BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

TOMO I

BJA
Biblioteca Jurídica Argentina
Copia Privada para uso Didáctico y Científico.
PROHIBIDA su Venta, Impresión o Distribución

DERECHO ADMINISTRATIVO

JUAN CARLOS CASSAGNE

SÉPTIMA EDICIÓN ACTUALIZADA

LexisNexis™
Abeledo-Perrot

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

JUAN CARLOS CASSAGNE

DERECHO ADMINISTRATIVO

I

SEXTA EDICIÓN ACTUALIZADA
REIMPRESIÓN

ABELEDO-PERROT
BUENOS AIRES

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Todos los derechos reservados
© by ABELEDO-PERROT S. A. E. e I.
Lavalle 1280 -- 1048 - Buenos Aires -- Argentina
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

I.S.B.N.: 950-20-1139-2

El derecho de propiedad de esta obra comprende para su autor la facultad de disponer de ella, publicarla, traducirla, adaptarla o autorizar su traducción y reproducirla en cualquier forma, total o parcial, por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información; por consiguiente nadie tiene la facultad de ejercitar los derechos precitados sin permiso del autor y del editor, por escrito, con referencia a una obra que se haya anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición públicas o privadas, excepto el uso con fines didácticos de comentarios, críticas o notas, de hasta mil palabras de la obra ajena, y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto.

Los infractores serán reprimidos con las penas del artículo 172 y concordantes del Código Penal (arts. 2°, 9°, 10, 71, 72, ley 11.723).

IMPRESO EN LA REPUBLICA ARGENTINA

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

En memoria de mi hijo Nicolás

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

PUBLICACIONES DEL AUTOR

Libros

— *La ejecutoriedad del acto administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, obra distinguida con el primer premio por el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires en el año 1971, en el concurso Dr. Manuel María Diez.

— *El acto administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974. De esta obra se publicó una segunda edición actualizada en el año 1978 y una reimpresión en el año 1981.

— *Derecho administrativo*, t. I, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1977, con la colaboración de los doctores Juan Ramón de Estrada, María J. de Pérez Cortés y Jorge Luis Maiorano.

— *Derecho administrativo*, ts. I y II, Abeledo-Perrot, 1ª, 2ª, 3ª, 4ª y 5ª edición, Buenos Aires, 1982-1996.

— *Cuestiones de derecho administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1987.

— *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988.

— *La intervención administrativa*, Abeledo-Perrot, 1ª y 2ª edición, Buenos Aires, 1992 y 1994.

— *La huelga en los servicios esenciales*, Civitas, Madrid, 1993.

— *Estudios de derecho público*, Depalma, Buenos Aires, 1995.

— *Estudios sobre la reforma constitucional (director)*, en colaboración con Rodolfo C. Barra, Alberto B. Bianchi, Fabián O. Canda, Armando N. Canosa, Julio R. Comadira, Horacio Creo Bay, Guillermo E. Fanelli Evans, Beltrán Gambier, María Jeanneret de Pérez Cortez, Daniel Lago, Jorge Muratorio, Jorge Salomoni, Guido Tawil y Alfredo Vítolo, Depalma, Buenos Aires, 1995.

Artículos de doctrina, comentarios jurisprudenciales y bibliográficos

— "Condición y régimen jurídico de la empresa Ferrocarriles Argentinos", *El Derecho*, t. 31, pág. 1048.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

— "La inhabilidad del funcionario público de las empresas del Estado y la nulidad de los actos violatorios de su régimen jurídico", *El Derecho*, t. 33, pág. 640.

— "Los recargos del artículo 42 de la Ley sobre Procedimiento Impositivo", *El Derecho*, t. 34, pág. 941.

— "Las relaciones interadministrativas", *El Derecho*, t. 36, pág. 927.

— "Comentario del Tratado de Derecho Administrativo", t. III, del doctor Miguel S. Marienhoff, *Revista de Derecho Administrativo*, nº 1, pág. 99.

— "La revocación del acto administrativo por falta de causa", *El Derecho*, t. 38, pág. 291.

— "Las entidades estatales descentralizadas y el carácter público o privado de los actos que celebran", *La Ley*, t. 143, pág. 1172.

— "El contrato administrativo y su rescisión unilateral", *El Derecho*, t. 38, pág. 638.

— "La revocación de la autorización para construir por razones de interés público", *El Derecho*, t. 42, pág. 175.

— "La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos nº 19.549", *El Derecho*, t. 42, pág. 835.

— "Sobre el régimen de impuestos diferidos del decreto 2166/70", *El Derecho*, t. 42, pág. 865.

— "La suspensión del acto administrativo como consecuencia de la interposición de un recurso en sede administrativa", *El Derecho*, t. 41, pág. 997.

— "Comentario al Tomo V de Derecho Administrativo", del doctor Manuel María Diez, *Revista de Derecho Administrativo*, nº 3, pág. 136.

— "Procedencia de la revocación de un acto administrativo por razones de ilegalidad en sede administrativa", *Revista de Derecho Administrativo*, nº 4, pág. 111.

— "Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado nacional", *El Derecho*, t. 45, pág. 829.

— "La licitación pública. Selección del contratista estatal", de los doctores Bartolomé A. Fiorini e Ismael Mata; comentario bibliográfico, *Revista de Derecho Administrativo*, nº 5, pág. 149.

— "Extinción de las concesiones otorgadas para la explotación de canales de televisión", *El Derecho*, t. 51, pág. 973.

— "La ilegitimidad originaria de una autorización para edificar y la procedencia del acto administrativo que dispuso su revocación", *El Derecho*, t. 49, pág. 283.

— "Las funciones jurisdiccionales de la administración", *El Derecho*, t. 54, pág. 759.

— "La invalidez del acto administrativo", *La Ley*, t. 156, pág. 1120.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

— "Problemática y aspectos administrativos de la regionalización industrial", *La Ley*, t. 155, pág. 1096.

— "Relaciones interorgánicas e interadministrativas", *Revista de Derecho Administrativo*, nº 6, Buenos Aires, 1974.

— "Los contratos de la Administración Pública (distintas categorías y regímenes jurídicos)", *El Derecho*, t. 57, pág. 793, reproducido en *Estudios de Derecho Administrativo*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976, t. I.

— "Función y organización de los asesores jurídicos del Estado", *El Derecho*, t. 57, pág. 861.

— "Sobre la condición de instrumentos públicos de las actuaciones administrativas y su valor probatorio", *El Derecho*, t. 63, pág. 899.

— "La nulidad contractual derivada de la causal de inhabilidad del funcionario público", *El Derecho*, t. 60, pág. 527.

— "La actuación estatal a través de la forma societaria mercantil", *El Derecho*, t. 69, pág. 853.

— "Competencia de la justicia federal para entender en acciones promovidas por una sociedad anónima de propiedad estatal", *El Derecho*, t. 70, pág. 145.

— "Inmutabilidad del acto administrativo dictado con prescindencia del dictamen jurídico en el procedimiento impositivo", *El Derecho*, t. 70, pág. 376.

— "Lineamientos esenciales de la nueva Ley de Expropiaciones", *Derecho Empresario*, nº 35, año 1977, pág. 387.

— "Facultades de la Dirección General Impositiva en materia de anticipos de Impuesto al Valor Agregado", *Revista Derecho Fiscal*, año XXVI, nº 311, mayo de 1977, pág. 1009.

— *La ley Nacional de Expropiaciones 21.499*, edición Asociación Argentina de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1977 y *La Ley*, 1978-C, pág. 1123.

— "La impugnación judicial de reglamentos en el orden nacional", *La Ley*, 1979-C, pág. 721.

— Comentario: *Revista de la Universidad*, vol. 1, publicación dispuesta en homenaje al profesor Rafael Bielsa, edición Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1979, *La Ley*, 1980-A, pág. 1132.

— "Actualización de las deudas del Estado en caso de mora en el pago de los certificados de obra pública", *El Derecho*, t. 81, pág. 156.

— "La extensión del concepto de tutela y el control de los actos de las sociedades del Estado", *La Ley*, 1978-C, pág. 717.

— "El régimen exorbitante y las garantías del administrado", *El Derecho*, t. 82, pág. 929.

— "Principios de derecho administrativo en un fallo de la Corte", *El Derecho*, t. 83, pág. 444.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

— "Los plazos en el procedimiento administrativo", *El Derecho*, t. 83, pág. 897.

— "La revocación del acto administrativo afectado del vicio de violación de la ley", *El Derecho*, t. 86, pág. 264.

— "La denegatoria del recurso extraordinario fundado en la arbitrariedad de la sentencia y el exceso procesal", *La Ley*, 1980-B, pág. 503.

— "Acerca de los actos emitidos por la administración, reglados por el derecho privado", *El Derecho*, t. 89, pág. 849.

— "Obra pública: ley 21.392 y la actualización monetaria de deudas", *El Derecho*, t. 92, pág. 781.

— "Los poderes o facultades del administrado. Situaciones jurídicas subjetivas de carácter activo", *El Derecho*, t. 95, pág. 883.

— "En torno a la naturaleza del procedimiento administrativo y sus clasificaciones fundamentales", *El Derecho*, t. 97, pág. 889.

— "En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado", *El Derecho*, t. 99, pág. 937.

— "La indemnización de los perjuicios causados por normas urbanísticas que provocan una disminución del valor del inmueble en el juicio de expropiación", *El Derecho*, t. 100, pág. 146.

