

EL DERECHO ADMINISTRATIVO FRANCES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO. REFLEXIONES SOBRE LA IRRADIACION DE UN MODELO

José Sebastián KURLAT AIMAR¹

– SUMARIO –

§ INTRODUCCIÓN - UNA IRRADIACIÓN HISTÓRICA - El período inicial - La constatación de una irradiación - Las razones de esta irradiación - El período intermedio - En derecho de los actos administrativos - En derecho de los contratos administrativos - En otros campos del derecho administrativo - La influencia en materia de servicios públicos - La evolución de la teoría de los actos de gobierno - En el derecho de la policía administrativa - A nivel provincial - II. UNA IRRADIACIÓN VIVA - En el derecho de los actos administrativos - En el derecho de los contratos administrativos - En otros campos del derecho administrativo - En el derecho de la responsabilidad del Estado - En cuanto al acceso a la instancia judicial - Los campos en los que el derecho administrativo francés se encuentra menos presente - § CONCLUSIONES

¹ Doctor en Derecho por las Universidades Panthéon-Sorbonne (París 1) y por la Universidad de Buenos Aires (UBA), miembro de la Asociación Francesa de Derecho Constitucional (AFDC), de la Asociación Francesa para la Investigación en Derecho Administrativo (AFDA) y del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, entre otras entidades científicas. sebastiankurlat@gmail.com

Agradezco enormemente los consejos recibidos de Marie-Caroline ARRETO y Bertrand-Léon COMBRADE. Asimismo, las referencias brindadas por el profesor emérito Dr. Abelardo LEVAGGI fueron de suma utilidad. A él quisiera manifestarle mi gratitud. Finalmente, agradezco al personal de la biblioteca de la Corte Suprema por su indispensable y valiosa ayuda.

El presente texto es una traducción de « *Le droit administratif français en droit administratif argentin. Réflexions sur un rayonnement doctrinal* » publicado en la *Revue internationale de Droit comparé* (Société de Législation Comparée – París), nº 3-2020, pp. 707-739.

RESUMEN

El derecho administrativo francés sirvió de inspiración para varios Estados receptores de instituciones más estructuradas que las que se encontraban presentes en sus derechos nacionales. Uno de los destinatarios de esta influencia fue Argentina. De hecho, casi todas las nociones principales que estructuran esta rama jurídica atestiguan de los préstamos al ordenamiento jurídico francés. Cabe señalar que esta presencia administrativa francesa se encuentra en todas las fuentes del derecho (textos normativos, jurisprudencia y doctrina). El presente artículo analiza la recepción de instituciones de otro orden jurídico y cómo el ordenamiento receptor tuvo que adaptar esta irradiación. En primer lugar, observaremos esta acogida desde un punto de vista histórico y los factores que la hicieron posible. En segundo lugar, nos centraremos en la presencia del derecho administrativo francés en Argentina como parte de su derecho vivo.

RÉSUMÉ

Le droit administratif français a servi d'inspiration pour plusieurs États enclins à recevoir des systèmes juridiques plus construits que leurs droits nationaux. L'un des destinataires de ce rayonnement fut l'Argentine. En effet, quasiment l'ensemble de grandes notions structurant le système juridique administratif de ce pays témoigne d'emprunts à l'ordre juridique hexagonal. Cette présence administrativiste française est perceptible dans toutes les sources du droit (textes, jurisprudence et doctrine). La présente contribution interroge les conditions de réception des notions provenant d'un autre ordre juridique et les modalités d'adaptation corrélatives de l'ordonnancement destinataire. Dans un premier temps, nous proposons d'analyser ce rayonnement d'un point de vue historique en s'intéressant plus particulièrement aux facteurs qui l'ont favorisé. Dans un second temps, nous considérons la présence du droit administratif français en Argentine en tant que composante de son droit vivant.

ABSTRACT

French administrative law served as an inspiration for several recipient States of the more constructed institutions than those found within their national laws. One of the recipients of this influence was Argentina. Indeed, almost all the major notions structuring this legal branch testify to the borrowings from the French legal order. It should be noted that this French administrative presence can be found in all sources of law (texts, jurisprudence and doctrine). The present article discusses the receipt of concepts from another legal order and how the recipient's sequence had to adapt this irradiation. First, we will observe this radiation from a historical point of view as well as the factors which made it possible. Secondly, we will focus on the presence of French administrative law in Argentina as part of its living law.

EL DERECHO ADMINISTRATIVO FRANCES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO. REFLEXIONES SOBRE LA IRRADIACION DE UN MODELO

§ INTRODUCCIÓN

01. « La admiración por el derecho administrativo francés llevó a soslayar su fundamental diferencia con el modelo anglosajón en el cual hemos basado nuestra Constitución »². Sin embargo, podemos considerar con François HAUT que « [...] es posible constatar que ciertos países toman las grandes categorías que son comparables a las que utiliza el derecho administrativo francés. Se trata esencialmente de países de Europa continental del Oeste y de los países de América Latina »³. En efecto, la práctica y la sistematización del derecho administrativo en Argentina se caracterizan por una lectura, un análisis y una invocación constantes de la doctrina y de la jurisprudencia francesas. Esta recepción de nociones jurídicas extrajeras fue posible en razón de la necesidad de resolver problemas comparables en el marco de una rama jurídica naciente que debió construirse al hilo de las necesidades. Como pudo manifestar Marie-Ange LE MESTRE, « [...] es la similitud del problema lo que condiciona la comparabilidad »⁴. Nosotros nos permitimos ir un poco más lejos en esta afirmación sosteniendo que es la similitud del problema lo que permitió una irradiación.

02. Tal recepción fue posible también porque los dos órdenes jurídicos pertenecen a la misma familia, esto es, el derecho romanista⁵ que se formó en Europa continental y que, por fenómenos de exportación, y luego de aclimatación, fue acogido en América Latina. Como lo señaló René David: « Las colonias españolas, portuguesas, francesas y holandesas de América [...] aceptaron de manera totalmente natural las características de la familia romano-germánica »⁶. Los trazos principales de esta familia jurídica son particularmente la existencia de un método deductivo para aplicar reglas jurídicas a una situación concreta, la preeminencia del principio de legalidad de la actividad administrativa, el horror a la contradicción según una concepción

² Cf. H. A. MAIRAL, « El derecho administrativo y la decadencia argentina » discurso de incorporación a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, sesión del 22 de agosto de 2012, *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, t. XXXIX, 2012, p. 19. V. BALBÍN, C. F., *Crisis del derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 2020, p. 3.

³ Cf. F. HAUT, « Réflexion sur la méthode comparative appliquée au droit administratif », *RIDC* n°4 1989, pp 909-910.

⁴ Cf. M.-A. LE MESTRE, « L'argument de droit comparé et les autorités administratives indépendantes » in F. MELLERAY (dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruselas, Bruylant, 2007, p. 143.

⁵ V. E. AGOSTINI, *Droit comparé*, París, PUF, 1988, p. 25.

⁶ Cf. R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^{ma} ed., París, Dalloz, 2002, p. 5.

muy racional del orden jurídico escrito y una jerarquía normativa coronada por una Constitución escrita⁷.

03. Así, para cada aspecto que será tratado, se intentará poner en evidencia la manera en la que el derecho administrativo francés fue acogido en Argentina. Optamos por un método comparativo que permite pensar la transferencia de un derecho nacional hacia otro. Si la comparación es « [...] la confrontación de reglas jurídicas pertenecientes a sistemas diferentes »⁸, este estudio no es una simple yuxtaposición descriptiva de ordenamientos jurídicos sino la búsqueda de comprensión de la exportación de un modelo.

04. Por otra parte, nos inspiraremos de los trabajos de Horatia MUIR WATT que pudo calificar la función de derecho comparado de “subversiva”. Según ella, la comparación permite abandonar los dogmatismos y la convicción de que las soluciones nacionales son las únicas posibles⁹. Asimismo, el análisis comparativo no permite solamente conocer mejor los dispositivos de los derechos extranjeros sino igualmente profundizar los conocimientos que tenemos sobre cada derecho nacional. Encontramos así la definición de derecho comparado propuesta por Jean RIVERO y retomada por Yves GAUDEMEL: « el estudio en paralelo de reglas y de instituciones jurídicas pertenecientes a sistemas diferentes para aclararlas mediante este acercamiento »¹⁰. Tal es entonces la doble función el comparatismo: el conocimiento del derecho extranjero y la renovación de la comprensión de su propio derecho nacional.

05. Sea definido como un método¹¹ o como una disciplina¹², la vocación primera del saber del derecho administrativo comparado es, como todo saber, un mejor conocimiento del derecho. Nosotros nos proponemos en este estudio una aplicación concreta de ese saber apuntando a comprensión de los préstamos producidos entre derechos administrativos nacionales. Para Yves-Marie LAITHIER, esta función contingente del derecho comparado no se encuentra para nada cuestionada: « Si tal o tal legislación, noción o institución extranjera demostró se operacional, resulta tentador tomarla o inspirarse de ella »¹³.

06. Esta investigación encara así el derecho francés en tanto fuente de inspiración para otro sistema jurídico. No todo es, no obstante, susceptible de ser yuxtapuesto y conviene tener bien presente en el espíritu a cada sistema nacional en su totalidad. A este respecto, una atención particular merece

⁷ V. A.-J. VAN DER HELM y V.-M. MEYER, *Comparer en droit. Essai Méthodologique*, Estrasburgo, Cerdic-Publications, 1991, p. 28.

⁸ Cf. A. GAMBARO, R. SACCO y L. VOGEL, *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, París, LGDJ, 2011, p. 3. V. también M. A. GLENDON, M. WALLACEGORDON y C. OSAKWE, *Comparative legal traditions*, Minnesota, West Publishing Company, 1985, p. 12.

⁹ V. H. MUIR WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, n°3-2000, p. 506.

¹⁰ Cf. Y. GAUDEMEL, « Le droit administratif en France », *RIDC* n°4-1989, p. 899.

¹¹ V. J. CRETTELLA JUNIOR, *Droit administratif comparé*, São Paulo, José Bushatsky Editor, 1973, p. 30.

¹² V. O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC*, n° 2-2001, p. 277 ; V. É. PICARD, « L'état du droit comparé en France, en 1999 », *RIDC*, n° 4-1999, p. 887.

¹³ Cf. Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé*, París, Dalloz, 2009, p. 17.

prestarse a las exigencias constitucionales.

07. Así, el objeto de esta contribución es analizar los préstamos que revelan la lógica que actúa como sustrato de recepción de reglas por un orden jurídico destinatario. Se trata de una función comparativa que podemos calificar de “tecnológica”. Constatamos entonces la existencia de una doble irradiación: histórica (I) y viva (II).

I.– UNA IRRADIACIÓN HISTÓRICA

08. La irradiación histórica del derecho administrativo francés en Argentina se caracteriza por dos momentos importantes. En efecto, podemos distinguir un período inicial (desde finales del siglo XIX hasta la primera mitad del siglo XX) y un período intermedio (desde la mitad hasta el final siglo XX) de influencia francesa.

A. – *El período inicial*

09. Al examen de la constatación de una irradiación conviene agregar las razones que lo permitieron.

1. *La constatación de una irradiación*

10. En sus inicios¹⁴, el derecho administrativo argentino era aprehendido como un estudio descriptivo de una legislación sin ninguna pretensión científica ni dogmática. Hasta 1875 su estudio pertenecía al marco indisociable del derecho constitucional¹⁵. Los primeros autores no producían, entonces, sino comentarios de leyes y reglamentos que encuadraban la función administrativa¹⁶.

