

LA INDEROGABILIDAD SINGULAR DEL REGLAMENTO

RICARDO H. FRANCAVILLA*

1. NOCIÓN CONCEPTUAL

El principio denominado “inderogabilidad singular del reglamento” predica que los reglamentos que dicta la Administración lo vinculan imperativamente, prohibiendo que un acto administrativo de alcance individual pueda vulnerar o hacer excepción a lo dispuesto en ellos, prohibición que se aplica aun cuando el emisor del acto individual posea mayor jerarquía que quien dictó el reglamento¹.

Se trata de una regla muy antigua; como lo señala Cassagne, era uno de los principios más importantes del derecho público del antiguo régimen (anterior a la revolución francesa): en el derecho regio, el acto que instrumentaba normas de alcance general que emitía el monarca o príncipe, no podía derogarse para los casos particulares a través de excepciones o derogaciones singulares².

Según indica otro autor³, el principio está vigente en diversos derechos. Así, en Estados Unidos la Corte Suprema lo consagró en tres casos sucesivos⁴, aunque luego

* Abogado, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires en el año 1985. En el año 1986 se radicó en la actual provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, donde desempeñó diversos cargos públicos. En la actualidad es Fiscal Adjunto de la Fiscalía de Estado de la Provincia.

Ha dictado diversas conferencias sobre temas vinculados con el derecho administrativo y ha escrito varios artículos referidos a la especialidad.

¹ Ello porque, como bien se ha dicho, lo que está en juego en el caso no es la jerarquía de los órganos, sino la jerarquía material de las normas, que es la que debe prevalecer; ver Lapierre, José Augusto, “Los reglamentos ejecutivos”, en AA VV, *Acto administrativo y reglamento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral en mayo de 2001, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2002, p. 569.

² Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2006, 8ª edición, p. 118.

³ Mairal, Héctor A., *La doctrina de los propios actos y la Administración Pública*, reimpresión, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 97.

⁴ La identificación de estos tres casos es efectuada por el autor en la nota N° 306 (p. 98) de la obra recién citada, a la cual cabe remitirse.

lo limitó a los supuestos en que el reglamento beneficia al particular; en Francia se remonta al *arrêt "Delloye"*, del año 1905, y es unánimemente aplicado a no ser que se modifique previamente el reglamento; en España lo establece el Artículo 52.2 de la Ley N° 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que prescribe: "Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan igual o superior rango a éstas".

En nuestro país, si bien no ha sido receptado expresamente por la legislación nacional (aunque sí fue incorporado por algunas leyes de procedimiento administrativo provinciales⁵), es reiteradamente aplicado por la jurisprudencia⁶ y por la Procuración del Tesoro de la Nación⁷, a la vez que es pacíficamente aceptado por la doctrina⁸.

A pesar de que la denominación con que se lo conoce viene desde antiguo, y es aceptada sin mayor discusión tanto en nuestro país como en el exterior, en la doctrina nacional no han faltado prestigiosas voces que proponen su modificación.

Al respecto, Bianchi tiene expresado que es evidente que el principio está mal denominado y produce equívocos, ya que "[...] la norma que no es utilizada en un caso particular, no se deroga, sino que, en todo caso, no se la aplica; por tanto, se debería hablar de la inaplicabilidad particular, pues la norma continúa vigente aun cuando en un caso especial no sea empleada"⁹.

⁵ Lo consagran las respectivas leyes de procedimiento administrativo de las provincias de Mendoza (Ley N° 3.909, Art. 32) y de Salta (Ley N° 5.348, Art. 29), teniendo la norma idéntica redacción en ambos cuerpos legales, que expresan: "El contenido del acto no podrá contravenir en el caso particular disposiciones constitucionales, legislativas o sentencias judiciales, ni vulnerar el principio de la irrevocabilidad del acto administrativo. Tampoco podrá violar normas administrativas de carácter general dictadas por autoridad competente, sea que éstas provengan de una autoridad de igual, inferior o superior jerarquía, o de la misma autoridad que dicta el acto, sin perjuicio de las atribuciones de éstas de derogar la norma general mediante otro acto general".

⁶ CN Cont. Adm. Fed., Sala III, 22-5-1986, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública - Rap*: 96-88; Sala IV, 31-5-1988, *ED*, 130-108; TS Córdoba, "Rubio c/ Provincia de Córdoba", *Rep. LL*, 1981, p. 129, N° 4; SC Buenos Aires, "Promenade", 2-6-1987, *RAP*, 112-81.

⁷ *Dictámenes*: 34:201; 77:305; 81:236; 100:191; 114:495; 206:159; 228:152; 239:196; 249:347.