— "La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del Derecho administrativo", *El Derecho*, t. 100, pág. 986.

— "Policía y poder de Policía: contenido y medios". *Jornadas de Derecho Municipal*, pág. 53, recopilación de la conferencia pronunciada en las Jornadas de Derecho Municipal, realizadas por la Municipalidad de Morón, julio de 1982.

— "La noción de policía y la autorización para edificar", *Revista de la Universidad de Buenos Aires*, vol. 4, año 1980.

— "La suspensión del acto en sede administrativa y los efectos de la interposición de recursos", *Acto Administrativo*, publicación de la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, Católica de Tucumán, 1982.

— "Inconstitucionalidad de la delegación de policía societaria en la Provincia de Buenos Aires", *Derecho Empresario*, nº 64, julio de 1979, pág. 865.

— "Los actos de la Sociedad del Estado C.E.A.M.S.E. y su control en sede administrativa", *Régimen de la Administración Pública,* nº 10, Buenos Aires, julio de 1979, pág. 7.

— "La Ley de Procedimiento Administrativo y el Código Procesal Contencioso-Administrativo de la Provincia de La Pampa", *La Ley*, 1979-D, pág. 828.

— "El traslado de establecimientos industriales en la provincia de Buenos Aires (nota a la ordenanza general 254/79)", *Derecho Empresario*, noviembre de 1979, pág. 182.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

— "La igualdad en la contratación administrativa", *El Derecho*, t. 101, pág. 899.

— "La categoría de los contratos de objeto privado de las empresas del Estado", *El Derecho*, t. 102, pág. 233.

— "La extensión de los beneficios promocionales a las inversiones propias de la beneficiaria", *Derecho Empresario*, nº 74, mayo de 1980, pág. 705.

— "Concepto, naturaleza y caracteres de las relaciones de promoción industrial", *Régimen de la Administración Pública*, nº 22, Buenos Aires, septiembre de 1980, pág. 7.

— "La carencia de fecha del acto administrativo de determinación tributaria", *Derecho Fiscal*, nº 376, 27 de febrero de 1982.

— "La autorización para edificar. Su naturaleza. Efectos sobre la potestad revocatoria", *La Ley*, 1982-D, pág. 936.

— "El amparo por mora de la administración ante el incumplimiento de un deber legal", *Derecho Empresario*, nº 78, Buenos Aires, 1980, en colaboración con el doctor José María Sáenz Valiente.

— "El amparo en las provincias", *El Derecho*, t. 104, pág. 664.

— "Los consorcios o uniones transitorias de empresas en la contratación administrativa", *El Derecho*, t. 106, pág. 787.

— "Obras Sociales: Instituto de Derecho Público. Rectificaciones a que obliga este enfoque", *Legislación del Trabajo*, nº 317, pág. 407, mayo de 1979, en colaboración con el doctor José María Sáenz Valiente.

— "La transmisión de derechos personales y reales en el derecho administrativo. Relaciones con el Código Civil", *La Ley*, 1984-B, pág. 741.

— "Derecho y planeamiento urbano", por Celso Antonio Bandeira de Mello, Miguel Angel Berçaitz, Juan Carlos Cassagne, Juan E. Duprat, Raúl Fernández Milani, Liliana M. Grinberg, Tomás Hutchinson, Alberto Mendonça Paz, Osvaldo R. Ramacciotti, Augusto L. Reinhold, Emilio Alberto Ringuelet, Edgardo O. Scotti, Vicente Speranza y Odilia E. Suárez, Universidad, Buenos Aires, 1983. Comentario de Jorge Luis Maiorano, *La Ley*, 1984-C, pág. 1283.

— "La Administración Pública argentina puede mejorar", *La Nación*, 30-VIII-1984.

— "La selección de los funcionarios" (2ª y última nota), *La Nación*, 31-VIII-1984.

— "Naturaleza administrativa de ciertos contratos celebrados por empresas estatales", *El Derecho*, t. 110, pág. 610.

— "Caducidad y prescripción de la acción contenciosoadministrativa", *El Derecho*, t. 111, pág. 348.

— "Habilitación de la instancia en el proceso contenciosoadministrativo", *El Derecho*, t. 111, pág. 535.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

— "La responsabilidad del Estado por daños causados por cambio del derecho objetivo en la expropiación irregular", *El Derecho*, t. 112, pág. 307.

— "Las deudas del Estado y el desagio", *La Nación*, 2-VIII-1985.

— "Privatización de empresas estatales: mito o realidad", *La Nación*, 23/24-IX-1985.

— "Acto político y acto institucional en una acción de amparo promovida por jueces provinciales", *La Ley*, 1985-D, pág. 1216.

— "El control de la administración por los jueces", *La Nación*, 29-IV-1986.

— "Privatización de empresas", *Clarín*, 25-III-1986.

— "Principios de la legislación urbanística", *La Ley*, 1986-B, pág. 1041.

— "El plazo de caducidad del artículo 25 de la ley 19.549 y su inaplicabilidad a los actos unilaterales vinculados a contratos administrativos", *El Derecho*, t. 118, pág. 377.

— "La legitimación activa de los particulares en el proceso contenciosoadministrativo", *El Derecho,* t. 120, pág. 979.

— "La racionalización administrativa", *La Nación*, 12-XII-1986.

— "Aplicación del principio de igualdad en materia promocional: el decreto 2386/79", *Revista de Derecho Empresario*, nº 71, pág. 401.

— "La condición jurídica de las cooperativas prestatarias de servicios públicos", *El Derecho*, t. 122, pág. 981.

— "El plazo de prescripción para demandar al Estado por los daños y perjuicios provocados por un acto inválido", *El Derecho*, t. 123, pág. 140.

— "Acerca del sentido y alcance de la autonomía universitaria", *El Derecho*, t. 124, pág. 870.

— "La responsabilidad de los funcionarios públicos", *La Nación*, 29-X-1987 y en *La Ley,* 1989-C, pág. 982.

— "El amparo en las provincias: su procedencia respecto de actos dictados durante el proceso licitatorio", *El Derecho*, t. 126, pág. 130.

— "En torno al requisito del artículo 2º, inciso a) de la Ley de Amparo como condición de admisibilidad de la acción", *El Derecho*, t. 126, pág. 927.

— "Sobre la ejecución de las sentencias que condenan al Estado a pagar sumas de dinero", *El Derecho*, t. 128, pág. 920.

— "Las huelgas en los servicios públicos", *La Nación,* 23-I-1988.

— "Los juicios contra el Estado", *La Nación,* 11-VII-1988.

— "Economía procesal y derecho de defensa", comentario al fallo 41.092, CNCont. Adm. Fed., "La Plata Cereal C.S.A. c/ Administración Nacional de Aduanas", *El Derecho*, t. 130, pág. 286.

— "Una forma de denegación de justicia", *La Nación,* 29-IX-1988.

— "Reflexiones en torno al sistema de invalidez de los actos administrativos", *La Ley*, 1988-E, pág. 1103, y Separata de la Academia Nacional de Dere-

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

cho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, *Anticipo de Anales*, año XXXIII, Segunda época, nº 26, 1989.

— "El Estado, los canales de TV y la radiodifusión", *La Nación*, 24-I-1989.

— "La responsabilidad del Estado por su actividad legítima", comentario al fallo 41.340, CNCiv. y Com. Fed., Sala II, 5-VII-1988, "Astilleros Hernán Cortés, S.A. c/ Estado Nacional, *El Derecho,* t. 131, pág. 467.

— "El equilibrio económico-financiero el contrato administrativo", *Revista de Derecho Administrativo*, nº 1, mayo-agosto de 1989 y Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, *Anticipo de Anales,* año XXXIII, Segunda época, nº 26. Reseña de R.M.G.A. (*La Ley,* 1991-A, pág. 1137).

— "Sobre la impugnación de reglamentos y demás actos de alcance general (en la L.N.P.A. y en el R.N.L.P.A.)", *El Derecho*, t. 131, pág. 911.

— "El recurso de revocatoria y la habilitación de la instancia contencioso-administrativa en la Provincia de Buenos Aires", *El Derecho*, t. 133, pág. 228.

— "La responsabilidad del Estado por omisión", nota al fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, *La Ley*, 1989-C, pág. 512.

— "La elección del Intendente de la Ciudad de Buenos Aires (dos vías posibles)", *La Ley*, 1989-D, pág. 1372.

— "La reforma del Estado", *La Nación*, 29-VII-1989.

— "La constitucionalidad del nuevo signo monetario", *La Nación*, 20-VI-1985.

— "La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la Corte", *El Derecho*, t. 114, pág. 215.

— "La extensión del régimen del contrato de obra pública a las empresas y sociedades del Estado", *Tribunales*, año II, nº 10, Buenos Aires, 1988, y *Régimen de la Administración Pública*, nº 125, Buenos Aires, febrero de 1989.

— "Reflexiones sobre algunas medidas cautelares en materia penal", *La Ley*, 27 de julio de 1989.

— "La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial", *Revista de Derecho Administrativo*, nº 3, enero-abril de 1990. Reseña de R.M.G.A. (*La Ley,* 1991-A, pág. 1139).

— "Huelga en servicios esenciales", *La Nación,* 2-VI-1990.

— "Las huelgas en los servicios públicos", *La Nación,* 4-VII-1990.

— "Acerca de la conexión y diferencias entre el procedimiento administrativo y el proceso civil", *La Ley*, 1990-C, pág. 967.

