

Título: El control jurisdiccional de la actividad reglamentaria y demás actos de alcance general

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: LA LEY2001-E, 1226

Cita: TR LALEY AR/DOC/7446/2001

Sumario: SUMARIO: I. Consideraciones liminares.- II. La impugnación judicial directa.- III. La impugnación judicial indirecta.- IV. Eficacia "erga omnes" de las sentencias anulatorias de reglamentos.- V. A modo de conclusión.

I. Consideraciones liminares

1. Antecedentes. Problemática que plantea el control de la actividad reglamentaria

El art. 24 de la ley nacional de proced. administrativos (en adelante L.N.P.A.) (Adla, XXXIX-C, 2339 -t.a.-) al regular, por primera vez en el orden nacional, lo que denomina "impugnación del acto de alcance general" plantea una serie de cuestiones en el campo de la interpretación jurídica que, en la doctrina y en la jurisprudencia, exhiben un grado de dispersión menor que la que caracteriza a otros artículos de la citada ley.

Como se declaró en la Exposición de Motivos, el antecedente del precepto se encuentra en el Ante Proyecto del Código de lo Contencioso Administrativo de la Nación, redactado por una Comisión integrada por Marienhoff, Bidart Campos, Bosch y Cozzi⁽¹⁾. Este Ante Proyecto, en línea con la tendencia legislativa vigente en España a partir de la sanción de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 y de la evolución que se produjo en el derecho francés a partir de principios del siglo pasado, introdujo, en el derecho argentino, una formulación ciertamente original y atípica, ampliando el ámbito de protección de los derechos subjetivos vulnerados por reglamentos y demás actos de alcance general.

Aclaremos, liminarmente, aunque la cuestión será abordada más adelante en detalle, que consideramos al reglamento como una especie (la más trascendente) de actos de alcance general, y que dado que la L.N.P.A. no distingue el régimen de los diferentes actos de alcance general, se ha venido a configurar, en el plano legislativo, un único régimen de impugnación para todos esos actos, con independencia de que constituyan o no reglamentos, en sentido técnico jurídico.

La observancia del principio de legalidad -que incluye el respeto de la Constitución y de los tratados internacionales- conduce a la necesidad de reforzar los mecanismos procesales que hacen al control jurisdiccional de la actividad reglamentaria, cuyo crecimiento resulta una característica actual o, mejor dicho, una anomalía generalizada, producto muchas veces de ideologías que, a través de los cambios normativos, pretenden, en forma abusiva, forzar el contenido de normas de superior jerarquía con el propósito de modificar una determinada realidad (política, social o económica).

Sin embargo, el reconocimiento de los decretos delegados y de los de necesidad y urgencia en el nuevo texto constitucional (arts. 76 y 99 inc. 3º, Constitución Nacional) a más de los reglamentos de ejecución (ya regulado en el anterior texto constitucional) si bien ha multiplicado los problemas inherentes al control jurisdiccional, ha contribuido también, por otra parte, a facilitar que la actividad reglamentaria se encuadre dentro de sus límites constitucionales y legales precisos y determinados.

En este sentido, corresponde recordar que el poder reglamentario traduce siempre una potestad tasada y condicionada por el ordenamiento jurídico, que no es originaria sino que deriva siempre de una habilitación legal⁽²⁾ o convencional (basada de últimas siempre en el ordenamiento).

Finalmente, a los distintos carriles por los que ha transitado la problemática del control judicial de la actividad reglamentaria (condiciones de admisibilidad y efectos de la sentencia anulatoria, entre otros) cabe adicionar, luego de la recepción del principio de la tutela judicial efectiva, tras la reforma constitucional de 1994 ⁽³⁾, las cuestiones que pueden plantearse en torno a la eventual derogación de principios o normas incompatibles con dicho principio o bien, a la extensión de algunos preceptos, como el que concierne a la legitimación procesal.

2. Ambito de aplicación con respecto a los actos susceptibles de control jurisdiccional

En principio, como se ha dicho antes, la L.N.P.A. no formula distinción alguna con relación a los tipos de acto de alcance general que podrían ser impugnados por esta vía. No obstante, existen opiniones contrapuestas que, aunque algunas veces parten de afinidades sustanciales, arriban a diferentes conclusiones en la práctica.

A. El acto susceptible de impugnación: la distinción entre reglamento y mero acto de alcance general

El reglamento integra el ordenamiento jurídico dado que es producto de la actividad materialmente normativa, creando situaciones abstractas, impersonales y objetivas, es decir, que tiene por objeto una pluralidad de personas o de casos indeterminados o indeterminables, mientras que el acto administrativo se caracteriza por

su carácter concreto y subjetivo y su alcance individual (aunque sean numerosos los destinatarios), cuyo cumplimiento produce el agotamiento del acto (efecto consuntivo), al contrario del reglamento que viene a consolidarlo.

Así, ha señalado la doctrina española⁽⁴⁾ que el criterio principal para distinguir al acto administrativo del reglamento no pasa tanto por la generalidad (que en un sentido amplio también es posible en los actos administrativos) sino en que el acto administrativo no integra el ordenamiento siendo un acto "ordenado" y no ordinamental "producido en el seno del ordenamiento y no por éste previsto como simple aplicación del mismo"⁽⁵⁾.

La situación en que se encuentra el particular, en ambos casos, es sustancialmente distinta ya que el reglamento, al constituir una norma abstracta, crea una situación jurídica objetiva e impersonal que requiere, para generar efectos subjetivos, de un acto concreto de aplicación.

En un plano intermedio, se encuentran los meros actos de alcance general que, si bien tienen destinatarios indeterminados no integran el ordenamiento agotándose con su cumplimiento (ej.: prohibición de acceso al micro centro a raíz de un acto público, la determinación de un día como feriado nacional, etc.) de manera similar a lo que acontece con los actos administrativos.

No obstante esta peculiaridad, aparte de las diferencias sustantivas que existen entre los regímenes respectivos de los actos de alcance general y los de alcance individual -por ejemplo en cuanto a la estabilidad del acto- cabe sostener, junto a un sector de la doctrina⁽⁶⁾, que la distinción apuntada no se proyecta al régimen de impugnación judicial, porque sin desmerecer los argumentos que se han opuesto a esta conclusión en el campo doctrinario⁽⁷⁾, el régimen previsto en el art. 24 de la L.N.P.A. para la impugnación de los actos de alcance general, no establece discriminación alguna que permita inferir la exclusión de los meros actos de alcance general y resulta más favorable y abierto en cuanto al acceso a la justicia (agotamiento de la instancia administrativa e inexistencia de plazos de caducidad en la impugnación judicial directa).

Y como se ha afirmado, con acierto, "en nada influyen las formas o denominaciones que se utilicen para calificar los respectivos actos (decretos, resoluciones ministeriales, disposiciones, etc.) pues "es el contenido lo que caracteriza a los actos generales normativos lo que permite diferenciarlos de los actos generales que no integran el ordenamiento jurídico así como también de los actos de alcance individual"⁽⁸⁾ que, técnicamente, configuran en nuestro derecho, los actos administrativos típicos dotados de un régimen jurídico homogéneo.

Como se ha visto precedentemente, el ámbito de la impugnación ante la justicia de los actos de alcance general comprende también a los actos generales que no poseen contenido normativo. Este principio, referido a los actos que producen efectos fuera de la Administración, se extiende, asimismo, a los actos dictados en ejercicio de la actividad interna de la Administración que se traducen en circulares e instrucciones en la medida que lesionen los derechos subjetivos o intereses legítimos de los afectados, que pueden ser tanto agentes públicos como particulares.

B. El principio de universalidad del proceso judicial de impugnación de actos de alcance general: consecuencias

En la impugnación de los actos de alcance general lo que resulta objeto de la fiscalización judicial no es tanto la materia como la potestad ejercida por la Administración o de los órganos que ejerzan una actividad similar (fundamentalmente la reglamentaria, cuando se trata de actividad normativa) cuyos límites sustanciales y formales están siempre regidos por el derecho administrativo.

Como consecuencia de ello, el ámbito del proceso de impugnación de los actos de alcance general (o disposiciones generales según la terminología utilizada en el derecho español) se amplía considerablemente⁽⁹⁾ ya que carece de sentido "la delimitación de la materia contencioso-administrativa", siendo entonces impugnables la respectiva actividad cualquiera hubiera sido la materia objeto de la regulación⁽¹⁰⁾.

Esta suerte de "vis atractiva" que caracteriza la impugnación de disposiciones generales hace que, a nuestro juicio, el ámbito de aplicación del art. 24 de la L.N.P.A. comprenda cualquier especie o clase de reglamentos, ya sea los reglamentos autónomos como los delegados⁽¹¹⁾ y los de necesidad y urgencia⁽¹²⁾. Así lo impone el principio general de la tutela judicial efectiva.

C. El objeto de la impugnación

En lo que concierne el objeto de la impugnación, un reglamento no puede ser sometido al enjuiciamiento jurisdiccional por causales inherentes a su contenido sino también relacionadas con la existencia de vicios que afectan la voluntad del órgano administrativo y de los demás elementos que lo componen: subjetivo, causa, forma y finalidad⁽¹³⁾.

En principio, los motivos de la impugnación han de limitarse a razones de ilegitimidad ya que el contenido de la pretensión procesal consiste en verificar si la respectiva actividad resulta o no violatoria del ordenamiento jurídico. Esta conclusión no impide extender la fiscalización jurisdiccional a la impugnación que tiene por objeto enjuiciar causales de mérito u oportunidad en la medida que se incurra en arbitrariedad o en desviación de poder, aunque para determinar la respectiva causal de invalidez deban examinarse los criterios de razonabilidad y el ejercicio de los poderes discrecionales en que se basó la Administración para dictar el reglamento.

D. Las partes del proceso: la intervención de terceros

Durante la primera etapa del desarrollo del contencioso-administrativo se sostenía que los llamados recursos de anulación constituían procesos objetivos al acto en los que la Administración no era parte.