⁸ Diez, Manuel María, *Derecho administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Plus Ultra, 1974, 2ª edición, p. 339; Fiorini, Bartolomé, *Derecho administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, 2ª edición, p. 303; Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, reimpresión de la 5ª edición, Tomo I, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, Cap. VII, p. 42; Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo, op. cit.*, Tomo I, p. 175 y tomo II, p. 118; Comadira, Julio Rodolfo, "Valiosos aportes de la Corte Suprema a la teoría general del acto y el contrato administrativo", en *Colección de análisis jurisprudencial - Elementos de derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 665 y *La licitación pública: nociones, principios, cuestiones*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, 2ª edición, p. 161; Bianchi, Alberto B., "El caso 'Promenade' y la llamada inderogabilidad singular de reglamentos en un controvertido fallo", en *Revista de derecho administrativo*, año 1, Nros. 1 y 2, Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 377; Mairal, Héctor A., "La doctrina de los propios actos...", *op. cit.*, p. 97.

⁹ Bianchi, "El caso 'Promenade' y la llamada...", *op. cit.*, p. 384.

La crítica no puede menos que compartirse, pues es claro que la inaplicación del reglamento a un caso particular no producirá su derogación, razón por la cual sería conveniente que se le asignara al principio un nombre jurídicamente más preciso, como lo propone el jurista citado.

También ha propuesto un cambio de denominación el maestro Comadira, quien parte de su criterio personal de distinción entre el acto de alcance general normativo y el no normativo, señalando que el primero es el que regula, con vocación de permanencia, una pluralidad de casos indeterminados, incorporándose así al ordenamiento jurídico, sin consumirse por ende con su aplicación; mientras que el segundo, si bien es también aplicable potencialmente a una pluralidad indeterminada de personas, se consume o se agota con su cumplimiento, con lo cual carece de vocación de permanencia.

Sobre dicha base, expresa: “[...] la vigencia del principio de legalidad (juridicidad en nuestra nominación) estaría igualmente comprometida si se admitiera la posibilidad de que los actos generales carentes de normatividad –equiparables, en este aspecto, a los actos particulares– pudieran excepcionarse de los reglamentos, sin exigir la concurrencia de los recaudos requeridos al efecto en el supuesto de los actos particulares. Por ello, entendemos que la situación apuntada permitiría reformular la denominación del citado principio, con el fin de explicitar su verdadero alcance, catalogándolo como *principio de inderogabilidad no normativa de los reglamentos*, abarcando así no sólo la subordinación del acto particular al general normativo –reglamento– sino, también, la sujeción a éste del acto de alcance general no normativo, pues la ausencia de virtualidad normativa es un común denominador entre este último y el acto administrativo particular, que justifica la inclusión de ambas declaraciones unilaterales de voluntad de la Administración en el ámbito de aquel principio general”¹⁰.

Las certeras palabras del maestro tampoco pueden dejar de compartirse, pues las razones que expone son ciertamente muy precisas.

Sin embargo, y dado que a pesar de las atinadas observaciones de Bianchi y de Comadira, la denominación del principio no fue modificada, por razones de comodidad seguiré refiriéndome al mismo como “inderogabilidad singular del reglamento”.

2. LOS FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO. PRECISIONES SOBRE SUS ALCANCES

La doctrina no es del todo pacífica respecto a cuáles son los fundamentos lógico-jurídicos de la inderogabilidad singular del reglamento, pues mientras algunos autores lo asientan en la vigencia del principio de legalidad, otros aseveran que es un correlato del derecho de igualdad.

Comparto la idea de quienes ven el verdadero fundamento del principio en la vigencia irrestricta del principio de legalidad, que muchos prefieren denominar de

¹⁰ Comadira, Julio Rodolfo, “La licitación pública...”, *op. cit.*, p. 162; ver también “Valiosos aportes...”, *op. cit.*, p. 670.

juridicidad, entre los que me encuentro¹¹, porque expresa más adecuadamente la idea de que la Administración está sometida no sólo a la ley en sentido estricto, sino a la totalidad del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, también a las propias normas reglamentarias que se autoimpuso; en consecuencia, no puede apartarse de ellas o dispensar su aplicación cuando le plazca, sin ninguna justificación válida, pues ello implicaría una infracción al mismo ordenamiento jurídico que ha contribuido a crear¹².

Es que, si bien es cierto que la Administración tiene la potestad de derogar o modificar el reglamento, no lo es menos que ello debe disponerse con carácter general, pues tal potestad no puede ser interpretada en forma tan amplia como para admitir que también le otorgaría la libérrima facultad de apartarse en forma puramente discrecional del reglamento, cuando mejor le parezca, pues ello ofendería al principio de juridicidad. Sin embargo debo adelantar que, en las condiciones que luego explicaré, en ciertos supuestos la Administración puede apartarse de un reglamento en casos particulares.