— "La reglamentación del derecho de huelga en los servicios esenciales", *El Derecho*, t. 139, pág. 865 y Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, *Anticipo de Anales,* año XXXV, Segunda época, nº 28, 1991.

— "La corrupción en la administración pública", *La Nación,* 14-II-1991.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

— "En torno de las sanciones administrativas y la aplicabilidad de los principios del derecho penal", *El Derecho,* t. 143, pág. 939.

— "Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia", *La Ley,* 1991-E, pág. 1179 y Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1991.

— "La indemnización expropiatoria como institución de derecho público", *Régimen de la Administración Pública,* nº 155, Buenos Aires, agosto de 1991, pág. 9.

— "La desregulación de actividades dispuesta por el decreto 2284/91", *Revista de Derecho Administrativo,* nº 7/8, Buenos Aires, mayo-diciembre de 1991.

— "La propiedad de los yacimientos de hidrocarburos", *El Derecho,* t. 145, pág. 857 y Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, *Anticipo de Anales,* año XXXVI, Segunda época, nº 29, 1991.

— "El Mercado Común del Sur: Problemas jurídicos y organizativos que plantea su creación", *El Derecho,* t. 145, pág. 875.

— "La transformación del Estado" (primero y segundo artículo), *La Ley,* 1990-E, págs. 899 - 1078.

— "El perfeccionamiento institucional jurídico administrativo del Mercosur", *Régimen de la Administración Pública,* nº 164, Buenos Aires, mayo de 1992, pág. 9.

— "La legitimación en el proceso de amparo", *Jurisprudencia Argentina,* 1991-IV-763.

— "Los escribanos públicos frente a la desregulación", *La Nación,* 26-IX-1992.

— "Huelga general, algo inadmisible", *La Nación,* 18-X-1992.

— "Un caso de arbitrariedad y el control de los actos administrativos de las universidades por el Poder Judicial", *El Derecho,* t. 146, pág. 114.

— "Las privatizaciones", *Prudentia Iuris,* Buenos Aires XXIII, enero-junio de 1990, pág. 37; reseña de Mirta Graciela Castro, *La Ley,* 1992-B, pág. 1339.

— "El desafío de las privatizaciones", *La Nación,* 29-I-1993.

— "Límite a la responsabilidad solidaria laboral", *La Nación,* 15-VI-1993.

— "La degradación del honor", *La Prensa,* 1-VII-1993.

— "En torno a la noción de servicio público", separata de la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1988-II.

— "Los principios generales del derecho en el derecho administrativo", Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, *Anticipo de Anales,* año XXXII, Segunda época, nº 25, 1988.

— "Sociedades y empresas del Estado", *Elementos del derecho comercial*, nº 19, Astrea, septiembre de 1988.

— "La actividad interventora y su incidencia sobre los derechos privados", Separata de la *Revista Jurídica de Buenos Aires,* 1990-III.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

— "La intervención administrativa", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992. Comentario de José María Curá en *La Ley,* 1993-B, pág. 1202.

— "Efectos de la interposición de los recursos y la suspensión de los actos administrativos", *El Derecho*, t. 153, pág. 994.

— "Problemática política y administrativa de los municipios", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, n° 177, año XV, Buenos Aires, junio 1993.

— "Sobre la impugnación de reglamentos y demás actos de alcance general (en la L.N.P.A. y en el R.N.L.P.A.)", *Recursos Judiciales*, Ediar, Buenos Aires, julio 1993 y *El Derecho,* t. 131, pág. 911.

— "La ciudad de Buenos Aires y la reforma constitucional", *La Nación,* 3-II-1994.

— "El derecho de la post-privatización (a propósito de las Jornadas sobre Regulación Económica organizadas por la Universidad Austral", *La Ley*, Actualidad, 22-II-1994.

— "El proyecto de Código Procesal Contencioso-Administrativo", *La Nación*, 3-VI-1994.

— "La sustantividad del contrato administrativo y sus principales consecuencias jurídicas", *Revista de Derecho Administrativo*, n° 15/16, Buenos Aires, enero-agosto 1994.

— "Los nuevos entes regulatorios", *El Derecho*, t. 159, pág. 972 y *Revista Argentina de Derecho Administrativo,* n° 14, pág. 485, Buenos Aires, septiembre-diciembre 1993.

— "El jefe de Gabinete", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* (*R.A.P.*), sobre "Primeras Jornadas Nacionales sobre Instituciones Administrativas en la Reforma Constitucional", edición especial n° 194, año XVII, noviembre de 1994.

— "El jefe de Gabinete y las facultades del presidente", *La Nación*, 29-IX-1994.

— "La seguridad jurídica después de las privatizaciones (Regulación y servicios públicos)", *Clarín*, 6-XI-1994.

— "La problemática municipal", *130 Años de la Procuración del Tesoro de la Nación 1893-1993*, La Ley, noviembre 1994, pág. 65.

— "En torno al jefe de Gabinete", *La Ley*, 1994-E, pág. 1267.

— "Reflexiones sobre la regulación económica y el servicio público", *El Derecho*, t. 161, pág. 857.

— "Los marcos regulatorios en los servicios públicos y la inserción de la técnica contractual", *La Ley,* 1994-D, pág. 948.

— "La problemática política, constitucional y administrativa de los municipios y su autonomía a la luz de la Constitución reformada", *La Ley*, 1995-A, pág. 977.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

— "El Mercosur y las relaciones con el derecho interno", *La Ley*, 1995-C, pág. 875.

— "El servicio público y las técnicas concesionales", *La Ley*, 1995-C, pág. 1174, en *Revista Argentina de Derecho Administrativo,* nº 18, pág. 21, Buenos Aires, enero-abril 1995, en revista *Campus,* editada por estudiantes de Derecho, año II, nº VII, agosto 1995 y en libro editado conforme a las "Jornadas Jurídicas sobre Servicio Público de Electricidad", llevadas a cabo en Buenos Aires los días 8 y 9 de junio de 1995.

— "El rol del abogado del Estado", *Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación*, septiembre-octubre, 1995 (Boletín de actualización) y *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública,* año XVIII, nº 206, noviembre de 1995.

— "El corretaje inmobiliario. Alcance de las limitaciones a las comisiones inmobiliarias conforme al artículo 77 de la ley 24.441", en colaboración con el Dr. Rafael Carlos Monsegur, *El Derecho*, t. 163, pág. 1144.

— "Reflexiones sobre la aplicación del principio antiregulatorio en el mercado automotriz", *La Ley*, 1995-D, pág. 1319.

— "Sobre el requisito de la *publicatio* y el servicio público", *La Ley, sesenta años* (Suplemento especial), 15-XI-1995, pág. 37; t. 1995-E, pág. 932.

— "Sobre la protección ambiental", *La Ley*, t. 1995-E, pág. 1217.

— "De nuevo sobre la legitimación para accionar en el amparo", en *La Ley* (Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo a cargo del Dr. Agustín Gordillo), t. 1995-E, pág. 469.

— "El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (Hacia una nueva concepción)", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, año XVIII, nº 208, enero de 1996.

— "El carácter federal de la ciudad de Buenos Aires", *La Nación*, 13-I-1996.

— "Es legal la elección simultánea en Capital", *Clarín*, 27-II-1996.

— "Los decretos de necesidad y urgencia en la Constitución reformada", en Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, *Anticipo de Anales,* año XL, Segunda época, nº 33, Buenos Aires, 1996.

— "La ley de amparo es positiva", *Clarín,* 14-V-1996.

— "Presente y futuro de la regulación económica", *La Ley,* t. 1996-C, pág. 1122.

— "Sobre la sustantividad del contrato administrativo y su recepción a través de la doctrina y de la jurisprudencia de la Corte Suprema", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública,* año XIX, nº 217, octubre 1996 y en libro *Contratos. Homenaje a Marco Aurelio Risolía,* Abeledo-Perrot, 14-IV-1997.

— "Protección ambiental en Argentina", revista *Gerencia Ambiental,* año 3, nº 29, pág. 684, Buenos Aires, noviembre 1996.

— "Una justicia para el Mercosur", *Clarín,* 13-XII-1996.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

— "La transferencia de jueces a la ciudad de Buenos Aires", *La Nación,* 16-XII-1996.

— "El amparo ambiental y la legitimación para accionar", en *La Ley* (Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo a cargo del Dr. Agustín Gordillo), t. 1997-A, pág. 56.

— "La apertura a prueba en los llamados recursos judiciales directos", nota a fallo "Banco Regional del Norte Argentino c/Banco Central de la República Argentina", en *La Ley* (Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo a cargo del Dr. Agustín Gordillo), t. 1997-D, pág. 667.

— "De nuevo sobre los principios generales del derecho en el derecho administrativo", *Revista de Derecho Administrativo,* nº 19/20, pág. 297, Buenos Aires, mayo-diciembre 1995 y en libro *El Derecho Administrativo Argentino, hoy,* Jornadas presididas por el Dr. Miguel S. Marienhoff, Ciencias de la Administración, División Estudios Administrativos, Buenos Aires, septiembre 1996.

— "Sobre la reserva de ley y los reglamentos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional", *Revista de Derecho Administrativo,* nº 21/23, pág. 61, Buenos Aires, enero-diciembre 1996.

— "Sobre el sistema de invalidez y los vicios del acto administrativo (a propósito de la doctrina que pretende borrar la distinción entre nulidad y anulabilidad), *El Derecho,* t. 174, pág. 960.

— "Los procedimientos de selección del contratista estatal", *La Ley,* t. 1997-E, pág. 1485.