La evolución posterior demostró que aun cuando el órgano jurisdiccional integra la organización estatal y se encuentra en una posición de independencia frente al demandante, en el proceso en el que se discute la legitimidad de un acto administrativo o de un reglamento, intervienen siempre, como mínimo, dos partes, tal como acontece con el prescripto en el art. 24 de la L.N.P.A.

Ello no impide la intervención de terceros, lo cual origina la configuración de procesos múltiples, cuyas partes pueden revestir tanto carácter principal como constituir partes accesorias del proceso principal, porque frente al silencio que guardan las normas que rigen el contencioso administrativo nacional, corresponde acudir a la ley procesal civil, que actúa como ley supletoria conforme a lo establecido en el art. 106 del R.L.N.P.A.

Así, cabe distinguir diferentes clases de situaciones procesales en las que los terceros se encuentran habilitados para intervenir en los procesos que tuvieran por objeto la impugnación de disposiciones reglamentarias, a saber:

a) los tres supuestos de intervención voluntaria⁽¹⁴⁾ que son: la intervención principal o excluyente, que se produce cuando un tercero se incorpora a un proceso pendiente con el objeto de interponer una pretensión incompatible con la promovida por el actor; la intervención adhesiva simple contemplada en el art. 90 inc. 1º del Cód. Procesal (en adelante C.P.C.yC.N.) y (iii) la intervención adhesiva autónoma o litis consorcial que corresponde siempre que el tercero demuestre que "según las normas del derecho sustancial, hubiese estado legitimado para demandar o ser demandado en el juicio"⁽¹⁵⁾.

b) La intervención coactiva, a pedido de cualquiera de las partes originarias⁽¹⁶⁾ o de oficio⁽¹⁷⁾, a efectos de que el tercero participe del proceso entablado entre dichas partes y pueda serle opuesta la sentencia⁽¹⁸⁾.

E. La capacidad para ser parte y la capacidad procesal

La capacidad para ser parte constituye una proyección, en el plano del proceso, de la capacidad jurídica o capacidad de derecho mientras que la capacidad procesal equivale a la capacidad de obrar⁽¹⁹⁾.

El ordenamiento administrativo no prescribe reglas especiales en materia de capacidad para ser parte ni en cuanto a la capacidad procesal, por cuya causa corresponde remitirse a los preceptos del Código Civil⁽²⁰⁾.

La excepción a esta regla general se encuentra en el art. 3º, apartado segundo, del R.L.N.P.A. que atribuye plena capacidad a los menores adultos para intervenir directamente en procedimientos administrativos como parte interesada en defensa de sus propios derechos subjetivos e intereses legítimos.

II. La impugnación judicial directa

La gran novedad que introdujo la L.N.P.A. en el año 1972 fue, sin duda, la regulación procesal de la impugnación directa de reglamentos y demás actos de alcance general a través de la norma contenida en el art. 24 inc. a) de la L.N.P.A., ya que la impugnación indirecta de los reglamentos, a través de los actos administrativos de aplicación se regía -antes de la sanción de dicha ley- por las normas procesales civiles.

Aunque no toda la doctrina suele mencionar la fuente del artículo y hasta hay quienes piensan en la influencia de la ley española a tenor de la doctrina que citan, lo cierto es que la citada norma reproduce la redacción que figura en el Proyecto de Código en lo Contencioso Administrativo de la Nación, en la que Marienhoff tuvo una participación preponderante⁽²¹⁾.

Para que proceda la impugnación directa de un reglamento, la ley no requiere que haya mediado "a posteriori" un acto administrativo de aplicación⁽²²⁾, con lo cual se configura un proceso facultativo y autónomo de impugnación que permite, como se verá más adelante, disminuir en algunos casos, el rigor de las exigencias procesales que habilitan el acceso a la jurisdicción, lo que ha sido considerado como una herramienta procesal conveniente y valiosa⁽²³⁾ para la tutela judicial efectiva de los derechos de los justiciables.

Cabe advertir que determinadas cuestiones, como las que conciernen a la aplicación del régimen de

invalidez prescripto en la L.N.P.A. resultan comunes a la impugnación judicial indirecta que se promueve cuando se impugna una disposición reglamentaria a través de un acto concreto de aplicación.

1. Requisitos legales para la procedencia de la impugnación

La fórmula prevista en el art. 24 inc. a) de la L.N.P.A. contiene una serie de requisitos que le asignan una especial tipicidad a este proceso impugnatorio, a saber:

A. La afectación cierta e inminente de derechos subjetivos

La procedencia de esta vía impugnatoria requiere que exista una lesión o amenaza inminente de lesión en los derechos del particular.

La certeza se vincula a la comprobación de la ilegalidad y del daño que configuran la lesión que deriva de la aplicación actual o potencial(24) de un reglamento mientras que el requisito que concierne a la inminencia de la lesión alude al plazo en que comienza la vigencia de la norma y no a la proximidad temporal entre la emisión del reglamento y el daño(25), pero en definitiva, será ésta una cuestión que los jueces resolverán en cada caso a la luz de los hechos concretos y de los derechos(26) que lesiona el reglamento objeto de la impugnación.

B. Inclusión de los intereses legítimos

Antes de la reforma constitucional de 1994 existía tanto en un sector de la doctrina como en la jurisprudencia(27) una postura restrictiva en punto a la procedencia de la legitimación para promover esta vía impugnatoria cuando el demandado ostentaba la titularidad de un interés legítimo.

Pero ya sea que se interprete que el interés legítimo, como situación jurídica subjetiva, comporta un derecho subjetivo reaccional (García de Enterría y Fernández) o protege un derecho subjetivo subyacente como lo sostenía un sector de la doctrina italiana(28), lo cierto es que con la recepción del principio de la tutela judicial efectiva, tras la reforma constitucional de 1994, corresponde incluir dentro de la legitimación para impugnar reglamentos las situaciones jurídicas subjetivas calificadas como derechos legítimos así como también a los derechos de incidencia colectiva, si bien la falta de una reglamentación procesal adecuada de esta última clase de intereses (v.gr. acciones de clase) pueden justificar una postura restrictiva de los tribunales dado que la anarquía que provoca el ejercicio simultáneo o sucesivo de esta clase de procesos ante diferentes jueces y jurisdicciones territoriales por partes múltiples con intereses muchas veces contrapuestos.

De todos modos, lo cierto es que la reforma constitucional de 1994, que instituye una acción de amparo, siempre que no exista otro remedio judicial más idóneo, para la protección, entre otras situaciones jurídicas, de los denominados derechos de incidencia colectiva, habilita a interponer dicha acción sólo al afectado, lo que significa que no ha querido instituir una acción popular fundada en la pura defensa de la legalidad.

En esa línea, la jurisprudencia ha sostenido que debe existir un vínculo (un cordón umbilical) entre ilegalidad y perjuicio que el acto o el reglamento provoca sobre una persona determinada o grupo de personas rechazando la legitimación del Defensor del Pueblo fundada en la pura defensa de la legalidad o en la invocación genérica de perjuicios (29).

C. Interposición de un reclamo ante la autoridad que dictó el acto de alcance general

La exigencia de la deducción previa de un reclamo en sede administrativa ante la autoridad que dictó el reglamento, ha sido concebida como un requisito diferente de la reclamación administrativa previa instituida por la ley de demandas contra la Nación 3952 (Adla, 1889-1919, 486) y actualmente regulada por los arts. 30 y sigtes. de la ley de procedimientos administrativos. Trátase de una mera reclamación administrativa(30), o bien de lo que Linares denomina "reclamo impropio contra normas generales"(31).

Las diferencias más significativas hallanse en que en este tipo de reclamo previo no se requiere agotar las instancias administrativas ni existen plazos para su resolución, lo cual no obsta a la configuración de los plazos legales para que se produzca el silencio administrativo, conforme al art. 10 de la L.N.P.A., plazos que juegan, en principio, en favor del particular o administrado. Por esos motivos, tampoco rigen los plazos de caducidad del art. 25 de la L.N.P.A. para articular la acción judicial(32).

¿Es necesario deducir en todos los casos este reclamo? Por aplicación analógica del principio -sentado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en base a la prescripción del art. 32 inc. e) de la L.N.P.A.- el cual estatuye la innecesariedad del recaudo cuando mediere una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento, transformando el reclamo en un ritualismo inútil, esta carga procesal no resulta, en tales supuestos, exigible. Ello ocurrirá siempre que antes del dictado del acto el particular exponga razones contrarias a su dictado, señalando la afectación que ocasionará el reglamento a sus derechos subjetivos(33) o intereses.

D. Decisión acerca del reclamo

El cuadro de los requisitos se cierra con la exigencia de que el reclamo sea adverso a la pretensión del peticionario, o bien, si no ha habido decisión que disponga el rechazo de la petición, si se configurase el supuesto de silencio o ambigüedad de la Administración, prescripto en el art. 10 de la L.N.P.A.

La ocurrencia del silencio o ambigüedad de la Administración para atribuir a esa actitud el sentido de una negativa o rechazo requiere del transcurso de un plazo, el cual no puede exceder de sesenta días, si las normas especiales no prevén un plazo diferente para el respectivo pronunciamiento (art. 10, L.N.P.A.). A ello cabe añadirle la carga procedimental que obliga al administrado a requerir el pronto despacho de las actuaciones para, después de transcurrir otros treinta días sin dictarse resolución, considerar que se configura el silencio de la Administración. Este procedimiento es por demás dilatorio y complejo, no contribuyendo a mantener el principio de legalidad ni la defensa de los derechos de los particulares afectado por un acto de alcance general.

En la doctrina se discute también si existe similitud entre silencio y ambigüedad. Para Marienhoff, "el signo característico del silencio es la ambigüedad, asimilando ambos conceptos"⁽³⁴⁾, mientras que otros autores consideran que la ambigüedad requiere de una decisión expresa de la Administración que resulta incierta⁽³⁵⁾.