11. A principios del siglo XX algunas publicaciones demostraron un rigor de razonamiento más pulido alentando la construcción progresiva de una doctrina administrativista argentina¹⁷. Vicente GALLO, particularmente, fue el

¹⁴ En América del Sur, el derecho administrativo comenzó a enseñarse en Chile, en 1859 por Francisco Prado. En Argentina, la primera cátedra de derecho administrativo fue creada en 1868 bajo la responsabilidad de Florentino GONZALEZ. V. J. M. DIAZ COUSELO, « Panorama histórico del derecho administrativo argentino (1866-1950) », *Revista del instituto de historia del derecho Ricardo Levene*, 1975, n° 25, p.171. V. BALBÍN, C. F., *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2007, pp. 10 y ss.;

¹⁵ El 1^o de junio de 1875, el régimen de estudios de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires impuso una separación de cursos de derecho constitucional y de derecho administrativo. V. J. J. DOCOBO, « Elementos para una historia de la cátedra de derecho administrativo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires », *Boletín del Instituto de derecho administrativo Profesor Rafael Bielsa*, 1970, n° 3, p. 20.

¹⁶ Los trabajos de L. V. LOPEZ, *Derecho administrativo. Lecciones dadas por el Profesor Lucio V. López*, Buenos Aires, Imprenta de La Nación, 1902 y de J. R. FERREYRA, *Derecho administrativo general y argentino*, Buenos Aires, Imprenta Pablo E. Coni, 1866, constituyen las dos obras argentinas de referencia en la materia en el siglo XIX. N.b.- Las lecciones de L. V. LOPEZ, publicadas en 1902, corresponden a sus cursos de 1890. V. R. BIELSA, R., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1955, p. 111.

¹⁷ V. H. J. QUIROS y R. P. EMILIANI, *Derecho Administrativo*, 2^{da} ed., Buenos Aires, Valerio

primer universitario argentino en incluir una vasta bibliografía francesa en su curso¹⁸.

12. No podemos omitir que existía ya en esa época una presencia cierta del derecho administrativo francés en Argentina. Lucio V. LÓPEZ escribía, a principios del siglo XX: « La Francia, a quien hemos seguidos rutinariamente [...] en materia administrativa, ha mantenido el principio de la autorización previa del Consejo de Estado y el de la incompetencia de los tribunales ordinarios para conocer al abuso de los administradores [...] En efecto, en este país, el principio de la responsabilidad pecuniaria del Estado ha sido abiertamente declarado por la ley y consagrado por los tratadistas. Estos, y entre otros Camille BAZILLE, sostienen que el sistema de responsabilidad del Estado participa de la ventaja de garantir al agente administrativo una libertad de acción completa, influyendo notablemente para facilitar la delicada misión que le es propia »¹⁹.

13. La presencia del derecho francés en Argentina estaba, sin embargo, ligada a la irradiación del derecho civil. El mismo autor declaraba, por ejemplo, « [...] El Código francés en su artículo 1334 [sic²⁰] como el Código argentino en su artículo 1109, han consagrado uniformemente el principio de que todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro está obligado a la reparación del daño [...] Algunos jurisconsultos como AUBRY et RAU y DALLOZ no han vacilado en aplicar al Estado las reglas del derecho civil francés, llegando hasta reconocer la competencia de los tribunales ordinarios para entender en las demandas sobre responsabilidad administrativa. A pesar de que en Francia ha preponderado doctrina contraria. BAZILLE estudiando este punto, cree que las doctrinas de la escuela civilista lastiman los más importantes principios del derecho público francés »²¹.

14. Posteriormente, en 1928, fueron publicados los *Elementos de derecho constitucional y administrativo argentinos* de Daniel ANTOKOLETZ. Este estudio sigue la lógica de la enseñanza de la época mezclando el derecho constitucional con el administrativo pero atestigua la presencia del derecho francés en varios campos. En primer lugar, el autor analiza el pensamiento de Joseph BARTHÉLEMY explicando que el sistema francés difiere del régimen de la provincia de Buenos Aires en la medida en que en Francia los tribunales ordinarios no pueden juzgar la actividad administrativa. El jurista argentino

Abeledo, 1914, p. 26 (se trata de la publicación del curso del profesor Adolfo F. ORMA). La reacción contra el método de comentarios legales fue llevada a cabo inicialmente por Vicente C. GALLO en *Apuntes sobre derecho administrativo*, Buenos Aires, 1912 [bibliografía de curso], p. 4, donde expresa que sobre la base y más allá de la totalidad de leyes, reglamentos e instrucciones administrativas, existe un sistema de doctrina permitiéndoles vivir, explicarlos y fecundarlos.

¹⁸ La literatura jurídica predominante era de origen francés, seguida de la italiana. Cf. J. M. DIAZ COUSELO, « Panorama histórico del derecho administrativo argentino (1866-1950) », *op. cit.*, p. 183.

¹⁹ Cf. L. V. LOPEZ, *Derecho administrativo. Lecciones dadas por el Profesor Lucio V. López*, *op. cit.*, p. 216 y p. 219.

²⁰ El autor hace en realidad referencia al art.1382 del Código Civil francés.

²¹ Cf. L. V. LOPEZ, *Derecho administrativo. Lecciones dadas por el Profesor Lucio V. López*, *op. cit.*, p. 220 con citas C. AUBRY y F.-C. RAU y V. A. D. DALLOZ. En la p. 221, el autor cita A. LERAT DEMAGNITOT, *Dictionnaire d'administration*, entrada « Dette publique », p. 401, También A. CHAUVE, *Compétence Administrative*, t. I, n° 667 y T. DUCROCQ, *Droit administratif*, 5^{ta} ed. t. XI, n° 1056.

retoma la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión: los actos de autoridad son dictados por el Estado en tanto poder político y se caracterizan por su valor coactivo –por ejemplo, la policía, la expropiación– mientras que los actos de gestión son dictados por el Estado en calidad de persona moral con el objeto de conservar, aumentar o disminuir su patrimonio²². Daniel ANTOKOLETZ es, por otra parte, el primer autor argentino en hacer una teoría simplificada del acto administrativo. Según la definición que da del mismo: « El acto administrativo es el acto realizado por el Poder administrador con el ánimo de producir un efecto de derecho »²³.

15. En 1924 Rodolfo BULLRICH obtiene la titularidad de cátedra de derecho administrativo en la Universidad de Buenos Aires. Él brinda una nueva orientación a la disciplina universitaria rechazando producir comentarios improductivos de textos legislativos y reglamentarios y prefiriendo orientar sus reflexiones hacia la dogmática y el estudio de los principios. Es a él a quien le debemos el gran esfuerzo de sistematización del derecho administrativo argentino a partir de la lectura de los maestros franceses, españoles, alemanes e italianos. Es también a partir de sus publicaciones que el derecho administrativo argentino siguió definitivamente la doctrina y jurisprudencia francesas para no abandonarlas nunca más²⁴.

16. Nombres célebres como Raymond CARRÉ DE MALBERG, Gaston JÈZE, Adhémar ESMEIN, Maurice HAURIOU, Théophile DUCROCQ, Édouard LAFERRIÈRE, Henri CAPITANT, Léon DUGUIT, Joseph BARTHÉLEMY et Louis ROLLAND²⁵ forman parte de este movimiento de construcción casi artesanal de un derecho administrativo aún muy inédito. Él toma prestada la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión a Léon DUGUIT²⁶. Para él, los actos de autoridad son unilaterales mientras que los actos de gestión son bilaterales o contractuales. Según Rodolfo BULLRICH, un poder discrecional se ejerce al momento de la emisión de un acto de autoridad. Este autor también se interesa en la enumeración de los actos de gobierno propuesta por Maurice HAURIOU insertándolo en el marco de los actos de autoridad²⁷.

17. Para definir los servicios públicos Rodolfo BULLRICH se inspiró de la pluma de Gaston JÈZE y de la posición doctrinal de la Escuela del Servicio Público. En materia de policía administrativa, la doctrina francesa oficia igualmente de referencia. Por una parte, a través de la diferenciación entre la acción represiva y la acción preventiva y, por otra parte, con la noción de orden

²² V. D. ANTOKOLETZ, *Elementos de derecho constitucional y administrativo argentinos*, Buenos Aires, Librería “La Facultad”, 1926, p. 227 con cita de J. BARTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*.

²³ Cf. D. ANTOKOLETZ, *Elementos de derecho constitucional y administrativo argentinos*, *op. cit.*, p. 229.

²⁴ R. BULLRICH publicó en 1942 una síntesis de todo su trabajo titulado *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Kraft, 1942.

²⁵ Citados por R. BULLRICH, *Nociones de derecho administrativo*, Buenos Aires, Librería de Derecho y Jurisprudencia, 1925, *passim*.

²⁶ V. R. BULLRICH, *Curso de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1929, p. 114.

²⁷ V. R. BULLRICH, *Nociones de derecho administrativo*, *op. cit.*, pp.14-15; *ídem*, *Curso de derecho administrativo*, *op. cit.*, t. I, pp.116-117.

público. Por otra parte, en derecho de la responsabilidad del Estado, son los fallos del Palacio Real que se invocan para criticar el derecho argentino²⁸.

18. En 1946 Rafael BIELSA obtiene la titularidad en la Universidad de Buenos Aires. Con él, el derecho administrativo argentino siguió su construcción científica. Desde hacía mucho tiempo, el autor se había dado por objetivo « [...] ordenar la legislación en la materia, tan dispersa y confusa [...] Si no hay nada, es necesario empezar por algún lado »²⁹. Sus obras testimonian de una influencia incluso más apoyada en autores franceses. La competencia discrecional es presentada como necesaria al funcionamiento de la totalidad de la actividad administrativa pero su ejercicio siempre es objeto de un control de legalidad³⁰.

19. En lo tocante a los actos de gobierno, Rafael BIELSA sigue el mismo razonamiento que Paul DUEZ para diferenciarlos de los actos administrativos: desde un punto de vista sustancial, son actos de gobierno las decisiones de los poderes legislativos y ejecutivos dictados para defender el Estado y la Constitución; desde un punto de vista formal, los actos de gobierno son en principio legislativos, provenientes ordinariamente del Congreso y excepcionalmente el Poder Ejecutivo³¹. En cuanto a sus incidencias, el acto de gobierno implica la incompetencia del juez. El autor argentino diferencia claramente el acto administrativo del resto de manifestaciones de la voluntad administrativa y desgrana sus elementos característicos: competencia, forma y procedimiento (legalidad externa); objeto, causa o motivos y motivación (legalidad interna)³². La finalidad del acto no es abordada como componente autónomo del acto administrativo y el desvío de poder no es analizado como un vicio en la legalidad del acto, incluso cuando ciertos autores ya lo insinuaban en esa época³³. Por otra parte, Rafael BIELSA arroja luz sobre la fuerza ejecutiva el acto administrativo y la presunción de legitimidad que lo caracteriza³⁴.

20. En derecho de la responsabilidad del Estado, la separación entre la falta personal y la falta de servicio es expuesta en los mismos términos que lo hace André FLINIAUX³⁵. Profesores de renombre franceses comienzan a ser citados al momento de analizar el régimen de los bienes para exponer sus

²⁸ V. R. BULLRICH, *Curso de derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1932, pp. 124-125, 196-197 y 204.

²⁹ Cf. R. BIELSA, *Derecho administrativo y legislación administrativa argentina*, Buenos Aires, J. Lajouane y Cía., 1921, p. X.

³⁰ V. R. BIELSA, *Principios de derecho administrativo*, 3^{ra} ed., Buenos Aires, Depalma, 1963, pp. 45-49.

³¹ V. R. BIELSA, *Derecho administrativo*, t. V, 6^{ta} ed., Buenos Aires, La Ley, 1966, p. 697.

³² V. R. BIELSA, *Derecho administrativo*, t. I, 4^{ts} ed., Buenos Aires, Depalma, 1951, pp. 215-235.

