autores que afirman que el reglamento -considerado entonces como a*cto administrativo de contenido general*- no es más que una *especie del género acto administrativo. Este último es una categoría* jurídica genérica y sus dos especies más importantes están constituidas por el acto de contenido individual y el acto de contenido general, respectivamente. Es decir, uno y otro tipo de acto pertenecen a la misma categoría jurídica.

Otro sector de la doctrina -Cassagne 6 ; Linares7; Dromi 8; Gordi-

pág. :17). Fundamentalmente el concepto de *daseinsvorserge* ".. .'debía y debe' servir para poner de manifiesto en las funciones de prestación del moderno Estado -en la medida que no actúa de un modo puramente fiscal, patrimonial -un elemento jurídico- público y, al mismo tiempo, con ello, determinar de un modo nuevo, en correspondencia con las situaciones dadas, la relación primordial del individuo al Estado. Así como en el ámbito de la Administración interventora del estado de derecho esa relación primordial está determinada por la libertad, en la Administración portadora de prestaciones se basa en la participación. El sentido del concepto de la procura existencial estriba en otorgar la protección del derecho público a esa participación" (ob. cit., pág. 21). Sobre la participaci6n de los administrados -a través de las entidades intermedias- en la gestión de distintos cometidos de la Administración Pública, v. Fernández Rodríguez, Tomás Ramón. "Derecho Administrativo, Sindicatos y Auto administración", Madrid, 1972 y' Barra, Rodolfo Carlos, "Cogestión Administrativa y Auto administración", Revista Universitas N° 33, Bs. As., 1974. .

5 Marienhoff, Miguel S., ob. cit., t. 11, pág. 224 y sgtes.

.6 Cassagne, Juan Carlos, "El Acto Administrativo", pág. 101, Bs. As., 1974.

7 Linares, Juan Francisco, "Fundamentos de Derecho Administrativo", pág. 205, Bs. As., 1975.

8 Dromi, José Roberto, "Instituciones de Derecho Administrativo", págs. 186 y 341, Bs.As., 1973. '

ll09; Escola10 - niega la existencia de dicha uniformidad en cuanto categoría jurídica.

El acto. de contenido individual es el acto administrativo propiamente dicho, el acto administrativo a secas, mientras que el acto de contenido general -ahora denominado reglamento- no es "acto administrativo", es decir, *no pertenece a la misma categoría jurídica.*

Por el contrario, el reglamento no es una especie del género acto administrativo; es una categoría jurídica absolutamente distinta y, por consiguiente, le corresponde un régimen jurídico totalmente diferenciado.

En nuestro derecho positivo la Ley de Procedimientos Adminis. trativos (decreto-ley 29.549/72), en la denominación que emplea, estaría mostrando una coincidencia con la doctrina de la uniformidad, con la doctrina que confunde o somete en una misma categoría jurídica a los dos tipos de actos.

Así, en los arts. 24 y 25, cuando trata de la impugnación del reglamento, menciona el "acto de alcance general", lo que ocurre:: también en el arto 73 del Decreto 1759/721l .

En otros artículos del Reglamento de Procedimientos Administrativos -p ej. arts. 83 y 108- se menciona expresamente el "acto administrativo de alcance general,,12.

Sin embargo, la terminología utilizada por la Ley de Procedimientos Administrativos y su reglamentación no debe provocar errores de interpretación, ya que ese cuerpo legal regula el acto administrativo propiamente dicho -el acto de alcance individual- con un régimen jurídico distinto del que le otorga al reglamento.

9 Gordillo, Agustín A., "El Acto Administrativo", pág. 105, Bs. As., 1969.

10 Escola, Héctor Jorge, "Tratado General de Procedimiento Administrativo", pág. 72 Y sgtes., Bs. As. 1973.

11 *Art.* 24 *Ley* 19.549: "El *acto* de *alcance general* será impugnable por vía' judicial. . ."

Art. 25 Ley 19.549.' "La acción (...) deberá deducirse en el plazo perentorio de noventa días, computado de la siguiente manera: . . . b) si se tratare de *actos* de *contenido general. . . ".*

Art. 73 Decreto 1759/72: "Los actos administrativos de alcance individual, así como también los *de alcance general. . .".* "

Esta última norma expresa con mayor claridad la aparente coincidencia con la doctrina de la uniformidad. Por su redacción parece indicar el "acto administrativo" como género, señalando luego sus dos especies: "de alcance individual" y "de alcance general". También los arts. 83 y 108 (v. nota siguiente).

12 *Art.* 83 *Decreto* 1759/72: "Los *actos administrativos* de *alcance general* podrán ser derogados. . ."' .

Art. 108 Decreto 1759/72: "Los actos administrativos de alcance general producirán efectos. :.".

Puede afirmarse que en nuestro derecho positivo el *acto administrativo recibe una distinta regulación jurídica que el reglamento, como* se verá más adelante.

]11. EL REGLAMENTO COMO ACTIVIDAD LEGISLATIVA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La distinción de régimen jurídico surge y se deriva del propio contenido material de cada uno de esos modos de expresión de la voluntad de la Administración Pública (reglamento y acto administrativo). Un contenido material disímil que no puede ser negado ni aun en la hipótesis de aceptar la uniformidad de categoría jurídica. Incluso, basta recordar las definiciones expuestas por Marienhoff del acto general y del acto individual, para descubrir la sustancial diferencia de contenido material que tienen.

. Para Marienhoffl3, en el acto general la declaración de voluntad que lo constituye mira abstractamente a una pluralidad de personas o casos individualmente indeterminados o indeterminables, es decir, la abstracción y la indeterminación de la persona o caso contemplado por el acto es lo que constituye el acto de alcance general.

En cambio, en el caso del acto individual esa declaración de voluntad que constituye el acto mira a una o más personas o casos individualmente determinados o determinables. La concreción y la determinación de lo previsto por el acto administrativo es lo que caracteriza a estos actos individuales.

Es suficiente remitimos a cualquier definición de ley -en sentido material y como especie del género norma jurídica- para notar que hasta hay coincidencia en la utilización de palabras, porque estos conceptos de generalidad y abstracción son característicos de la ley material. .