La ambigüedad comprende tanto al silencio resultante de una abstención como a la medida expresa que en los hechos deja sin resolver la petición, dejándola en un estado de incertidumbre acerca del resultado adverso o no de la decisión o resolución administrativa. En resumidas cuentas, la L.N.P.A. contempla ambas posibilidades otorgándoles el mismo tratamiento jurídico.

En lo que concierne al plazo para resolver el reclamo impropio, si bien no existe plazo alguno, cabe invocar, a opción del interesado, el plazo genérico de 10 días prescripto en el art. 1º ap. e) de la L.N.P.A., o bien, el establecido para el silencio administrativo en el art. 10 de dicha ley.

2. Aplicación de las disposiciones de la L.N.P.A. que regulan los elementos, invalidez y vicios de los actos administrativos

Salvo el requisito inherente a la publicidad del acto, que integra el elemento forma del mismo (que distingue la notificación de la publicación en el art. 11 de la L.N.P.A.), todos los demás requisitos de la L.N.P.A. relacionados con los presupuestos y elementos del acto administrativo, se aplican a los reglamentos y demás actos de alcance general, no obstante ser éstos producto de la actividad normativa de la Administración.

A su vez, las categorías de invalidez de la L.N.P.A. (nulidad y anulabilidad), que en derecho administrativo argentino traducen, respectivamente, una equivalencia entre nulidad absoluta y relativa, rigen también para determinar el régimen de impugnación y las causales concretas basadas en los vicios que impliquen la violación del ordenamiento jurídico (arts. 14 y 15 de la L.N.P.A.).

En consecuencia, a diferencia del régimen de la ley española (art. 62.2 de la L.R.J.A.P.) la violación al ordenamiento jurídico no siempre genera la nulidad absoluta. Si bien el régimen español, que no ha seguido en este punto a las categorías de invalidez existentes en el derecho francés, prescribe la nulidad de pleno derecho, cuyos supuestos están determinados taxativamente en la ley y generan prácticamente las mismas consecuencias que la nulidad absoluta de la L.N.P.A. (en materia de saneamiento y prescripción), la lista de causales de nulidad de pleno derecho resulta más acotada en el derecho español que en el sistema argentino.

Finalmente, resulta aplicable también la prescripción sobre invalidez parcial (art. 16 L.N.P.A.), siempre que el reglamento fuera divisible y sea posible impugnarlo parcialmente y obtener judicialmente la invalidez de una parte del mismo.

3. Continuación. Sobre la invalidez de reglamentos que resultan violatorios de la Constitución, de los tratados internacionales y de las leyes que reglamentan

El vicio que se genera cuando la potestad reglamentaria viola la Constitución, un tratado internacional o la propia ley que reglamenta configura siempre una invalidez absoluta ya que configura el grado máximo de violación del ordenamiento jurídico, en razón de alterar el principio constitucional que prescribe que la Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados internacionales son la "ley suprema" de la Nación (art. 31, Constitución Nacional).

En tales casos, la presencia de este defecto constitucional, que se tipifica como un exceso o abuso del poder reglamentario, desplaza a cualquier otro vicio de nulidad relativa que pudiese contener el reglamento, encuadrando genéricamente en el vicio denominado "violación de la ley" que el art. 14 inc. b) de la L.N.P.A. considera de nulidad absoluta e insanable.

4. El carácter manifiesto del vicio que exhibe el reglamento hace caer su presunción de legitimidad: consecuencias

No vamos a ocuparnos en este lugar de exponer la teoría de la nulidad manifiesta, como una categoría

sustancial autónoma de la invalidez del acto administrativo⁽³⁶⁾ como una construcción diferente de la configurada por la nulidad (absoluta) y por la anulabilidad (relativa), en el sistema de la L.N.P.A.

Basta con recordar que, de acuerdo al régimen de fondo que en su momento propiciamos⁽³⁷⁾, la presencia de un vicio notorio o patente en el reglamento hace caer la presunción de legitimidad propia del acto de alcance general y, asimismo, impide que la Administración comience a aplicar el reglamento que adolece de invalidez manifiesta ya que falta el soporte o la base imprescindible para que pueda ejecutarlo válidamente.

Al perder un reglamento su presunción de legitimidad se producen una serie de importantes consecuencias en el orden procesal pues el particular afectado no sólo puede promover el dictado de una medida cautelar en el marco del proceso de impugnación del reglamento sino que se encuentra habilitado para deducir una acción de amparo (si se dan los restantes requisitos) o bien, oponerse a la ejecución del acto por vía de excepción, o incluso, de una reconvencción.

5. Plazo para promover la impugnación directa

Al no regularse la cuestión del plazo para interponer la promoción del denominado "reclamo impropio" contra un acto de alcance general en la L.N.P.A. y no constituyendo un típico recurso administrativo, no existe -como antes señalamos- plazo alguno para promover el citado reclamo⁽³⁸⁾.

Cuando la impugnación judicial es promovida mediando previamente una decisión expresa adversa al interesado, el plazo para deducir la demanda es de noventa días computados a partir de la notificación (art. 25 inc. b), L.N.P.A.) mientras que en caso de silencio (art. 26, L.N.P.A.) no existe plazo de caducidad para interponer la demanda cuando el acto adquiere carácter definitivo por haber transcurrido los términos para que se configure el silencio, conforme el art. 10 de la L.N.P.A.

III. La impugnación judicial indirecta

Otra vía de impugnación judicial de un acto general se encuentra contemplada en el art. 24 inc. b) de la L.N.P.A. Esta norma prescribe que la impugnación puede llevarse a cabo a través de la impugnación de un acto individual de aplicación "cuando la autoridad de ejecución de un acto de alcance general le haya dado aplicación mediante actos definitivos y contra tales actos se hubieren agotado sin éxito las instancias administrativas".

Se ha sostenido que se trata de una suerte de impugnación indirecta, ya que si bien puede obtenerse satisfacción procesal respecto de una pretensión anulatoria, ella se ejercería mediante la impugnación del acto de alcance particular⁽³⁹⁾.

Pero la norma no prescribe la exigencia de impugnar judicialmente al mismo tiempo el acto de alcance particular, el cual puede ser impugnado por la vía prescripta en el art. 23 de la L.N.P.A., sin perjuicio de la posibilidad de acumular ambas pretensiones.

1. Requisitos de admisibilidad

La disposición legal exige que para habilitar la instancia judicial de impugnación del reglamento se cumplan previamente dos requisitos, a saber:

a) la autoridad administrativa debe haber dado aplicación al reglamento mediante actos definitivos;

b) contra tales actos definitivos deben haberse agotado, sin éxito, las instancias administrativas, lo cual significa que se requiere el dictado de una decisión administrativa de último grado, que clausure la instancia o estado administrativo. En tales casos, la sentencia judicial que se dicte puede invalidar el reglamento y el acto de aplicación, si éste hubiera sido impugnado⁽⁴⁰⁾.

Los requisitos de acto definitivo y acto que agota las instancias administrativas, si bien no han sido correctamente interpretados por alguna doctrina y jurisprudencia, constituyen un presupuesto procesal inexcusable para la admisibilidad de la pretensión.

En tal sentido, la expresión acto definitivo alude a una decisión que resuelve finalmente el procedimiento administrativo⁽⁴¹⁾, decidiendo sobre el fondo de la cuestión planteada, oponiéndose al acto de mero trámite o resolución interlocutoria. En cambio, el concepto de acto que agota la instancia administrativa, se refiere al acto del órgano superior de la jerarquía que clausura el estado administrativo, en el sentido de que es la última instancia que obligatoriamente ha de cumplirse antes de acudir a la vía judicial.

Ahora bien, el hecho de que no hubiera sido impugnado, en sede judicial, el acto de aplicación de un reglamento no implica ni; que se pierda el derecho a promover la impugnación judicial directa prevista en el art. 24 inc. a) de la L.N.P.A., ni tampoco promover la impugnación judicial indirecta impugnando los subsiguientes actos de aplicación⁽⁴²⁾.

Esta solución se impone, no sólo porque el cuestionamiento de la legitimidad inherente al ejercicio de la potestad normativa no puede quedar librado al consentimiento de los destinatarios del acto de alcance general [\(43\)](#) sino por el principio de la tutela judicial efectiva, que rige tras la reforma constitucional de 1994.

En efecto, la interpretación opuesta resultaría en contraposición con la efectividad de la tutela judicial que veda toda traba que dificulte el acceso al enjuiciamiento jurisdiccional, tal como se produciría, en este caso, si aplicara la teoría del acto consentido que ha sido objeto de fuertes críticas por parte de la doctrina española [\(44\)](#).

2. Plazo para la impugnación judicial

Como la impugnación judicial indirecta de un reglamento se realiza mediante la del acto individual de aplicación, rige a este respecto el plazo genérico previsto en el art. 25 de la L.N.P.A. que es de noventa días.

Pese a que la doctrina y jurisprudencia dominante le asignen a este plazo de caducidad un carácter perentorio y fatal, seguimos pensando que, frente a supuesto de nulidad absoluta cabe admitir el replanteo en sede administrativa para promover, a partir de la resolución contraria o de la configuración del silencio, la acción judicial de impugnación, solución ésta que resulta compatible con la vigencia, en nuestro ordenamiento, del principio de la tutela judicial efectiva.

IV. Eficacia "erga omnes" de las sentencias anulatorias de reglamentos

1. Los efectos "extra partes" de la anulación de reglamentos en el derecho comparado

En los distintos sistemas de control jurisdiccional que existen en el derecho comparado, en las causas que tienen por objeto una pretensión anulatoria de un reglamento administrativo, se reconoce que los efectos jurídicos procesales de la sentencia se extienden a quienes no fueron parte en los respectivos procesos. Y este efecto "erga omnes" se prescribe tanto en los sistemas articulados sobre la base de tribunales administrativos como en los llamados sistemas judicialistas, situación que se da aún en aquellos países donde el control jurisdiccional de la legalidad de los reglamentos no está concentrado en un único Tribunal Superior o Constitucional formando parte del proceso contencioso administrativo establecido para el control de normas de naturaleza sub-legal (Ej.: Alemania).