— "Las transformaciones del derecho administrativo", en el libro *Derecho Administrativo. "I Jornadas Sanjuaninas" en Homenaje al Profesor Dr. Miguel S. Marienhoff,* editado por el Foro de Abogados de San Juan, en San Juan, Argentina, 1997.

Publicaciones en el extranjero

— "Los contratos de la Administración Pública", *Revista de la Administración Pública,* nº 78, Madrid, 1975, pág. 411.

— "Las relaciones interadministrativas", *Revista Chilena de Derecho,* vol. 2, junio-diciembre de 1975.

— "La transformación del Estado", en *Revista de Derecho Público,* vol. 1990, nros. 47-48, Santiago de Chile.

— "Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia en el Derecho argentino", *Revista Española de Derecho Administrativo,* nº 73, Civitas, enero/marzo de 1992.

— "Las entidades estatales descentralizadas y el carácter público o privado de los actos que celebran", *Revista de Derecho Público,* vol. 15, Santiago de Chile, 1974.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

— "Comentario del Tratado de Derecho Administrativo", del doctor Miguel S. Marienhoff, *Revista de Derecho Público*, vol. 16, Santiago de Chile, 1974.

— "Los contratos de la administración pública", *Anuario de Derecho Público*, años 1975-1976, pág. 293.

— "A autorização para construir e o poder revogatorio da administração", *Revista de Direito Administrativo*, vol. 135, Río de Janeiro, 1979.

— "La nueva Ley de Expropiaciones de la Argentina", *Revista Uruguaya de Estudios Administrativos*, nº 1, Montevideo, 1978.

— "Sobre la condición de instrumentos públicos de las actuaciones administrativas y su valor probatorio", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, nº 3 y nº 4, Montevideo, 1975.

— "La autorización para construir y la potestad revocatoria de la administración", *Rassegna dei Lavori Pubblice*, nº 2, Roma, 1979.

— "El régimen exorbitante y las garantías del administrado", *Revista Uruguaya de Estudios Administrativos*, año V, nº 1, Montevideo, 1981.

— "Relevancia de la actividad reglamentaria", *Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1989, pág. 15.

— "La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 67, Madrid, 1990, pág. 349.

— "La transformación del Estado", *Revista de Derecho Público,* vol. 1990, nº 47 y nº 48, Santiago de Chile.

— "El Mercado Común del Sur: Problemas jurídicos y organizativos que plantea su creación", *Revista de la Administración Pública,* nº 127, Madrid, enero-abril de 1992, pág. 351.

— "La huelga en los servicios esenciales", Ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 1993. Comentario por Olga Sánchez Martínez, Facultad de Derecho, Universidad de Cantabria, en *Revista de la Administración Pública*, nº 132, Madrid, septiembre-diciembre 1993, pág. 543.

— "Efectos de la interposición del recurso y la suspensión de los efectos de los actos administrativos", *Revista de Direito Administrativo*, octubre/diciembre 1993, Río de Janeiro.

— "La suspensión de los actos en la sede administrativa y judicial", *Procedimiento Administrativo*, Ponencias del IV Encuentro hispano-argentino sobre Derecho Administrativo. Santiago de Compostela, 15 y 16 de febrero de 1994. Edición de la Escola Galega de Administración Pública (EGAP).

— "A substantividade do contrato administrativo e suas principais consequências jurídicas", *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, año 2, marzo 1995, Editorial Génesis, Curitiba, abril 1994.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

"Los tratados de Derecho Administrativo pueden concebirse de diversas formas: Se les puede pedir, ante todo, descripciones de servicios, reglamentaciones, nomenclaturas de textos; esto es legítimo, e incluso útil, para cierto público. Pero habrá de admitirse que junto a las obras de esta concepción hay un lugar para las que tratan de organizar teóricamente lo que el Derecho Administrativo contiene de sustancia jurídica, y no podrá por menos reconocerse que los tratados de este tipo parecen particularmente convenientes para el derecho público especializado en las facultades de Derecho".

(MAURICE HAURIOU: *Précis de Droit Administratif et de Droit Public Général*, en el Prefacio a la 3ª edición, Paris, 1897).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

PROLOGO A LA SEXTA EDICION

El hecho de haberse agotado la anterior edición nos obliga a sacar a la luz una nueva en la que, si bien mantenemos, sustancialmente, la doctrina expuesta con anterioridad, hemos introducido las actualizaciones que juzgamos imprescindibles para adecuarla a los cambios operados, sobre todo, a nivel jurisprudencial.

Si bien la obra conserva una orientación eminentemente doctrinaria en la línea de pensamiento del maestro Hauriou —que extractamos en la portada— no podemos dejar de reconocer que el futuro del derecho administrativo pasa actualmente más que por la Administración por la jurisprudencia y por la defensa de los principios fundamentales del derecho público contemporáneo entre los que cuentan desde el clásico de la división de los poderes y consecuente independencia del poder judicial hasta el principio de la tutela judicial efectiva, incorporado a nuestro ordenamiento constitucional tras la recepción que de los pactos internacionales efectúa el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional, reformada en 1994.

En otro plano, el imperio de la moral pública y de la ética profesional para el ejercicio de la abogacía por parte de los distintos protagonistas del derecho administrativo resulta, hoy día, una exigencia insoslayable de los sectores sanos de la sociedad, para superar la crisis de confianza que se proyecta sobre las instituciones del Estado, cualquiera fuera su signo político.

De lo contrario corremos el riesgo de tirar por la borda uno de los procesos de transformación más notables que han ocurrido en Argentina que, aun con sus desviaciones y errores, hay que procurar que se mantenga para no retornar al sistema autoritario anterior, en el que prácticamente toda la economía y la actividad social dependían de las decisiones de los funcionarios de turno.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Por último, y no sin pena, vaya nuestro agradecimiento a Nicolás Cassagne por la valiosa ayuda que nos prestó para la actualización de este tomo, en la inteligencia de que su espíritu perdura en nosotros con igual intensidad que las virtudes morales que supo practicar durante su paso por la vida.

JUAN CARLOS CASSAGNE

Buenos Aires, 14 de julio de 1998.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

PROLOGO A LA QUINTA EDICION

La sanción de diversas reformas a la Constitución Nacional en el año 1994 nos obliga a llevar a cabo la actualización de las partes de esta obra en que se analizan aquellos preceptos constitucionales que fueron modificados o sustituidos por el poder constituyente.

De otra parte, la incorporación al plano positivo constitucional de instituciones que no habían tenido recepción en nuestra histórica Constitución de 1853/60 y que venían aplicándose en virtud de un derecho consuetudinario que muchas veces se apartó de los límites establecidos por la doctrina, reafirma aún, en mayor medida, la necesidad de la actualización que emprendemos teniendo en cuenta, además, que la reforma constitucional ha plasmado nuevas figuras orgánicas y principios cuya gravitación resulta fundamental en el ámbito del derecho administrativo.

En este sentido, como observación preliminar de conjunto, advertimos que la reforma constitucional no ha variado sustancialmente los principios fundamentales que constituyen la base del derecho administrativo argentino cuyo sistema permanece incólume, si bien resulta necesario adaptarlo, en determinadas instituciones, a las nuevas reglas constitucionales.

Es posible también que algunas de las nuevas figuras orgánicas incorporadas a la Constitución Nacional tengan una vida efímera a poco que comiencen a relativizarse o convertirse en letra muerta por obra del desuetudo, *tal como aconteció con la institución del juicio por jurados en la Constitución de 1853/60 y, no obstante habernos pronunciado contra la necesidad y conveniencia de la reforma constitucional antes de ahora, no podemos dejar de analizar, en cada caso, las nuevas cláusulas que se han incorporado y su proyección al derecho administrativo.*

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

El tiempo se encarga siempre de confirmar o dejar desactualizados los criterios de la doctrina y las mutaciones que introduce el legislador, aun el constituyente, al ordenamiento. Mientras tanto, cabe aguardar que la interpretación, verdadero molde del Derecho, se oriente por los carriles de la justicia.

Buenos Aires, 2 de enero de 1996.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

PREFACIO DE LA PRIMERA EDICION

I

Hace algunos años emprendimos la tarea de escribir una obra general de derecho administrativo como fruto de las enseñanzas y estudios que sobre esta materia habíamos efectuado. Por causas ajenas a nuestra voluntad, que no es del caso relatar aquí, ese propósito se vio lamentablemente interrumpido.

El tiempo pasado desde entonces no ha sido vano y nos ha servido tanto para reafirmar principios como para revisar las concepciones más importantes formuladas a la luz de la evolución de las ideas de la doctrina y de nuestro propio pensamiento.

Vamos a reseñar aquí, a modo de descripción liminar, algunas de las principales concepciones que formulamos en esta obra, en una suerte de visión sintética que resalte las ideas más generales que informan su contenido.

Una obra general de derecho administrativo debe abordar el desarrollo y la crítica de las principales doctrinas y principios que lo nutren, en el marco de la realidad, sin descuidar el conocimiento de las normas de mayor aplicación en la disciplina. Ello no asegura, empero, por la naturaleza de la tarea emprendida, que quien se asome a sus páginas vaya a encontrar siempre la receta práctica para resolver su problema jurídico ni, menos aún, que el profesional o el estudiante tengan que asombrarse siempre ante el tratamiento totalmente original de cada tema; pensamos que las concepciones del Derecho deben alcanzar la verdad antes que la originalidad, y la justicia, por encima de los criterios formales.