Otros autores entienden que el fundamento de la inderogabilidad singular del reglamento es el derecho de igualdad¹³, que según esta opinión se opondría a que la Administración decida excepciones singulares al reglamento porque, de poder hacerlo, estaría evaluando por sí misma si la excepción se justifica de cara a la igualdad de tratamiento entre los administrados, lo que sólo podría ser efectuado por el legislador, por ser quien debe regular todos los derechos individuales, y entre ellos el de igualdad.

En el mismo orden de ideas, se dice también que la inderogabilidad singular no rige en materia legislativa, donde es sabido que se admite casi sin discusión que la ley especial posterior derogue, en su materia, a la ley general anterior, y también que, sin derogarla, exceptúe su aplicación a ciertos casos concretos. Esto es explicado por Cassagne del siguiente modo: “La inderogabilidad singular no rige en materia legislativa. Una ley formal particular puede derogar o no tener en cuenta las disposiciones de una ley de carácter general, dado que desde el punto de vista jurídico tal proceder

¹¹ Sigo para ello las enseñanzas del maestro Comadira, quien siempre prefirió utilizar la voz “juridicidad” en lugar de “legalidad”, pues como lo explicara: “[...] representa mejor, en nuestra opinión, la idea de que el accionar de la Administración pública en procura del bien común supone necesariamente el respeto del orden jurídico. Respeto, por lo demás, predicable no sólo para el procedimiento recursivo, sino en general para todo el procedimiento administrativo. La juridicidad nuclea, en ese sentido, todo el sistema normativo, desde los principios generales del derecho y la Constitución Nacional, hasta los simples precedentes administrativos en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad, pasando por los tratados internacionales, la ley formal, los reglamentos y, eventualmente, ciertos contratos administrativos”; ver Comadira, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos - Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*, con la colaboración de Laura Monti, Tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 51.

¹² Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, con notas de Agustín Gordillo, Tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2006, 1ª edición argentina, p. 210.

¹³ Fiorini, “*Derecho administrativo*”, *op. cit.*, Tomo I, p. 303.

constituiría una limitación a la igualdad, siendo el Congreso el poder competente para reglamentar los derechos individuales”¹⁴.

Esta postura no me convence del todo; si bien es indudable que el principio de igualdad impide que se desapliquen únicamente en beneficio de algunos los requisitos que se exigen con carácter general a otros que se encuentren en la misma situación, me parece que seguir de ello que únicamente el legislador podría disponer una dispensa para los que se encuentren en una situación desigual no se ajusta estrictamente al reparto de competencias de la Constitución Nacional.

Así lo pienso, porque creo que esta idea se sustenta en la llamada “concepción plana” de la ley, inspirada por Rousseau, que asevera que todo el poder normativo se debe concentrar en el legislador, en tanto depositario de la voluntad general, y que el Poder Ejecutivo debe estar inhibido de emitir normas jurídicas generales, abstractas y obligatorias, quedando reducida su función a la de ejecutar la ley formal.

Pero no fue esta la concepción que adoptó la Constitución de 1853-60, que en esta materia se apartó del modelo constitucional norteamericano (seguido en cuanto a la forma federal de gobierno), pues en vez de adherir al esquema de dicho modelo, que concentró todo el poder normativo en el Congreso, prefirió seguir las ideas de Alberdi acerca de la necesidad de un Poder Ejecutivo fuerte, que pudiera organizar un país acuciado por la anarquía, consagrando un sistema de división de Poderes caracterizado por el equilibrio entre los órganos que ejercen el poder estatal, implementando para tal fin los denominados pesos y contrapesos, que permiten que dichos órganos se puedan controlar recíprocamente¹⁵.

Siguiendo esta inspiración, la Constitución histórica le reconoció la potestad de dictar normas jurídicas de alcance general al Presidente del país –que en definitiva no deja de ser también un representante legítimo del pueblo–, y lo hizo de dos maneras:

a) expresamente en el inciso 2º del ex Artículo 86, que le atribuyó competencia para reglamentar las leyes del Congreso, aunque sin alterar su espíritu;

¹⁴ Cassagne, “Derecho administrativo”, *op. cit.*, tomo I, p. 176, quien a su vez cita a Parada Vázquez, José R., *Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, Pons, 1989, p. 64.