No puede evitarse la referencia al derecho francés, el cual, a través del recurso por exceso de poder, desde el siglo pasado, instituyó y desarrolló, a través del Consejo de Estado, un recurso caracterizado por la atribución de eficacia "erga omnes" a las sentencias anulatorias de reglamentos ilegales [\(45\)](#).

Y si bien en los primeros tiempos se interpretó que se trataba de un proceso al acto (sin partes) y que la decisión poseía naturaleza administrativa lo cierto es que se terminó admitiendo la intervención de terceros en los respectivos procesos. Aunque inicialmente tuvo este recurso carácter administrativo evolucionó hasta convertirse en un verdadero recurso jurisdiccional [\(46\)](#).

En España, si bien el derecho positivo estadual introdujo la pretensión procesal de anulación contra disposiciones reglamentarias ilegales en la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del año 1956, su origen histórico se remonta al derecho local [\(47\)](#) y al antecedente que registra el derecho constitucional español a través del art. 101 de la Constitución republicana de 1931.

Unas palabras escritas años atrás por Alcalá Zamora ilustran acerca de que la idea de instituir un recurso directo contra reglamentos ilegales no se originó en el período franquista [\(48\)](#) sino que cala su origen histórico en el citado antecedente republicano, probablemente inspirado en el modelo francés. Así, quien fuera Presidente de la extinta República ha dicho que: "cuando la Jurisdicción contencioso-administrativa mantiene sistemática la condenación del Reglamento ilegal, y la Administración, terca, se obstina en seguir aplicándolo, origínase una perturbación, que lleva a semilleros de pleitos, ya inútiles por prejuizados, pero siempre costosos, con riesgo para los derechos y enfrentamiento poco edificante de los poderes públicos, y así sucedió, por ejemplo, en España a fines del pasado siglo y primeros del actual, sobre los problemas de prescripción de pensiones y haberes pasivos, para los empleados públicos y sus familias. Por unas y otras razones hace falta, dentro de un buen orden constitucional, un recurso directo contra los Reglamentos ilegales; y por ello acertó, al establecerlo, el artículo 101 de la Constitución republicana española que no llegó a tener en eso desarrollo, como no lo tuvo en la mayoría de los preceptos, que suponían la necesidad expresa o tácita de leyes orgánicas o complementarias que les diesen eficacia" [\(49\)](#).

En la línea precedentemente descripta se ha afirmado que la evolución del derecho español constituye "una clara muestra de cómo se ha ido ampliando progresivamente el ámbito de la Jurisdicción contencioso-administrativa, llegando a la admisión de pretensiones procesales administrativas dirigidas a solicitar directamente la anulación de un reglamento" [\(50\)](#).

Y si bien el principio que rige en materia procesal es que los efectos de la sentencia sólo operan con respecto

a las personas que han sido partes en el pleito, este principio tiene importantes excepciones en el proceso administrativo⁽⁵¹⁾. Una de ellas, recogida en la reciente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 prescribe que "La anulación de una disposición o acto producirá efecto para todas las personas afectadas. Las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada. También se publicarán las sentencias firmes que anulen un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas" (art. 72, número 2, L.J.C.A.).

Como ha dicho González Pérez: "en el aspecto jurídico procesal la eficacia 'erga omnes' de la sentencia que anuló el acto o disposición es absoluta" lo que no acontece respecto de las sentencias que desestiman el recurso o declaran su inadmisibilidad (art. 72, núm. 1, L.J.C.A.).

En cuanto al sistema alemán, si bien el Tribunal Federal Constitucional tiene atribuida una competencia exclusiva para enjuiciar la inconstitucionalidad de las leyes formales (del "land" o de la Federación), los judiciales no precisan acudir al máximo tribunal federal cuando se controla la ilegalidad de normas infralegales, particularmente reglamentos, contemplándose así la posibilidad de que el Tribunal superior del "land" declare la nulidad "erga omnes" de determinados reglamentos y disposiciones legales (art. 47 V w G O) como es el caso, entre otras normas, de las ordenanzas o estatutos que se hayan dictado en ejecución de preceptos de la ley del suelo⁽⁵²⁾.

De ese modo, podemos advertir que aún en los sistemas judicialistas, como los que rigen en España y Alemania, se ha considerado que la consagración del efecto "erga omnes" de las sentencias que decretan la nulidad de reglamentos ilegales resulta compatible con el principio de separación de poderes que los informa⁽⁵³⁾, en una línea similar al recurso por "exceso de poder" del derecho francés.

Resta, por último, analizar lo que acontece en el derecho norteamericano -una de las principales fuentes de nuestra Constitución- al que se ha acudido para negar la posibilidad de consagrar el efecto "erga omnes" de las sentencias anulatorias de reglamentos ilegales, aplicando la doctrina prevaleciente en EE.UU. que limita la declaración de inconstitucionalidad de las leyes al caso o controversia que se hubiera suscitado.

Por de pronto, cabe anotar, tal como lo ha puesto de relieve recientemente Bianchi⁽⁵⁴⁾ que hubo autores de la talla de Cooley que entendieron que era constitucionalmente posible atribuir efectos extra-partes a una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley. Asimismo, existe una excepción importante a dicha regla general en aquellos supuestos en que la norma fuera manifiestamente inconstitucional.

Pero, aparte de ello, si se examina lo que sucede en los mecanismos procesales establecidos para la revisión judicial de los reglamentos de las agencias reguladoras, particularmente en lo que concierne al control de los procedimientos de participación pública que debe observarse en su elaboración, prevalece el criterio proclive a la anulación automática de las normas generales de las agencias que se hubieran dictado obviando el procedimiento de audiencia pública, cuando éste resultaba preceptivo.

En la mayoría de los casos, cuando una norma se ha emitido por la agencia sin cumplir con el procedimiento de participación pública previsto en la secc. 553 de la APA y el Tribunal revisor considera que no se configura la excepción de buena causa (que justifica la exención a dicho procedimiento) los tribunales proceden a la anulación judicial -en forma automática- de la norma de la agencia reguladora⁽⁵⁵⁾ y si bien en algunos supuestos, simplemente se declaró acaecida la transgresión de la APA⁽⁵⁶⁾ en otros precedentes los tribunales acudieron a criterios de equidad privando de eficacia retroactiva a la sentencia anulatoria⁽⁵⁷⁾, en forma similar a lo resuelto por la Corte en el caso "Monges" (La Ley, 1997-C, 143).

El panorama descripto viene a demostrar dos cosas. En primer lugar que en el derecho norteamericano se distinguen los efectos de una declaración de inconstitucionalidad de una ley o norma emanada del Poder Legislativo (donde no se admite el efecto "erga omnes" como regla general y la sentencia se limita a las partes que intervinieron en la controversia) de los efectos de la invalidación de una norma infra legal (reglamento) por violación a una ley, particularmente cuando se anulan judicialmente normas dictadas por las agencias reguladoras en violación de la secc. 553 de la APA.

En este último caso, la anulación judicial opera sus efectos -como regla general-tanto de manera automática, es decir, con efectos generales, como en forma retroactiva, sin perjuicio de que los tribunales puedan limitar dicha retroactividad en ejercicio de sus poderes de equidad.

En segundo término, resulta claro que la eficacia general de la anulación de un reglamento es compatible con el sistema de la Constitución de los Estados Unidos, especialmente con el principio de separación de poderes que la nutre. Algo similar acontece en el derecho argentino como se intentará demostrar a través de la crítica de los argumentos que restringen o niegan la posibilidad de asignar efectos "extra-partes" a las sentencias

que invalidan reglamentos ilegales.

2. Argumentos que se han esgrimido en el derecho argentino para negar la posibilidad del reconocimiento de efectos "erga omnes" a la sentencia que invalida un reglamento

La doctrina del derecho constitucional, atraída por la cuestión inherente a la inconstitucionalidad de las leyes, casi no ha prestado atención al punto, a diferencia de la administrativa, en la cual prevalece la opinión favorable al reconocimiento de efectos "erga omnes" a las sentencias anulatorias de reglamentos⁽⁵⁸⁾, al menos como principio dogmático del derecho procesal administrativo que precisa matizarse con los principios de igualdad y de tutela judicial efectiva.

La tesis contraria ha sido sostenida reiteradamente por Mairal⁽⁵⁹⁾, sobre la base de argumentos jurídicos y funcionales, planteando una serie de obstáculos e inconvenientes operativos a partir de una premisa que juzgamos equivocada la cual consiste en el trasplante de la solución dada por nuestra jurisprudencia y doctrina constitucional en materia de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes a la invalidación de reglamentos ilegítimos (ilegales o inconstitucionales) pese a que se trata de causas en las que se juzga la validez de normas de rango inferior a las leyes.

Aún aceptando, por vía de hipótesis, que estamos en presencia de cuestiones gemelas, no resultan convincentes los argumentos que se han desarrollado en la jurisprudencia de la Corte y en la mayor parte de la doctrina constitucional para limitar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad a las partes del litigio⁽⁶⁰⁾.

Por de pronto, cabe advertir que estamos en presencia de una fórmula pretoriana habida cuenta de que no existe en la Constitución Argentina (al igual que en la Constitución norteamericana) cláusula expresa sobre el punto, con lo que -para negar los efectos "erga omnes" de la declaración de inconstitucionalidad de una ley- era necesario acudir al argumento que se apoya en la incompatibilidad en un principio basal del sistema de la Constitución, como es la separación de poderes, o bien, a la interpretación extensiva o implícita del art. 116 de la Constitución Nacional (ex art. 100, Constitución Nacional).