³³ V. A. GORDILLO, « La desviación de poder en el derecho argentino », *Revista de Administración Pública*, 1961, n° 2, p. 93.

³⁴ V. R. BIELSA, « La responsabilidad del Estado y la responsabilidad de los funcionarios », *La Ley*, t. 24, p. 82.

³⁵ Cf. R. BIELSA, *Principios de derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 267 con citas de A. FLINIAUX, « Le cumul de la responsabilité de l'agent et de la responsabilité de la personne morale administrative », *RDP*, t. XXXVIII, p. 333; del mismo autor, *Derecho administrativo*, t. V, *op. cit.*, pp. 30-31.

principales caracteres: la inalienabilidad y la imprescriptibilidad³⁶. En cuanto a la policía administrativa, la misma fue vista como una actividad de la Administración limitando los derechos y libertades individuales, pero, a diferencia del derecho francés, la distinción entre la policía general y las policías especiales no operó jamás en el derecho positivo argentino. La noción de policía judicial también es inexistente en nuestro país. Tratándose de la coacción, la policía se encuentra presente en innumerables actividades administrativas, lo que sugiere la insuficiencia de su encuadramiento jurídico.

21. En todo caso, la policía administrativa se asocia para este autor a una finalidad de orden público³⁷. El régimen del poder de policía definido como la facultad de que dispone el legislador para limitar los derechos y libertades individuales es también comparable al derecho francés³⁸.

22. El último autor importante a considerar en este período es Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO³⁹. Profesor titular en la Universidad de La Plata a partir de 1922, él se inscribe en la tradición administrativista de inspiración francesa abierta por Rodolfo BULLRICH y Rafael BIELSA. Sin embargo, Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO se singulariza particularmente por su rechazo a la tesis principal de la Escuela del Servicio Público. Él se apoya más bien en el pensamiento de Maurice HAURIQUET: « La potestad pública es el elemento *organizador* de la nación. Sin potestad pública es inexistente el Estado; ella se ejerce sobre todos los individuos de la comunidad nacional, y nace de una determinada organización de esta última, que tiene por fin crear una voluntad de dirección y de dominación que se manifiesta por actos imperativos y obligatorios »⁴⁰. En 1951, Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO precisó sus reflexiones indicando que la teoría de DUGUIT provocó ciertas reservas. No sería posible aceptar la noción de servicio público como consecuencia de la distinción entre gobernantes y gobernados. Tampoco adhiere a sustituir la noción de soberanía por la de servicio público como fundamento del derecho público. Finalmente, indica que la eliminación del concepto de la personalidad del Estado –afirmado categóricamente por esta escuela– no es la causa de la importancia de la institución del servicio público en el derecho moderno. Según indica, la teoría de la personalidad del Estado, dominante en la jurisprudencia, no está en ninguna medida en conflicto con la

³⁶ V. M. M. DIEZ, *Dominio público: teoría general y régimen jurídico*, Buenos Aires, Valeri Abeledo, 1940, p. 58.

³⁷ V. R. BIELSA, « Los actos administrativos que imponen multas y su revisión jurisdiccional », *RFCECP6*, 1937, 3^{ra} serie, pp. 265-276; V. M. LEROY, *Le concours des polices générales et spéciales* (tesis), Univ. Lille, Saint-Omer, Impr. L'Indépendant du Pas-de-Calais, 1938, pp.11-13; R. BIELSA, *Derecho administrativo*, t. IV, 6^{ta} ed., Buenos Aires, La Ley, 1965, pp. 1-2.

³⁸ Según el art. 34 de la Constitución del 4 de oct. de 1958, solo el legislador puede habilitar a la Administración a limitar libertades individuales con el objeto de salvaguardar el orden público.

³⁹ Hay, sin embargo, otro autor que publicó una obra general en la materia: F. SARRIA, *Derecho administrativo*, t. I-II, Córdoba, Cervantes, 1946. La influencia francesa en sus trabajos es evidente, de manera directa o indirecta, como lo muestra R. BIELSA, *Derecho administrativo*, t. I, *op. cit.*, p. 5. Sin embargo, lo excluimos de nuestro estudio porque su aporte a la reflexión doctrinal argentina no fue tan determinante como el de los autores abordados que son verdaderos referentes de época del derecho administrativo argentino.

⁴⁰ Cf. B. VILLEGAS BASAVILVASO, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, TEA, 1950, p. 127.

institución del servicio público⁴¹.

23. Esta irradiación del derecho administrativo francés sobre el derecho administrativo argentino obedeció a razones particulares.

2. *Las razones de esta irradiación*

24. Sabiendo que una de las preocupaciones de Jean RIVERO era mantener la presencia del derecho administrativo francés en el extranjero⁴², las razones de la influencia de la doctrina administrativista francesa sobre el derecho de numerosos Estados fueron largamente analizadas en sus trabajos. Notemos, en primer lugar que, hasta el período de las grandes unidades nacionales en Europa, Francia fue prácticamente el único país en reunir las condiciones que permitieran el desarrollo de un derecho administrativo. Por otra parte, la ideología del Estado de Derecho está directamente ligada a la herencia revolucionaria; de manera que los regímenes que se suceden a partir del año VIII no pudieron rechazarla abiertamente. En tercer término, el modelo que instaló el Imperio en la mitad de Europa no dejó únicamente el odio propio a toda invasión extranjera. La eficacia de su Administración no fue olvidada. En fin, la jurisprudencia del Consejo de Estado y el desarrollo rápido de las cátedras universitarias de derecho administrativo a partir de la Restauración provocaron un esfuerzo de sistematización y de reflexión únicos en el mundo⁴³. Así, la irradiación del derecho administrativo francés se ejerció, casi sin equivalente, en países como Alemania, España, los Países Bajos o incluso Portugal. Asimismo, Jean Rivero notó que « [...] a medida que florecía la obra de maestros de la nueva generación, a partir de los años 1900 asistimos a una nueva ola de influencia de Francia hacia América del Sur y el Medio Oriente [...] el esfuerzo jurisprudencial y doctrinal que marca en Francia los años de 1890 a 1914 no tendrá su plena irradiación sino luego de 1918 »⁴⁴. Las características particulares del derecho administrativo facilitaron tales préstamos. En efecto, el derecho administrativo constituye un derecho nuevo con respecto al derecho civil y la codificación era extraña a esta rama del derecho que se construyó según las necesidades surgentes.

25. El rol del juez fue también determinante para estimular un movimiento de imitación, tanto como la pluma de los autores que procedieron a una racionalización del derecho administrativo para tornarlo más inteligible. Estos elementos facilitaron el fenómeno de exportación de los regímenes jurídicos franceses; fenómeno que sigue siendo largamente desconocido por ciertos

⁴¹ Cf. B. VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, t. V, Buenos Aires, TEA, 1951, p. 11.

⁴² « À cette époque, Jean Rivero, mondialement connu comme un excellent administrativiste, dont le livre *Précis de droit administratif* fut probablement le livre le plus lu dans les cercles francophones du monde entier, fut l'un des fondateurs du droit administratif comparé dans la France d'après-guerre. Il portait un véritable intérêt aux autres systèmes juridiques administratifs et montrait une forte détermination à conserver l'importance et la présence du droit administratif français au niveau mondial ». Cf. A. GORDILLO, *Une introduction au droit*, pref. S. FLOGAÏTIS, Londres, Esperia Publications Ltd., 2003, p. 9.

⁴³ V. J. RIVERO, « Droit administratif français et droits administratifs étrangers » in A. MATHIOT et al., *Pages de doctrine*, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 476.

⁴⁴ V. J. RIVERO, « Droit administratif français et droits administratifs étrangers », *op. cit.*, p. 479.

autores. Así, Jean WALINE y Jean RIVERO afirman que « [...] en América Latina [...] la sistematización del derecho administrativo se encuentra dominada por la que proponía la doctrina francesa [...] Esta irradiación, que la mayoría de los franceses ignora, puede difícilmente atribuirse a una ilusión colectiva. Si el extranjero ha manifestado tanto interés por el modelo francés es, sin duda, porque posee algunas virtudes »⁴⁵.

26. A estos criterios generales explicando la exportación del sistema francés conviene agregar una particularidad local propia de Argentina: desde su independencia en 1810, los autores franceses se encuentran sistemáticamente presentes en los debates sobre la forma de organización del Estado⁴⁶. A pesar la prohibición de 1793 que impedía el comercio entre el Río de la Plata y Francia, en razón de la guerra contra España⁴⁷, nada imposibilitó la difusión de los textos franceses entre los revolucionarios argentinos⁴⁸. Es entonces de manera bastante espontánea que se orientaron hacia el pensamiento doctrinal francés al momento de dar unidad científica a una rama naciente del derecho. Ahora bien, Argentina es un Estado federal y presidencialista marcado por un sistema judicial de unidad de jurisdicción de tipo Corte Suprema. No era evidente ni natural retomar en este país la teoría del derecho administrativo que se construyó en el marco de un Estado parlamentario, unitario y caracterizado por una dualidad de jurisdicción. Además, el derecho existente en Argentina antes de la independencia era el derecho de Indias, rama particular que encuadraba los territorios americanos y asiáticos de la Corona Española⁴⁹. El mismo estaba compuesto el derecho indiano específico, es decir, reglas especialmente concebidas en España para las colonias, y provenientes de reglas y de usos indios propios, y del derecho indiano general, es decir de reglas de derecho castellano y de derecho canónico que se aplicaban en las colonias. En estas circunstancias, se puede considerar que la importación de elementos provenientes del derecho administrativo francés no correspondía *a priori* a la evolución esperada del derecho administrativo argentino y, por consiguiente, fue un tanto forzada.

27. Los años siguientes, testimoniaron igualmente de la difusión del derecho administrativo francés en Argentina.

B. – *El período intermedio*

⁴⁵ Cf. J. WALINE et J. RIVERO, *Droit Administratif*, 16^{ta} ed., París, Dalloz, 1996, p. 462.

⁴⁶ V. J. RIVERO, « Le phénomène d'imitation des modèles étrangers en droit administratif », *op. cit.*, pp. 467-472.

⁴⁷ V. R. LEVENE, « Un importante alegato del licenciado Tomás Antonio Valle en la causa de la conspiración de los franceses en Buenos Aires », *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, 1950, n° 2, p. 172.

⁴⁸ V. M. BELGRANO, « Literatura política adquirida en el Siglo XVIII por viajeros rioplatenses », *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, 1952, n° 8, pp. 87-92.

⁴⁹ Técnicamente el derecho de Indias se aplicaba igualmente en el territorio de la Península Ibérica para encuadrar las funciones de gobierno dedicadas específicamente a las colonias como la Casa de la Contratación de Indias el Consejo de Indias. V. E. MARTIRE, « El derecho indiano, un derecho propio particular », *Revista de historia del derecho*, 2001, n° 29, p. 337 ; A. LEVAGGI, *Manual de Historia del derecho argentino*, t. I, Buenos Aires, 1986, p. 204.

28. Los autores argentinos de la mitad del siglo XX modernizaron el derecho administrativo en tanto disciplina autónoma. Manuel M. DIEZ consideraba, por ejemplo, que incluso ante una laguna jurídica, no es el derecho privado el que debería aplicarse sino las reglas pertenecientes al derecho administrativo y los principios generales del derecho⁵⁰. Otro comentarista de la jurisprudencia argentino pudo notar que: « Nuestra Corte Suprema dijo a este respecto: “Las disposiciones de la ley civil se aplican al derecho público únicamente cuando son compatibles”. Este criterio jurisprudencial retoma el del Consejo de Estado francés y la doctrina francesa (JÈZE, *Principes généraux du droit administratif*) »⁵¹. La presencia del derecho administrativo francés en Argentina en este período puede percibirse tanto a nivel federal como provincial.

