

JURISPRUDENCIA COMENTADA

EL CARÁCTER “DIRECTO” DEL INTERÉS COMO REQUISITO DE LA LEGITIMACIÓN DEL ACTOR

*Juan Pablo Cajarville Peluffo**

*Para Carlos F. Viera Crespi, distinguido colega, mi amigo del alma hoy y siempre,
compañero desde aquellos años tensos pero esperanzados y felices
que cursamos juntos en aquella Facultad tan diferente.*

1. *Introducción.* En la exposición que tuve el honor de formular en las VII Jornadas Académicas del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, con la Co-Dirección de la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo, celebradas los días 5 y 6 de noviembre de 2012¹, tengo esperanzas de haber demostrado, con apelación a muy prestigiosa doctrina, que “la legitimación de un sujeto para la promoción de una acción conforme a la Constitución, en cuanto tiene que consistir en un interés *personal*, puede tratarse de un interés estrictamente personal, individual y exclusivo, ajeno y eventualmente hasta opuesto al interés general; o bien, puede tratarse de su interés *personal* como participe en el llamado ‘interés general’, porque el interés personal de los impugnantes conforma y sustenta el interés general”². Agregué que, como es de principio, según la regulación que les confiera el ordenamiento jurídico, esos intereses personales “podrán

* Ex-Catedrático de Derecho Administrativo y ex-Director del Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

¹ La versión corregida fue publicada, bajo el rotulo de “Conferencia Magistral”, que agradezco pero es sin duda exagerado y por supuesto no me es atribuible, con el título: *Conceptos constitucionales definitorios de la legitimación del actor. Relaciones entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés general.*, en la “Rev. de Derecho Público”, N° 43, Montevideo, 2013, págs. 139 a 156; el fragmento que se transcribe, en pág. 152.

² En reciente publicación, Cristina VÁZQUEZ entiende que esta postura “despoja de contenido a la exigencia de que el interés sea ‘personal’, para todos los casos en que el interés afectado sea un interés público” (*Cuestiones de legitimación activa y pasiva en los contenciosos administrativos*, en “Revista CADE Doctrina & Jurisprudencia”, T. XXXVII, Año 8, junio 2016, pág. 17, nota 32). No concuerdo con esa opinión de tan distinguida Catedrática. Por el contrario, el contenido del interés *personal* de cada uno de los sujetos sometidos al ordenamiento no se altera ni desaparece por su concurrencia con los intereses similares de la generalidad de los demás sujetos, al constituir y sustentar el interés público. Ahora bien, *a los efectos de la legitimación*, esa concurrencia no es relevante, y sólo lo es el carácter *personal* del interés *del actor*; en todo caso, el que está despojado de contenido a tales efectos es el carácter *público* que adquirió por aquella concurrencia. En cambio, *a los efectos de habilitar la limitación de derechos constitucionalmente reconocidos*, el relevante es el carácter *público* del interés, y se desdibujan, diluidos en él, los intereses personales.

calificarse jurídicamente como derechos subjetivos, y entonces deberán encontrar siempre satisfacción, o podrán ser calificables como intereses legítimos, y deberán ser satisfechos en cuanto coincidentes con el interés general”.

A continuación, me adelanté a la objeción que entonces preveía a esa concepción: que con ello se conduciría “a transformar las acciones que la Constitución prevé en acciones populares, cuando es claro que el constituyente no quiso consagrarlas con ese carácter”. A ella respondí³ que “el interés que legitima la promoción de cualquiera de esas acciones requiere además otro calificativo: el de interés *directo*”, que en nuestro derecho no se confunde con el carácter de *legítimo*, sino que, como el de *personal*, debe agregarse a él⁴.

La cuestión de la legitimación para promover las acciones de que se trata que la Constitución prevé, se traslada entonces al esclarecimiento de este otro calificativo del interés: el de “*directo*”.