¹⁵ Lo dicho es destacado por el propio Cassagne, quien además de señalar que la prescripción del Art. 86, inc. 2, de la Constitución de 1853, que consagra la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo, implicó un marcado apartamiento del modelo constitucional norteamericano, y que lejos de adherir a la concepción plana de la ley se inspiró en las ideas de Alberdi respecto a un Ejecutivo fuerte, añade: “[...] la adopción de esa regla constitucional (de raíz monárquica pero perfectamente adaptable a un sistema de gobierno representativo, republicano y federal) implicó también sellar la suerte del inexplicable dogma que concebía a la ley como un producto exclusivo de la voluntad general del Parlamento e incluso de la soberanía absoluta que se atribuía al Poder Legislativo y a las leyes por encima de los principios generales del derecho, lo cual lejos de afirmar las libertades básicas de los ciudadanos permitió, por las fallas que exhibe el sistema de representación, que se cometieran las más grandes arbitrariedades [...]”; ver su artículo “Potestad reglamentaria y reglamentos de necesidad y urgencia”, en AA VV, *Las bases constitucionales del derecho administrativo*, XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2004, p. 47.

b) implícitamente en el inciso 1° del mismo artículo, ya que el ejercicio de la administración general del país que se le confió trae aparejada la facultad de dictar reglamentos autónomos, que como se sabe rigen la organización y el funcionamiento interno de la Administración.

Este reconocimiento se acentuó con la reforma constitucional del año 1994, pues si bien los Artículos 76 y 99, inc. 3, en principio prohíben los reglamentos delegados, y los de necesidad y urgencia, de todos modos los terminan admitiendo, en las condiciones que establecen.

Tenemos entonces que el Ejecutivo no sólo dicta reglamentos de ejecución de las leyes, sino también autónomos, delegados, y de necesidad y urgencia. Además, tiene también atribuidas funciones colegislativas, como por ejemplo el veto, la iniciativa, etcétera.

Luego de esta breve explicación, no temo equivocarme si me permito concluir que la Constitución Nacional no adhirió a la concepción plana de la ley, que como dije, excluye la posibilidad de que el Ejecutivo elabore normas de contenido materialmente legislativo, sino que, lejos de consagrar la primacía absoluta del Congreso en la materia, o de concentrar el monopolio de la actividad normativa en el mismo, le confirió expresas funciones colegislativas y reglamentarias al Ejecutivo.

Lo dicho me permite controvertir el postulado de quienes sostienen que, como el derecho de igualdad sólo puede ser regulado por el legislador, únicamente éste podría establecer excepciones particulares a las normas generales, sobre la base de lo cual concluyen que el fundamento de la inderogabilidad singular del reglamento es el derecho de igualdad.

Reafirmo entonces mi opinión de que el verdadero fundamento es el principio de juridicidad, que le veda no sólo al Poder Ejecutivo, sino también al Legislativo y al Judicial, actuar en contra de lo que prescribe el ordenamiento jurídico global.

Con ello también estoy sosteniendo que, si es indiscutible que el principio de juridicidad rige en el ámbito de los tres Poderes del Estado, la inderogabilidad singular también debería regir en el ámbito del Poder Legislativo, ya que, como bien lo señala Bianchi, en un Estado de Derecho el legislador también está sujeto al ordenamiento jurídico, razón por la cual, si bien tiene la potestad de dictar la ley, carece paralelamente de la facultad para apartarse de ella cuando discrecionalmente quiera, pudiendo hacerlo sólo cuando existan razones de excepción fundadas que así lo aconsejen¹⁶.

De tal modo, creo que el principio de inderogabilidad singular debería obligar tanto al Ejecutivo como al Legislativo, aunque vedándoles únicamente que adopten excepciones irrazonables a sus normas generales, mas no las objetivamente justificadas.

De ello sigo compartiendo las ideas que expone Bianchi en el artículo citado, de que no sólo el legislador puede establecer excepciones particulares a las leyes gene-

¹⁶ Bianchi, "El caso 'Promenade' y la llamada...", *op. cit.*, pp. 385/90.

rales en los supuestos que lo justifiquen, sino que la Administración también puede hacerlo, esto es, también puede valorar cuando se justifica objetivamente establecer excepciones debidamente fundadas a sus propios reglamentos, en aras del interés general.

Sostengo entonces que, conforme a las atribuciones implícitas que provienen de la potestad reglamentaria que la Constitución Nacional le acuerda al Poder Ejecutivo, se puede aceptar, por un lado, que el propio reglamento prevea los casos que justificarán su dispensa de aplicación, y por el otro que, en aquellos supuestos no previstos, pero que en función de circunstancias objetivamente consideradas justifiquen una excepción, la Administración podrá disponerla, pues de lo contrario, por un prurito formal, se causaría un perjuicio inútil a quienes exhiban una situación que torne válida la excepción.