Lo cierto es que, entonces, el acto de contenido general (o más exactamente, reglamento) *tiene un contenido materialmente legislati-VOI4. mientras que el otro, el de alcance individual, tiene un contenido materialmente administrativo, porque precisamente lo que caracteriz~*

13 Ob. cit., pág. 222.

14 Así, Marienhoff (ob. cit., págs. 225/226) reconoce que "...la diferencia entre ley formal y reglamento radica en el "contenido" de la respectiva norma, pues mientras la ley formal sólo puede referirse a materias constitucionalmente atribuidas al Legislador, el reglamento estatuye sobre materias constitucionalmente atribuidas al Ejecutivo, representando al ejercicio de materias comprendidas en las' "zonas de reserva de la ley" y en la "zona de reserva de la Administración", respectivamente". .

En definitiva, como se ve, la diferencia radica exclusivamente en la distribución constitucional de competencia. .

la actividad administrativa es lo concreto, lo individual, además de lo permanente, espontáneo, etcétera.

Pero *ambos pertenecen a la función administrativa,* si bien el reglamento es el "resultado de la actividad legislativa de la Administración Pública, mientras que el acto administrativo es el resultado de la actividad propiamente administrativa de la función administrativa.

IV. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Pero no basta afirmar que el reglamento posee un contenido materialmente" legislativo, o, lo que es lo mismo, *que responde a la actividad metarialmente legislativa de la Administración Pública.*

Por el contrario, tal afirmación debe ser demostrada y justificada, en especial, en su coherencia con nuestro orden. jurídico-político constitucional.

A estos efectos, si bien la potestad reglamentaria implica el ejercicio de una *actividad* legislativa, no por ello deja de estar comprendida dentro del ámbito de competencia representado por la *función administrativa.*

Formulamos así una distinción entre los conceptos de actividad y función como explicativos de dos aspectos plenamente diferenciables del *hacer* y de la *organización* jurídica -exclusivamente jurídica- estatal.

Por actividad entendemos la relación de la expresión de la voluntad estatal con la norma jurídica, ya sea que le dé nacimiento, la aplique a situaciones particulares y concretas o resuelva conforme a ella los conflictos intersubjetivos.

Podemos individualizar así desde un punto de vista exclusivamente *material* o más exactamente *jurígeno,* la actividad legislativa; la actividad ejecutiva o administrativa15 y la actividad jurisdiccional.

Estas tres actividades son connaturales al Estado, pues son los medios o instrumentos de expresar su poder (causa formal) para obtener su fin propio y específico: el bien común (causa final).

15 La identificación entre actividad ejecutiva y actividad administrativa es al sólo efecto de comodidad en la exposición. Explica Luqui (Luqui, Roberto Enrique, "Algunas Consideraciones sobre el Concepto de Administración Pública", *LL 151) que "El Estado mediante la ejecución pone en funcionamiento las demás* actividades jurídicas y concreta su voluntad en actos positivos, el órgano que las ejecuta tiene por misión transformar en realizaciones lo que sólo existe como manifestación de voluntad abstracta. Por eso se dice que el poder que ejecuta es el administrador y de allí la errónea identificación entre ejecución y administración, ya que no todo lo que es administración equivale a ejecución ni todo lo que es ejecución es asimilable a administración".

Históricamente, las tres actividades eran de responsabilidad de un solo órgano, el que se hallaba en el vértice de la pirámide organizativa . estatal.

Así, el *pater familiae,* el gerente, el emperador, el señor feudal, el monarca absoluto, gozaban de la total y excluyente competencia en cuanto a la expresión de la voluntad estatal, sin perjuicio -claro está- de la delegación de competencias en favor de órganos inferiores.

Es el constitucionalismo moderno el que, respondiendo a exigencias ideológicas del liberalismo y como consecuencia del poder político I de la burguesía, crea dos nuevos órganos, distintos al rey pero con su misma jerarquía.

El triunfo de la revolución burguesa contra la aristocracia (que cubrió todo el siglo XVIII y tuvo su fundamental expresión en la Revolución Francesa de 1789) significó' despojar al rey de aquellas atribuciones que más afectaban al desarrollo de la burguesía: la legislación sobre materias atinentes a la libertad personal y propiedad y la interpretación de esas leyes con carácter de cosa juzgada.

Por eso se crearon nuevos órganos para el cumplimiento de tales actividades, ya que era necesario "quitárselas" al rey y otorgárselas a órganos que por su composición (electiva en un sistema de voto calificado y universitaria en un sistema educativo restringido) asegurasen el predominio de los intereses de la burguesía.

Debe notarse que cada uno de estos nuevos órganos superiores del Estado ejerce el poder estatal (que es único e indivisible) de tal manera que cada uno de ellos "tiene" consigo las tres propiedades del Estado. Esta es la razón por la cual -y este es un fenómeno suficientemente señalado por la doctrina moderna- es posible descubrir en la "vida diaria" de los tres órganos el desarrollo de actividades materialmente legislativas, jurisdiccionales y legislativas.

Este fenómeno es mucho más perceptible en el órgano ejecutivo ya que a él (heredero directo del rey) le quedaron todas aquellas atribuciones que no fueron conferidas a los nuevos órganos. Este es el origen del "criterio residual"16, muy utilizado por la doctrina para ubicar, más que para definir, la Administración Pública.

Hasta ese momento histórico -el nacimiento del constitucionalismo moderno- sólo podían distinguirse las tres actividades estatales en cuanto materialmente diferenciadas, pero recordando siempre que provenían de un *mismo órgano.*

16 Cassagne, ob. cit., pág. 60, señala que el ". ; .carácter no homogéneo que tiene la actividad administrativa desde el punto de vista material. . ." ". . .encuentra su explicación en el carácter residuario que históricamente caracterizó la actividad que conservó el órgano ejecutivo después de la separación de las funciones legislativas y judicial" (nota N° 50).

A partir del siglo XVIII, en cambio, el Estado cuenta con *tres órganos superiores y de máxima jerarquía. :*

Como los tres realizan -en mayor o menor medida- las tres clásicas actividades estatales, la materialidad de sus cometidos se toma insuficiente para definidos y distinguirlos más allá del simple aspecto subjetivo.

Sin embargo, la realidad jurídica no nos muestra un órgano enfrentado con ilimitadas posibilidades de ejercer, de cualquier modo, las tres actividades del Estado con relación a la norma jurídica.

Por de pronto, cada uno de los órganos jerárquicos del Estado realiza las tres actividades según un *procedimiento* preponderante y específico.