2. Carácter “directo” del interés. En la mentada exposición, acudí en el punto a “la concepción más admitida”, como la que entiende que “intereses *directos* son aquéllos que resultan inmediatamente afectados por la aplicación de la norma de que se trate⁵, sea la norma general o particular, abstracta o concreta. La lesión al interés debe reconocerse jurídicamente como inmediata cuando el caso de que se trate esté comprendido en el supuesto de esa norma cuestionada”.

Véase que en la precedente transcripción están aludidos temas naturalmente vinculados, pero que no se superponen. La primera frase alude a la índole directa de los intereses en sí mismos, en cuanto situaciones jurídicas, que lo serán si “resultan inmediatamente afectados por la aplicación de la norma de que se trate”. En cambio, la frase siguiente, aclaratoria, se refiere a la naturaleza de la norma causante de la afectación de esas situaciones jurídicas: “sea la norma general o particular, abstracta o concreta”. Finalmente, la frase que sigue al punto y seguido es la que sustancialmente alude al tema que se considera: se refiere a la relación entre el supuesto de la norma que produce la afectación del interés y el interés en sí mismo; dicho más explícitamente: a la relación entre el supuesto de la norma que produce la afectación del interés, y los supuestos de las normas que configuran la situación jurídica que constituye el interés afectado como tal; si existe coincidencia total o parcial entre uno y otros supuestos, se producirá la afectación de estas últimas y con ello del interés como situación jurídica configurada por esas normas.

Esa tercera frase, tal vez exageradamente compendiada en el texto de la exposición, comprende todos los elementos necesarios para solucionar la cuestión planteada en la

³ CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Conceptos constitucionales definitorios de la legitimación del actor...*, cit., pág. 153.

⁴ CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Apuntes sobre el concepto de “interés legítimo” en la Constitución uruguaya*, en *Sobre Derecho Administrativo*, T. I, 3ª ed., Montevideo, 2012, pág. 878 y doct. cit.

⁵ Cité en este sentido, en la nota al pie N° 34, a JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, **La Constitución de 1952**, ed. Cámara de Senadores, Montevideo, 1995, pág. 530, y conf. ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo, *La jurisdicción constitucional en Uruguay*, en García Belaúnde, D., y Fernández Segado, F., (coord.), **La jurisdicción constitucional en Iberoamérica**, Madrid, 1997, pág. 913. La expresión literal del Maestro, luego recogida textualmente por ESTEVA, fue: directo “es todo interés que resultaría inmediatamente vulnerado por la aplicación de la ley inconstitucional” (éste es el caso que analizaba); su ejemplo: es indirecto el interés de un “afiliado” a una sociedad respecto a una ley que grava con un impuesto a la sociedad, que se agravia porque habrá de aumentarse la cuota de afiliación para pagarlo; el “único interés directo que se afecta es el de la sociedad” (loc. cit.).

sentencia anotada N° 176, de 14 de abril de 2016, del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. El interés que se considera (“lesión al interés”) es el eventualmente lesionado, vale decir, la situación jurídica configurada por las normas vigentes con anterioridad a la cuestionada. En el “caso de que se trate”, el sujeto se encuentra en esa determinada situación jurídica regida por las normas anteriormente vigentes, y la norma cuestionada modifica, sustituye o es violatoria de alguna de esas normas; si ese “caso de que se trate” está comprendido en el supuesto de la norma posterior que se cuestiona, el interés como situación jurídica configurada por esas normas anteriores resultará afectado y se califica como *directo*. En este sentido⁶, debe compartirse la afirmación de Durán Martínez, cuando sostiene que “la expresión ‘directo’ refiere al nexo causal y no al momento en que se produce la lesión del interés. *Lo importante es que la lesión se produzca por el acto jurídico correspondiente sin que interese si ella es hoy o mañana*”⁷. Si esta situación afectada es un interés legítimo (y no un derecho subjetivo) la afectación será una *lesión* del interés si la norma que la produce es ilegítima; de lo contrario, será una legítima modificación de la situación jurídica preexistente⁸.