El ejemplo que brinda, en tal sentido, la doctrina francesa actual es francamente admirable, en cuanto marca una tendencia hacia la síntesis lógica de las concepciones que acrecienta la fuerza de convic-

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ción que ellas poseen en el orden de la realidad y de la justicia. Y es todavía más admirable, si se repara en que todo ese movimiento doctrinario se plasma en un lenguaje medido, claro y sencillo, que contiene, al propio tiempo, ingredientes de gran profundidad y precisión técnica.

II

El estudio del derecho administrativo despierta en el jurista actual un justificado interés en la medida en que permite observar cómo se van construyendo sus normas y principios en un proceso de formación constante que desplaza, con cierta celeridad, fórmulas que antaño se creían inmutables.

Su objeto es, básicamente, el encuadre jurídico de la organización y funciones de la Administración Pública (subjetivamente considerada) y el de la actividad administrativa (en sentido material) de los órganos pertenecientes al Poder Judicial y al Parlamento, no siendo improbable que, en una próxima evolución, comprenda también el estudio de la actividad de las personas públicas no estatales, cuyos actos, si bien no son actos administrativos, pueden hallarse regidos, en gran medida, por regulaciones propias del derecho administrativo.

El contenido de su temática obedece a un criterio real e histórico que procura no confundir la rama jurídica con las distintas instituciones que la nutren; que no define al derecho administrativo por la exclusividad de una función o de los actos de la Administración Pública (en sentido subjetivo) sino por su objeto real y por su fin.

Es que el derecho administrativo debe ser concebido como una categoría histórica, compuesta de unidades y diversidades, donde al par de las regulaciones propias de cada institución se alternan —por tratarse de un derecho "in fieri"*— por un lado, la técnica de la analogía adoptando normas y principios de otras ramas del Derecho y, por el otro, la llamada aplicación supletoria de soluciones normativas provenientes de distintos ordenamientos o instituciones del derecho público.*

El derecho administrativo, que se configura entonces como una categoría histórica susceptible de albergar ideas que complementan la concepción material u objetiva sobre la función administrativa (que es su fuente nutricia predominante), no puede desconocer la jerarquía de los fines respecto de los medios empleados.

Por esa causa la idea de poder público —que tanto atrajo a la doctrina francesa que no siguió las aguas de la escuela del servicio público— no debe contraponerse a los fines de bien común ni a la realización

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

de lo justo que proclaman las diferentes especies de justicia, concebidas como objeto del Derecho. Es que el derecho administrativo —sin regulación positiva en la mayor parte de sus instituciones— se configura, principalmente, como un derecho de equidad.

Esta idea que Hauriou desenvolviera tan brillantemente en las distintas ediciones de su Précis de Droit Administratif *no ha sido mayormente aplicada en nuestro país por los órganos encargados de resolver las controversias suscitadas entre la Administración Pública y los particulares, apegados muchas veces a criterios formalistas que sobre la base de técnicas elusivas y construcciones dogmáticas establecidas* "a priori", *niegan el acceso a la jurisdicción a los portadores de intereses legítimos.*

El poder público es trascendente en la medida en que contribuye a mantener el orden y los valores fundamentales de una comunidad pero debe hallarse institucionalizado, es decir, sometido permanentemente a los límites y orientaciones que le fijan los fines de bien común que la Administración Pública debe satisfacer, como órgano del Estado, a quien se le han adjudicado como propias las competencias necesarias para la realización de actos jurídicos y operaciones materiales.

Esa institucionalización objetiva de los fines de interés público que la Administración Pública asume como propios, unida a la circunstancia de que se trata de un grupo humano que realiza una tarea perdurable y permanente, mediante el ejercicio de un poder organizado al servicio de esos fines, permite sustentar la idea de que ella es una institución diferenciada del Gobierno, cuya principal virtud ha de ser la neutralidad o equidistancia con respecto a los intereses políticos de partido o sector, en tanto éstos se ajusten a los postulados del Estado de Derecho y no pretendan imponer formas jurídicas, económicas o sociales reñidas con el estilo de vida y creencias que profesa la comunidad.

III

El sistema del derecho administrativo debe articularse dentro de un equilibrio permanente entre prerrogativas y garantías, entre autoridad, por un lado, y libertad y propiedad por el otro.

Ese equilibrio no implica desconocer que en el proceso administrativo actual se advierta una tendencia al crecimiento de la arbitrariedad en detrimento de los derechos individuales, en formas más o menos encubiertas, pero cuyas diversas formas traducen todas ellas un resabio de autoritarismo y de exceso de poder. Es evidente, también, que ha

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

agravado ese cuadro el hecho del intervencionismo del Estado en campos reservados antaño a la iniciativa individual.

El poner freno a estas tendencias nocivas para la salud del cuerpo social es una tarea en la que está empeñada la doctrina administrativista en casi todos los países que integran la civilización occidental.

Conectado a los fines de bien común que el Estado debe satisfacer a través de la actuación de la Administración Pública se encuentra el principio de subsidiariedad, que justifica la intervención del poder público en el orden económico y social sólo en la medida en que los miembros de la comunidad —incluyendo las denominadas entidades intermedias— carezcan de la posibilidad de actuar y desenvolverse para el cumplimiento de los fines trascendentes de la persona humana.

A este principio —que proviene del derecho natural— y que está presente en el pensamiento de las Encíclicas papales, no se le había dado el lugar predominante que debe tener en orden a la justificación de la injerencia del Estado en campos antaño reservados a la iniciativa particular. Su desconocimiento ha contribuido a que la reacción contra las tendencias liberales del siglo pasado haya desembocado en el predominio de una suerte de socialismo de Estado, donde se frustran las iniciativas individuales y el hombre se convierte en una pieza del engranaje estatal, del cual espera todo. Pero como el Estado no puede satisfacer las exigencias de todos los componentes de la comunidad, el sistema estatista, aun en el modelo occidental, genera una lucha entre los distintos sectores por el reparto de los bienes y servicios, lo que conduce, a su vez, a una mayor intervención.

Para romper ese círculo vicioso —que inevitablemente conducirá al Estado colectivista—, a la Administración Pública no le queda otro camino que el empleo de las técnicas de fomento (a fin de generar y estimular la realización de actividades privadas en interés de la comunidad) y la utilización de todas las formas posibles de colaboración por parte de los particulares en la prestación de los servicios públicos, todo ello combinado con el ejercicio razonable y prudente del poder de policía.

IV

Muchas son las concepciones que sostenemos en el curso de esta obra vinculadas a temas trascendentes del derecho público tales como la reserva de la ley y del reglamento, el valor de las fuentes del derecho administrativo, la conexión entre la teoría de la personalidad jurídica del Estado y su responsabilidad por la actividad administrativa, legis-

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

lativa y judicial, sea dicha actividad legítima o no, las situaciones jurídicas subjetivas, la idea de régimen exorbitante, las concepciones del acto y del contrato administrativo y, especialmente, la posibilidad de que los órganos estatales actúen en el campo del derecho privado emitiendo actos y celebrando contratos regidos parcialmente por el derecho civil y comercial.

El análisis de las distintas concepciones que exponemos al respecto, siempre dentro de un enfoque realista del Derecho, excede el objeto de este prefacio, pese a la gravitación que algunas de esas ideas puedan tener en el futuro desarrollo del derecho administrativo argentino.

En lo que concierne al plan de la obra, se ha distribuido el contenido de las distintas instituciones del derecho administrativo conforme a una división que es básicamente la tradicional, aun cuando hemos considerado oportuno abordar el tema de la responsabilidad estatal en el título en que desarrollamos la teoría de la personalidad jurídica del Estado, en la inteligencia de que se trata de un tema de la llamada parte general del Derecho Administrativo.

De ese modo, el tomo primero tratará los aspectos introductorios de la disciplina, la teoría general de la organización administrativa y, particularmente, la organización administrativa y la de las empresas estatales; el tomo segundo, cuya aparición se ha adelantado, comprende la temática que hace a la configuración del obrar del Estado, regido por el derecho administrativo —con especial referencia al régimen jurídico del acto administrativo, del reglamento y de los demás actos que dicta la Administración Pública— completando su contenido con el estudio de los distintos procedimientos y recursos administrativos; a su vez, el tomo tercero abordará lo atinente a la dinámica de la actualización administrativa a través del estudio de sus instituciones esenciales (servicio público, policía y fomento) para pasar luego al estudio de la teoría general del contrato administrativo y de los diferentes contratos administrativos en particular; por último, en el tomo cuarto saldrán a luz, sucesivamente, los estudios relativos a otros temas trascendentes de nuestra disciplina, tales como el dominio público y limitaciones a la propiedad privada en interés público, donde trataremos todo lo inherente a las restricciones y servidumbres administrativas y al régimen jurídico-legal de la expropiación por causa de utilidad pública.

Debemos finalmente señalar que hemos mantenido, en algunos casos con variantes y, en otros, con el agregado de necesarias actualizaciones y enfoques complementarios, los capítulos correspondientes a la primera edición del tomo primero, en el que colaboraron los profesores

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Juan Ramón de Estrada y María del Carmen J. de Pérez Cortés, a quienes reiteramos nuestro agradecimiento por la valiosa ayuda prestada juntamente con el Dr. Jorge Luis Maiorano.

Esperamos que esta obra sea de alguna utilidad tanto para los estudiantes y profesionales como para los que dedican su vida al estudio del Derecho, en sus distintas ramas. Con ello pretendemos cumplir con un deber moral que sentimos a raíz de ejercer la titularidad de la cátedra universitaria en esta trascendente rama del derecho público, pidiéndole a Dios nos dé las fuerzas necesarias para continuar y finalizar la tarea emprendida.