Es que, al igual que la ley, el reglamento no puede prever al momento de su sanción todas las situaciones especiales que pueden presentarse, o bien que puedan aparecer posteriormente, y que sean merecedoras de una excepción al régimen general.

En dichos supuestos, el Poder Ejecutivo, a mérito de sus facultades implícitas, podrá establecer excepciones debidamente fundadas al reglamento, pues de no poder hacerlo se caería en una verdadera injusticia, ya que se perjudicaría a quienes hubieran acreditado una situación especial, que bien justifica la dispensa singular.

En definitiva, soy de la opinión de que el principio de inderogabilidad singular no es tan absoluto como a primera vista parece, ni su vigencia se limita sólo al Poder Ejecutivo; a mi modo de ver, lo que realmente impide, y tanto a la Administración como al propio legislador, es que ambos se puedan apartar de sus propias normas generales cuando les parezca, por su solo arbitrio, pues ello ofendería el principio de juridicidad, pero no obtura la posibilidad de que dispongan excepciones singulares debidamente justificadas por circunstancias objetivas, con la lógica condición de que sean extensibles a todos los demás casos iguales, lo que en definitiva favorecerá al interés general, y es más ajustado a derecho que negar una excepción perfectamente atendible.

De estas ideas participa no sólo Bianchi, según recién lo he explicado, sino también Comadira y la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

El maestro expresa que un acto administrativo de alcance particular, o un acto de alcance general no normativo, no puede violar lo dispuesto en un reglamento, aun cuando éste haya sido dictado por una autoridad de jerarquía inferior, “[...] salvo que lo derogue, lo modifique o, en su caso, lo interprete de modo de sentar un precedente que deberá ser obligatoriamente observado en situaciones similares futuras”¹⁷.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha dicho en reiteradas oportunidades: “Este tribunal tiene decidido que los órganos ad-

¹⁷ Comadira, “La licitación pública...”, *op. cit.*, p. 162; ver también “Valiosos aportes...”, *op. cit.*, p. 670.

ministrativos no pueden violar sus propias reglamentaciones, por lo que para poder dictar un acto de alcance particular que se aparte de ellas, es menester derogar la norma reglamentaria preexistente, modificarla, o bien interpretarla en forma tal de permitir que junto a la regla general coexista una excepción razonable, creada sobre datos objetivos, susceptible de ser utilizada por todos los que se encuentren en la misma situación” (“Durruty, Nelly B. c/ Provincia de Buenos Aires s/ demanda contencioso administrativa”, sentencia del 9-10-2003, *Lexis Nexis* N° 14/101117, entre tantos otros).

Otra cuestión que debo señalar, vinculada también con los verdaderos alcances del principio, es que para que la prohibición de dispensa singular rija resulta necesario, como bien lo destaca Gordillo, que el acto individual y el reglamento se refieran a la misma competencia material y territorial, y además que el acto reglamentario haya sido válidamente dictado.

Consecuentemente con esto último, el autor citado señala que si el reglamento es ilegal, la Administración puede en un acto particular apartarse de lo ilegalmente dispuesto por aquél, siempre que la decisión individual sí se ajuste al orden jurídico superior, y siempre que no se afecten derechos subjetivos adquiridos al amparo de la reglamentación anterior¹⁸.

Idéntica postura adoptó la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en un caso donde la actora, que había sido dada de baja como personal de la municipalidad de San Vicente, solicitó ser reincorporada basándose en que el decreto reglamentario de la ordenanza municipal que había aprobado el estatuto del personal municipal le acordaba estabilidad en el cargo que había desempeñado, razón por la cual alegó que la cesantía importaba una derogación singular de dicho reglamento.

El Tribunal rechazó la demanda, fundándose principalmente en que, en realidad, la ordenanza municipal no le acordaba a la actora la estabilidad en su empleo, y que ello había sido dispuesto únicamente por el decreto reglamentario de la misma, el que era así ilegítimo, porque no se limitó a especificar aspectos de dicha ordenanza, sino que la excedió con una disposición que se mostraba incompatible con ella, pues alteró lo que expresamente establecía.

Con apoyo en dicha ilegitimidad del decreto reglamentario de la ordenanza, el Tribunal expresó: “Por consiguiente, no se configura una violación al principio de ‘inderogabilidad singular del reglamento’ –según el cual la decisión individual de un órgano no puede contravenir el reglamento previamente dictado por el mismo órgano–, toda vez que para la aplicación del mismo es necesario en todos los casos que el acto reglamentario haya sido válidamente dictado, presupuesto que, en relación con el precepto invocado y por las razones expuestas, no se encuentra cumplimentado.

¹⁸ Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo, op. cit.*, Tomo I, Cap. VII, p. 42.