29. Así, en derecho de los actos administrativos, de los contratos administrativos y en otros campos del derecho administrativo la influencia ejercida en Argentina por el derecho administrativo francés es innegable.

1. *En derecho de los actos administrativos*

30. Adoptado en 1972, el decreto-ley de procedimientos administrativos (LPA) consagró diversos elementos sustanciales del derecho administrativo. Así, las reglas concernientes a los vicios del acto relativos a la competencia (art. 3, 7 inc. a y 14 inc. a LPA), a la forma y a la motivación del acto (art. 7 inc. e, 8 y 14 inc. b LPA), al procedimiento (art. 7 inc. d LPA), a su objeto (art. 7 inc. c, fy 14 inc. b LPA), en cuanto a los motivos o la causa (arts. 7 inc. b y 14 inc. b) a la finalidad (art. 7 inc. fy 14 inc. e LPA) y a la voluntad (error, intención dolosa, violencia o simulación (art. 14 inc. a LPA) fueron homogeneizados a nivel nacional⁵².

31. Por otra parte, a pesar de tratarse de un decreto-ley emanado de autoridades ejerciendo *de facto* el poder, es decir fruto de un gobierno no democrático ni constitucional, y a pesar de su filiación histórica con la ley encarada por el General Francisco Franco⁵³, la misma igualó, en general, los principios fundamentales concernientes al procedimiento seguido ante la Administración a nivel federal tales como la ausencia de formalismo a favor del administrado (art. 1 inc. c LPA), la instrucción de oficio (art. 1 inc. a LPA), el derecho a una decisión motivada (art. 1 inc. f 3º LPA), el derecho a la producción de prueba (art. 1 inc. f 1º LPA), o, incluso, la mutualización, la economía la sencillez y la eficacia de los trámites (art. 1 inc. b LPA). Las reglas propias al acto administrativo ya estaban presentes en el derecho argentino⁵⁴.

⁵⁰ V. M. M. DIEZ, *Derecho administrativo*, t. I, La Plata, Plus Ultra, 1974, pp. 240-244, con citas de G. VEDEL, M. WALINE y A. DE LAUBADÈRE.

⁵¹ Cf. A. C. CASTELO, « Contrataciones del Estado en períodos de inflación », *RAP* 1986, n° 8, p. 21.

⁵² V. A. HALPERIN y H. R. CATTANI, « Procedimiento administrativo », *RAP* 1979, n° 6, p. 12.

⁵³ V. P. ABERASTURY y M. R. CILURZO, *Curso de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 15-26.

⁵⁴ Contrariamente al derecho francés, el acto administrativo tiene siempre alcance individual; por oposición al reglamento que produce efectos generales. V. R. DROMI, *El acto administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1985, p.26. *N.b.*- A pesar de su lugar de publicación se trata de una obra descriptiva del derecho argentino. V. también R. C. BARRA, « La potestad reglamentaria de la administración pública », *RAP*, 1978, n° 1, p. 14.

pero este decreto-ley renovó su filiación francesa a través de retomar la noción de desvío de poder como “vicio en la *finalidad*” del acto⁵⁵. Alejandro PÉREZ HUALDE anotó a este respecto: « La doctrina reconoce que la elaboración del Consejo de Estado que permitió el desarrollo de esta noción »⁵⁶. Asimismo, el decreto-ley establece, en su art. 9, que « *La Administración se abstendrá: a) De comportamientos que importen vías de hecho administrativas lesivas de un derecho o garantía constitucionales* ». Igualmente tomadas del derecho francés⁵⁷, la situación de vía de hecho administrativa se reconoce en Argentina cuando la Administración actúa de manera ostensible contra garantías o derechos constitucionales del administrado. Esta situación engendra la irregularidad de la acción administrativa y una obligación de reparación. Además, la acción que da origen a la vía de hecho no produce ninguno de los efectos que la Administración deseaba imprimirle⁵⁸ y el administrado puede intentar una acción sin estar obligado de agotar todo el procedimiento de reclamo administrativo previo⁵⁹.

32. A su turno, en el derecho de los contratos administrativos, la presencia del derecho francés es, igualmente, destacable.

2. *En derecho de los contratos administrativos*

33. Según Miguel S. MARIENHOFF, estamos en presencia de un contrato administrativo cuando comprende una cláusula exorbitante del derecho común. Se inspira en este campo, al mismo tiempo, de Georges VEDEL y de Marcel WALINE, considerando que la cláusula exorbitante es una cláusula, sea ilícita, sea inusual en el derecho privado⁶⁰. La presencia de cláusulas exorbitantes implica el reconocimiento de varias prerrogativas en beneficio de la Administración, particularmente la de exigir la ejecución del contrato de manera más amplia que en el derecho civil, la de alterar unilateralmente los términos del acuerdo (*jus variandi*), la de proceder a la rescisión por razones de oportunidad, mérito y conveniencia con el pago de una indemnización previa o, incluso, la facultad de imponer sanciones⁶¹. La definición de la categoría jurídica del hecho del principio es, en cuanto a ella, a buscar, en esa época, en la nota al art. 514 del ex Código Civil (el decreto N° 1030/16, en su art. 94, equívocamente lo titula “caso fortuito o fuerza mayor”, sin hacerle mención expresa. Según la ONC, la reglamentación morigeró la rigurosidad del decreto

⁵⁵ Decreto-ley n° 19.549, art. 7 inc. f).

⁵⁶ Cf. A. PÉREZ HUALDE, « Desviación de poder: límite de la actividad estatal », *El derecho*, t. 156, p. 750.

⁵⁷ V. C. M. GRECCO, « Vías de hecho administrativas » in C. M. GRECCO y G. A. MUÑOZ, *Fragmentos y testimonios del derecho administrativo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pp. 293.

⁵⁸ CNContAdmFed, Sala II, 12 de dic. de 1995, Fernández, *El derecho*, 1995, n° 3, p. 23.

⁵⁹ V. S. A. MARTINEZ, « El contencioso administrativo y las vías de hecho », *RAP*, n° 336 (2006), p. 371.

⁶⁰ V. M. S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. III-A, 5^{ta} ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pp.74-75.

⁶¹ V. Cl. WAGNER, « Contratos civiles y administrativos. Contratos administrativos de derecho público utilizados en el derecho privado patrimonial », *Revista de derecho público*, t. 2007-II, pp. 72-73.

delegado, en tanto estipula que no se aplicarán penalidades cuando el incumplimiento de la obligación provenga de actos de autoridades públicas que coloquen al cocontratante en una situación de “razonable imposibilidad”. Cf. Dictamen ONC N° IF-2016-03567497-APN-ONC#MM).

34. Este autor administrativista argentino está en desacuerdo con André de LAUBADÈRE en lo que concierne a la autoridad pública autora del acto. Para Miguel S. MARIENHOFF, por una parte, el fundamento en el derecho argentino de la responsabilidad en razón del hecho del principio proviene de la lectura armónica de los arts. 16 y 17 de la Constitución, por otra parte, el hecho del principio puede resultar de todas las autoridades públicas pertenecientes a la misma “esfera” jurídica de celebración del contrato. Él se aleja particularmente de Manuel M. DIEZ que otorgaba mucha importancia a la personería jurídica⁶². Cuando, por ejemplo, un contrato firmado por el Estado federal está afectado por una provincia, una municipalidad o una entidad autárquica, el mecanismo jurídico aplicable es la teoría de la imprevisión. Por el contrario, cuando el hecho y el contrato provienen al mismo tiempo de una autoridad perteneciente al Estado federal, a una provincia, a una municipalidad o a una entidad autárquica, habría hecho del principio, poco importa si se trata de la misma persona jurídica o no⁶³.

35. Tratándose de la teoría de la imprevisión, Miguel S. MARIENHOFF la vinculó, desde 1959, a los textos constitucionales mencionados citando particularmente, por otra parte, el célebre fallo del Consejo de Estado del 30 de marzo de 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*⁶⁴. Tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema como la de los tribunales inferiores testimonian de la aplicación de este dispositivo⁶⁵.

36. Podemos, asimismo, constatar otros préstamos al derecho francés en otros campos del derecho administrativo.

3. *En otros campos del derecho administrativo*

37. El modelo hexagonal en materia de servicios públicos, la teoría de los actos de gobierno y el derecho de la policía administrativa muestran cómo el derecho francés fue acogido en Argentina. El mismo fenómeno puede constatarse a nivel provincial en lo que respecta al contencioso.

a) *La influencia en materia de servicios públicos*

38. La noción de servicio público estaba presente en el derecho

⁶² M. M. DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, La Plata, Bibliográfica Omeba, 1969, pp. 556-558. La teoría de Miguel S. MARIENHOFF fue particularmente seguida por uno de sus discípulos, M. A. BERÇAITZ in *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 388.

⁶³ V. H. A. MAIRAL, « El silencio de los tribunales argentinos », *RDA* 2007, n° 3, p. 13.

⁶⁴ « Los tribunales judiciales, como órganos de lo contencioso-administrativo, pueden aplicar dicha teoría sin necesidad de una ley que expresamente lo establezca o autorice ». Cf. M. S. MARIENHOFF, « La teoría de la imprevisión y su recepción en el derecho público argentino », *JA*, t. 1959-V, p. 106.

⁶⁵ V. CSJN, *Vialco S.A. c/ Agua y Energía Eléctrica*, Fs. 303 : 1753 (1981), cons. n° 4; CFedCap., *Borujovsky c/ Efea* (1967), *JA*, t. 1967-IV, pp. 409-410, cons. n° 8 ; CS, *Termas de Cacheuta (S.A.) c/ Provincia de Mendoza*, *JA*, t. 76, p. 767, cons. n° 6 ; CSJN, *Onks Hermanos y Cía c/ Gobierno Nacional* (1966), *JA*, t. 1966-IV, p. 250 y ss., cons. n° 5.

argentino antes de la recepción de las teorías francesas⁶⁶, sin embargo, la doctrina reconoce que la influencia del derecho francés fue determinante en su elaboración:

39. « [...] las diferencias de sistemas establecidos en la teoría del Estado y por ende, el derecho público, a partir de la mitad del siglo XIX en Argentina, y del principio del siglo XX en Francia, fueron obviadas por una parte muy importante de la doctrina iusadministrativista, sobre todo, por un iniciador sistemático de la misma como fue Rafael BIELSA. Y, como consecuencia de esa omisión, la adopción casi acrítica de la teoría francesa como principio hermenéutico del sistema argentino. Ello no significa, de nuestra parte, el desconocimiento de las grandes aportaciones francesas a nuestra disciplina, solamente se quiere mostrar la confusión de regímenes y sistemas que configuraron nuestro derecho administrativo »⁶⁷. En el mismo sentido, Bartolomé FIORINI señala que: « La concepción de “servicio público” dominó hace algunas décadas al derecho administrativo francés. Los profesores Rafael BIELSA y Benjamín VILLEGRAS BASABILBASO, que seguían a la doctrina francesa, la sostuvieron brillantemente en todos sus trabajos. Nuestra jurisprudencia, y en todos los tribunales de la república, la ha aplicado en forma continua [...] »⁶⁸.

40. Esta posición es igualmente largamente compartida por Juan Carlos CASSAGNE⁶⁹. Por otra parte, influenciado por la Escuela del Servicio Público, Rafael BIELSA percibe en este elemento la llave de bóveda del derecho administrativo. Según él, en efecto, el derecho administrativo designa « [...] conjunto de normas positivas y de principios de derecho público de aplicación concreta a la institución y funcionamiento de los servicios públicos y al consiguiente contralor jurisdiccional de la Administración pública »⁷⁰. Para

⁶⁶ La primera mención argentina al término « servicio público » data de 1853, en el Estatuto de Hacienda y Crédito, *Anales de Legislación Argentina*, 1852-1880, p. 96. La segunda mención fue el art. art. 2 inc. 6 del decreto legislativo del 9 de enero de 1854 que autorizó al Poder Ejecutivo del Estado de la Provincia de Buenos Aires a otorgar licencia de construcción y explotación de ferrocarriles del oeste a los particulares.