JUAN CARLOS CASSAGNE

Buenos Aires, 20 de abril de 1982.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

TÍTULO PRIMERO
INTRODUCCION

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CAPÍTULO I

EL ESTADO Y LA JUSTICIA

SUMARIO

1. Distintas concepciones acerca del Estado.
2. Teoría del Estado.
3. Las causas y los llamados elementos del Estado.
4. Elementos del Estado.
5. La personalidad jurídica del Estado. La cuestión de la *doble personalidad.*
6. Derecho público y derecho privado: criterios de distinción y consecuencias.
7. La justicia como fin del Estado. Las formas de justicia: justicia legal o general y justicia particular (distributiva y conmutativa). La justicia social.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CAPÍTULO I

EL ESTADO Y LA JUSTICIA

1. DISTINTAS CONCEPCIONES ACERCA DEL ESTADO

Las ideas acerca de la configuración histórica y política del Estado han ido variando a través del tiempo sin que aparezca, hasta el final de la Edad Media, un concepto que tradujera, con un alcance general, su expresión jurídica e institucional.

En Grecia no hubo propiamente una instrumentación comprensiva de la organización jurídica que vinculara a los habitantes con el territorio, aunque puede reconocerse que la idea de lo que hoy se designa como Estado se hallaba subyacente dentro del concepto de *polis*, es decir, la organización de la ciudad griega.

Los romanos también carecieron de una conceptualización precisa del Estado y, en forma similar a lo acontecido en Grecia, designaron primero con el nombre de *civitas* al llamado Estado-Ciudad, utilizando finalmente la noción de *res publica* para aludir a la existencia de la propia comunidad política.

El advenimiento del feudalismo tampoco contribuyó a una modificación sustancial de la concepción romanista, aplicándose el término *land* como equivalente al territorio [1].

La institucionalización de Estado constituye la culminación de un proceso que se inicia en las principales ciudades italianas (Florencia, Génova, etc.) durante el siglo XV. Allí aparece la expresión *lo stato* para designar en general a toda organización jurídico-política y su forma de gobierno, ya fuera que esta última tuviera carácter monárquico o republicano [2].

1 MORTATI, Constantino, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, t. I, pág. 21, Padova, 1969.

2 En *El Príncipe*, Nicolás Maquiavelo se afilia a la concepción general del Estado

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Después de atravesar por interpretaciones que respondían a particulares circunstancias históricas [3], la consolidación territorial de los Estados, operada a partir del siglo XVII, junto a la aparición de numerosos sistemas políticos y filosóficos, dio lugar a las más variadas concepciones acerca del Estado.

Como consecuencia de ello, dentro de la Teoría del Estado, diversos enfoques se han formulado [4]; sin embargo el concepto de Estado como la perfecta organización jurídico-política de la comunidad que procura el bien común y su consideración como un objeto real, no ideal [5], constituye la concepción con mayor arraigo en el campo de las doctrinas que se inspiran en la filosofía cristiana.

2. TEORÍA DEL ESTADO

Si bien el estudio de la Teoría del Estado pertenece al terreno de la Ciencia Política (o al de la Sociología, según algunos), el derecho administrativo —como rama del derecho público que estudia primordialmente la organización y la actuación del Estado en sus relaciones con los particulares— no puede prescindir de sus aspectos esenciales, en cuanto aquélla significa el punto de apoyatura de sus instituciones y principios, como también de la actividad de la Administración Pública.

La propia naturaleza de la realidad política, constituida por actos humanos, demuestra que cada Estado posee, en la civilización occidental y cristiana, una singularidad y especificidad que lo diferencia de otro y, al propio tiempo, que existen notas generales que

---

como organización jurídico-política. Sobre la evolución histórica del concepto de Estado, véase DEL VECCHIO, Jorge, *Estado y Derecho*, pág. 412 y sigs., trad. del italiano, Madrid, 1957.

3 La expresión *estat* es empleada en Francia desde el siglo XIII para referir el estamento o grupo social. Tal era el sentido de la expresión "Estados Generales" que los monarcas franceses usaron muchas veces como instrumento político para restringir los privilegios de los señores feudales.

4 Para algunos el Estado constituye una corporación constituida por el pueblo y dotada de poder de mando (JELLINEK); para otros, se trata de una agrupación humana establecida en un territorio donde los más fuertes prevalecen sobre los más débiles (DUGUIT).

5 Kelsen, en cambio, considera que la expresión Estado sirve para referirse a un objeto ideal creado por el conocimiento; el sistema normativo (Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, pág. 255, trad. de E. García Máynez, 2ª ed., México, 1958).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

permiten hallar un concepto objetivo y concreto del Estado histórico, al presentar elementos y funciones comunes [6].

Se ha sostenido que "cualquier organización estatal, que es una ordenación humana, está informada por una determinada visión del mundo y del universo, vigente en ella también más allá de sus límites, animando la civilización a la que ese Estado está funcionalizado junto con otros Estados" [7].

Como se ha advertido, la Teoría del Estado no representa el conocimiento de un Estado singular, sino de un tipo general de Estado, válido para todo un grupo de comunidades jurídicamente organizadas [8].

El Estado —se ha dicho— "no es otra cosa que una sociedad políticamente organizada, y no puede haber sociedad sin organización política; la realidad del Estado, de la sociedad civil, no es ni la sociedad ni el orden político por sí solos, sino su compuesto, de manera que entre Estado y Sociedad no existe ninguna separación real" [9].

Según Aristóteles, el Estado constituye una asociación política natural y necesaria, cuya esencia radica en la propia naturaleza humana. Tal alianza o asociación es necesaria para la perfección del hombre y no constituye una unión transitoria en búsqueda de un fin individual sino la asociación estable, orgánica y perfecta cuya finalidad es la realización de la virtud y de la felicidad humanas.

La característica esencial que distingue al Estado de otras comunidades, de acuerdo con la concepción aristotélica, es su "autarquía o autosuficiencia", en el sentido de que el Estado se halla integrado de tal forma que no precisa ni depende de otra comunidad para la realización de sus fines. Sin embargo, a diferencia de Platón, que no acepta la existencia de asociaciones intermedias entre el Estado y

6 SAMPAY, Arturo Enrique, *Introducción a la Teoría del Estado*, págs. 360-361, Buenos Aires, 1964.

7 "Nuestra civilización se asienta sobre el contenido doctrinario de la vida y enseñanza de Jesucristo, estimado como *logos* del mundo y respuesta a la natural ansia humana de valores, sobre la unidad del género humano y sobre la universalidad de la verdad". (Cfr. SAMPAY, Arturo Enrique, *ob. cit.*, págs. 362-363).

8 DABIN, Jean, *Doctrina General del Estado*, trad. del francés, págs. 9-10, México, 1946.

9 SAMPAY, Arturo Enrique, *ob. cit.*, págs. 374-375, quien al no aceptar la estructura dualista Estado-Sociedad (entendidas como conceptos contrapuestos) señala que "la antagónica pareja Estado-Sociedad oculta, en la sociedad lábil de la época moderna, la tensión política entre un sector activo de ciudadanos que ejercen el poder político y otro sector que, por no estar directamente vinculado a la actuación del poder político se considera como Sociedad fuera del Estado y frente a él".

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

el individuo, Aristóteles las admite como organizaciones convenientes para la ordenación de la convivencia entre los hombres.

Todo ello se condensa en la clásica definición que concibe al Estado como "la comunidad perfecta o soberana" [10].

La comunidad constituye el género próximo de Estado mientras que el calificativo "soberana o perfecta" permite diferenciarla de otras asociaciones (diferencia específica), significando la alianza o unión estable, consciente y voluntaria de personas para alcanzar un fin común [11]. En cambio, lo específico del Estado reposa en la cualidad de "perfecta o soberana" que posee tal comunidad al bastarse a sí misma [12].

Santo Tomás incorpora a la concepción cristiana la filosofía aristotélica sobre el Estado dando origen a la escuela que, bajo la designación de "escolástica", tendrá una extraordinaria influencia en Occidente y cuya gravitación perdura hasta nuestros días. El Estado es la institución necesaria y fundamental que deriva de la naturaleza social del hombre. Su finalidad es establecer el buen orden de la vida y, sin relegar el fin sobrenatural del hombre ni sus condiciones morales, considera que la persona humana no puede alcanzar la perfección si no se supedita a los medios y fines de la comunidad estatal. Por ello, el bien común es en esta filosofía la fuente en la cual deben inspirarse los gobernantes, sin perjudicar la condición y dignidad individual de cada integrante del Estado.

El principio que unifica y otorga coherencia a la organización estatal es el de la "autoridad", que se mantiene por intermedio del "poder" [13], el cual actúa con el fin de asegurar el orden social fundamen-

10 ARISTOTELES, *Política*, Libro I, Capítulo III.

11 SAMPAY, Arturo Enrique, *ob. cit.*, pág. 395.

12 "Algo es perfecto cuando no es superado en su género, vale decir, cuando es *supremo* (por eso, de *supremitas* deriva soberanía), desde que no le falta parte alguna de su excelencia y virtud natural". La propiedad de "perfección o autosuficiencia (*autarkéia*) del Estado se refiere a la perfección o autosuficiencia del hombre, pues éste, como *zoón politikón*, encuentra en el Estado lo suficiente y necesario para vivir bien y alcanzar, por tanto, el fin natural para el que fue creado; y siendo que el grado de suficiencia o *autarkéia* de cada sociedad depende de la suficiencia que proporcione al hombre para vivir bien, el Estado resulta ser la comunidad *perfecta*, la superior en su género, porque ofrece todas las suficiencias necesarias para el desarrollo de la naturaleza humana" (Cfr. SAMPAY, Arturo Enrique, *ob. cit.*, págs. 395-396).