A. El efecto "erga omnes" y la separación de poderes

El argumento fundamental, de carácter interpretativo se basa en que si se aceptara el efecto "erga omnes" de la declaración de inconstitucionalidad de la ley se estaría violando nada menos que el principio de separación de poderes que articula nuestro sistema constitucional sosteniéndose que ello implicaría tanto como arrogarse funciones de naturaleza legislativa que corresponden al Congreso⁽⁶¹⁾.

Sin embargo, como es obvio, dado que en nuestro sistema el Poder Judicial es el auténtico y fiel intérprete de la Constitución y en atención a que la naturaleza de la función que se ejerce al declarar la inconstitucionalidad de una ley en una causa planteada ante los tribunales es, evidentemente, de naturaleza jurisdiccional (en tanto resuelve una controversia con fuerza de verdad legal) ese argumento debe desecharse.

La misma suerte corre la tesis que funda la inconstitucionalidad de la atribución de efectos "extra-partes" a la sentencia que invalida un reglamento o una ley, en el hecho de que ello solo sería admisible en el sistema francés⁽⁶²⁾, donde el Consejo de Estado se encuentra en la órbita del Poder Ejecutivo (a lo que se añade el origen administrativo del recurso por exceso de poder) por cuanto:

en ambos sistemas (el argentino y el francés) la anulación de un reglamento configura una típica función jurisdiccional⁽⁶³⁾;

es sabido que el Consejo de Estado Francés goza de tanta o mayor independencia que muchas Cortes o tribunales supremos de los sistemas judicialistas. Por lo tanto, este argumento sería, al no encontrar apoyo en la realidad que exhibe el sistema francés, traduce un razonamiento excesivamente formal y teórico;

en muchos sistemas judicialistas, como se ha indicado precedentemente, la anulación de reglamentos produce efectos generales y sería excesivo suponer que en esos sistemas no existe división de poderes.

En resumidas cuentas se confunde una versión interpretativa y parcializada del principio de separación de poderes que, como tal, admite variantes y fórmulas específicas en cada sistema constitucional, atribuyendo a esa interpretación un rigor dogmático absoluto que ni siquiera admitiría que el legislador reglamentase la extensión de la cosa juzgada judicial, prescribiendo que la declaración de inconstitucionalidad de leyes o reglamentos tuviera efectos "erga omnes".

Como anota Bidart Campos, "no habría, pues, penetración indebida del poder judicial en el poder legislativo, sino restablecimiento liso y llano de la constitución; invalidar un acto que, utilizando esas competencias, ha transgredido la constitución, no es conculcar la división de poderes, sino, al contrario, conservarla para el único fin que ha motivado su establecimiento: hacer lo que la constitución manda o permite"

(64).

Pero ha sido, sin duda, Bosch quien ha demostrado, con argumentos que exhiben una lógica constitucional impecable, que no tendría lugar la ruptura del equilibrio de poderes en el caso de admitirse que el Poder Judicial privara de su validez (con carácter general) a aquellos actos del Poder Legislativo o del Ejecutivo que conculquen, respectivamente, la Constitución o las leyes(65).

En realidad, ello constituiría un modo de control constitucional ciertamente más intenso "e incluso más lógico"(66) reconocerse al Poder Judicial la posibilidad de frenar el abuso normativo en que pudieran incurrir tanto el legislativo como el ejecutivo, asegurando la uniformidad interpretativa, pues la ley o el reglamento resultan privados de su eficacia general, con lo que se consolida el principio de igualdad ante la ley (art. 16, Constitución Nacional).

En cuanto a la diferencia entre declarar la inconstitucionalidad con efecto "inter-partes" y hacerlo "erga omnes" se ha dicho que "aceptar que aquel Poder puede desconocer la eficacia de leyes y decretos con relación a las partes que promueven el correspondiente litigio, equivale a aceptar que puede volver a hacerlo en todos los casos sometidos a su consideración; por lo que, desde el punto de vista que ahora consideramos, prácticamente no existe diferencia alguna en permitir que el Poder Judicial realice por un solo acto lo que se le exige que haga repetidamente en todas las oportunidades análogas. Que en la práctica las dos situaciones son semejantes, no cabe duda, pues a todos los ciudadanos les es dable recorrer el mismo camino que el primer demandante y obtener la misma declaración"(67).

B. El efecto "erga omnes" y la cláusula del artículo 116 de la Constitución Nacional que abre la jurisdicción de los jueces sólo para entender en "casos" o "causas"

El otro argumento principal que suele oponerse al reconocimiento de efectos extra-partes de la sentencia que anula un reglamento radica en la cláusula contenida en el actual art. 116 de la Constitución Nacional (art. III de la Constitución norteamericana).

A partir de ese texto se arguye que los efectos de una sentencia, que declara inconstitucional o ilegal un reglamento del Poder Ejecutivo o de alguna de sus entidades descentralizadas o la inconstitucionalidad de una ley, se limitan a quienes han sido partes en la controversia judicial(68).

El art. 116 de la Constitución Nacional utiliza indistintamente los conceptos "causa" o "asunto" que, en la terminología constitucional, han sido asimilados a caso, pleito, litigio, etc., lo que significa que el juez no puede actuar fuera del proceso, estándole limitado su poder jurisdiccional al caso concreto promovido por una de las partes. Como apunta Bosch "la doctrina nacional no ha hecho otra cosa que registrar la opinión de la jurisprudencia anotada, la que por otra parte no es sino la misma que pone de relieve tribunales y autores norteamericanos"(69).

Sin embargo, que sepamos, nadie ha pretendido que los jueces puedan formular, declaraciones abstractas o contestar consultas y no se discute que deba existir un caso(70) para que se configure un pronunciamiento judicial constitucionalmente válido acerca de la declaración de ilegitimidad de un reglamento con efectos "erga omnes". De lo que se trata es de una cuestión distinta, la cual se vincula con el efecto o resultado de la causa que "en nada varía la naturaleza de la función declarativa de inconstitucionalidad"(71).

Al respecto, se ha dicho que admitir un concepto más amplio que supone la limitación de los efectos de la sentencia a las partes en litigio sustentado por la jurisprudencia y la doctrina "puede constituir el medio para llegar a reconocer, consecuentemente, la validez de pronunciamientos judiciales del orden general sobre la constitucionalidad de una ley o de un decreto reglamentario"(72).

En definitiva, "el proceso será el mismo: la modificación de un acto, de un contrato o de una ley, por causa del vicio insanable que 'ab initio' lleva consigo, en su forma o en su contenido, por violación de las normas superiores en que está interesado el orden público"(73).

En esa línea, la distinción que suele hacerse entre la declaración de inconstitucionalidad que se traduce en la inaplicación de la ley o del reglamento al caso y anulación de la norma con alcance general carece de sentido lógico-jurídico. Dicha distinción no pasa de ser sutil dado que toda sentencia declarativa de una inconstitucionalidad o ilegalidad traduce la nulidad o invalidación de la norma, ya fuere que se aplique exclusivamente "inter-partes" o tenga efectos "erga omnes" Lo que hay que distinguir, entonces, no radica en el efecto de la inconstitucionalidad o ilegalidad que es siempre la nulidad o invalidación de la ley o del reglamento sino el efecto de dicha nulidad, según se proyecte éste solo entre las partes o sea "erga omnes".

Ahora bien, cuando la sentencia no limita su alcance en relación a los sujetos a los que se aplica ("inter-partes") y contiene una declaración de nulidad o simplemente priva de efectos a un reglamento, es evidente que la declaración de nulidad (sin limitar el efecto a las partes del litigio o a un sector determinado de

los destinatarios de la norma general) o la privación de efectos de un reglamento, no traduce la inaplicabilidad de la norma anulada al caso concreto sino, antes bien, la extinción de la norma general con efectos "erga omnes".

3. Las dificultades sistemáticas y funcionales que plantea el reconocimiento de los efectos "erga omnes".

Aunque no deriva de cláusula expresa alguna de nuestra Constitución el sistema de control de constitucionalidad funciona, en el orden de la realidad, como un sistema de control difuso, que resulta más compatible con la limitación de los efectos de las sentencias a las partes litigantes⁽⁷⁴⁾. En cambio, en los sistemas de control de constitucionalidad no se advierten inconvenientes para reconocer efectos "extra-partes" a la decisión del respectivo tribunal supremo o constitucional que, de ese modo, unifica la jurisprudencia en torno de la interpretación de las cláusulas constitucionales.

Ahora bien, con la salvedad de que la cuestión de los efectos "erga omnes" de una sentencia anulatoria de un reglamento no requiere siempre de una declaración de inconstitucionalidad (pues puede tratarse de la violación de la ley formal y material) lo cierto es que ese inconveniente desaparece si se reconoce la posibilidad de formular una declaración de invalidez o inconstitucionalidad con efectos generales en cabeza, exclusivamente, a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En efecto, si como la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado ella es el intérprete final de la Constitución resulta mucho más lógico y compatible con el principio de igualdad que los efectos de la anulación de un acto de alcance general se extiendan por igual a todos los destinatarios de las normas que resultan invalidadas por el fallo.

Esta posibilidad, que había propiciado años atrás Bidart Campos⁽⁷⁵⁾, se encuentra ahora reconocida en la propia jurisprudencia que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sentado en el caso "Monges". Desde luego, que, como en los sistemas comparados, el efecto "erga omnes" sólo rige respecto de las sentencias estimatorias de la pretensión anulatoria, siendo obvio, por otra parte, que los efectos de una anulación son tanto declarativos como constitutivos⁽⁷⁶⁾.

Con todo hay que advertir que los jueces podrán siempre -en aplicación del principio de igualdad- limitar los efectos de la anulación a las partes o a un sector afectado por el reglamento y que también poseen facultades para graduar el efecto retroactivo de la invalidación en función del principio de igualdad, la protección de la buena fe y el derecho de defensa de terceros.