Así, el Ejecutivo expresa su voluntad conforme a un procedimiento preponderantemente *jerárquico* mientras el Legislativo lo hace previa *deliberación* y *decisión mayoritaria,* y el Judicial según la regla del *silogismo 17.*

Además, si bien los tres órganos pueden expresarse a través de las tres actividades, deben respetar imperativas limitaciones en cuanto a la materia u objeto de su decisión. Por ello, por ejemplo, es indiscutible que el órgano ejecutivo realiza actividad legislativa, pero si lo hiciera sobre materia impositiva -si creara nuevos impuestos- tal actividad será inválida.

De aquí que la *competencia,* fijada por la Constitución Nacional, se muestra como otro elemento indispensable para distinguir los tres órganos estatales.

Del compuesto de órgano, competencia y procedimiento, surge la *función. .*

. La función será entonces la atribución de competencia otorgada por la norma constitucional a cada uno de los tres órganos. supremos del Estado para que realicen sus actividades jurígenas sobre materias . determinadas y preponderantemente conforme a un procedimiento típico y preestablecido.

17 Si bien la regla de la razónhabilidad de. respetarse en la decisión de cualquiera de los tres "poderes" u órganos, no debe olvidarse que la rapidez y efectividad obligan a que en el acto emanado del ejecutivo prime el criterio jerárquico En cambio, la decisión del legislativo exige el debate como garantía de ponderación .en la ley y la decisión mayoritaria como expresión de vigencia de los principios democráticos. En el caso del órgano judicial -aun en los tribunales colegiados- la regla del debido. proceso precisa que la sentencia sea la manifestación de un perfecto silogismo. En los tres casos se destaca sólo el aspecto procedimental' *preponderante,* es decir, el que más caracteriza el proceder de los tres órganos.

De esta manera cada órgano debe ajustarse a su propia *{unción,* aunque realice las tres *actividades1s.*

V.' EL REGLAMENTO COMO EXPRESIÓN DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA. Los DECRETOS LEYES

Si el reglamento expresa la actividad legislativa de la Administración Pública, no por eso deja de ser *función administrativa* y como tal, atribución propia de aquélla.

Es decir, la. potestad reglamentaria, que es una actividad materialmente legislativa, le fue atribuida en competencia a la Administración Pública por la Constitución Nacional para ser realizada conforme a un procedimiento determinado..

Es. una actividad legislativa perteneciente a la función administrativa, función que es específica del Órgano Ejecutivo y de la estructura orgánica que se le subordina19 .

18 Esta afirmación está implícita en Luqui, ob. cit., si bien allí se utilizan los términos "actividad" y "funci6n" en 'el sentido exactamente inverso que el propuesto en el texto. Sin embargo, dada la inmediata idea asociativa que genera el término "funci6n" con el de "órgano" y la intención de caracterizarlo como una mera creación jurídico-política (y no natural, como lo son los modos de expresión estatal con respecto a la norma), hace preferible el sentido que aquí se le ha dado. De todas formas, la coincidencia con la postura de Luqui es, en lo sustancial, total.

19 Lo expuesto en El texto pretende trascender de los tres criterios dóctrinarios con que se concibe a la Administraci6n Pública: el subjetivo; el objetivo y el mixto. El primero afirma que la Administración Pública está integrada por "los 6xganos estructurados jerárquicamente que actúan dentro del ejecutivo para el cumplimiento de sus fines" (Diez Manuel María, "La Administración Moderna", Revista Argentina de Derecho' Administrativo, enero-marzo/75, pág. 16), lo que es correcto. Sin embargo, afirma también (v. Diez, ob. cit., pág. 15) que "en ninguna forma cabe considerar como administrativos los actos con contenido administrativo que proceden de los organos legislativo y judicial" y que por ello". . .los únicos actos regidos por el derecho administrativo serán los que emanan de complejos orgánicos de la Administración Pública entendida en sentido subjetivo". Esta concepción, si bien responde en mayor medida a exigencias de nuestro orden jurídico, no alcanza a explicar suficientemente el régimen jurídico ni el porqué de la existencia de los actos de "contenido administrativo" que no proceden de la Administración Pública. Tampoco aclara si los actos de contenido legislativo y jurisdiccional que emanan de la Administración Pública recibirán el mismo tratamiento jurídico que los de contenido administrativo o se regirán por una regulación diferenciada.

La postura objetiva (Cassagne, Juan Carlos, ob, cit., págs. 64/66) se independiza de la consideración del órgano de donde emana la actividad para analizar el contenido material del acto, pues"... la substancia de un acto no se altera por la cualidad del sujeto que lo emite ni por la forma en que se produce" *(ibidem, pág. 73). Por ello, el concepto de Administración Pública "no agota el* contenido del derecho administrativo" (pág. 68) pues este :regirá también a los actos de contenido administrativo procedentes de los otros dos poderes. Pero esta postura no explica cuál es la razón que justifique que los actos de contenido

N o debe ser confundida la potestad reglamentaria con la atribución de sancionar normas legislativas que el Órgano Ejecutivo asume ante determinadas circunstancias político-institucionales no contempladas expresamente por nuestra Constitución formal.

En esos supuestos el Órgano Ejecutivo toma para sí el ejercicio de la *función legislativa* -manteniendo además su propia función administrativa- y en tal carácter sancionar verdaderas leyes formales (en ocasiones llamadas decretos leyes).

Esta nueva actividad legislativa la realiza, valga la repetición, en ejercicio de la función legislativa, por lo cual debe ser perfectamente distinguida de la actividad legislativa que lleva a cabo en virtud de la función administrativa. .

Nuestra tradición institucional en la materia muestra que en estos casos las propias normas fundamentales que fijan la juridicidad de esa situación destacan la separación de las funciones aunque éstas emanen de un mismo órgano20. Esto es así porque este orden jurídico se

legislativo y jurisdiccional emanados de la Administración Pública continúen regidos por el derecho administrativo (lo que no es coherente con la afirmación anterior) ya que aunque el acto jurisdiccional y el reglamento reciban una regulación jurídica diferenciada del acto administrativo (pág. 71) continúan siendo instituciones regidas por el derecho administrativo. El servicio público, el fomento y la policía, por ejemplo, tienen una regulación jurídica diferenciada -y por eso son instituciones diferentes- y sin embargo son propias del Derecho Administrativo, *puesto que nadie puede afirmar que no pertenecen a la función administrativa.*

Para la postura mixta (Gordillo, Agustín A., "Introducción al Derecho Administrativo", Bs. As., 1966, pág. 99) la función administrativa se define como "toda la actividad que realizan los órganos administrativos y la actividad que realizan los órganos legislativos y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los hechos y los actos materialmente legislativos y jurisdiccionales". Pero si aplicamos esta doctrina para definir la función (utilizada como sinónimo de actividad) propia de los otros poderes u órganos, van a surgir inevitables superposiciones que invalidan este criterio (p.ej.: función legislativa es toda la actividad que realiza el órgano legislativo y la realizada por el administrativo y jurisdiccional, excluidos respectivamente .los hechos y actos materialmente administrativos y jurisdiccionales. Como se ve, es un supuesto lógicamente contradictorio con el contemplado por la definición de fuerino administrativa).