Los conceptos de Carnelutti⁹, recogidos también en la nota 34 de la exposición, resultan esclarecedores, si se evita la confusión que pueda ocasionar la inversión en el uso de los términos, definido y definitorio, como tales intercambiables¹⁰. El célebre jurista distingue el *interés inmediato* del *interés mediato*. Intereses *inmediatos* son las “situaciones que sirven directamente a la satisfacción de una necesidad”, e intereses *mediatos* aquellas situaciones que “tan solo indirectamente realizan ese fin, en cuanto de ellas puede derivar otra situación (intermedia), de la que resulte después la satisfacción de la necesidad”. Sobre esa base, agregué en la misma ocasión: “Existirá entonces lesión de un interés personal *indirecto* cuando la norma lesiva afecte la situación favorable a la satisfacción de una necesidad de ese sujeto (por ej., su interés en el ejercicio de la potestad reglamentaria con adecuación a derecho, o en la existencia de un régimen jubilatorio adecuado al art. 67 de la Carta) por mediación de la lesión inmediata a un grupo que no integra, o a un tercero individualizado (en uno y otro caso, reglamento o resolución que no lo comprenden en su dimensión subjetiva)”. En el ejemplo de Jiménez de Aréchaga (*supra*, nota 5): frente a la ley que creó un impuesto a la sociedad, el interés *directo* (*inmediato* en la terminología de Carnelutti) es el de la sociedad, que se encuentra en la “situación que sirve directamente a la satisfacción de la necesidad” de no estar gravada por el impuesto porque integra el grupo alcanzado por la dimensión subjetiva de la ley; e interés *indirecto* (*mediato* para el ilustre autor) es el de los asociados a la sociedad, que solo realizarían el fin de no estar gravados

⁶ Si pudiera hablarse aquí de causalidad; véase KELSEN, Hans, **Teoría pura del derecho**, traducción del original en alemán por Roberto J. Vernengo, México, 1979, págs. 83 a 105.

⁷ Pasaje recogido en esa misma nota 34 de la exposición, destacado mío: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, **Contencioso administrativo**, 2ª ed., Montevideo, 2015, pág. 111. En esta edición el autor agrega una precisión sobre el carácter eventual de la lesión, que también debe compartirse, como resulta de lo que expuse sobre el segundo caso concreto en *Conceptos constitucionales definitorios...*, cit., págs. 155/156.

⁸ CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *El interés legítimo como situación jurídica garantida en la Constitución uruguaya*, en AA.VV., Dir. León Cortiñas Peláez, **Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX**, Homenaje a Enrique Sayagués Laso, T. III, Madrid, 1969, págs. 291/292; también en Carlos Sacchi, compil., **Derecho Constitucional y Administrativo**, Montevideo, 2010, págs. 331/332. Es imposible considerar estos temas sin aludir a ese estudio, este sí verdaderamente magistral.

⁹ CARNELUTTI, Francisco, **Sistema de Derecho Procesal Civil**, T. I, Buenos Aires, 1944, págs. 11/12.

¹⁰ ROMERO, Francisco y PUCCIARELLI, Eugenio, **Lógica**, Buenos Aires, 1952, pág. 68.

(económicamente) por el impuesto por mediación de su situación de asociados a la sociedad, pero no integran el grupo alcanzado por la dimensión subjetiva de la ley.

Corresponde entonces concluir que el interés será *directo* si quien lo invoca está comprendido en la dimensión subjetiva de la norma cuestionada, afectando su situación jurídica resultante de una norma anterior que la cuestionada modifica o sustituye, o de lo contrario viola.

Hasta aquí, puede decirse que lo expuesto coincide con lo sostenido por la unanimidad de los integrantes del Tribunal en la sentencia N° 176/016 anotada, tanto por los que conforman el fallo mayoritario, como por la integrante que suscribe la excelente discordia.