Precisamente, el principal obstáculo que plantea el efecto "extra-partes" consiste en una eventual transgresión del derecho de defensa a quienes, pese a no haber sido partes en el litigio, se le extienden los efectos de una sentencia anulatoria de una norma de alcance general. Por tales razones, el efecto "erga omnes" ha de surgir en forma expresa de la propia sentencia.

Esta misma cuestión se ha planteado en el derecho comparado, particularmente en el ámbito del recurso por exceso de poder, donde se admite la intervención de terceros en el proceso⁽⁷⁷⁾ pero también cabe señalar que la defensa de la legalidad o constitucionalidad de un reglamento se encuentra principalmente a cargo de la Administración como gestora de los intereses generales. A su vez, si bien el impugnante actúa para proteger, primariamente, un interés personal y directo, no se puede negar que, al propio tiempo, interviene en el proceso como un colaborador de la legalidad y de los intereses colectivos que fluyen de su pertenencia al sector de los particulares afectados por el reglamento ilegal o inconstitucional.

Pero aún en el extremo de que la defensa de la legalidad de un reglamento no fuera técnicamente adecuada resulta más disvaliosa -a nuestro juicio- la solución contraria, en cuanto produce las siguientes consecuencias: obliga a promover un proceso separado a todos los interesados en obtener la nulidad de un reglamento que ya fue declarado ilegal o inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación; cercena el principio de igualdad por cuanto la norma sería ilegal o inconstitucional para un particular y no para los otros destinatarios; permite relitigar y provocar cambios de jurisprudencia, con grave afectación a la seguridad jurídica; si la Administración no deroga el reglamento éste puede proyectarse de diferente manera en los actos de aplicación (dado que únicamente no regiría respecto de quien obtuvo su anulación).

Por otra parte, si la L.N.P.A. ha articulado un recurso o acción directa contra los actos de alcance general afectados de invalidez (art. 24 inc. a), L.N.P.A) resulta más lógico y sistemático reconocer, al menos, el efecto "erga omnes" de la sentencia estimatoria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, o bien, de la primera sentencia del tribunal superior de la causa en el orden federal, siempre que así se decidiera en forma expresa.

4. La nueva jurisprudencia de la Corte Suprema sentada en el caso "Monges" que declara el efecto "erga omnes" de una sentencia que invalida un reglamento

De un modo ciertamente incidental la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha venido a sentar una nueva

doctrina en materia de los efectos que cabe atribuir a la anulación de un reglamento⁽⁷⁸⁾.

Esa nueva concepción jurisprudencial ha tenido recepción a posteriori por parte de la sala I de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal⁽⁷⁹⁾ y de generalizarse, por las razones que más adelante anotamos, se proyectará, sin duda, en el ámbito del derecho procesal constitucional y administrativo.

En el caso, una alumna del Ciclo Preuniversitario de Ingreso para la Facultad de Medicina (CPI) impugnó ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal una resolución del Consejo Superior de la UBA que declaró la invalidez del citado Curso Preuniversitario (creado por la res. 1219/95 del Consejo Directivo de la Facultad de Medicina). Interesa destacar, asimismo, que el Rector de la UBA al contestar el traslado del recurso, planteó la inconstitucionalidad del art. 50 in fine de la ley 24.521 (Adla, LV-D, 4369)⁽⁸⁰⁾.

La sentencia de la Cámara declaró nula la resolución del Consejo Superior de la UBA (resolución 2314/95) considerando, sustancialmente, que el art. 50 in fine de la ley 24.521 no cercenaba la autonomía universitaria que gozan las universidades nacionales, en los términos del precepto contenido en el inc. 19 del art. 75 de la Constitución Nacional lo cual implica que, a la inversa del acto anulado, la resolución de la Facultad de Medicina se consideró ajustada a derecho.

Contra dicho fallo, la UBA interpuso -ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación- el recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48 (Adla, 1852-1880,364), reiterando su pretensión tendiente a que el Alto Tribunal declarase la inconstitucionalidad del art. 50 in fine de la ley 24.521.

Para apreciar la proyección que está llamada a tener la jurisprudencia de la Corte que se desprende del caso "Monges", tanto de la posición de la mayoría como de las disidencias, prescindiremos del análisis sobre la manera como se decidió la cuestión de fondo (en la que se debatió el alcance que, constitucionalmente, cabría atribuir a la autonomía universitaria) centrándonos en la cuestión relativa a los efectos extra-partes de la sentencia.

En esa línea hay que advertir, por de pronto, dos circunstancias fácticas. La primera, que mientras la actora pretendía la anulación de la resolución que había creado el "Ciclo Básico Común" del Consejo Superior de la UBA, por violar el art. 50 de la ley 24.521, el Rector de la UBA perseguía la declaración de inconstitucionalidad de dicha norma legal. La segunda era que la resolución que impugnaba la actora había, a su vez, revocado la resolución del Consejo Directivo de la Facultad de Medicina que creó el CPI.

Es decir que hasta tanto resolviera la justicia, seguían funcionando dos cursos paralelos cuya ilegalidad, en un caso, e inconstitucionalidad, en el otro, se debatían en la esfera de la controversia planteada, siendo obvio que, de no haberse dispuesto la extensión "erga omnes" de los efectos de la sentencia, la situación jurídica generalizada en ambos cursos hubiera quedado sin resolverse, dado que el fallo hubiera tenido efecto y únicamente respecto de la actora y solo el acatamiento por parte del Rectorado de la UBA o de la Facultad de Medicina (por lo demás, políticamente enfrentadas) hubiera brindado la seguridad jurídica a que legítimamente resulta acreedora cualquier persona que aspire a ingresar en la Universidad.

Frente a esas circunstancias la Corte viene a sentar una nueva doctrina jurisprudencial sobre los efectos de las sentencias que anulan reglamentos ilegítimos al declarar (por el voto de la mayoría) que; "...dada la naturaleza de la materia de que se trata, corresponde declarar que la autoridad de esta sentencia deberá comenzar a regir para el futuro, a fin de evitar perjuicios a los aspirantes a ingresar a la Facultad de Medicina quienes, aun cuando se hallaban ajenos al conflicto suscitado, ante la razonable duda generada por éste, asistieron y eventualmente aprobaron el denominado "Ciclo Básico Común" de la Universidad Nacional de Buenos Aires o, en su caso, el "Curso Preuniversitario de Ingreso" creado por el Consejo Directivo de la Facultad de Medicina. En tal sentido, cada estudiante podrá perseguir hasta su conclusión el régimen por el que hubiere optado, con los efectos para cada uno previstos" (consid. 34).

Va de suyo, entonces, que la Corte no solo declara el efecto "erga omnes" de la invalidez de un reglamento sino que limita hacia el futuro los efectos de la declaración de nulidad, con lo que se aparta de la doctrina administrativa que vincula la retroactividad de los efectos de una anulación con la nulidad absoluta⁽⁸¹⁾. Más aún, ni siquiera sigue el criterio privatista al no haber partes en la relación jurídica sustancial (en el sentido del Derecho Civil) por cuanto se trata de invalidez de un acto unilateral (aun cuando de alcance general) emanado de la Administración.

Queda claro que cuando la Corte declara que "la autoridad de esta sentencia deberá regir para el futuro" se está refiriendo a la autoridad de cosa juzgada en el tiempo del fallo judicial, y no obstante en el comentario efectuado sobre este precedente se haya opinado lo contrario⁽⁸²⁾, nos parece que no puede inferirse que la fórmula jurisprudencial utilizada se hubiera referido a las personas que debían acatar la sentencia ni que tampoco, por ende, consagre el efecto indirecto del fallo. A diferencia de lo que sostiene Mairal la fórmula

"autoridad de la sentencia" es de uso corriente en el derecho procesal donde siempre se refiere a la cosa juzgada que adquiere todo fallo a partir de su firmeza y definitividad.

En este precedente, la Corte decidió la cuestión de los efectos de la cosa juzgada tanto en el espacio como en el tiempo. Así, el efecto "erga omnes" y directo de la nulidad aparece atado a la limitación de la cosa juzgada en el tiempo (rigiendo sólo para el futuro) lo cual se declara con el propósito explícito de "evitar perjuicios a los aspirantes a ingresar a la Facultad de Medicina". Esta interpretación se completa con la fórmula utilizada en la última parte del Considerando 34 en cuanto declara, en forma enfática, que "cada estudiante podrá proseguir hasta su conclusión el régimen por el que hubiera optado, con los efectos para cada uno previstos".

¿Qué sentido tendría todo ello si la sentencia no tuviera efectos "erga omnes"?

De lo contrario habría que suponer, que la Universidad de Buenos Aires, amparándose en la doctrina que atribuye solo efectos inter-partes a la sentencia de la Corte, hubiera podido circunscribir el alcance del fallo exclusivamente a la actora. En el caso, resulta evidente que la Corte le ha cerrado a la UBA, claramente, la posibilidad de desconocer la eficacia directa de la sentencia.

A igual conclusión cabe arribar en punto a los votos de la minoría los cuales, al declarar la inconstitucionalidad del art. 50 in fine de la ley 24.521 no circunscriben los efectos de la declaración de inconstitucionalidad a la parte actora sino que se deja sin efecto, en forma expresa, la resolución de la Facultad de Medicina, sin resolver acerca del alcance de la sentencia en el tiempo, y aunque podría suponerse que se trata de una invalidación retroactiva hay que advertir que no se habla de nulidad sino de privación de efectos, lo que podría haber generado la posibilidad de aclarar la sentencia en el sentido de que los efectos de la nulidad operan "ex nunc", es decir, para el futuro.

De "lege ferenda", sería quizás, conveniente instituir un mecanismo de publicidad o convocatoria pública a los eventuales interesados en mantener la validez del reglamento citándolos o invitándolos a comparecer en el proceso, pudiéndose prever, asimismo, la posibilidad de que unifiquen la personería para el mejor orden procesal.