En "Derecho Administrativo de la Economía" (pág. 37), Gordillo desarrolla el siguiente cuadro: .

$$PE = FA \qquad PL = \frac{FL}{FA} \qquad PJ = \frac{FJ}{FA}$$

que supone considerar que la función o actividad legislativa sólo es realizada por el órgano legislativo y la judicial sólo por el órgano judicial. El único caso de "ultrafuncionalidad" se da en el supuesto de la actividad administrativa, lo que no se compadece con la realidad. .

20 Conforme al Acta para el Proceso de Reorganización Nacional del *24/3/76,* la Junta Militar compuesta por los comandantes generales de las Fuerzas Armadas asumió "el poder político de la República" (art. 1°).

reconoce asimismo como provisorio. Sin: embarrgo, si por vía de hipótesis, se decidiese la eliminación definitiva del órgano legislativo, las funciones legislativas y administrativas se confundirían en una sola -nótese que desaparecerían así la distinción de órganos y competencia, aunque pudiesen mantenerse diferentes procedimientos de elaboración para distintos tipos de normas- pero no así en el caso de la *actividad* legislativa y administrativa que continuarán siendo sustancialmente diferentes.

Por mantener estos sistemas institucionales -en razón de su I provisoriedad- la distinción entre función legislativa y función administrativa, no. cabe duda de que los actos sancionados como consecuencia del ejercicio de la primera de ellas, sólo pueden ser derogados o modificados por el órgano que sea titular de la misma función: el Congreso, en nuestros habituales retornos a la Constitución de 185321 .

En virtud de ello (y de la posibilidad fáctica de ejercer dicho poder político) disolvió "el Congreso Nacional, las legislaturas provinciales, la Sala de Representantes de la Ciudad de Buenos Aires y los Consejos municipales de las provincias u organismos similares" (art. 4°). Nótese que lo *disuelto* fue el *órgano;* en cambio con respecto al órgano judicial sólo fueron *removidos* los *magistrados* que lo integraban (art. 5°)

En el Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional, del 31/3/76, la Junta Militar -en ejercicio del poder constituyente- dispuso (art. 5°) que "las facultades legislativas que la Constitución Nacional otorga al Congreso, incluidas las que son privativas de cada una de las Cámaras, serán ejercidas por el Presidente de la Nación..." "excepto las previstas en los arts. 45, 51 y 52 (materialmente jurisdiccionales) y en los incs. 21, 22, 23, 24, 25 Y 26 del arto 67 (materialmente administrativas). Estas atribuciones, junto con las que los incs. 17,18 Y 19 del arto 86 acuerdan al órgano ejecutivo, fueron asumidas por la Junta Militar en su carácter de "órgano supremo de la Nación", mientras que las jurisdiccionales referidas al juzgamiento de los miembros. de la Corte Suprema. de Justicia y tribunales inferiores fueron reservadas para un "jurado de enjuiciamiento" a crearse por ley especial. De esta manera, el órgano ejecutivo resulta el titular de las funciones administrativas y legislativas, si bien subordinado a un órgano de superior control político, la Junta Militar, el que además conserva para sí competencias en materias atinentes a la defensa nacional que en nuestra Constitución anterior estaban reservadas al órgano legislativo y/o ejecutivo.

21 La Procuración del Tesoro de la Nación, contrariando la jurisprudencia que fue elaborando la Corte Suprema de Justicia a partir de 1930 (Fallos, 158-290) dictaminó recientemente *(ED* 48-867) que "la derogación de un acto de un Poder Ejecutivo de facto puede realizarla válidamente el Poder Ejecutivo que creó la norma. La cuestión de si se hará por decreto o bien por una ley del Congreso es algo que se vincula con la prudencia política del Poder Ejecutivo y con el ámbito al que pertenezca la materia de la que se trate". Este dictamen generó una fugaz pdémica entre Bidart Campos ("Actos Legislativos del Poder Ejecutivo "de facto" después de instalado el gobierno "de jure": su derogación"; *ED* 49-897) y quien había sido Procurador del Tesoro en ocasión del dictamen citado, Enrique Bacigalupo ("Algo más sobre la derogación de la legislación de un gobierno "de facto"; *ED* 49-989). La opinión de Bidart Campos en comparación con los ligeros argumentos de Bacigalupo, fundamenta adecuadamente". . .cómo del principio del

VI. RÉGIMEN JURÍDICO

Si bien la potestad reglamentaria es parte de la función administrativa, representa una actividad creadora de normas. generales que modifican el orden jurídico estableciendo status generales, impersonales y objetivos.

Por pertenecer a la función administrativa el Reglamento estará regido por el derecho administrativo. Pero, en cuanto actividad materialmente legislativa su régimen jurídico particular será distinto al que corresponde al acto administrativo.

Así, por pertenecer al ámbito del derecho administrativo, los requisitos esenciales para su validez estarán dados por el arto 7° de la Ley de Procedimientos Administrativos: deberá ser dictado por autoridad competente (inc. a); tendrá que ser conforme a su causa o antecedentes de hecho y de derecho (inc. b); su objeto tiene que ser cierto y física y jurídicamente posible (inc. e), lo que es un problema distinto al de la constitucionalidad de la ley; para su dictado deberán respetarse los procedimientos previstos (inc. d), en especial el dictamen de "los servicios permanentes de asesoramiento jurídico" cuando el contenido del reglamento "pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos"2 ; deberá ser motivado (inc. e),- y no deberá estar afectado de desviación de poder (inc. f), indicando estos dos últimos supuestos otras de seis grandes diferencias con la ley formal.

Además, son de aplicación al reglamento los principios generales de interpretación propios del derecho administrativo, por ejemplo, el principio "en favor del administrado", el de la igualdad, etcétera.