⁶⁷ Cf. J. L. SALOMONI, *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2004, p. 154. El autor nota que la obra de Rafael BIELSA, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1964, t. I. p. V, indicaba en su bibliografía principalmente autores franceses. Rafael BIELSA atribuye esta situación a la carencia de tratados, manuales, tesis y monografías en Argentina.

⁶⁸ Cf. B. FIORINI, *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 197. En cuanto a la jurisprudencia, Héctor MAIRAL demuestra que la Corte Suprema siguió las conclusiones del Comisario de Gobierno León BLUM *in re C.É., Compagnie Générale Française de Tramways*, 21 de marzo de 1910, *Rec. Lebon*, p. 216, en el que decidió que « [...] el Estado concede pero no transfiere las prestaciones del servicio público ». CSJN, *Municipalidad de Tucumán c/ La eléctrica del Norte*, Fs. 179 : 54 (1937), cons. n° 2. En el mismo sentido, juzgó que la concesión puede ser cuestionada en todo momento. CSJN, S.A. *Canal y puerto del Oeste v. Gobierno Nacional*, Fs.141 : 190 (1923), cons. n° 3, con citas de J. BARTHÉLEMY, *Droit Administratif*, París, LGDJ, 1917, pp. 545, 547, 576 y 593. Durante este período, la PTN calificó la prestación de los servicios públicos como « función propia del Estado », V. *Dictámenes*, 112 : 177 (1970). La misma sostuvo igualmente que el Poder Ejecutivo tiene el derecho de organizar los servicios públicos, V. *Dictámenes*, 145 : 303 y 146 : 20 (ambos de 1970). V. H. A. MAIRAL, « La influencia de los derechos francés, español y norteamericano en el concepto de servicio público del derecho administrativo argentino », *Documentación administrativa*, 2003, n° 267, pp. 350-351.

⁶⁹ V. J. C. CASSAGNE, « El resurgimiento del servicio público », *RAP* 1996, n° 140, pp. 95-110.

⁷⁰ Cf. R. BIELSA, *Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1955, p. 39.

Rodolfo BULLRICH, por el contrario, ciertamente el derecho administrativo encuadra la creación, funcionamiento y organización de los servicios públicos pero ello no abarca la totalidad del derecho administrativo. El servicio público no es, para él, la piedra angular de la disciplina. En este punto, sigue las reflexiones del Decano Maurice HAURIQU⁷¹.

41. La cuarta conferencia nacional de abogados organizada en 1936 testimonia de una reflexión abundante sobre la cuestión apuntando a la elaboración de un régimen de concesión de servicios públicos. Aunque nunca tuvo sanción legislativa, esta iniciativa muestra una orientación doctrinal claramente influenciada en la época por el derecho francés⁷². En 1949, la Constitución consagró al Estado en tanto titular de los servicios públicos⁷³. De ello se siguió un movimiento de nacionalización de los principales servicios públicos: trenes, gas, electricidad y transporte aéreo. Así, « [...] el predominio estatal en el último medio siglo fue acompañado por la difusión del modelo francés, cuya regla constitucional que hemos transcrita supra tuvo paralelo en nuestra Constitución Nacional de 1949 »⁷⁴. El mismísimo Gaston JÈZE, en Argentina, fue reconocido por su obra como « [...] monumental y constructiva porque daba la forma y la estabilidad científica a instituciones nuevas, sobre la base del derecho público francés, y su carácter sistemático, que tenía una notoria influencia entre los principales juristas del mundo latino »⁷⁵. Algunos años más tarde, Marcel WALINE participó en una serie de conferencias en Argentina sobre el servicio público⁷⁶ mientras que la doctrina argentina se encargaba de construir una unidad teórica de la noción⁷⁷.

42. A principios de los años 1980, el Estado argentino prestaba, bajo la forma de monopolios o de *quasi-monopolios*, los servicios de transporte y de distribución de gas, de teléfono, de agua potable, de saneamiento, postales y

⁷¹ V. R. BULLRICH, *Curso de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1932, p. 18; E. D. MALJAR, *Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos*, Buenos Aires, Hammurabi, 1998, p. 37.

⁷² JA, t. 61 (1938), pp. 305, 306 y 309. En efecto, « [...] en el plano jurídico prevalecieron las concepciones de DUGUIT y, sobre todo, de JÈZE, que tuvieron recepción en la Cuarta Conferencia Nacional de Abogados celebrada en Tucumán en el año 1936 ». Cf. J. C. CASSAGNE, « El servicio público y las técnicas concesionales », *RDA* 1995, n° 18-20, p. 26.

⁷³ Constitución del 11 de marzo de 1949, art. 40, 3^{er} párrafo: « Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaran en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine ». V. A. S. GUSMAN, « La evolución de la noción de servicio público y su importancia en el siglo XXI », *RAP*, 2004, n° 310, p. 9 ; A. E. SAMPAY, *Las constituciones de la Argentina (1810-1972)*, Buenos Aires, Eudeba, 1975, p. 504.

⁷⁴ Cf. H. A. MAIRAL, « La ideología del servicio público », *RDA*, 1993, n° 14, p. 386.

⁷⁵ Cf. M. DE MARCO, « Rafael BIELSA y un nuevo modelo de formación universitaria », *Revista de historia del derecho*, 2007, n° 35, p. 98.

⁷⁶ V. M. WALINE, « La noción de servicio público », trad. J. T. BOSCH, *La Ley*, t. 75, pp. 945-949, conferencia del 9 de septiembre de 1953.

⁷⁷ V. E. D. MALJAR, *Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos*, *op. cit.*, pp. 35-36; B. VILLEGRAS BASAVILBASO cita a M. WALINE para categorizar el servicio público en *Derecho Administrativo*, t. III, Buenos Aires, TEA, 1952, p. 3; M. M. DIEZ sigue también el artículo de M. WALINE, « Les limites du droit de grève dans les services publics », *RDP*, 1959, n° 2, p. 306 para argumentar en el sentido de la admisión de su ejercicio sin tolerar una utilización abusiva. V. *Derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1967, pp. 221-222.

tomaba a su cargo la producción, transporte y distribución de la electricidad. El Estado era asimismo propietario de ciertas cadenas de televisión y de radio, de una empresa naval fluvial, de una empresa marítima y de una compañía aérea internacional. Producía casi la totalidad del petróleo y del gas, administraba los principales puertos y era el propietario de las principales compañías financieras, de seguros, así como numerosas empresas mineras y comerciales. Así, « [...] ante esta situación era plausible considerar los servicios públicos como una actividad “administrativa” y aplicar en nuestro país las conclusiones de la doctrina francesa basadas en un modelo estatal y económico casi idéntico. Por la misma razón era pertinente recurrir a la doctrina española de la *publicatio*, cuya importancia como factor definitorio del servicio público pasó a ser sostenida por diversos autores »⁷⁸. Este contexto se mantuvo hasta la reforma del Estado iniciada en 1989 que tuvo por efecto un repliegue de la presencia del derecho francés. Por razones diferentes, la teoría del acto de gobierno en argentina sufrió una situación equivalente.

b) La evolución de la teoría de los actos de gobierno

43. Esta teoría conoció en Argentina una regresión⁷⁹. Según Miguel S. MARIENHOFF, quien creó una nueva categoría llamada actos “institucionales”⁸⁰, el acto de gobierno no sería en Argentina una noción jurídica, sino puramente conceptual. Todos los actos del poder ejecutivo dictados para la marcha ordinaria de la Administración son en principio actos administrativos; los actos cuyo objeto es el funcionamiento del Estado son actos de gobierno « [...] pero el régimen jurídico de ambas categorías de actos obedece a principios similares »⁸¹. Por el contrario, el acto institucional está vinculado a la propia subsistencia del Estado. Juan Carlos CASSAGNE, discípulo de Miguel S. MARIENHOFF, comparte una posición idéntica tratándose de la supresión de los actos de gobierno en Argentina: « [...] entendemos que la concepción de los actos de gobierno no tiene vigencia en nuestro sistema jurídico, inclinándose por su supresión, ya que en los supuestos mencionados se trata siempre en definitiva de un acto administrativo controlable en sede judicial »⁸². Juan Francisco LINARES es otro autor que adhiere a la teoría de los actos institucionales. Según él, existiría una actividad institucional que no tendría ninguna incidencia sobre los administrados, versando

⁷⁸ H. A. MAIRAL, « La ideología del servicio público », *op. cit.*, p. 392.

⁷⁹ « En resumen, podemos afirmar que en el derecho argentino no existen, ni teórica ni prácticamente, los actos de gobierno ». Cf. A. GORDILLO, *El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, p. 236.

⁸⁰ El término « acto institucional » se encuentra presente en el derecho brasileño. Según M. S. MARIENHOFF estos actos fueron introducidos en Brasil por las autoridades triunfantes de la revolución. En Argentina, por el contrario, se trataría de la descripción de un derecho preeexistente. V. J. R. VANOSI y M. M. PADILLA, « La reforma constitucional brasileña », *JA*, t. 1966-III, p. 52.

⁸¹ Cf. M. S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Perrot, 1966, p. 698.

⁸² Cf. J. C. CASSAGNE, *El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, p.158; él es seguido en este punto por J. I. BARRAZA, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2005, pp. 249 y ss.

únicamente sobre la organización de los poderes del Estado y sus relaciones entre ellos: « Dentro de las funciones estatales existiría –se ha dicho– una especie singular que se manifestaría en actos unilaterales caracterizados por ser también de alta política, por estar ligados a la subsistencia y organización del Estado, dictados con carácter intermitente poco común, que la Constitución y a veces la ley atribuyen a los órganos supremos, y *no tienen como destinatarios directos* a sujetos particulares determinados; y, por último, que no son justiciables en tanto que por esencia no afecten derechos subjetivos »⁸³.

44. Progresivamente, la posición según la cual el acto de gobierno representaba una exageración de la presencia del derecho francés fue acogida por la doctrina argentina. Para Héctor MAIRAL, « En definitiva, la teoría de los actos de gobierno reposa sobre dos principios básicos del sistema francés: la pertenencia a la Administración del tribunal que juzga los conflictos en que la Administración es parte, y la imposibilidad para todo tribunal, judicial o administrativo, de controlar la constitucionalidad de la ley. Estos principios son diametralmente opuestos a los que rigen en el derecho público argentino »⁸⁴. La jurisprudencia, por su parte, no hizo nunca mención a los actos de gobierno sino que hace referencia a las cuestiones políticas no justiciables tomadas como préstamo al derecho norteamericano por los constitucionalistas argentinos⁸⁵. De la misma manera que la noción de acto de gobierno, el derecho de la policía administrativa se caracteriza por una disminución de la influencia del derecho francés.

c) En el derecho de la policía administrativa

45. La noción de policía administrativa fue igualmente cuestionada. Por un lado, si orden público, (seguridad, higiene, tranquilidad, dignidad y moralidad públicas) puede manifestarse como una finalidad insuficiente de la policía administrativa argentina⁸⁶, conviene preguntarse si los objetivos de la policía administrativa tienen o no un carácter ilimitado. Ciertos autores abandonaron la idea de orden público en carácter de justificativo del ejercicio del poder de policía para orientarse hacia la noción de interés general⁸⁷. En 1960, Agustín GORDILLO publicó un artículo que intentó demostrar hasta qué punto la noción de policía administrativa era vaga en el derecho argentino y, por consiguiente, que convenía eliminarla como categoría jurídica⁸⁸.

46. Es la posición que mantuvo siempre en su *Tratado*⁸⁹, considerando

⁸³ Cf. J. F. LINARES, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1986, p. 191.