De ese modo, se podrá sostener que el principio de la tutela judicial efectiva, lejos de ser una fórmula declamatoria y vacía de contenido, constituye una realidad tangible que protege a los ciudadanos de una manera uniforme y generalizada contra la aplicación de reglamentos ilegales o inconstitucionales y, sustancialmente, contra los abusos y arbitrariedades de los poderes públicos.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).

(1) La mayoría de los autores que se han ocupado del tema omiten la mención de la fuente lo cual merecería el análisis acerca de los antecedentes que rodearon al citado Ante-Proyecto y la doctrina de sus autores.

(2) Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", t. I, p. 174, 9ª ed., Madrid, 1999.

(3) Art. 8 inc. 1º del Pacto de San José de Costa Rica (Adla, XLIV-B,1250), aplicable en virtud de lo prescripto en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, véase nuestro trabajo "De nuevo sobre los principios generales del derecho en el derecho administrativo", en la obra colectiva "El Derecho Administrativo Argentino, Hoy", p. 24 y sigtes., especialmente p. 29, Buenos Aires, 1996.

(4) GONZALEZ PEREZ, Jesús y GONZALEZ NAVARRO, Francisco, "Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común", t. I, p. 921, Madrid, 1997.

(5) Véase: GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, op. cit., t. I, p. 179 y siguientes.

(6) HUTCHINSON, Tomás, "Ley Nacional de Procedimientos Administrativos", p. 446 y sigtes., especialmente p. 450, Buenos Aires, 1985 y nuestro trabajo "Sobre la impugnación de reglamentos y demás actos de alcance general en la L.N.P.A. y en el R.N.L.P.A.", ED, 131-911.

(7) En tal sentido véase: GRECCO, Carlos M., "Impugnación de disposiciones reglamentarias", p. 45 y sigtes., Buenos Aires, 1988; en cambio, GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", t. 3, Cap. IV, ps. 25-27, propicia una solución intermedia que supere la tesis restrictiva de la impugnación judicial de reglamentos (p. 27) aunque, en principio sostiene que la L.N.P.A. no formula distinciones en cuanto al régimen de los actos de alcance general (p. 26).

(8) REJTMAN FARAH, Mario, "Impugnación Judicial de la Actividad Administrativa", p. 115, Buenos Aires, 2000.

(9) Cfr. GRECCO, Carlos M., op. cit., ps. 80-81 y nota 83, comparte el criterio que expusimos en un trabajo anterior ("La impugnación de reglamentos en el orden nacional", LA LEY, 1979-C, 721).

(10) Cfr. GONZALEZ PEREZ, Jesús, "Comentarios a la ley de jurisdicción contencioso-administrativa", 3ª ed., t. I, ps. 662-663, Madrid, 1998.

- (11) Sin perjuicio del control que realiza el Poder Legislativo, véase: PERRINO, Pablo Esteban, "La delegación legislativa" en el libro "El derecho administrativo, hoy", ps. 136-137, Buenos Aires, 1996.
- (12) Cfr. DIEZ, Horacio Pedro, "Reglamentos. Su impugnación en el procedimiento administrativo", p. 49 y sigtes., Buenos Aires, 1998. En el fallo "Fernández Horacio Ezequiel c. P.E.N. y M.E.O. y S.P. dec. 290/95 s/ empleo público", la sala IV de la CNFed. Contenciosoadministrativo, con fecha 09/02/2000 sostuvo (votos de los jueces Uslenghi y Pérez Cortés) que el art. 24 de la L.N.P.A. no es la vía idónea para impugnar un reglamento de necesidad y urgencia. Sin embargo, cabe advertir que la solución del tribunal tuvo por principal objeto la exclusión del plazo de caducidad del art. 25 de la L.N.P.A. para demandar la inconstitucionalidad de un reglamento de necesidad y urgencia. En nuestra opinión, aún coincidiendo con la justicia del fallo, el particular siempre tiene disponible la vía del art. 24 de la L.N.P.A. en forma opcional, pues también tiene abierta la promoción directa de una acción de inconstitucionalidad sin necesidad de habilitar la instancia administrativa.
- (13) Opinión que expusimos en el trabajo citado en nota 9, reproducido en "Cuestiones de derecho administrativo", p. 235, Buenos Aires, 1987, compartida por GRECO (op. cit. p. 80).
- (14) Vid. PALACIO, Lino Enrique, "Derecho Procesal Civil", t. III, p. 231 y sigtes., Buenos Aires, 1987.
- (15) Art. 90 inc. 2º del C.P.C. y C.N.
- (16) Art. 94 del C.P.C. y C.N.
- (17) Art. 89 apartado 1º del C.P.C. y C.N.
- (18) Cfr. PALACIO, Lino Enrique, op cit. p. 245.
- (19) Véase: GONZALEZ PEREZ, Jesús, op. cit. t. I, p. 422 y sigtes.; PALACIO, Lino Enrique, t. III, p. 20 y siguientes.
- (20) Cfr. CRECCO, Carlos Manuel, op. cit. p. 62.
- (21) Si bien no existen constancias exactas sobre ello, en diferentes oportunidades nos fue manifestado (tanto por Bosch como por Linares y Cozzi) que la paternidad de la mayor parte de los preceptos de dicho Proyecto correspondían a Marienhoff.
- (22) Así lo ha reconocido la jurisprudencia (en el caso "Banco Comercial del Norte c. Banco Central (CNFed. Contenciosoadministrativo, sala III, sentencia del 15/05/86 -La Ley, 1986-E, 307-).
- (23) GARCIA PULLES, Fernando, "La impugnación de Actos Administrativos de Alcance General", ED, 148-856.
- (24) HUTCHINSON, Tomás, "La impugnación judicial de reglamentos", en R.A.D.A. Nº 9, p. 39, Buenos Aires, 1976; por su parte, GRECCO sostiene, en línea similar, que la contraposición entre lesión actual y potencial resulta ficticia pues dice que "hay lesión o no la hay" (op. cit. p. 83) concluyendo en que debe existir una relación causal directa entre la lesión y el daño, aun cuando aquella no sea inmediata en el tiempo.
- (25) REJTMAN FARAH, Mario, op. cit. p. 120.
- (26) HUTCHINSON, Tomás, op cit. t. I, p. 450.
- (27) Véase entre otros casos: "Colegio de Escribanos c. Gobierno Nacional", CNFed. Contenciosoadministrativo, LA LEY, 1987-A, 655, ED, 112-587.
- (28) Véase: CASSAGNE, Juan Carlos, "Cuestiones de Derecho Administrativo", cit. p. 241.
- (29) Véase nuestro comentario al fallo de la sala V, "in re" "Consumidores libres", en "De nuevo sobre la legitimación para accionar en el amparo", LA LEY, 1995-E, 469 y siguientes.
- (30) HUTCHINSON, Tomás, "La impugnación judicial de los reglamentos" en R.A.D.A. Nº 9, p. 42, Buenos Aires, 1976.
- (31) LINARES, Juan Francisco, "Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo", p. 33, Buenos Aires, 1974.
- (32) Cfr. de ESTRADA, Juan Ramón, "Juicios entre el Estado nacional y las provincias: aplicación de las leyes 3952 y 19.549", ED, diario del 20/09/85, p. 3.
- (33) HUTCHINSON, Tomás, op. cit., ps. 42-43. La jurisprudencia de la sala I de la CNFed. Contenciosoadministrativo ha adoptado el criterio que exponemos en el texto, véase: "Oyuela, Horacio M. c. Estado nacional - Poder Judicial", LA LEY, 1996-D, 854.
- (34) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. II, p. 316 y sigtes., Buenos Aires, 1975.
- (35) HUTCHINSON, op. cit., 44.
- (36) Vid. COMADIRA, Julio R., "El sistema de nulidades del acto administrativo" en el libro "Derecho Administrativo", ps. 64-65 y CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", cit. t. II, p. 173 y siguientes.
- (37) CASSAGNE, Juan Carlos, "La ejecutoriedad del acto administrativo", p. 86 y sigtes., Buenos Aires, 1971. La doctrina vernácula ha seguido esta interpretación sin consignar muchas veces su fuente originaria o atribuyéndola a quienes han escrito "a posteriori".
- (38) La doctrina sostiene la conclusión expuesta en el texto, véase: LINARES, Juan Francisco, op. cit. p. 33;