A partir de este punto, la cuestión de la legitimación para promover las acciones de que se trata vuelve a trasladarse, ahora al esclarecimiento de quiénes son los sujetos comprendidos en la dimensión subjetiva de la norma cuestionada, según los distintos tipos de norma de que puede tratarse.

3. Tipos de normas ahora relevantes. Los tipos de normas que son ahora relevantes son los que distinguen las generales de las individuales o subjetivas¹¹, y las abstractas de las concretas. La norma es individual o subjetiva si en el momento de su entrada en vigencia están determinados o son determinables, en la dimensión subjetiva de su supuesto, los sujetos a los que se aplica su disposición, de manera que toda inclusión o exclusión sobreviniente requerirá una nueva norma con adecuada eficacia formal que así lo haga; en cambio, es “general” si los sujetos a los que se refiere y alcanza con su disposición están definidos como categoría o clase, y por consiguiente es posible que durante su vigencia ingresen o se excluyan sujetos en su alcance subjetivo por adquirir o desaparecer los caracteres que la definen. Es “concreta” cuando contempla un acontecimiento (o varios) determinado en el espacio y en el tiempo, y es “abstracta” cuando contempla una categoría o clase de acontecimientos típicamente descriptos, con consecuencias análogas a las recién señaladas para el aspecto subjetivo¹². Se trata de calificaciones que se entrecruzan dibujando cuatro tipos de normas, que han tenido acogimiento expreso a propósito de las creadas por acto administrativo, y que también puede aplicarse a las creadas por actos constituyentes o legislativos; aunque en verdad a propósito de estas últimas, no adquiere la misma relevancia que respecto de las primeras, en que se traduce en diferencias de régimen jurídico y alteraciones de su eficacia formal.

En cuanto la norma es general o en cuanto es abstracta, y en buena medida en cuanto sea concreta, su aplicación en los casos de que se trate a los efectos de la legitimación, que ahora se considera, no presenta singularidades; se trata de una mera cuestión de interpretación, en la cual se acudirá a las normas positivas que suelen regularla y a la seguramente inagotable doctrina elaborada desde siempre.

¹¹ Evitemos enredarnos en cuestiones terminológicas, como nos sucede con tanta frecuencia. Puede preferirse hablar de “subjetivas”, “particulares”, u otras denominaciones que puedan imaginarse o se prefieran.

¹² Puede verse: CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Sobre actos administrativos*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, 3ª ed., Montevideo, 2012, págs. 43/44 y doct. cit. Sobre el concepto de *vigencia* utilizado en el texto y su relevancia, véase: CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Retroactividad de las normas jurídicas. Reflexiones provisionales*, en la “Rev. de Derecho Público”, N° 46, Montevideo, 2014, págs. 20 y sgts.

Mayor consideración requieren ahora los aspectos individuales o subjetivos del supuesto normativo, porque la dimensión subjetiva puede revestir diversos aspectos. En primer lugar, puede comprender a un único sujeto, o alcanzar a varios, sin dejar por ello de calificarse como subjetiva si, como se ha dicho, en el momento de su entrada en vigencia están determinados o son determinables, en la dimensión subjetiva de su supuesto, los sujetos a los que se aplica su disposición¹³.

Puede suceder que esa determinación en ese momento ocurra mediante la utilización expresa de sus nombres, o asimismo resultar del señalamiento de otra circunstancia que los individualice. Supóngase un acto administrativo que disponga: “todas las personas que el día de tal fecha hayan incurrido en la conducta C, son sancionadas con S”. El “día de tal fecha” se supone anterior al perfeccionamiento del acto, de manera que la circunstancia de hecho que determina el alcance subjetivo del acto, precisada en el espacio y en el tiempo, ya ha ocurrido y ese alcance ya está determinado. El acto sugerido sería individual o subjetivo y concreto, porque tanto los sujetos a los que se aplica su disposición como el acontecimiento alcanzado estarían determinados al momento de su vigencia, aunque posiblemente la enunciación de la lista nominativa de los sancionados requerirá seguramente un relevamiento posterior. Nadie dudaría que todos los que hayan incurrido en la conducta C en esa fecha estarán legitimados para impugnar la sanción.