13 En el curso de la historia se ha designado el término "poder" con los vocablos *potestas*, *majestas*, *imperium*, *autoridad*, *dominación*, etc. Se ha dicho que (el texto pertenece a la encíclica *Pacem in Terris*, de S. S. Juan XXIII), "el poder no es fuerza exenta de control, sino la facultad de mandar según la razón... La convivencia no puede ser ordenada si no la preside una legítima autoridad que salvaguarde la ley y contribuya a la actuación del

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

talmente a través de la ley, que siempre debe ser justa, conforme con la naturaleza y apropiada a las costumbres del país [14]. El poder del Estado no es absoluto, pues se encuentra limitado por la ley natural, no se localiza en un individuo o conjunto de individuos sino en la propia personalidad del Estado, donde reside en forma exclusiva [15].

3. LAS CAUSAS Y LOS LLAMADOS ELEMENTOS DEL ESTADO

Las causas del ser estatal, considerado como un objeto real, constituyen los principios que explican el ser y condicionan su existencia. Se dividen en intrínsecas o inmanentes (causas material y formal) y extrínsecas o trascendentes (causas eficiente y final).

El principio generador del ser es la causa eficiente que puede ser remota o próxima [16]. La causa eficiente remota o mediata del Estado es Dios, quien determina su existencia al crear al hombre y dotarlo de una naturaleza social que lo lleva a procurar una vida suficiente y ordenarse en una comunidad perfecta o soberana. En cambio, la causa eficiente, próxima o inmediata, indica que el Estado es una entidad natural producto de la industria humana, que obedece a la sociabilidad natural y que se realiza como una obra de la libertad del hombre, obra de razón y de virtud [17].

---

bien común en grado suficiente". Así, mientras por una parte constituye una capacidad titularizada en el Estado (capacidad de moral cualitativa), por la otra, es "imperium jurídico", realizándose a través de los mandatos de la ley y la coacción en caso de que ésta fuera necesaria (cfr. DROMI, José Roberto, *Instituciones de Derecho Administrativo*, págs. 38-39, Buenos Aires, 1973). Véase también: DABIN, Jean, *ob. cit.*, pág. 64 y sigs.

14 TOMAS DE AQUINO, Santo, *Suma Teológica* (1-2-9, 95 a. 3), T. VI, págs. 169-171, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1956.

15 Sobre el origen del poder resulta particularmente de interés la opinión de Francisco de Suárez. Al respecto, Recasens Siches, al glosar la obra de Suárez *De legibus ac De legislatore*, expresa: "El origen del Poder Público, como todos los poderes, es Dios; mas no de manera inmediata, designando a alguien, ni prefiriendo ésta o aquella forma de gobierno, sino en cuanto es autor de la ley natural, la cual exige que en la comunidad política exista un poder, y determine que su titular primario es la misma comunidad. De aquí que haya que reconocer que el Poder Político, de modo mediato y en último término fluye de Dios. Pero jamás como facultad otorgada a éste y aquel individuo sino como atributo esencial de la comunidad" (cfr. "Estudios de Filosofía del Derecho", en *Filosofía del Derecho*, de Giorgio DEL VECCHIO, t. II, pág. 80).

16 "Remota es la que constituye la cosa en su esencia con todos sus elementos, próxima es la que actúa esa esencia, existencializada, *hic et nunc* en una determinada cosa" (cfr. SAMPAY, Arturo Enrique, *ob. cit.*, pág. 403). Igual criterio adopta sustancialmente Dromi (véase DROMI, José Roberto, *ob. cit.*, pág. 17 y sigs.).

17 Cfr. DROMI, José Roberto, *ob. cit.*, pág. 20.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

La causa material del Estado está constituida por el pueblo y el territorio. El pueblo no es la suma de individuos indeterminados sino la unidad que los aglutina en la idea de un ser común [18], se trata en otros términos, de una multitud humana concretada en una Nación y ordenada por la *virtus unitiva* de un fin [19].

Ese conjunto de personas requiere de un territorio que, al hacer posible la convivencia estable en un ámbito geográfico común, determina, junto con el pueblo, la causa material de la existencia del Estado. Tal significación primaria del territorio fundamenta a su vez la consideración del territorio como ámbito de validez normativa de un ordenamiento particular que ha formulado Kelsen [20], afirmación que debe limitarse al campo de la dogmática jurídica y no al de la Ciencia Política [21].

La regulación de las relaciones jurídicas que se generan en el marco del territorio estatal traduce el ejercicio de la soberanía del Estado [22] por cuya causa los individuos se hallan sometidos a su poder, no existiendo, en dicho territorio, en principio, un sometimiento temporal a una autoridad distinta del propio Estado.

Los elementos indicados (pueblo y territorio) que conforman la materia del Estado, se hallan integrados en una "unión u orden" que es la causa formal del Estado, o principio que "informa" tales elementos [23] y los transforma en el ser estatal. De ese orden surgen como propios la autoridad y el ordenamiento jurídico positivo.

La concepción del poder estatal no ha variado prácticamente la idea romanista que consideraba al *imperium* como el poder de man-

18 BATTAGLIA, Felice, *Estudios de Teoría del Estado*, trad. del italiano, Madrid, 1966.

19 ARIAS PELLERANO, Francisco, *Temas de Ciencia Política*, pág. 118, Buenos Aires, 1970; SAMPAY, Arturo Enrique, *ob. cit.*, pág. 405. Afirma Battaglia que el pueblo "no se agota en elementales vínculos unitarios por los que el querer en cuanto tal constituye un vínculo cualquiera, sino que aparece coloreado y articulado por determinaciones intensas y eficaces. La Nación representa históricamente su más rica concreción, aquella por la que el valor subordina, revaloriza plenamente, cualquier otro factor material, físico o étnico, o cualquier ambiente cultural, instaurándose en una compleja intimidad de querer, que es sentido de la tradición y fe operante en el porvenir, en un común destino. El Estado nacional que se funda en este acto de suprema conciencia por el que todo el pasado se hace intrínseco en el ser presente, físico y moral, en este acto por el que la conciencia se conduce al querer, querer de todo un pueblo por ser uno en las costumbres y en su misión, como lo fue en las glorias y en el genio, es el más real de los Estados" (BATTAGLIA, Felice, *ob. cit.*, págs. 48-49).

20 KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, pág. 246, 2ª ed., México, 1958.

21 SAMPAY, Arturo Enrique, *ob. cit.*, págs. 406-407.

22 BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 92 y sigs., Buenos Aires, 1947.

23 BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Político*, pág. 300 y sigs., 2ª ed., Buenos Aires, 1972.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

do o supremacía sobre todos los individuos, no obstante los distintos sistemas políticos que se han sucedido y las doctrinas que los han sustentado. En tal sentido, puede advertirse que aunque Jellinek se refiere al poder del Estado como una capacidad jurídica, termina por sostener que se trata de un "poder omnipotente, de dominación", que lo distingue de las otras comunidades no estatales [24].

Si bien la función del orden como causa formal del Estado produce el aglutinamiento e integración de los elementos materiales que él contiene, se hace necesaria la presencia del poder estatal que encauce y oriente y, en algunos casos, dirija la acción de la comunidad, que dicte las normas imperativas, ejerciendo la facultad de utilizar la coacción para lograr la aplicación y efectividad de las conductas. Sin ese poder es evidente que la unidad de orden que predica la causa formal no puede subsistir [25].

Claro que ese orden, causa formal del Estado, precisa ser determinado en el terreno existencial por medio de una organización jurídico-política, cuyos caracteres se regulan en el ordenamiento jurídico básico, que hoy se denomina Constitución [26].

En lo que concierne a la causa final o fin del Estado ella es el bien común, razón de ser del Estado. La idea de bien (ontológicamente considerado) anida la perfección en sí misma, que debe acompañar al obrar voluntario del hombre singularmente considerado: el bien se torna "común" cuando los individuos se agrupan y actúan el mecanismo de la sociabilidad natural, constituyendo las diversas comunidades, de las cuales el Estado constituye la comunidad perfecta.

Ahora bien, ese concepto natural del bien común que persigue el Estado es omnicomprensivo y totalizador de toda su actividad que ha de hallarse orientada hacia aquél, para proporcionar a los individuos las condiciones para la plenitud de su vida espiritual y los recursos suficientes para vivir una vida humana digna y completa.