Ahora bien, por ser una actividad materialmente legislativa, tiene un régimen jurídico, una regulación concreta distinta a la del acto administrativo, y esto está reconocido en nuestro derecho positivo 23 .

paralelismo de las competencias..." se deduce que sólo el órgano que ejerza la función legislativa puede derogar o modificar los actos generados de dicha función: "Cuando el Ejecutivo de facto dicta una norma propia del Congreso, actúa en función de Congreso, reemplazándolo (bien o mal, pero a título de suplencia del órgano legislativo disuelto). Que la función propia del Ejecutivo y la propia del Congreso se acumulan orgánicamente en el Ejecutivo de facto porque el Congreso no funciona, no puede hacer perder de vista la naturaleza distinta de- dos funciones que, pese a la asunción y al ejercicio conjuntos por un mismo y solo órgano mantienen su deslinde y su área. Luego, cada una tiene, cuando adviene el período de jure, su órgano competente para revisar, derogar, modificar, etc., los actos propios de dicha área".

22 Por su propia naturaleza el Reglamento siempre estará en situación potencial de afectar derechos subjetivos y/o intereses legítimos. La necesidad de dictamen jurídico previo a su sanción es una importante muestra de su distinción con la ley o acto legislativo emanado de la función legislativa.

23 Seguimos en este punto a Cassagne, ob. cit, págs. 101 y sigtes.

Así, en cuanto a la publicación, de acuerdo al arto 11 de la Ley de Procedimientos Administrativos, el acto administrativo de alcance individual, el acto administrativo a secas, en definitiva, requiere pro-a su eficacia la notificación al interesado, mientras que el reglamento requiere de su publicación, como lo establece el art. 108 del decr. 1759/72. Se trata de una publicación oficial: "Los actos administrativos de alcance general producirán efectos a partir de su publicación oficial y desde el día en que ellos lo determinen. . .", etc. Ya en ese aspecto hay una diferencia de régimen jurídico. Cassagne critica la última parte de este artículo que dice que los administrados podrán antes, es decir. antes de la publicación del acto, tanto del individual como el particular, pedir el cumplimiento del mismo si no resultara perjuicio para él derecho de terceros. Es decir, si se enteran de que existe el acto, aunque no estén notificados, pueden exigir su cumplimiento.

Esto es razonable en el acto administrativo típico. En definitiva, la exigencia del cumplimiento de ese acto por quien sea interesado ya es una manera de notificarse del mismo. Pero esto ,no es razonable en el reglamento, porque viola la igualdad ante la ley, consagrada por el arto 16 de la Constitución Nacional. No puede ser que antes que el reglamento se publique en el órgano oficial de difusión, quien se haya enterado de su existencia pueda exigir la aplicación para él de ese reglamento, colocando en desventaja, es decir violando el principio de igualdad con respecto al resto de los administrados.

Además, como otro aspecto del distinto régimen jurídico, el reglamento tiene precedencia jerárquica Sobre el acto administrativo. Sintetizando, esta precedencia jerárquica surge porque el acto administrativo es acto de aplicación con respecto al reglamento, por lo tanto., por ser acto de aplicación debe respetarlo, no contradecirlo.

Así lo ha considerado la Procuración del Tesoro de la Nación: "En virtud del principio de legalidad de la actividad administrativa, el carácter general del acto que aprobó una estructura orgánica no permite su violación mediante actos administrativos de carácter individual o singular, como son aquellos que encomiendan destinos, disponen traslados, o asignan funciones" (Dictámenes, 4-233).

Siendo el acto administrativo acto de aplicación con respecto al reglamento, el principio de legalidad que prima en el actuar administrativo impide que aquel contradiga el reglamento, es decir el acto que modificó el orden jurídico,. que creó el status impersonal, objetivo, etcétera.

También se manifiesta la diferencia del régimen' jurídico con respecto a la extinción.

De acuerdo al arto 83 del decr. 1759/72, los reglamentos pueden ser derogados -total o parcialmente- de oficio, a pedido de parte, o como resultado de un recurso. En cambio, para el acto administrativo rige el principio de la estabilidad.

El acto administrativo regular, como dice el arto 18 de la Ley de Procedimientos Administrativos (siempre que no esté afectado por una nulidad absoluta) es irrevocable en sede administrativa. .

Lo mismo ocurre en lo que hace a la retroactividad o irretroactividad: los reglamentos son en principio retroactivos, aplicándose al respecto el arto 3° del Código Civil24 .

En consecuencia, los reglamentos pueden ser retroactivos sólo en los supuestos que en el Código Civil se admite esa retroactividad. En cambio, el acto administrativo es en principio retroactivo. El acto administrativo, dice el arto 13 de la ley, podrá tener efectos retroactivos -siempre que no lesionare derechos adquiridos- cuando se dictare en sustitución de otros revocados o cuando favoreciere al administrado.

Además, hay también una notable diferencia de régimen en lo que hace a las vías de impugnación, como se verá más adelante.

VII. CLASIFICACIÓN

La doctrina 25 normalmente hace una clasificación cuatripartita de los reglamentos: a) el *reglamento de ejecución,* que es aquel que hace posible o más conveniente la aplicación de las leyes dictadas en ejercicio de la función legislativa, es decir por el Congreso. Por supuesto tiene que subordinarse en la letra y el espíritu a la ley. La fuente de esta potestad reglamentaria, surge del arto 86, inc. 2°, de la Constitución. b) También se señala la existencia de los *reglamentos autónomos, es decir aquellos que versan sobre materias con respecto a* las cuales el Poder Ejecutivo tiene competencia exclusiva, determinada ésta por ese criterio residual que de alguna manera mencionamos antes, Este reglamento se dicta en ejercicio de la función administrativa, realizando actividad materialmente legislativa y su fuente está en el arto 86, inc, 1°, de la Constitución Nacional 26. c) También existen

24 *Art.* 30 *Código. Civil:* "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, 'salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias" .

2S V. Marienhoff, ob cit., t. I, pág. 239 Y sigtes.

26 No deben confundirse los reglamentos autónomos con las *circulares, instrucciones u órdenes que dicta la Administración Pública para regir su actividad* interna. Las circulares, mencionadas en nuestro derecho positivo por los arts. 2 y 109 del decreto *1759/72,* son consecuencia del régimen jerárquico (art. 2) de-l principio de la jerarquía que es medular en la Administración Pública. N o son

los *reglamentos delegados,* que proceden cuando el Poder Legislativo ha hecho una atribución o habilitación de competencia expresa: 7. La doctrina discute la validez de la delegación, puesto que no está contemplada en la Constitución Nacional. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia lo ha aceptado con la única condición de que esa delegación sea dentro de un ámbito cierto y determinado expresamente28. d) Por último, se señala la existencia de los *reglamentos de necesidad y urgencia, que se dictan sobre materias que son de* competencia del Poder Legislativo pero que en la circunstancia concreta, ante un caso de absoluta necesidad; el Poder Legislativo es1;á impedido por cualquier motivo de resolver ese caso de apremiante urgencia.