⁸⁴ Cf. H. A. MAIRAL, *Control judicial de la administración pública*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 505.

⁸⁵ V. R. G. FERREYRA, *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 2003, pp. 244-264.

⁸⁶ V. A. GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, 10^{ma} ed., Buenos Aires, FDA, 2014, pp. V-9-V-12.

⁸⁷ V. M. M. DIEZ, *Derecho administrativo*, t. IV, La Plata, Bibliográfica OMEBA, 1969, pp. 32 y 47.

⁸⁸ V. A. GORDILLO, « La crisis de la noción de poder de policía», *Revista Argentina de Ciencia Política*, 1960, n° 2, p. 227.

⁸⁹ V. A. GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, 9^{na} ed., Buenos Aires, FDA, 2009, p. V-26.

que el ejercicio de la coerción no otorga en sí un régimen jurídico permitiendo diferenciar la policía administrativa del resto de la actividad administrativa. Sin embargo, la mayoría de la doctrina funda la noción de policía administrativa en los arts. 14, 28 y 121 de la Constitución Nacional y el término aparece y apareció en ciertos textos legislativos⁹⁰. La jurisprudencia, en cuanto a ella, pasó de una noción europea de la policía, más bien restrictiva [*narrow*], a una noción amplia propia a la concepción norteamericana [*police power broad and plenary*]⁹¹. Sin embargo, la distinción entre la policía preventiva y la represiva fue un tiempo mantenida gracias a la presencia francesa, incluso cuando la doctrina es casi unánime en reconocer la crisis de la función clásica de la policía⁹².

47. Para completar esta vista panorámica del ordenamiento jurídico argentino, es necesario constatar la presencia del derecho administrativo francés a nivel provincial.

d) A nivel provincial

48. En el derecho provincial, la presencia del derecho administrativo francés es notable en el plano del contencioso. El primer Código provincial en la materia data de 1905 para la provincia de Buenos Aires⁹³. De conformidad con la Ley *Santamaría de Paredes* (España)⁹⁴, este código limitaba el control a los casos en que el requirente invocara « [...] *un derecho de carácter administrativo* » y excluía todo recurso contra los actos emanados en ejercicio de facultades discrecionales⁹⁵. El código imponía también el agotamiento de vías administrativas previas, mencionada un régimen de caducidad –antes que de prescripción– y permitía la suspensión de la ejecución de una sentencia desfavorable a la Administración previendo una indemnización de los perjuicios⁹⁶. Sin embargo, a partir de 1941, el dictado del Código en lo Contencioso Administrativo de la provincia de Córdoba⁹⁷ marca la entrada de los llamados “códigos modernos”⁹⁸ que prevén un recurso en anulación por exceso de poder tendiente a proteger los intereses legítimos, agregándose al

⁹⁰ Por ej. leyes ° 3708, 4863, 3595, 4155, 12.566 y 1273; decreto n° 1812/92; leyes n° 21.521 y 24.059. V. J. F. LINARES, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1986, p. 424.

⁹¹ V. G. BADENI, *Tratado de derecho constitucional*, 2^{da} ed., Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 468; S. LEGARRE, « El poder de policía en la historia constitucional estadounidense », *RDA* 2005, pp. 85-89.

⁹² V. B. FIORINI, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, pp. 35-36 y 140.

⁹³ Ley n° 2.961, *Anales de Legislación Argentina*, t. XX-B, p. 1179. La provincia de Salta adoptó el mismo sistema.

⁹⁴ V. J. M. DIAZ COUSELO, « Origen y consolidación del contencioso administrativo en la provincia de Buenos Aires (1854-1906) y su influencia en el derecho público de las demás provincias », *Revista de historia del derecho*, 1994, n° 22, p. 56.

⁹⁵ Ley *Santamaría de Paredes*, art. 4.

⁹⁶ Art. 1^{ro}; art. 29 inc. 1 ; art. 28 inc. f ; art. 13 y art. 80. Para el régimen actual v. I. D'ARGENIO, « El acceso a la justicia administrativa en la provincia de Buenos Aires », *Revista de derecho público*, t. 2003-I, p. 420.

⁹⁷ Ley n° 3897, *Anales de Legislación Argentina*, t. I, p. 438.

⁹⁸ Las provincias concernidas son: Catamarca (ley n° 2.403), Corrientes (ley n° 2.943), Chaco (ley n° 848), Jujuy (ley n° 1.888), La Rioja (ley n° 1.005), Misiones (ley n° 52), Santa Cruz (ley n° 22), Santa Fe (ley n° 4.106) y Santiago del Estero (ley n° 2.297).

recurso de contencioso pleno para proteger derechos subjetivos. Para Héctor MAIRAL, « Si bien se mantiene la jurisdicción dentro del Poder Judicial al otorgarse competencia exclusiva al tribunal superior de la jurisdicción, la inspiración francesa que denuncia la terminología utilizada es notoria »⁹⁹. En efecto, Maurice HAURIQUÉ señalaba ya que « [...] esta idea ha provocado que el contencioso ordinario nazca de la violación de un derecho adquirido y así la cuestión del criterio del recurso ordinario se transformó en la cuestión del derecho adquirido. Cuando, más tarde, el recurso por exceso de poder se desarrolló, el sistema se completó con una oposición simétrica: el recurso de contencioso ordinario nace de la violación de un derecho y el recurso por exceso de poder nace de la violación de un interés. Pero no hay ninguna definición más decepcionante que la de derecho adquirido y no hay distinción más difícil que aquélla entre el derecho y el interés »¹⁰⁰.

49. Algunos códigos provinciales establecen también una acción de interpretación “a la francesa”¹⁰¹. La decisión se caracteriza por la autoridad de la cosa juzgada aplicada de cara a todos los órganos de la provincia y de las municipalidades. Se trataría de una versión rarísima y local de un contencioso objetivo.

50. Además de esta irradiación histórica, existe una irradiación viva del derecho administrativo francés en Argentina.

II. UNA IRRADIACIÓN VIVA

51. En el derecho de los actos administrativos unilaterales, de los contratos administrativos y en otros campos, el derecho administrativo argentino continuó con la recepción y adaptación de ciertas instituciones jurídicas francesas.

A. – *En el derecho de los actos administrativos*

52. El desvío de poder es reconocido por los tribunales argentinos cuando el acto litigioso tiene por finalidad aportar beneficio a un funcionario, a la Administración y a un tercero. Las obras francesas son incluso hoy regularmente citadas cuando se trata de proceder a una sistematización de esta noción¹⁰², particularmente para señalar las dificultades que el administrado debe enfrentar para probar la existencia del vicio cuando el acto no se

⁹⁹ Cf. H. A. MAIRAL, *Control judicial de la administración pública*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 102; v. también F. GARCIA PULLÉS, *Tratado de lo contencioso administrativo*, t. I, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 167.

¹⁰⁰ Cf. M. HAURIQUÉ, *Obra escogida*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1976, p. 157.

¹⁰¹ Códigos de Corrientes (art. 55 inc. d), Entre Ríos (art. 17 inc. d) y Formosa (art. 17 inc. d). V. M. M. DIEZ, *Derecho procesal administrativo*, La Plata, Plus Ultra, 1996, p. 61, nota n° 45.

¹⁰² V. las referencias a G. VEDEL, M. WALINE y J. RIVERO en G. SILVIA TAMAYO, *Desviación de poder y abuso de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006, pp. 166-168.

encuentra afectado en otros elementos¹⁰³.

53. El poder discrecional excluía en argentina el control judicial, de la misma manera que los actos llamados “de pura Administración” del antiguo derecho francés¹⁰⁴. La idea de poder discrecional no se asociaba entonces únicamente a la libertad de acción del órgano sino también a la ausencia de derecho subjetivo. En ciertas ocasiones la noción de competencia discrecional estaba ligada a la de actos de gobierno.

54. Así, el primer código contencioso administrativo de la provincia de Córdoba, Ley n° 3.897 de 1941, establecía así que la acción contencioso administrativa no podía intentarse contra los actos de gobierno que impliquen el ejercicio de un poder político o de un poder discrecional (art. 3 inc. a). Los códigos de Buenos Aires (art. 29 inc. I), San Luis (art. 495) y La Rioja (art. 14) seguían esta misma orientación. La doctrina, por su parte, se mostró muy crítica de cara a esta confusión¹⁰⁵.

55. Actualmente, las competencias discrecionales son definidas en Argentina como la posibilidad para un órgano de elegir entre varias alternativas jurídicamente válidas sobre las que un control de legalidad siempre se ejerce. Esta acepción fue otro préstamo al derecho administrativo francés que permitió una actualización de la noción¹⁰⁶.

56. En el derecho de los contratos administrativos, la doctrina y la jurisprudencia retomaron igualmente las soluciones propuestas por el derecho francés.

B. – *En el derecho de los contratos administrativos*

57. La jurisprudencia de la Corte Suprema argentina mantuvo el criterio de las cláusulas exorbitantes para identificar el contrato administrativo¹⁰⁷. La Corte considera así que un contrato es administrativo cuando es concluido « [...] Cuando el Estado, en ejercicio de funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades del mismo carácter »¹⁰⁸. El art. 1 *in fine* del decreto n°1023/2001¹⁰⁹ consagra un criterio subjetivo¹¹⁰ para

¹⁰³ V. G. S. TAWIL, « La desviación de poder: ¿noción en crisis? », *La Ley*, t. 1989-E, p. 831.

¹⁰⁴ V. J. D. SESIN, *Administración pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial*, 2^{da} ed., Buenos Aires, Depalma, 2004, p. 83.

¹⁰⁵ Cf. J. C. CASSAGNE, « Sobre la judicialización de las cuestiones políticas », *La Ley*, t. 2006-A, p. 858.

¹⁰⁶ V. L. L. CASARINI, « El acto administrativo discrecional y su motivación », *RAP*, 2004, n° 311, p.76 con cita de M. WALINE. El derecho argentino, por otra parte, tiende a rechazar la teoría alemana de los conceptos jurídicos indeterminados. V. D. J. SESIN, « El control judicial de la discrecionalidad administrativa », *RAP*, 2006, n° 336, p. 633.

¹⁰⁷ CSJN, *López, Juan M. y otra c/ Estado Nacional (Fuerza Aérea Argentina) s/ ordinario*, Fs. 306 : 731 (1984).

¹⁰⁸ CSJN, *Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/ cobro de australes*, Fs. 315 : 376 (1992).

¹⁰⁹ B.O. 16/08/2001. Hubiera sido preferible que esta norma emanase del Congreso Federal. Cf. I. F. TORRES, « Nuevo régimen de contrataciones de la Administración Pública Nacional, *RAP*, 2001, n° 276, p. 12.

¹¹⁰ V. P. GALLEGOS FEDRIANI, « Los contratos de la administración pública », *RAP*, 2008, n° 361,

identificar el contrato administrativo: « *Toda contratación de la Administración Nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado* »¹¹¹.