4. La sentencia comentada. El acto impugnado en la acción de nulidad en que recayó la sentencia que ahora se comenta dejó sin efecto la designación de una encargatura, y designó para la misma en su lugar a otro funcionario. El Tribunal, en mayoría, reconoce que un tercer funcionario, el actor en la causa, se encontraba en situación de interés legítimo para desempeñar esa encargatura, y por eso admite que hubiera podido impugnar el “acto tácito por el que no se lo elegía para asignar las funciones encomendadas” (Considerando VI del fallo en mayoría; conf. ap. 10 de la discordia).

Sin embargo, en mayoría, el Tribunal desestimó la demanda anulatoria “y, en su mérito, declárase la ausencia de legitimación causal activa del promotor”.

La mayoría del Tribunal se funda (y así me honra) invocando literalmente una frase mía¹⁴: “Si la norma es general, el interés será directo si el actor está comprendido en la categoría que define la dimensión subjetiva del supuesto normativo; dicho más simplemente, si está comprendido en los sujetos alcanzados por la norma. (...) Si la norma, por el contrario, no es general sino particular, sólo estará legitimado, sólo tendrá un interés que además de personal sea directo, el sujeto o los sujetos individualizados en la dimensión subjetiva del supuesto normativo”.

Sin duda fui excesivamente sucinto en la referencia a esa hipótesis de norma particular; allí estuvo mi error, en el que induje a la mayoría del Tribunal acerca de mi opinión sobre

¹³ Otra vez, hay que cuidarse de no caer en discrepancias meramente terminológicas; podrá preferirse el calificativo de “plurales”, o algún otro, cuando no se apliquen a un solo individuo. Lo que importa es el concepto.

¹⁴ Considerando VI del fallo en mayoría. Conviene destacar ahora, como resulta expresamente de lo dicho en la pág. 153 y en nota 35, de CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Conceptos constitucionales definitivos de la legitimación del actor...*, cit., que en ese pasaje transcrito por el Tribunal me refiero al supuesto normativo de la norma cuestionada en la acción de que se trate, y asimismo que allí se está “utilizando –lo que no siempre ocurre– la denominación ‘norma’ en el sentido del art. 120 del Decreto N° 500/991, vale decir comprendiendo tanto las generales como las particulares, tanto las abstractas como las concretas”.

el punto¹⁵. Porque era necesario explicar que cuando la Administración debe optar entre varios posibles destinatarios del acto, y especialmente (aunque no exclusivamente) cuando el acto es de contenido beneficioso¹⁶, tan individualizados resultan el sujeto por el que opta expresamente el acto, como todos y cada uno de los demás postulantes en situación de interés legítimo al respecto, que necesariamente debieron ser considerados como eventuales beneficiarios, so pena de ilegitimidad por esa sola razón si no lo hubieran sido.

La individualización de esos terceros en situación de interés legítimo puede emanar de un procedimiento previo formalizado, v.gr. un concurso o una licitación; y en tal caso, todos ellos estarán legitimados sin duda alguna para impugnar el acto administrativo que lo lesione, aunque en el acto con que culminen esos procedimientos sólo se mencione el nombre del concursante designado o ascendido, o al adjudicatario de la licitación. Nunca se ha dudado al respecto, ni en doctrina ni en jurisprudencia.