Siendo así, y toda vez que ante la existencia de incompatibilidad entre la norma reglamentaria y la ordenanza, el acto particular se sustentó debidamente en esta última, de conformidad con el principio de legalidad que impone el respeto de los niveles jerárquicos normativos (Art. 31, CN), cabe concluir que se ajusta a derecho”¹⁹.

Comparto esta solución, propuesta por la doctrina y jurisprudencia citadas, ya que si la Administración ha dictado un reglamento que vulnera normas superiores del ordenamiento jurídico, por ello mismo se encuentra obligada a remediar la ilegalidad, reencauzando la cuestión al ámbito de la juridicidad.

Pero me parece que, más que apartarse en el caso singular del reglamento, lo que la Administración debe hacer es directamente derogarlo, pues no puede subsistir en el mundo jurídico un acto de alcance general ilegítimo, con lo cual, finalmente, no habrá una derogación singular, sino con efecto *erga omnes*.

Distinto sería el supuesto de que la ilegitimidad se verifique sólo en la aplicación del reglamento a un caso particular, supuesto en el que obviamente no habrá necesidad de derogarlo, sino que, de acuerdo con lo que más arriba expliqué, estará plenamente justificado que la Administración exceptúe su aplicación para ese caso concreto, sin que a ello se oponga el principio de inderogabilidad singular del reglamento, pues no hay duda de que la dispensa será razonable.

Algo similar tiene dicho Comadira, aunque refiriéndose a un supuesto que no es estrictamente el que aquí estoy analizando, pues estaba comentando el Artículo 24 de la Ley N° 19.549, y dentro de su contexto la posibilidad de que la Administración suspenda un reglamento mientras tramita un reclamo administrativo contra el mismo; sin perjuicio de la sutil diferencia estimo que, dada la evidente analogía sustancial de las situaciones, son plenamente válidos para la cuestión que ahora me ocupa estos certeros conceptos: “No existen motivos para excluir la aplicación a los actos de alcance general del criterio de suspensión que prevé el Artículo 12 de la ley, el cual implica que, cuando se configuran las causales en él previstas, torne obligatoria para la Administración la suspensión del acto. Ésta, de disponerse, no afectaría el principio de la inderogabilidad singular del reglamento, porque si la suspensión responde a una ilegitimidad vinculada, exclusivamente, con la situación particular del reclamante, no parece razonable derivar de aquel principio la prohibición de la inaplicación del reglamento –o de alguna de sus disposiciones– cuando ella se sustente en una ilegitimidad fundadamente invocada. Y si se trata de una ilegalidad más amplia, idónea para comprender en su ámbito varias situaciones, la suspensión deberá adquirir carácter general y publicarse por los medios pertinentes”²⁰.

¹⁹ “Dewey de Guevara, Rebeca c/ Municipalidad de San Vicente s/ demanda contencioso administrativa”, sentencia del 3-9-1991, Lexis Nexis N° 70002967.

²⁰ Comadira, Julio Rodolfo, *Procedimientos Administrativos - Ley Nacional...*, op. cit., con la colaboración de Laura Monti, Tomo I, p. 462.

3. LAS ORDENANZAS MUNICIPALES Y LA INDEROGABILIDAD SINGULAR DEL REGLAMENTO

El último aspecto que voy a abordar lo formulo como un interrogante: ¿se aplica el principio de inderogabilidad singular del reglamento a las ordenanzas municipales?

Más arriba he dicho que, en mi opinión, la inderogabilidad singular debería regir no sólo en el ámbito administrativo, sino también en el legislativo; desde esta postura personal, mi respuesta al interrogante será siempre positiva, ya sea que se considere que las ordenanzas municipales constituyen reglamentos administrativos, o bien se entienda que son normas de naturaleza sustancialmente legislativa, ya que, cualquiera sea su naturaleza jurídica, igualmente se encontrarán abarcadas por la prohibición de dispensas singulares a las normas generales.

Sin perjuicio de ello, no puedo soslayar que mi posición no es compartida por la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia, que entienden que la inderogabilidad singular no rige en el ámbito legislativo, en el cual se acepta que la ley posterior deroga a la anterior, y que la ley especial deroga a la general.

Pues bien, para quienes así piensan, la respuesta al interrogante dependerá de la posición que se adopte respecto a la naturaleza jurídica de las ordenanzas municipales: si se las considera de sustancia legislativa, cual símil de la ley, el principio no les resultará aplicable, de modo que la derogación singular de una ordenanza de carácter general por medio de otra especial será válida; en cambio, si se entiende que constituyen reglamentos administrativos, el principio se les deberá aplicar.

Estas dos posturas antagónicas se observan claramente en el conocido caso “Promenade”, que se vinculó con las tristemente célebres excepciones particulares a los Códigos de Edificación vigentes en los distintos municipios del país.