En esaS condiciones, la Administración Pública, ya que ella es también responsable del bien común, dicta la medida necesaria para solucionar ese caso de extrema necesidad, puesto que las exigencias del bien común no están supeditadas a la organización del Estado, a que haya tres, dos o más órganos del Estado. Es decir la exigencia del bien común de be ser satisfecha cuando ocurre y el Estado es siempre responsable de satisfacerlo.

Estos reglamentos de necesidad y urgencia son vigentes hasta tanto no sean expresamente derogados por el Poder Legislativo, ya que muy. bien podría ocurrir que una vez reunidas las Cámaras no se discuta el tema, no se tome ninguna decisión con respecto al reglamento que había dictado antes el órgano ejecutivo, y no por ese silencio del Congreso debe suponerse que el acto está derogado.

actos administrativos ni reglamentos pues no afectan la esfera jurídica externa de la Administración Pública (incluyendo en tal esfera a los funcionarios públicos en cuanto a sus derechos propios).

27 La existencia de los reglamentos delegados proviene de exigencias de la época comunes a todas las sociedades de alto grado de complejidad. V. John Clarke Adams, "El Derecho Administrativo Norteamericano", Bs. As., 1964, pág. 46: "Cuando los legisladores estadounidenses se dieron cuenta de la necesidad de controlar las actividades de algunos sectores de la economía denominados "de interés público" y comprendieron, también, su. propia incapacidad -por falta de la pericia técnica necesaria y por la continua movilidad de las actividades a controlar- para dictar normas materiales precisas en estos nuevos campos de intervención estatal, se vieron obligados a dictar normas instrumentales, las cuales en lugar de establecer derechos y deberes, delegaban en otros órganos, dentro de límites bien determinados, la facultad de crear derechos y obligaciones".

28 V. Marienhoff, ob. cit., t: 1, pág. 247. En el derecho norteamericano, la Corte Suprema en el caso Clark Distellilng Co. c/Western Marylanda Rai1way (v. Adams, ob. cit., pág. 50) por negar la posibilidad lógica de la delegación de la voluntad del Congreso, rechazó el valor normativo del reglamento delegado. El valor normativo le es atribuible, en un momento conceptualmente distinto, por voluntad del Congreso. Sin embargo, en fallos posteriores, la Corte admitió dicho valor

Congreso manifieste claramente: 1) los fines a que debe atender la Administración Pública en el ejercicio del poder delegado; 2) los límites de este poder, y 3) las penas que podrían imponerse por la inobservancia. de las normas y los actos administrativos derivados de la delegación.

Es más conveniente, a los efectos de la seguridad jurídica, mantener la vigencia de los actos normativos mientras no sean derogados expresamente.

VIII. IMPUGNACIÓN

La impugnación del reglamento puede ejercerse, en nuestro derecho positivo, en séde administrativa y en sede judicial.

a) *Sede administrativa:* La impugnación en sede administrativa se apoya en el arto 73 del decr. 1759/72, donde se sienta el principio de que el acto de alcance general puede ser recurrido.

Pero la pregunta que cabe formular es si dicho recurso procede por vía directa o indirecta, es decir,.si puede ser recurrido el reglamento en su sola existencia, directamente; o si requiere que exista. un acto de aplicación que le de vida concreta y que además la vía recursiva tenga que pasar necesariamente por ese acto. de aplicación

El decr. 1759/72 (art. 73), establece que los actos administrativos de alcance general, a los que la autoridad hubiera dado o comenzado a dar aplicación, "podrán ser impugnados por medio de recursos administrativos en los casos y con el alcance que se prevé en el presente título": por lo pronto exige que se le hubiera dado o comenzado a dar aplicación y además determina que sólo procede el recurso en los casos y con el alcance que se prevé.

En el artículo siguiente, el art.7 4, se señala que los recursos administrativos podrán ser deducidos por quienes aleguen un derecho subjetivo o un interés legítimo, y con esto ya se está centrando el tema en que sólo procede el recurso administrativo indirecto y no el directo. Es decir, es necesario el acto de aplicación que afecte ~ derecho subjetivo o un interés legítimo para que se encuentre habilitada la vía recursiva contra el acto de alcance general.

Hay que anotar que el recurso es contra el reglamento pero también contra el acto de aplicación. Esto surge, si bien no en forma clara pero sí implícitamente, . del arto 75, cuando señala cuál es el órgano competente para decidirlo 29. Si se tratara de actos dictados en cumplimiento de otros de alcance general será competente el órgano que dictó la norma general, sin perjuicio de la presentación del recurso ante la autoridad de aplicación. ¿Qué ocurre si la autoridad de aplicación, ante la presentación del recurso, revoca el acto de aplicación? En este caso ya no hay más derecho subjetivo o interés

29 *Art. 75 Decreto 1 759/72: "Serán competentes para resolver los recursos* administrativos contra actos de alcance individual los organismos que se indican al regularse en particular cada uno de aquéllos. Si se tratare de actos dictados en cumplimiento de otros de alcance general, será competente el organismo que dictó la norma general sin perjurio de la presentación del recurso ante la autoridad de aplicaci6n.' .

legítimo para recurrir. Así la vía recursiva queda agotada, por eso también cabe afirmar que la vía recursiva pasa por el acto de aplicación para llegar al reglamento; pero necesariamente pasa por el acto de aplicación. El fin del recurso es impugnar el reglamento pero con ocasión y a través del acto de aplicación, del acto individual, del acto administrativo.

Distinto es el caso en el cual se solicita la *inaplicación* del reglamento al acto administrativo, ya que aquí sólo hay un problema de interpretación. Es decir, se impugna el acto administrativo por sostener que el reglamento no le es aplicable a ese acto administrativo, porque esa situación no está contemplada por ese reglamento. Es un problema de interpretación; no se impugna el reglamento, sino se solicita que no se lo aplique a *este* acto administrativo porque no corresponde que así se haga.