Pero también la individualización de terceros titulares de intereses legítimos en conflicto con el del destinatario expreso del acto puede surgir a posteriori del perfeccionamiento del acto lesivo, en el trámite de su impugnación en vía administrativa mediante los recursos pertinentes; y si el impugnante probara oportunamente, en vía administrativa o luego en la jurisdiccional, las circunstancias constitutivas de su situación jurídica legitimante en el momento de la vigencia del acto lesivo, también sin duda alguna deberá admitirse su legitimación para impugnar mediante acción de nulidad. La existencia de esa situación jurídica depende de circunstancias sustanciales, fácticas y normativas, y el momento relevante respecto a esa existencia es el de la vigencia del acto lesivo¹⁷ (sea que coincida con el momento de perfeccionamiento, o que sea retroactiva o diferida)¹⁸. La oportunidad de la prueba de esa existencia en ese momento, dependerá en cambio de circunstancias procedimentales, ajenas al hecho mismo a probar; nada impide que esa prueba ocurra, precisamente, en el trámite de la acción de nulidad, que es donde la existencia de esa legitimación adquiere una relevancia que no tenía en la tramitación de la impugnación administrativa¹⁹.

La mayoría del Tribunal no tuvo en cuenta esta legítima posibilidad de individualización del titular de un interés legítimo en conflicto con el del beneficiario, lesionado por el acto administrativo impugnado, ocurrida tempestivamente con posterioridad a su perfeccionamiento. Como se señala en la excelente discordia, el actor invocó ser titular de un interés calificado para impugnar el acto “en tanto reunía las condiciones necesarias para aspirar a desempeñarse como Encargado”; por ello precisamente y porque la designación del

¹⁵ Hace muchos años, cuando todavía era joven, un querido colega, amigo y compañero del Banco Central, además maestro en muchos aspectos, el Dr. Luis Seguí González, me comentó (iba a escribir “reprochó”) que aunque no lo fuera por ascendencia ni por formación, parecía alemán por la parquedad de mi estilo. Parece que de viejo sigo pecando por lo mismo.

¹⁶ Sobre la distinción de “actos favorables o ampliatorios de derechos y facultades” y “actos de gravamen o limitativos”, a los que añaden una referencia a los que la doctrina alemana denomina “actos administrativos de doble efecto”, favorables para un sujeto y de gravamen para otro (entre los que se incluiría sin duda el considerado en la sentencia comentada): GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, **Curso de Derecho Administrativo**, vol. I, Madrid, 2002, págs. 570 a 572; también PARADA, Ramón, **Derecho Administrativo**, vol. I, 5ª ed., Madrid, 1993, págs. 110 a 113.

¹⁷ Así resulta del concepto constitucional de “interés legítimo”, en especial del art. 309 inc. 3º, y también del art. 318 en la interpretación predominante admitida por la jurisprudencia: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Apuntes sobre el concepto de “interés legítimo” en la Constitución uruguaya*, cit., págs. 876 a 887.

¹⁸ Sobre el concepto de vigencia y sus variables aludidas, véase *supra*, nota 12.

¹⁹ CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., **Recursos administrativos**, 4ª ed., Montevideo, 2008, págs. 105 a 107.

beneficiario expreso excluía la satisfacción de su propio interés, debe admitirse (utilizando ahora las palabras de la mayoría pero para invertir su afirmación) que “el promotor [sí] se encuentra en el ámbito subjetivo de la norma creada por la resolución enjuiciada” (Considerando VI, párrafo tercero, *in fine*); por ende el Tribunal debió “ingresar a analizar si existe o no el interés calificado que invoca a efectos de decidir sobre su legitimación en la causa” (otra vez la discordia, ap. 5, *in fine*).

5. Inviabilidad absoluta de las vías procedimentales sugeridas por el Tribunal para acceder al control jurisdiccional. La mayoría del Tribunal vio claramente, como se ha señalado antes (*supra*, parág. 4, primer párrafo), que el actor en la causa era titular de un interés legítimo que había sido lesionado por el acto encausado; por eso afirmó que una vía para acceder al control jurisdiccional “hubiera sido inferir la existencia de un acto tácito por el que no se lo elegía para asignar las funciones encomendadas. Y esa inferencia realizarla a partir del acto expreso referido...” (Considerando VI)²⁰.