Los hechos del caso, resumidamente expuestos, fueron los siguientes: en el año 1974, el Concejo Deliberante de la Municipalidad de San Isidro sancionó una ordenanza de excepción, autorizando la construcción de un centro comercial, en una zona donde esa actividad no estaba permitida por el Código de Edificación.

Al año siguiente, por otra ordenanza, se autorizó la ampliación del proyecto de la construcción a otras actividades, que tampoco estaban permitidas en esa zona por las normas urbanísticas.

En el año 1976, ambas ordenanzas fueron revocadas, con lo cual las obras, que estaban parcialmente ejecutadas, no pudieron concluirse, lo que originó que la empresa demandara a la Municipalidad de San Isidro, reclamando la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por la revocación de las ordenanzas que habían autorizado la construcción.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, por sentencia del 2-6-1987²¹, rechazó la acción; si bien en dicha sentencia se advierte la coexistencia de distintos criterios jurídicos entre los magistrados²², la decisión mayoritaria se basó, sustancialmente, en que las ordenanzas de excepción que habían autorizado la obra eran nulas, por entenderse que habían vulnerado el principio de inderogabilidad singular del reglamento.

Es decir, la mayoría del Tribunal entendió que la naturaleza jurídica de las ordenanzas municipales no es legislativa, sino que constituyen reglamentos administrativos; con tal comprensión, consideró que las excepciones particulares que beneficiaron a la empresa eran nulas, por ser violatorias de lo dispuesto en un reglamento anterior (el Código de Edificación, obviamente aprobado por una ordenanza municipal).

Por ello, el criterio mayoritario concluyó que fue legítima la ordenanza del año 1976, porque dejó sin efecto actos particulares que eran contrarios a un reglamento anterior, razón por la cual rechazó la demanda en el entendimiento de que la reparación pretendida era improcedente, pues no existía un derecho de la parte actora que hubiera sido efectivamente lesionado, por cuanto un acto ilegítimo no puede ser fuente de derechos indemnizatorios.

El fallo del tribunal bonaerense fue dejado sin efecto por la Corte Suprema²³, que hizo suyo el dictamen de la Procuradora Fiscal, María Graciela Reiriz, quien para lo que aquí interesa expresó que el principio de inderogabilidad singular del reglamento perdía toda virtualidad en el caso, toda vez que, en su entender, no resulta aplicable a los actos normativos de sustancia legislativa, como consideró a las ordenanzas municipales, agregando que respecto de ellas cobran plena vigencia las reglas generales de *lex posterior derogat priori* y *lex specialis derogat generalis*.

Examinando la Ley Orgánica de Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires por ese entonces vigente, la Procuradora Fiscal destaca que la sanción de las ordenanzas municipales le correspondía con exclusividad al Concejo Deliberante, que una vez sancionadas regirían mientras no fuesen derogadas por otras que expresamente las mencionasen, y que le competía al Departamento Ejecutivo promulgarlas y publicarlas, o en su caso vetarlas, pudiendo además reglamentarlas.

Sobre la base de estas características sostuvo que, en la Ley Orgánica aludida, las ordenanzas han sido diferenciadas nítidamente de los reglamentos de los órganos burocráticos o descentralizados de la Administración comunal, por sus característi-

²¹ Publicada en la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública -Rap-* 112:81; en el mismo número, a partir de la p. 7, obra un comentario a la sentencia de Rodolfo Carlos Barra, bajo el título "Responsabilidad del Estado por acto administrativo lícito que revoca un acto anterior por razones de legitimidad".

²² Que están muy bien explicados por Alejandro Juan Uslenghi, en su artículo "Planificación urbana y responsabilidad estatal", en AA VV, *Derecho administrativo (Homenaje a Miguel S. Marienhoff)*, Juan Carlos Cassagne -Director-, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 503 y sigs.

²³ Por sentencia del 24 de agosto de 1989, publicada en *Fallos*: 312:1394.

cas formales, por su procedimiento de formación y sanción, y por emanar de un órgano deliberativo elegido por sufragio popular, con lo cual, al igual que la ley, son una expresión de la voluntad popular, a lo que añadió que en cambio el reglamento, si bien materialmente legislativo, emana de un órgano que ejerce una actividad esencialmente administrativa, mediante un cauce formal distinto, y según un procedimiento cuya característica es la organización jerárquica.

También recordó en el dictamen que la misma Corte Suprema había dicho, en el famoso caso “Rivademar”²⁴: “[...] mal se aviene con el concepto de autarquía el carácter de legislación local de las ordenanzas municipales, frente al de resoluciones administrativas de las emanadas de las autoridades de las entidades autárquicas [...]”.