58. Por el contrario, la doctrina mostró algunas dudas en cuanto a la utilidad de mantener la categoría del régimen exorbitante. Así, Rodolfo C. BARRA considera que « En sí mismo el término “exorbitante” es poco satisfactorio, ya que no es enteramente razonable afirmar que el derecho administrativo exorbita (está fuera de la órbita) del derecho privado. [...] Estrictamente hablando, la idea de exorbitancia sólo puede ser útil para significar la distinción existente entre el derecho público y el derecho privado »¹¹². Una acalorada querella doctrinal tuvo lugar entre dos grandes profesores especialistas de la materia a propósito de la necesidad de mantener la teoría general del contrato administrativo. El conflicto versaba sobre las cláusulas exorbitantes implícitas: cuando las mismas existen, la teoría es útil pero peligrosa; si las mismas no existen, la teoría disminuye en peligrosidad pero deviene inútil. Esta posición crítica muestra que, en razón de su carácter vago, la teoría general del contrato administrativo permite aplicar las reglas de la concesión de servicio público y de obras públicas a la totalidad de los contratos¹¹³. Sin embargo, el decreto n° 1023/2001 consagró explícitamente la categoría del contrato administrativo y las cláusulas exorbitantes son mencionadas en su art. 12¹¹⁴. La Procuración del Tesoro de la Nación siguió en este punto la doctrina francesa en el campo de la teoría de la imprevisión indicando que resulta indudable que una norma contractual debe ser objeto de una interpretación razonable en relación a la variación de costos haciendo prevalecer la intención común de las partes sobre la aplicación literal de los términos del contrato (con cita de De LAUBADÈRE, André, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t. II, París, 1956, p. 229)¹¹⁵. En ocasión de otro dictamen, la Procuración del Tesoro de la Nación señaló que ese organismo había recordado que, incluso si las cláusulas de variaciones existen, el cocontratante tiene derecho a la indemnización de aumentos de costos cuando la cláusula de variación no fue prevista sino para condiciones normales (con cita de JÈZE, Gaston, *Teoría general de los contratos de la administración*, t. V, pp. 270-271) »¹¹⁶. En ciertas situaciones, esta teoría era

p. 148.

¹¹¹ Cf. J. C. CASSAGNE, « El contrato administrativo en la actualidad », *RAP*, 2006, n° 334, p. 16.

¹¹² Cf. R. C. BARRA, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Ábaco, 2002, pp. 259-260 (N.b.- Destacado del original); V. también M. IVANEGA, « Reflexiones acerca del derecho administrativo y el régimen exorbitante del derecho privado », *RAP*, 2005, n° 323, p. 21.

¹¹³ H. A. MAIRAL, « De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo », *El derecho*, t. 179, p. 655 ; J. C. CASSAGNE, « Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo », *El derecho*, t. 180, p. 733.

¹¹⁴ V. M. J. RODRIGUEZ, « El régimen legal de contrataciones de la administración pública perfilado por el decreto delegado 1023/2001 y su armonización con las normas legales y reglamentarias aplicables. La utilidad de una teoría general del contrato administrativo », *Revista de derecho público*, t. 2007-II, p. 309.

¹¹⁵ PTN, *Dictámenes*, 80 : 30.

¹¹⁶ PTN, *Dictámenes*, 130 : 243.

aplicada automáticamente de acuerdo con algunas disposiciones previstas en los decretos, particularmente en períodos de inflación. Según la doctrina¹¹⁷ y la jurisprudencia de la Corte Suprema, la teoría de la imprevisión se funda en el art. 1197 del antiguo Código Civil (actual art. 1091 CCyC)¹¹⁸. Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema no reconoció la indemnización del lucro cesante¹¹⁹ lo que provocó ciertas observaciones de parte de los comentaristas: « Obsérvese cómo el Derecho Administrativo argentino ha desnaturalizado la fuente francesa en que se inspiró. En Francia, tanto la modificación como la rescisión del contrato dispuestas unilateralmente por la Administración por motivos de interés público, conllevan la obligación de pagar al contratista no solo el daño emergente sino también el lucro cesante. Además, el Estado francés es solvente. El Estado argentino pretende las mismas potestades pero no acepta pagar el lucro cesante y en una década ya ha invocado dos veces sus estrecheces financieras para obligar a sus contratistas a recibir bonos a diecisésis años en pago de sus acreencias. A diferencia del contratista francés, la situación de su par argentino frente al Estado es, por ello, de total debilidad jurídica »¹²⁰.

59. Los actos separables, por su parte, están previstos en el derecho provincial¹²¹. Según esta teoría, ciertos actos continúan existiendo en derecho aunque hayan sido adoptados en el marco de un procedimiento irregular. Solamente la Administración y el cocontratante pueden cuestionar la legalidad de estos actos¹²².

60. A nivel federal, en ocasión del fallo *Petracca*¹²³, la Cámara Nacional de Apelación en lo Contencioso Administrativo Federal declaró: « [...] una cosa es el contrato como acuerdo integrado por dos declaraciones de voluntad, y otra los actos dictados por la Administración durante su ejecución. Cada uno de estos actos responde a reglas propias de validez, tiene sus propias causas o funcionalidad específicas y, fundamentalmente, pueden ser anulados independientemente del contrato, sin afectar la validez de éste »¹²⁴. Según Rodolfo C. BARRA, el fallo parece aceptar la doctrina de los actos separables

¹¹⁷ M. A. BERÇAITZ, *Teoría general de los contratos administrativos*, op. cit., p. 391.

¹¹⁸ CSJN, *Morocco y Cía S.A.*, Fs. 312 : 84 (1989) y *Pradera del Sol c/ Municipalidad de General Pueyrredón*, Fs. 327 : 5756 (2004).

¹¹⁹ CSJN, *SRL Livio Dante Porta y Cía.*, Fs.184 : 142 (1939) y *Eduardo Sánchez Granel*, Fs. 237 : 316 (1957).

¹²⁰ Cf. H. A. MAIRAL, « Los defectos de la contratación pública », *Revista de derecho público*, t. 2006-I, p. 177. V. también M. P. RANNELLA, « Hecho del principio, teoría de la imprevisión y fuerza mayor » in P. J. COVIELLO et al., *Cuestiones de contratos administrativos*, Buenos Aires, RAP, 2007, p. 255.

¹²¹ Mendoza, art. 112; Corrientes, art. 3 inc. b); Entre Ríos y Formosa, art.3 inc. b); La Rioja, art. 2 inc. b); Misiones, art. 2 inc. b); Neuquén, art. 2 inc. a) núm. 2 y Santa Cruz, art. 2 inc. b).

¹²² V. M.-M. DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Plus Ultra, 1965, p. 494 ; D. P. WINKLER, « Caracterización del contrato administrativo como acto. Régimen aplicable en caso de lagunas », *RAP* 1981, nº 30, p. 9.

¹²³ CNContAdmFed, 24 de abril de 1986, *Petracca e hijos S.A. y Otros c/ Estado Nacional – Ente autárquico mundial 78, El derecho*, t. 118, p. 118; JA, t. 1986-III, p. 661. V. R. DROMI, « Los actos separables en la contratación administrativa », JA (doctrina), 1975, pp. 216-227.

¹²⁴ El mismo criterio está presente en CS Tucumán, 13 de marzo de 1987, *Dávil S.R.L. El derecho*, t. 126, p. 141.

¹²⁵. Sin embargo, la Corte Suprema decidió también que « [...] los actos administrativos, aun unilaterales, referentes a la celebración, ejecución o modificación de un contrato administrativo, en principio, no pueden considerarse en forma aislada, con abstracción del contrato al cual acceden en cuanto determinan los derechos u obligaciones emergentes de aquél »¹²⁶.

61. En otros campos, la doctrina y la jurisprudencia francesas son igualmente citadas en el derecho argentino.

C. – *En otros campos del derecho administrativo*

62. En derecho de la responsabilidad del Estado y a propósito del acceso a la instancia judicial el derecho francés oficia también de referencia. En otros campos, el derecho hexagonal se encuentra menos presente.

1. *En el derecho de la responsabilidad del Estado*

63. La distinción entre falta personal y falta de servicio se aplica en Argentina en el campo del derecho de la responsabilidad del Estado. En el cons. n° 5 de la decisión *Vadell*, la Corte Suprema se expresó en los términos siguientes: « En este sentido cabe recordar lo expresado en *Fallos 182-5* donde el tribunal sostuvo que "quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución". Esa idea objetiva de la falta de servicio encuentra fundamento en la aplicación por vía subsidiaria del art. 1112 del Código Civil que establece un régimen de responsabilidad "por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas" »¹²⁷. La responsabilidad del Estado se reconoce entonces de manera directa: « *La faute de service est une anormalité dans les obligations de service régulier, ce qui implique une appréciation concrète de la nature de l'activité, des moyens dont le service dispose, du lien entre la victime et le service et du degré de prévisibilité du dommage* (Rep. de la puissance publique – Faute de service, n° 178, Dalloz) »¹²⁸. Como se puede verificar, la jurisprudencia y la doctrina francesas son constantemente citadas para trazar los contornos de esta noción¹²⁹.

64. Incluso en materia de responsabilidad precontractual, la falta de servicio es reconocida en Argentina, lo que atrajo la atención de Tomás HUTCHINSON: « Al ser la promesa o acuerdo sobre el ejercicio de una potestad

¹²⁵ R. C. BARRA, *Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado*, Buenos Aires, Ábaco, 1989.

¹²⁶ CSJN, *Mevopal S.A. c/ Banco Hipotecario Nacional*, Fs.307 : 2216 (1985).

¹²⁷ CSJN, Fs. 306 : 2030 (1984).

¹²⁸ CSJN, *Zacarías c/ Provincia de Córdoba y otros*, Fs. 321 : 1124 (1998), *La Ley*, t. 1998-C, p. 322.

¹²⁹ V. C. DRUCK, « La responsabilidad extracontractual del Estado por omisión en el ejercicio de la función administrativa », *RAP*, 2008, n° 362, p. 22.

administrativa nulos, la *faute de service* no se halla en el acto que lo incumple, sino en la propia emisión de la promesa (o celebración del acuerdo), cuya nulidad no podía ignorar la Administración, aunque esa falta sólo se manifieste al dictarse el segundo acto, es decir, el acto de ejercicio de la potestad vinculada (acto que incumple el acuerdo) »¹³⁰. Asimismo, en materia de responsabilidad por hechos del poder judicial (*i. e.*, en caso de condenas erróneas o de irregularidades procesales), la falta de servicio es el factor de atribución de reconocimiento de la responsabilidad del Estado¹³¹. La doctrina argentina reconoce ciertamente la influencia francesa en la materia: « La Corte Suprema de Justicia de la Nación a ha elaborado una doctrina acerca de la responsabilidad del Estado por “falta de servicio” que en líneas generales reconoce como antecedente las construcciones de la jurisprudencia del Tribunal de Conflictos y del Consejo de Estado francés [...] »¹³².

65. En el campo de la responsabilidad sin falta, es la doctrina del “sacrificio especial” que se menciona en la jurisprudencia y es la igualdad ante las cargas públicas que la justifica de la misma manera que en el derecho francés¹³³. Más allá de ciertas citas a Otto MAYER¹³⁴, es la doctrina francesa la que ha largamente influenciado el derecho argentino en este campo¹³⁵. Sin embargo, la jurisprudencia excluyó la reparación del lucro cesante mediante la aplicación analógica de la Ley n° 21.499 sobre las expropiaciones¹³⁶. La Ley n° 26.944, de 2014¹³⁷, provocó una reconfiguración del derecho positivo puesto que, por un lado, ella consagra la falta de servicio¹³⁸ y el sacrificio especial¹³⁹ en tanto factores de atribución de la responsabilidad, y, por otra parte, limita la reparación al daño emergente en materia de responsabilidad por actividad lícita (*sans faute*)¹⁴⁰.

66. El derecho administrativo francés sirvió en su momento también de

¹³⁰ Cf. T. HUTCHINSON, « Breves reflexiones acerca de las responsabilidades relacionadas con contratos administrativos », *Revista de derecho público*, t. 2007-II, p. 35.

¹³¹ CSJN, *Nápoli, Erika y Otros*, 22 de dic. de 1998, *La Ley*, t.1999-B, p. 660 ; CSJN, *Cura, Carlos A.*, 27 de mayo de 2004; CSJN, *Mallman, Arturo y otro*, 26 de oct. de 1999, cons. n° 9 y 10, *La Ley*, 11 de agosto de 2003, p. 3.