- GRECCO, Carlos Manuel, op. cit., p. 77; REJTMAN FARAH, Mario, op. cit., p. 126.
- (39) HUTCHINSON, op. cit., p. 45-47.
- (40) BARRA, Rodolfo Carlos, "La potestad reglamentaria de la Administración Pública", en "Régimen de la Administración Pública", N° 1, ps. 27-28, Buenos Aires, 1978.
- (41) LINARES, Juan Francisco, "Cosa juzgada administrativa en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación", ps. 23-24, Buenos Aires, 1946.
- (42) Cfr. REJTMAN FARAH, Mario, op. cit., p. 123.
- (43) Así lo sostiene: GRECCO, Carlos Manuel, op. cit., ps. 86-88.
- (44) Vid. GONZALEZ PEREZ, Jesús, "Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa", t. I, ps. 695-696, al comentar el art. 28 de la nueva ley que reproduce el art. 40 de la L.J. anterior, señala que la jurisprudencia interpretó en forma restringida este precepto exigiendo que entre el acto confirmado y el anterior consentido existiera la más completa identidad de sujetos, de pretensiones y de fundamentos (op. cit., p. 696).
- (45) Al respecto puede verse: AUBY, J. M. y DRAGO, R., "Traité de Contentieux Administratif", t. II, p. 129 y sigtes., París, 1975; CHAPUS, René, "Droit du contentieux administratif", 7ª ed., p. 174 y sigtes., París, 1998; VEDEL, Georges y DELVOLVE, Pierre, "Droit Administratif", p. 738 y sigtes., 9ª ed., París, 1984; LAUBADERE, André de, "Traité de Droit Administratif", t. 1, p. 568 y sigtes., actualizado por Jean-Claude Venezia e Yves Gaudemet, París, 1983.
- (46) Cfr. LAUBADERE, André de, op. cit., t. I, p. 570.
- (47) Vid. GONZALEZ PEREZ, Jesús, La sentencia administrativa. Su impugnación y efectos, p. 231, nota 48, Madrid, 1954.
- (48) Como parece suponer MAIRAL en un trabajo publicado en Revista de Derecho Administrativo N° 2, p. 276 y sigtes., Buenos Aires, 1989.
- (49) ALCALA ZAMORA, Niceto, "Lo contencioso-administrativo", p. 50, Buenos Aires, 1943.
- (50) GONZALEZ PEREZ, Jesús, "Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", 3ª ed., t. I, p. 26, Madrid, 1998.
- (51) GONZALEZ PEREZ, Jesús, op. cit., t. 2, p. 1341.
- (52) Cfr. BARNEZ VAZQUEZ, Javier, "La justicia administrativa en el derecho comparado", p. 92 y sigtes., Madrid, 1993, anota que esa posibilidad se extiende en la medida en que las leyes de los "lander" que desarrollan la ley de lo contencioso administrativo así lo establezcan respecto de disposiciones generales de naturaleza infralegal y que la mayoría de los "lander" han extendido dicho control (op. cit., ps. 92 y 93).
- (53) A similar conclusión arriba, en nuestro sistema, BOSCH, Jorge Tristán, en uno de los libros más brillantes que ha producido el Derecho Administrativo Argentino: "¿Tribunales judiciales o Tribunales Administrativos para juzgar a la Administración Pública?", p. 128 y sigtes., Buenos Aires, 1951.
- (54) BIANCHI, Alberto B., "Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo (Una perspectiva general desde el derecho administrativo de los Estados Unidos)", ED, diario del 28 de octubre de 1989, p. 8.
- (55) *Levesque v. Block*, 723 F. 2d 175, 185 (1 st Cir. 1983); *Action on Smoking and Health v. CAB*, 713 F. 2d 195, 197 (D. C. Cir. 1983); *Buschmann v. Schweiker*, 676 F. 2d. 352, 355-356, 358 (9 th Cir. 1982); *New Jersey v. EPA*, 626 F. 2d. 1038, 1048 (D.C. Cir. 1980); *City of Waco v. EPA*, 620 F. 2d. 84, 86-87 (5 th Cir. 1980); *Kollett v. Harris*, 619 E. 2d. 134, 145-146 (1 st Cir. 1980); *Mobil Oil Corp. v. Department of Energy*, 610 F. 2d. 796, 804 (Temp. Emer. Ct. App. 1979); *United States Steel Corp. v. United States EPA*, 595 F. 2d. 207, 215 (5 th Cir. 1979); *National Nutritional Foods Ass'n v. Kennedy*, 572 F. 2d. 377, 393 (2d Cir. 1978); *American Iron and Steel Institute v. EPA*, 568 F. 2d. 284, 310 (3d Cir. 1977); *Tasty Baking Co. v. Cost of Living Council*, 529 F. 2d. 1005, 1016 (Temp. Emer. Ct. App. 1975); *Shell Oil Co. v. Federal Energy Admin.*, 527 F. 2d. 1243, 1248 (Temp. Emer. Ct. App. 1975); *Maryland v. EPA*, 530 F. 2d. 215, 229 (4 th Cir. 1975); *Detroit Edison Co. v. EPA*, 496 F. 2d. 244, 249 (6 th Cir. 1974); *Texaco Inc. v. Federal Power Commission*, 412 F. 2d. 740, 745 (3d Cir. 1969); *Story v. Marsh*, 574 F. Supp. 505, 514, 517 (E. D. Miss. 1983); *Baylor Univ. Medical Center v. Schweiker*, 571 F. Supp. 374, 379 (N. D. Tex. 1983); *Lakes Gas Co. v. Department of Energy*, 477 F. Supp. 187, 192 (D. Minn. 1979); *Philipps Petroleum Co. v. Department of Energy*, 449 F Supp. 760, 802 (D. Del. 1978); *City of New York v. Diamond*, 379 F. Supp. 503, 516, 518 (S. D. N. Y. 1974); *Akron, Canton and Youngstown R. R. Co. v. United States Dep. of Interior*, 339 F. Supp. 1095, 1102 (E. D. Cal. 1972); fallos citados por LAVILLA RUBIRA, Juan José, en "La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América", p. 329, Madrid, 1991.
- (56) *Consumers Union of United States v. Sawhill*, 393 F supp. (9 th. Cir. 1982).
- (57) Cfr. LAVILLA RUBIRA, Juan José, p. 332 y jurisprudencia citada en la nota 733.
- (58) FIORINI, Bartolomé, "¿Qué es el contencioso?", p. 321, Buenos Aires, 1965; GORDILLO, Agustín A., "Acto, reglamento y contrato administrativo, R.A.D.A. N° 3. p. 15 y 14; GRECCO, Carlos M., "Impugnación de Disposiciones Reglamentarias", p. 107 y sigtes., Buenos Aires, 1988; HUTCHINSON, Tomás, "Ley Nacional

de Procedimientos Administrativos comentada", t. I, p. 461-463, Buenos Aires, 1985 y nuestro trabajo publicado en ED, 131-911.

(59) Véase: MAIRAL, Héctor A., "Control judicial de la Administración Pública", t. II, p. 897-902; "Los efectos de la sentencia que acoge la impugnación de un reglamento", en Revista de Derecho Administrativo N° 2, p. 223 y sigtes., Buenos Aires, 1989, y recientemente "Los efectos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", ED, 177-795.

(60) Entre los que han advertido que se trata de dos problemas distintos, cabe citar la opinión de Grecco quien señala que "naturalmente no se trata de preconizar ligeramente la aplicación al reglamento de consecuencias jurídicas que solo la soberanía que la ley encarna puede sustentar..." (Cfr. GRECCO, Carlos M., "Impugnación de disposiciones Reglamentarias", p. 107, Buenos Aires, 1988). Esa es también nuestra opinión, véase: "Sobre la impugnación de reglamentos y demás actos de alcance general (en la L.N.P.A. y en el R.N.L.P.A.)", ED, 131-911".

(61) LINARES QUINTANA, Segundo V., "Tratado de la ciencia del derecho constitucional", 2ª ed., t. III, p. 531-532, Buenos Aires, 1978; en el mismo sentido la idea ha sido esbozada en algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, véase, por ejemplo, el caso Banco Hipotecario Nacional c. Provincia de Córdoba, Fallos: 256-104; 112-558.

(62) Cfr. MAIRAL, Héctor A., "Los efectos de la sentencia...", cit. p. 796.

(63) Tan es así que bastantes años atrás ALIBERT al estudiar el régimen del recurso por "excés de pouvoir" pudo intitular su obra *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès pouvoir*, Ed. Payot, París, 1926.

(64) BIDART CAMPOS, Germán J., "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", t. II (El Derecho Constitucional del Poder), p. 366, Buenos Aires, 1991.

(65) BOSCH, Jorge Tristán, op. cit., p. 137.

(66) BIDART CAMPOS, Germán J., op. cit., p. 366.

(67) BOSCH, Jorge Tristán, op. cit., p. 137.

(68) Véase: MAIRAL, Héctor A., "Los efectos de la sentencia...", cit., p. 244 y doctrina del derecho norteamericano que cita.

(69) BOSCH, Jorge Tristán, op. cit., p. 140.

(70) GRECCO, Carlos M., op. cit., p. 109.

(71) BIDART CAMPOS, Germán J., op. cit., p. 365.

(72) Cfr., BOSCH, Jorge Tristán, op. cit., p. 141.

(73) VANOSSI, Jorge Reynaldo, "Teoría Constitucional", t. II, p. 46. Buenos Aires, 1976, no encuentra impedimento lógico-jurídico que impida identificar la declaración de inconstitucionalidad con los efectos de la nulidad y aplicar los alcances y efectos de esta última.

(74) VANOSSI, Jorge Reynaldo, op. cit., t. II, p. 134.

(75) BIDART CAMPOS, Germán J., op. cit., t. III, p. 366.

(76) Toda sentencia produce "una declaración de certeza como premisa necesaria de la decisión principal" siendo la sentencia constitutiva una modalidad de la sentencia declarativa que insustituiblemente genera esa consecuencia, o bien, crea un estado nuevo (véase PALACIO, Lino Enrique, "Manual de Derecho Procesal Civil", 14ª ed., Buenos Aires, 1998).

(77) Cfr. CHAPUS, René, "Droit du contentieux administratif", 7ª ed., p. 187, París, 1998; AUBY, J. M. y DRAGO, R., "Traité de Contentieux Administratif", t. II, p. 638 y sigtes., París, 1975.

(78) "Monges c. Universidad de Buenos Aires", de fecha 26 de diciembre de 1966, ED, 173-272 y sigtes., La Ley, 1997-C, 150.

(79) En los casos "Blas, Humberto Agustín c. Universidad de Buenos Aires y "Barsanti Agustina c. Universidad", resueltos con fecha 27/11/97 y 20/11/97, respectivamente. También, en otro precedente posterior, la sala II de la citada Cámara confirmó un pronunciamiento de primera instancia que anuló una Resolución del Ministerio de Economía de naturaleza reglamentaria, la cual se dejó sin efecto, véase: "Gambier, Beltrán c. M. E. y O. S. P., Resolución 1221/97 s/amparo, ley 16.986", fallo de fecha 18 de junio de 1998.

(80) Vid. Considerando 3º del voto del doctor Vázquez.

(81) Postura que venimos criticando en las sucesivas ediciones de nuestro "Derecho Administrativo" (t. II, p. 179 y sigtes., Buenos Aires, 1998).

(82) MAIRAL, Héctor A., "Los efectos de las sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", ED, serie Derecho Administrativo, t. 177, p. 795 y siguientes.