Por estos motivos, entendió evidente que la autorización para construir que le otorgara a la actora la Municipalidad de San Isidro no aparecía prima facie fulminada de nulidad absoluta y manifiesta, como lo declaró el tribunal recurrido por aplicación del principio de la “inderogabilidad singular del reglamento”, principio que, reitera, rige en el ámbito de los órganos burocráticos de la Administración y no resulta aplicable a las ordenanzas municipales, sin norma constitucional o legal que así lo establezca, lo que la llevó a concluir que la sentencia recurrida adolecía en ese aspecto de una decisiva carencia de fundamentación, que la descalificaba como acto jurisdiccional válido.

Vemos entonces que en las dos sentencias dictadas en este precedente, están reflejadas las dos posturas que dividen a la doctrina nacional respecto a la naturaleza jurídica de las ordenanzas municipales, respecto a lo cual cabe someramente recordar que la doctrina municipalista sostiene, en general, que son asimilables a las leyes²⁵, mientras que la doctrina administrativista, también en general, entiende que constituyen reglamentos administrativos²⁶.

En lo personal, me inclino por la postura adoptada por la Corte Suprema en “Rivademar” y “Promenade”, y más aún luego de que la Constitución Nacional consagró la “autonomía municipal” en su Artículo 123, pues me parece que difícilmente se puede concebir a las ordenanzas municipales como reglamentos administrativos, ya que sus características principales se oponen a ello, a saber:

a) al igual que las leyes, emanan de un órgano colegiado y deliberativo electo por sufragio popular, en el cual están representadas las distintas fuerzas políticas del

²⁴ Fallos: 312:326.

²⁵ Entre otros, Rosatti, Horacio, *Tratado de derecho municipal*, Tomo IV, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2001, p. 33; Hernández, Antonio M., *Derecho municipal*, Vol. I, Buenos Aires, Depalma, 1997, 2ª edición, p. 28; Losa, Néstor, *Derecho municipal, público provincial y contravencional*, ediciones jurídicas Cuyo 1998, p. 162.

²⁶ Entre otros, Diez, “Derecho administrativo”, *op. cit.*, tomo I, p. 381; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990, 4ª edición, p. 318; Escola, Héctor Jorge, *Compendio de derecho administrativo*, Vol. I, Buenos Aires, Depalma, 1990, p. 78.

municipio. Todo lo contrario ocurre con los reglamentos, como bien lo destacara Reiriz en su dictamen en la causa “Promenade”;

b) su procedimiento de formación y sanción es también similar al de las leyes, y sustancialmente distinto al de los reglamentos;

c) como los reglamentos, establecen normas de carácter general y obligatorio, pero con la sustancial diferencia de que para ello se sigue un procedimiento signado por el amplio debate, inexistente en los reglamentos administrativos;

d) deben ser promulgadas y publicadas para entrar en vigencia, en tanto que los reglamentos, si bien también se publican, nunca deben ser “promulgados”;

e) el Ejecutivo municipal tiene la facultad de promulgar y vetar las ordenanzas, como también la de reglamentarlas, no pareciendo concebible la “reglamentación de reglamentos”.

Finalmente, otro aspecto esencial, que estimo que confirma rotundamente su naturaleza legislativa, es que nadie discute que las ordenanzas municipales pueden crear los tributos locales, definir contravenciones y sus respectivas sanciones, restringir los derechos individuales relacionados con la propiedad privada por razones de interés público local, etcétera, claro está que todo ello circunscripto al ámbito territorial de actuación de cada municipio; y, como bien lo sabemos, ninguno de estos aspectos puede ser regulado por reglamentos administrativos, ya que el principio de juridicidad impone que lo sean siempre por normas material y formalmente legislativas.

Por lo tanto, si se acepta pacíficamente que las ordenanzas municipales pueden incursionar en todas estas materias reservadas a las leyes, y en otras muy similares, creo que no es razonable seguir sosteniendo que serían reglamentos administrativos, pues es claro que éstos de ningún modo pueden regular materias como las ejemplificadas.

Culmino opinando, pues, que las ordenanzas municipales poseen naturaleza sustancialmente legislativa; y sin perjuicio de que, en mi postura, igualmente deberían estar alcanzadas por el principio de inderogabilidad singular, por las razones que expuse supra en cuanto a que también en el ámbito legislativo debería regir este sano principio, lo cierto es que la opinión mayoritaria es distinta, razón por la cual debo terminar reconociendo que, de seguirse esta posición mayoritaria, la naturaleza legislativa de las ordenanzas municipales determinará que no se les deba aplicar el principio analizado en este trabajo.