Puede haber en cambio *reclamación directa* en sede administrativa contra el reglamento, sin importamos que exista aquí acto de aplicación. Eso está previsto en el arto 83: "Los actos administrativos de alcance general podrán ser derogados total o parcialmente y reemplazados por otros de oficio, a petición de parte y aun mediante recurso".

A petición de parte y aun mediante recurso. Se están distinguiendo así las dos posibilidades: o recurso ordinario, o por vía de la simple reclamación. Si no hay acto de aplicación la impugnación en sede administrativa sólo es una reclamación.

Si el reglamento en cuestión no tuvo comienzo de aplicación que afecte el derecho subjetivo o el interés legítimo del administrado, pero igual se formula una petición impugnándolo, debe entenderse que dicha petición no es un recurso sino que es una reclamación, que *tiene carácter previo a la acción procesal administrativa. De aquí la impor-*tancia 'de que la reclamación administrativa carezca de plazo para su promoción, permitiendo así la permanente posibilidad de hacer caer el reglamento inválido.

Esta reclamación tiene un régimen distinto que el previsto para la habilitación de la instancia judicial en el supuesto de demandas contra la Nación (arts. 30/32 LPA) 3O. La naturaleza del objeto del reclamo impone sujetar la petición en contra de un reglamento a las formalidades previstas por los arts. 30 Y 31 de la LPA.

30 *Art.* 30 *ley* 19. 549: "Reclamo administrativo previo a la demanda judicial. Fuera de los supuestos previstos en los arts. 23 y 24, el Estado nacional no podrá ser demandado jurídicamente sin previo reclamo administrativo, dirigido al Ministerio o Comando en Jefe que corresponda.

El reclamo versará sobre los mismos hechos y derechos que se invocarán en la eventual demanda judicial y será resuelto por el Poder Ejecutivo, o por las autoridades citadas si mediare delegaci6n de esa facultad.

Por otra parte, en el mismo inciso a) del art. 24 se señala la diferencia del régimen al exigir que el resultado de la reclamación sea adverso para el administrado "...0 se diere alguno de los supuestos ¡ previstos en el art. 10"31. Como es sabido, este artículo regula el "silencio o ambigüedad de la administración frente a pretensiones que requieran' de ella un pronunciamiento concreto. . .". El plazo que la norma determina para que exista "silencio" administrativo, generador de la negativa tácita, a falta de previsión de norma especial".. .no podrá exceder de sesenta días. . .", ante los cuales el administrado pedirá pronto despacho, corriendo entonces un nuevo plazo de treinta días para que se produzca el silencio de la Administración. Como se

Art. 31 ley 19.549: "El pronunciamiento acerca del reclamo deberá efectuarse dentro de los noventa días de formulado. Vencido ese' plazo, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieron otros cuarenta y cinco días, podrá iniciar la demanda en cualquier momento, sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción". '

Art. 32 ley 19.549: "El reclamo administrativo previo a que se refieren los artículos anteriores no será necesario si mediare una norma expresa que así lo establezca cuando: .

a) un acto dictado de oficio pudiere ser ejecutado antes de que transcurran los plazos del art. 31;

b) antes de dictarse de oficio un acto por el Poder Ejecutivo, el administrado se hubiere presentado expresando su pretensión en sentido contrario;

e) se tratare de repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o de repetir un gravamen pagado indebidamente;

d) se reclamaren daños y perjuicios contra el Estado o se intentare una acci6n de desalojo contra él o una acción que no tramite por vía ordinaria;

e) mediare una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficiencia cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritoa-lismo inútil;

f) se demandare a un ente descentralizado con facultades para estar en juicio"

31 *Art.* 24 *ley* 19.549: "El acto de alcance general será impugnable por vía judicial:

a) cuando un interesado a quien el acto afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente' en sus derechos subjetivos, haya formulado reclamo ante la autoridad que lo dictó y a resultado fuere adverso o se diere alguno de los supuestos previstos en el art. 10;

b) cuando la autoridad de ejecución del acto de alcance general le haya dado aplicación mediante actos definitivos y contra tales actos se hubieren agotado sin éxito las instancias administrativas".

Art. 10 ley 19.549: "Silencio o ambigüedad de la Administración. El silencio o la ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa.

Sólo mediando disposición expresa podrá acordar al silencio sentido positivo. Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren - otros treinta días sin producirse dicha resolución, se considerará que hay silencio de la Administración".

ve, se trata de un procedimiento más rápido que el previsto por el arto 31 al establecer los plazos de noventa y cuarenta y cinco días respectivamente.

La reclamación tiene como efecto principal la derogación o modificación del reglamento cuestionado y, como efecto secundario, habilitar la instancia judicial en el supuesto de no tener éxito la pretensión del administrado en sede administrativa.-

El recurso *indirecto,* en cambio, hace caer el acto de aplicación y hace caer el reglamento. Ambos están indisolublemente unidos. Lo impugnado, como ya dijimos, son los actos y ambos deben ser *impugnados expresamente, porque si se impugna sólo el reglamento el* acto de aplicación queda firme, aunque se dictara otro acto general revocando ese reglamento, originado en que la Administración se dio cuenta gracias a ese recurso de que el reglamento era ilegal.

Pero si no se recurre contra el acto de aplicación, el mismo sigue existiendo, sigue siendo válido, salvo que esté afectado de nulidad absoluta, porque en ese caso -como también en el supuesto de ser acto de aplicación de un reglamento afectado por nulidad absoluta y el acto de aplicación también tenga ese vicio- la Administración, de acuerdo al arto 17 de la LPA32, tiene la obligación de revocarlo.

Es decir, el acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad, aun en sede administrativa. Pero si no se da ese supuesto de nulidad absoluta, se corre el peligro de que el acto de aplicación se mantenga firme, si no es impugnado expresamente.

El plazo para plantear el recurso administrativo es el mismo que rige para el recurso contra el acto de aplicación. En cambio, para la reclamación no hay plazo puesto. que por respeto al principio de legalidad de la Administración Pública se entiende que es "mucho más conveniente y ajustado a tal principio que siempre pueda plantearse la ilegalidad del obrar administrativo, para darle oportunidad a la Administración para que pueda corregir sus propias irregularidades.