La contradicción en que incurre la mayoría del órgano es manifiesta. Con el significado con que el Tribunal puede haber utilizado el calificativo “tácito”²¹, es ostensible que mal podría admitirse que el contenido implícito pudiera modificar el aspecto subjetivo del supuesto normativo del acto expreso en que se contiene; siempre comprendería al beneficiario expreso y a todos los demás sujetos que cumplan los requisitos exigidos para serlo.

²⁰ El Tribunal invoca en su apoyo: “Cfe. Sentencia N° 507/2015”. Sin embargo, las circunstancias de uno y otro caso no son asimilables. En el fallado por esta última sentencia, se contenía contra un acto que dispuso la recontratación de una nómina de funcionarios en la cual no se incluía al actor, invocándose en la acción de nulidad la existencia de un “acto tácito” de exclusión del promotor. El Tribunal parece admitir la procedencia de la impugnación de ese “acto tácito”; pero rechazó la acción porque a su respecto no se había agotado debidamente la vía administrativa, ya que el recurso administrativo se dirigió contra el acto expreso. En mi opinión, no cabía en ese caso la invocación de tal “acto tácito”, porque la recontratación de los demás funcionarios no excluía por sí la del propio promotor; se trató de un caso cuya presunta ilegalidad –ha señalado el mismo Tribunal– no radicaría en aquello que contiene sino en lo que se pretende le falta (CAJARVILLE PELUFFO, J. P., **Recursos administrativos**, cit., pág. 151, nota 92). Por la misma razón, acierta el Tribunal en esa sent. N° 507/015 cuando sostiene que el actor no estaba legitimado para promover la acción, por no estar comprendido en la dimensión subjetiva del acto en cuestión y carecer por ende de interés *directo*. En cambio, en el caso de la sentencia N° 176/016 que se comenta en esta nota, la designación del beneficiario sí excluía la del actor y por ello éste sí era titular de un interés directo.

²¹ Para esclarecer los diversos sentidos en que suele utilizarse el calificativo “tácito”, utilizaré los adjetivos que entiendo preferibles para cada uno de ellos, siguiendo fundamentalmente una vez más al ilustre maestro Horacio CASSINELLI MUÑOZ (*Los plazos para decidir*, “Rev. D.J.A.”, T. 57, págs. 98/99; y en **Derecho Constitucional y Administrativo. Estudios publicados compilados por Carlos Sacchi**, cit., págs. 462 a 465):

- a) **Acto *facto***: “se configura como un hecho al que el orden jurídico atribuye los efectos jurídicos propios de un acto jurídico; el contenido que tendría este acto, el órgano a quien se le imputa, la eficacia formal que se le da, se determinan por el orden jurídico en función de diversas circunstancias”. Es el caso del art. 318 inc. 2° de la Constitución.
- b) **Acto *tácito***: “supone una manifestación de voluntad, efectuada sin la forma expresa: la que resulta de un comportamiento que supone necesariamente la voluntad de que se trata.”
- c) **Acto *presunto***: “es el que se manifiesta por hechos que, en opinión de quien los aprecia o según una regla de derecho, hacen presumir su existencia. Esta presunción admite prueba en contrario [...]; si la ley hablare de presunción absoluta, estaríamos en realidad ante un acto *facto*.”
- d) **Acto *implícito***: “Es conocida la tripartición del contenido de los actos jurídicos típicos en elementos esenciales (o necesarios), naturales (o implícitos) y accidentales. La presencia de los elementos típicos de una categoría de actos jurídicos determina la inclusión del acto en la respectiva categoría (nominada); la pertenencia del acto a determinada categoría (nominada) conlleva un contenido implícito necesario de la categoría y un contenido implícito contingente de la categoría, pudiendo este último ser descartado