¹³² Cf. G. E. CHRISTE, « El factor subjetivo de atribución en la responsabilidad del Estado por falta de servicio » in A. BUTELETER et al., *Derecho administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo COMADIRA*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, p. 1249.

¹³³ V. CSJN, *Columbia S.A.*, 19 de mayo de 1992; *Laboratorios Ricar S. A.*, Fs. 318 : 2311 (1995).

¹³⁴ V. A. D. ANDRADA, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 239-242.

¹³⁵ « Es el criterio impuesto por el Consejo de Estado francés, en sus decisiones precedentemente expuestas, que, con fundamento en el principio de igualdad ante las cargas públicas, estableció la procedencia de esta responsabilidad, que fue expandiéndose en el mundo [...] ». Cf. M. G. SOTELO DE ANDREAU, « Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado en función legislativa », *RAP*, 2005, n° 326, p. 484. V. CSJN, *Mochi Ermano y otra c/Buenos Aires Provincia de s/daños y perjuicios*, 20 de marzo de 2003 en el que la Corte aplica los arts. 16 y 17 C.N. en el campo de la responsabilidad sin falta.

¹³⁶ Mecanismo que lleva el nombre de “fuerza expansiva de la expropiación”. V. L. LOZANO, « La reparación del lucro cesante provocado por el obrar lícito del Estado, la ley de expropiaciones y los concesionarios de servicios », *RAP*, 2005, n° 326, p. 383.

¹³⁷ B.O., 2/07/2014.

¹³⁸ Art. 3 d).

¹³⁹ Art. 4 e).

¹⁴⁰ Art. 5.

fuente de inspiración en lo que concierne al acceso a la instancia judicial.

2. *En cuanto al acceso a la instancia judicial*

67. En Argentina¹⁴¹ y en España¹⁴², la doctrina y la jurisprudencia reconocieron el así llamado *carácter revisor* de la justicia contencioso administrativa que exige la existencia de un acto previo de la Administración, incluso en circunstancias de inactividad administrativa¹⁴³. Este “carácter revisor” engendra ciertas consecuencias jurídicas discutibles: el reclamo en el seno de la Administración determina las materias sobre las cuales los jueces pueden ulteriormente pronunciarse¹⁴⁴; los jueces no pueden intervenir en cuestiones no solicitadas previamente ante la Administración¹⁴⁵; las pretensiones judiciales no pueden exceder las formuladas ante la Administración¹⁴⁶; o, incluso, los tribunales no pueden intervenir sobre las pretensiones que la Administración no resolvió todavía¹⁴⁷. Guido Santiago TAWIL se mostró muy crítico de esta situación: « La importancia atribuida al carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa aún en sistemas típicamente judicialistas como el argentino ha sido consecuencia de una errónea adaptación del derecho francés, tanto al sistema español, como –en parte a través de éste– al argentino »¹⁴⁸. Así interpretada, la decisión previa no tiene solamente consecuencias procesales, sino que limita el contencioso estableciendo un vínculo férreo y aherrojado entre la demanda judicial y el reclamo administrativo previo. Ahora bien, sostenía la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que modificar los fundamentos de hecho o el alcance de las pretensiones en la demanda judicial implicaba que el particular pudiese quitar a la Administración la posibilidad de decidir con competencia originaria, otorgando al tribunal judicial la posibilidad de que de un órgano de control se transformase en un órgano de decisión sobre cuestiones que debían haber sido encaradas en el seno de la Administración¹⁴⁹. Esto se explica por una tradición jurídica que concibe a los jueces argentinos como una suerte de segunda instancia que interviene luego del procedimiento

¹⁴¹ V. L. M. HEILAND, « Proceso contencioso administrativo y condiciones de admisibilidad », *La Ley*, t. 1985-D, p. 758.

¹⁴² V. L. MORELL OCAÑA, « La inactividad de la administración: técnicas alternativas a la del silencio », *Documentación administrativa*, 1986, n° 208, p. 67.

¹⁴³ Art. 10, decreto-ley n° 19.549.

¹⁴⁴ V. H. HEREDIA, « El contencioso administrativo en el fuero federal de la Capital Federal de la República Argentina », *Revista de la Universidad de Buenos Aires*, 1979, p. 23.

¹⁴⁵ Tribunal Supremo de España, sentencia del 12 de diciembre de 1976, Sala III.

¹⁴⁶ CNContAdmFed, Sala III, 10 de julio de 1984, *Marle Construcciones*.

¹⁴⁷ V. M. F. CLAVERO ARÉVALO, « El carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y las sentencias anuladoras de actos en los que la administración no entró en el fondo del asunto », *Revista de administración pública*, 1963, n° 42, p. 217.

¹⁴⁸ Cf. G. S. TAWIL, *Administración y justicia* (tesis), Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 156 ; *idem*, « Los grandes mitos del derecho administrativo, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa, la inactividad de la administración y su fiscalización judicial », *El derecho*, t. 128, 1988, p. 964.

¹⁴⁹ CNContAdmFed, Sala III, 10 de julio de 1984, *Marle Construcciones*.

administrativo¹⁵⁰. Debe señalarse que el “carácter revisor” se encuentra abandonado actualmente por la jurisprudencia argentina pero lo que atrae poderosamente nuestra atención es hizo falta muchísimo tiempo para liberarse de este elemento absolutista¹⁵¹ y concebir el procedimiento administrativo como una etapa pre-contenciosa de conciliación.

68. Finalmente, en otros campos, el derecho administrativo francés se encuentra menos presente.

3. Los campos en los que el derecho administrativo francés se encuentra menos presente

69. Curiosamente, el derecho administrativo francés no ejerció prácticamente ninguna influencia en el derecho municipal. Podemos creer que ello se debe a que Francia es un Estado unitario con fuerte vocación centralizadora mientras que Argentina es un Estado federal¹⁵². Esto es verdad parcialmente porque, a nivel provincial, la influencia de ciertas instituciones del derecho público francés tuvo cierto número de consecuencias jurídicas. En realidad, el fenómeno se explica más bien por el escaso desarrollo del derecho municipal en Argentina en razón de que el art. 123 CN prevé que cada provincia tendrá la facultad de determinar cuál es la extensión de las competencias atribuidas a las municipalidades. Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema posterior a la reforma constitucional de 1994 que reconoce a las municipalidades las facultades de dictar sus propias normas es muy reciente¹⁵³. Ni en el campo del viejo derecho llamado de la policía administrativa ni en materia de servicios públicos la jurisprudencia reconoció una competencia municipal originaria¹⁵⁴. A pesar de todo, la responsabilidad contractual¹⁵⁵ o extracontractual¹⁵⁶ de las municipalidades testimonia de la influencia del derecho administrativo francés, en la medida en que se aplican las mismas construcciones jurídicas que las previstas a nivel federal¹⁵⁷.

70. Asimismo, en el ámbito de las licitaciones públicas las invocaciones al derecho administrativo francés son bastante escasas¹⁵⁷, incluso cuando se encuentra guiado, en ambos países, por principios idénticos como la igualdad entre oferentes o la libre competencia¹⁵⁸. Algunas citas a profesores franceses

¹⁵⁰ V. H. J. ESCOLA, *Tratado general de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1973, p. 428.

¹⁵¹ CS Buenos Aires, 11 de febrero de 2004, *Salas*, n° B58.847.

¹⁵² Cf. arts. 121, 31 y 129 C.N.

¹⁵³ CSJN, *Telefónica de Argentina c/ Municipalidad de Chascomús*, Fs. 320 : 610 (1997) ; CSJN, *Telefónica de Argentina S.A. c/ Municipalidad de Luján, La Ley*, t. 1997-E, p. 114 ; CSJN, *Operadora de Estaciones de Servicio S.A. c/ Municipalidad de Avellaneda*, Fs. 321 : 1052 (1998).

¹⁵⁴ CS Buenos Aires, 1^{ro} de noviembre de 1997, *Municipalidad de La Plata. Inconstitucionalidad del decreto 9111 Tercero CEAMSE*.

¹⁵⁵ V. T. HUTCHINSON, “Responsabilidad del agente municipal”, *Revista de derecho público*, t. 2005-I, p. 280

¹⁵⁶ V. P. A. GUTIERREZ COLANTUONO, « La responsabilidad del Estado desde la perspectiva del derecho público provincial », *RAP*, 2005, n° 326, p. 342.

¹⁵⁷ V. J. C. CASSAGNE, « Contratos de la administración y selección del contratista », *Revista de derecho público*, 1, 2006, p. 70.

¹⁵⁸ Art. 3, decreto n° 1023/2001.

pueden encontrarse en el campo de la responsabilidad pública en razón de irregularidades en la selección del cocontratante. Ello se explica en el hecho de que son las reglas generales de la responsabilidad que se aplican¹⁵⁹.

71. Habiendo culminado esta visión panorámica, conviene en este momento presentar nuestras conclusiones.

§ – CONCLUSIONES

72. Una primera conclusión que podemos extraer de nuestro análisis es que el derecho administrativo francés debió ser adaptado a especificidades de la arquitectura constitucional argentina. Fue necesario así adaptar fuentes francesas al presidencialismo argentino, al control difuso de constitucionalidad, al federalismo y a la unidad de jurisdicción. Curiosamente, tales diferencias institucionales no constituyeron un obstáculo infranqueable para la aclimatación de un número significativo de dispositivos franceses.

73. Una segunda conclusión a subrayar es que la recepción del derecho francés operó más bien al momento de sistematizar las grandes nociones del derecho administrativo. Una vez que tal o cual mecanismo fue estructurado, pareciera que la inspiración hexagonal disminuye en beneficio de desarrollos propios al ordenamiento jurídico argentino.

74. Si tomamos el ejemplo de la institución del servicio público, la situación actual en Francia de los servicios públicos en red es la de la sujeción de los mismos a una autoridad independiente de regulación. En Argentina, por el contrario, los servicios públicos, incluso los privatizados, no fueron liberalizados a través de una apertura a la competencia y las autoridades administrativas independientes son extrañas a nuestro ordenamiento jurídico. Paralelamente, en el derecho de los actos administrativos, no solamente los actos de gobierno carecen de especificidad en el derecho argentino, sino también que los actos de alcance general son rechazados como actos administrativos en beneficio de una concepción propia de los reglamentos. En materia de contratos, los actos separables no fueron aceptados pacíficamente en Argentina. Lo anterior se aplica también a la policía administrativa cuyo encuadramiento parece insuficiente para dar una unidad coherente e identitaria a la noción en nuestro medio. En lo que concierne a la responsabilidad pública, incluso cuando las nociones francesas fueron importadas, la indemnización del lucro cesante es otorgada en ciertas situaciones, pero no siempre, lo que resulta contrario al principio de reparación integral previsto en el derecho francés. En fin, el carácter “revisor” de la jurisdicción contencioso administrativa fue abandonado definitivamente en Francia desde el fallo *Cadot*¹⁶⁰ de 1889, contrariamente a la situación argentina donde tal solución llegó luego de la segunda mitad del siglo XX.

¹⁵⁹ V. H. N. PRIETO, « Responsabilidad contractual del municipio », *Revista de derecho público*, t. 2005-I, pp. 257-259 ; J. I. ALTAMIRA GIGENA, « Responsabilidad del Estado en el procedimiento de selección del contratista », *Revista de derecho público*, t. 2006-I, pp.222-223 con citas de J. RIVERO y M. WALINE.

¹⁶⁰ C.É., 13 de diciembre de 1889, *Cadot, Rec. Lebon*, p. 1148.

75. Estos desarrollos arriban a la conclusión general siguiente: el derecho administrativo francés aportó elementos totalmente significativos para la construcción iniciática del derecho administrativo argentino. Estructurado el mismo, se presentan, en la hora actual, especificidades crecientes que diferencian de manera muy nítida ambos órdenes jurídicos.

*
* *