Es importante señalar que para la reclamación no hay plazo porque, como veremos, la reclamación es preparatoria de la acción judicial.

b) *Sede judicial:* En .10 que hace a la impugnación del reglamento por vía judicial, por acción judicial, el régimen es distinto que para

32 *Art.* 17 *ley* 19.54'9: "Revocación del acto nulo El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. No obstante, si el acto hubiere generado prestaciones que estuvieren en vías de cumplimiento sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes, mediante declaración judicial de nulidad. '

recurrir en sede administrativa; aquí existe la acción directa. El arto 24, inc. a) de la ley dice: "Cuando un interesado a quien el acto afecta o pueda afectar en forma cierta o inminente sus derechos subjetivos. . ~". Como se ve, no se precisa de la presencia de un acto de aplicación; él mismo reglamento afecta en forma cierta é inminente derechos subjetivos porque, por ejemplo, prohíbe la realización de determinada actividad comercial en una zona de la ciudad; a partir de un determinado día. Quien tenga un comercio en esa zona se encuentra afectado en forma inmediata, pues corre el riesgo cierto de sufrir multas, clausuras, etc. Se afecta el derecho subjetivo en forma inminente, aunque no haya habido todavía acto de aplicación en el caso concreto.

En ese caso existe la acción judicial, pero se requiere el reclamo en sede administrativa, *el reclamo previo*, ya que el arto 2~, inc. a:) de la LP A establece: ".. .haya formulado reclamo ante la autoridad que lo dictó", y por supuesto que ese reclamo haya sido denegado expresa o tácitamente.

En cambio, en el inc. b) del art, 24 se está previendo una acción indirecta, por cuanto supone la impugnación del reglamento, cuando la autoridad de ejecución del acto de alcance general le haya dado aplicación mediante actos definitivos y contra tales actos se hubiesen agotado sin éxito las instancias administrativas. El acto de aplicación fue impugnado en sede administrativa, el recurso fue rechazado. Entonces queda habilitada la instancia judicial cuya acción se ejerce también a través del acto de aplicación, porque lo que se va a impugnar en la justicia es el acto de aplicación y el reglamento, siendo válidos para este supuesto los argumentos expuestos en el párrafo a.

En cuanto a los efectos, la acción judicial hace caer el reglamento y el acto de aplicación si este fue también impugnado.

Puede el juez decretar la nulidad del reglamento, pero hay que notar que eso es sólo para el caso concreto, porque para que tenga reales efectos para terceros, para que sea una verdadera derogación del reglamento (y esto que estamos diciendo vale también para la impugnación en sede administrativa), la Administración debe dictar el reglamento derogatorio, ya que conforme al arto 83 del decr. 1759/72, si no se dicta ese reglamento derogatorio, el reglamento impugnado sigue siendo válido y *ejecutorio* frente a terceros.

"Los actos administrativos de alcance general podrán ser derogados y reemplazados por otros..." establece el citado arto 83, es decir, es necesario que haya otro que lo derogue y es necesario que ese otro que lo derogue se publique en el órgano oficial de difusión: "Los actos administrativos de alcance general producirán efectos a partir de su publicación oficial. . ." (art. 108 LPA).

El juez no puede obligar a la Administración a derogar el reglamento impugnado. Habría una invasión de la esfera de competencia de la Administración Pública.

Puede también plantearse en un litigio en trámite o en una acción judicial ex profeso, la ampliación del reglamento al caso concreto, y en ese supuesto, como ya lo mencionamos en caso de que se hiciera lo mismo en sede administrativa, no se está impugnando el reglamento sino simplemente pidiendo su inaplicación.

En cuanto a los plazos para interponer o impugnar judicialmente el reglamento, el arto 25, mcs. b) y C)33" señala el término de caducidad de 90 días que se cuentan, en el caso de la acción directa, desde que se notifique al administrado la denegatoria de la reclamación, y en el caso de la acción indirecta, desde que se notifique al interesado el acto expreso que agota la instancia administrativa, es decir, aquel que rechazó el recurso. .

En cambio, si hay denegatoria tácita en uno y otro supuesto, si se da el caso del arto 10 de la LP A, la demanda -como dice el arto 26 de la LP A34 - puede iniciarse en cualquier momento.

La existencia de plazos para impugnar judicialmente un acto de alcance general fue muy criticada por la doctrina, argumentando que el principio de la legalidad que debe primar sobre el actuar. de la Administración Pública no puede sujetar a un plazo más o menos corto la posibilidad de impugnar un acto que es materialmente legislativo en sede -judicial35 .

En realidad, la seguridad jurídica - y el régimen de derecho administrativo a que esta sometido el reglamento- exige que estos

33 *Art. 25 ley 19.549: "Plazos dentro de los cuales debe deducirse la* impugnación (por vía de acción o recurso). La acción contra el Estado o sus entes autárquicos deberá deducirse dentro del plazo perentorio de noventa días, computado de la siguiente manera:

a) si se tratare de actos de alcance particular, desde su notificación al interesado;

b) si se tratare de actos de contenido general contra los que se hubiere formulado reclamo resuelto negativamente por resolución expresa, desde que se notifique al interesado la denegatoria;

e) si se tratare de actos de alcance general impugnables a través de actos individuales de aplicación, desde que se notifique al interesado el acto expreso que agote la instancia administrativa;

d) si se tratare de vías de hecho o de hechos administrativos, desde que ellos ocurrieren. .

Cuando en virtud de norma expresa la impugnación del acto administrativo deba hacerse por vía de recurso, el plazo para deducirlo será de treinta días desde la notificación de la resolución definitiva que agote las instancias administrativas".

34 *Art* 26 *ley* 19.549: "La demanda podrá iniciarse en cualquier momento cuando el acto adquiera carácter definitivo por haber transcurrido los plazos previstos en el arto 10 y sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción".

35 García de Entrerría, ob. cit.; pág. 19. Sostiene este autor (pág. 21) que "la ilegalidad de un Reglamento es un vicio "de orden público", por ello la

plazos existan, ya que de todas maneras siempre puede plantearse la inconstitucionalidad del reglamento, si se dan los requisitos para ello en -el litigio concreto, cuando se plantea una situación que sea llevada a la justicia, sin importar el transcurso de plazos desde que el reglamento fue publicado. Y esto, en cambio, deriva del contenido materialmente legislativo del reglamento.

eliminación -general de un Reglamento ilegal es una posibilidad que hay que estimular y no limitar. . .", negando incluso a proponer "la anulación *erga omnis"* del reglamento ilegal (pág. 2"1) Y no simplemente su no aplicación para el caso concreto. En nuestro derecho esto no es posible: *a)* por el principio de división de poderes; *b)* por el contenido materialmente legislativo del reglamento, que hace que éste tenga el mismo tratamiento y respeto judicial que ante la ley formal. -