Pero aunque así no fuera, se equivoca la mayoría del Tribunal cuando afirma que “el accionante equivocó el camino procedimental para acceder al contralor jurisdiccional. Ante el panorama descrito—dice— una vía hubiera sido inferir la existencia de un acto tácito por el que no se lo elegía para asignar las funciones encomendadas. Y esa inferencia realizarla a partir del acto expreso referido...”. Ese criterio para deslindar los casos en que el objeto de la acción de nulidad puede—o debe— ser un “acto tácito” (en verdad, la parte implícita del contenido de un acto expreso) no es admisible.

Podría ocurrir que el contenido agravante de un acto fuera exclusivamente alguno implícito, sin que lo sea el expreso²². En tal caso, podría sostenerse que sólo aquel contenido implícito fuera el objeto de la impugnación; aunque en verdad la pretensión, y el fallo congruente con ella, sería la anulación del acto expreso que—como siempre—ocurriría tan solo en cuanto agravara al actor. Pero si el contenido expreso del acto en cuestión fuera agravante, aunque exista otro u otros implícitos (v.gr., existencia de infracción si se aplica una sanción, o exclusión de los otros postulantes cuando la opción por uno de ellos los excluya necesariamente), ese será el objeto del accionamiento, aunque el o los contenidos implícitos se infieran necesariamente del expreso.

Tampoco sería viable “el otro camino procedimental que el actor podía tomar” según sugerencia del Tribunal: “la movilización de una petición administrativa para que se le asignaran a él las funciones encomendadas y con ello provocar el dictado de un acto expreso o el perfeccionamiento de un acto ficto sobre su esfera personal, con lo cual habilitar el debate jurisdiccional”. Ese camino procedimental chocaría insalvablemente con la objeción de que no son objeto de acción de nulidad las resoluciones meramente reiterativas, porque no siendo ellas las creadoras de la situación jurídica lesiva, su anulación no proporcionaría satisfacción al impugnante (Decreto—ley N° 15.524, art. 24 inc. 2°); en este aspecto, la ley no hace sino consagrar la copiosa e invariable solución jurisprudencial anterior²³.

6. Conclusión. La conclusión de lo expuesto la expresó en forma inmejorable la excelente discordia de la sentencia comentada: “si el acto contiene una decisión que afecta directamente un interés personal y legítimo de alguien porque está en una situación jurídica objetiva que le habilita a aspirar a algo que el acto tácitamente le niega, aunque no esté nombrado en el acto, debe admitirse que está legitimado para accionar” (ap. 7, párrafo cuarto *in fine*).

Setiembre de 2016.

mediante la inclusión de cláusulas accidentales (contenido necesariamente explícito, que es esencialmente contingente)”.

Sobre el empleo del término “tácito” con esos diversos sentidos, véase: CAJARVILLE PELUFFO, J. P., **Recursos administrativos**, cit., págs. 122/123, y especialmente *Contencioso administrativo de reparación patrimonial*, en **Sobre Derecho Administrativo**, T. II, cit., págs. 778 a 781, y demás bibliog. cit.

Sobre el sentido en que lo emplea el Tribunal en la sentencia comentada, sólo puede ser el de acto *implícito* (*rectius*: parte *implícita* del contenido de un acto expreso), puesto que infiere su existencia del contenido expreso de un acto administrativo formal. Se trata en el caso de un contenido implícito necesario, puesto que la encargatura sólo podría recaer sobre un único funcionario, de modo que la opción por uno excluye cualquier otra.

²² Podría suponerse que así fuera si un acto incluye a un sujeto en un acto de contenido favorable, o le excluye de un acto de gravamen, por considerársele implícitamente incluido en una categoría, inclusión que él mismo considere agravante.

²³ CAJARVILLE PELUFFO, J. P., **Recursos administrativos**, cit., págs. 149/150 y nota83.