La doctrina del bien común como razón del ser y fin del Estado se encuentra claramente expuesta en las Encíclicas papales y de un

24 JELLINEK, Georges, *Teoría General del Estado*, pág. 322, Buenos Aires, 1954.

25 SAMPAY, Arturo Enrique, *ob. cit.*, pág. 407.

26 "La Constitución, entonces, fija los medios preferidos por un Estado concreto para alcanzar su fin, siempre concatenado a los fines provenientes de su vocación, nacida en la raíz histórica de donde brotó; adapta esta organización a los factores intrínsecos procedentes de las características propias de la población y del territorio; preceptúa la manera de distribuir el poder del Estado y el procedimiento para la determinación de los sujetos de este poder, con lo que caracteriza la individualidad del Estado concreto, informa su realización actual, o sea, le imprime una existencia cualificada" (SAMPAY, Arturo Enrique, *ob. cit.*, págs. 412-413).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

modo especial, en la *Pacem in Terris* de Juan XXIII, en la que se señala: "Todos los individuos y grupos intermedios tienen el deber de prestar su colaboración personal al bien común. De donde se sigue la conclusión fundamental de que todos ellos han de acomodar sus intereses a las necesidades de los demás y la de que deben enderezar sus prestaciones en bienes o servicios al fin que los gobernantes han establecido, según normas de justicia y respetando los procedimientos y límites fijados por el gobierno" [27].

De acuerdo a la doctrina que emerge de los documentos papales, no se trata de un bien común exclusivamente temporal sino que, por hallarse íntimamente vinculado a la naturaleza humana, comprende a todo hombre, tanto en sus exigencias materiales como espirituales. Por ello, en la Encíclica *Mater et Magistra* se estableció que el bien común "abarca todo un conjunto de condiciones sociales que permiten a los ciudadanos el desarrollo expedito y pleno de su propia perfección" [28].

Se trata, en consecuencia, de un criterio amplio y totalizador que no puede limitarse al bien común debido a que se traduce la realización de la justicia distributiva [29], sino que también debe realizarse en las leyes que tienen por objeto disposiciones sobre particulares [30], y fundamentalmente, en la llamada justicia legal o general.

El bien común también puede alcanzarse por la acción de las llamadas comunidades intermedias en aquellos casos en que sus fines concurren con los del Estado, sin superponerse con la actividad estatal ni pretender hegemonía alguna [31].

En el panorama de la filosofía del Derecho y de la teoría del Estado, existen concepciones extremas sobre el bien común que contradicen la concepción cristiana que se ha descripto. Así, tomando nada más que el segundo término del concepto (la comunión del bien), apa-

27 Encíclica *Pacem in Terris*, Biblioteca de Autores Cristianos, págs. 5 y 225-226.

28 Cfr. *Pacem in Terris*, *ob. cit.*, pág. 227.

29 CASARES, Tomás D., *La Justicia y el Derecho*, pág. 56 y sigs., Buenos Aires, 1945.

30 El criterio se advierte claramente expuesto en la *Suma Teológica* de Santo Tomás de Aquino, quien al establecer que toda la ley se ordena al bien común aun cuando tenga por objeto bienes privados o particulares expresa "El precepto lleva consigo la aplicación de la ley a aquellas cosas que la ley regula. Y como la ordenación al bien común, que es propio de la ley, es aplicable a fines particulares, también bajo este respecto se dan preceptos sobre algunas cosas particulares... Pero estos objetos particulares pueden ser ordenados a un bien común que es común no por comunicación genérica o específica sino por comunicación de finalidad, pues que el bien común es también fin común" (*ob. cit.*, t. VI, pág. 39).

31 Un criterio diferente puede verse en PIEPER, Josef, *Justicia y Fortaleza*, pág. 115, trad. del alemán, Madrid, 1968, si bien referido al sentido absoluto del concepto.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

recen dos corrientes tan antagónicas entre sí como opuestas a la concepción tradicional. Por una parte, la postura individualista "que permiten el uso de la fórmula también a los discípulos de Locke y pone la comunidad del bien en su división natural y aritmética, en partes iguales y proporcionales, entre todos los miembros singulares de la comunidad" [32]. De otro lado, se halla la corriente sociologista o del mito estatal, de inspiración "hegeliana" que se traduce en la consideración del Estado como único sujeto del bien, al cual los particulares deben sacrificarse y dedicarse, sin el derecho de participar en su distribución.

La concepción filosófica clásica, que armoniza también con las Encíclicas papales, no acepta el individualismo absoluto ni admite que sólo el Estado pueda ser el único sujeto, porque entonces el bien común sería el bien de nadie. El bien común es el que se confiere de un modo general, es aquel en el cual todos participan y que se resuelve en una *utilitatem civium* y no en el culto del mito estatal [33].

En definitiva, hay quienes han sostenido que el bien común equivale a la justicia, indicando una determinada dirección hacia ella: "la de tener en cuenta los intereses de todos, no sólo los de algunos, o sea, el bien particular" [34].

4. ELEMENTOS DEL ESTADO

El tema que concierne a las causas del Estado suele ser enfocado con una metodología diferente, reveladora, en la mayor parte de las veces, de una concepción filosófica distinta a la que se acaba de exponer. De ese modo, al tratar la teoría del Estado, un sector de la doctrina circunscribe su estudio al de los elementos que lo integran sin atender a su origen ni a su finalidad, reduciendo tales elementos (que no serían otros que determinados componentes de las causas material y formal) al pueblo (o población según algunos), territorio y poder [35].

32 Cfr. GRANERIS, Giuseppe, *Contribución tomista a la filosofía del Derecho*, págs. 179-180, Eudeba, trad. del italiano, Buenos Aires, 1973.

33 Afirma Graneris que "si la primera tendencia llegaba a disipar el bien común porque, a través de la división igualitaria empujada al infinito, querría hacer de él el bien de todos, la segunda tendencia imita al siervo evangélico que para no perder el talento lo sepulta" (*ob. cit.*, pág. 295).

34 GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, 4ª ed., pág. 385, Buenos Aires, 1973; BIDART CAMPOS, Germán J., *ob. cit.*, pág. 295.

35 BENVENUTI, Feliciano, *L'Ordinamento Repubblicano*, pág. 15 y sigs., Venezia, 1975; DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 18 y sigs., Buenos Aires,

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

5. LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL ESTADO. LA CUESTIÓN DE LA DOBLE PERSONALIDAD

Si el Estado como persona moral constituye una realidad [36] sociológica es forzoso que, en el orden positivo, se le reconozca una personalidad "jurídica" que le permita actuar en el mundo del Derecho, como titular de derechos y deberes hacia los administrados y los entes que dependen de él.

El origen del principio de la personalidad jurídica del Estado [37], no se halla conectado con el individualismo ético de los iusnaturalistas del siglo XVII, ni menos con el empirismo individualista que se desarrolló durante el siglo XIX. El hecho de que la noción de personalidad estatal se haya manifestado como una profunda exigencia del pensamiento del pasado (en el que, al considerar al Derecho como relación, era necesario contraponer a la persona individual la persona del Estado) no permite inferir que dicha personalidad responda a una idea individualista, por cuanto el motivo que la fundamenta no tiende a dividir ni a "disociar individualizando, sino más bien a unir y reasumir sintetizando" [38].

La idea de la personalidad del Estado encuentra sus raíces en la tradición romanista, que es contraria a la concepción germánica del medioevo que concebía al señor como detentador del poder y no como órgano de la comunidad. Su base reside "en el sentido romano del Derecho que concibe la *auctoritas* no como algo que está fuera del *ius*, sino como expresión del mismo *ius*" [39].

En el estado actual de evolución del derecho público puede reconocerse que ha sido aceptada la existencia de la personalidad esta-

---

1963; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 67 (nota 3), Buenos Aires, 1965; DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, 9ª ed. española, Bosch, pág. 423 y sigs., Barcelona, 1969; KELSEN, Hans, *ob. cit.*, pág. 246 y sigs.; BATTAGLIA, Felice, *ob. cit.*, pág. 47 y sigs.; HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, trad. del alemán, pág. 163 y sigs., México, 1942.

36 La personalidad jurídica se deriva —según Hauriou— de la propia realidad de la personalidad moral "porque no es sino un retoque y una estilización de la personalidad moral reposando, en consecuencia, sobre el mismo fondo de la realidad" (cfr. HAURIOU, Maurice, *La Teoría de la Institución y de la Fundación*, trad. del francés, pág. 75, Buenos Aires, 1968).

37 BENVENUTI, Feliciano, *L'Ordinamento Repubblicano*, págs. 15-17, Venezia, 1975.

38 BATTAGLIA, Felice, *ob. cit.*, pág. 102, nota 92, *in fine*.

39 BATTAGLIA, Felice, *ob. cit.*, pág. 103.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

tal, no obstante la gravitación doctrinaria que en su momento tuvieron algunos de los sostenedores de la tesis negativa [40].

El Estado ostenta una personalidad jurídica, pero ésta reconoce como sustrato una personalidad preexistente, producto de la realidad social. El Estado constituye un sujeto de derecho que se apoya o basa en una personalidad moral.

Desde ese punto de vista el Estado ha sido concebido como institución, mejor dicho, la institución de las instituciones, que se caracteriza por los siguientes elementos: a) una idea de obra a realizar por un grupo social; b) el poder organizado puesto al servicio de esa idea directriz; c) la manifestación de comunión de los integrantes del grupo social, tanto en la idea de obra como en los medios a emplear [41].

A diferencia de la concepción institucional, para Kelsen el Estado constituye la personificación del orden jurídico total, considerando que la persona es la expresión unitaria de un determinado orden normativo [42] y que el Estado es la totalidad del Derecho convertido en sujeto. Llega así esta concepción a identificar Estado y Derecho como expresiones que, en definitiva, designan un mismo objeto.

Pero, como bien ha sostenido Legaz y Lacambra, el Estado no es nunca, en cuanto tal, objeto de conocimiento jurídico, ya que lo que el conocimiento jurídico capta es solamente el Derecho y no la realidad específica y propia del Estado, que es objeto de una teoría diferente [43].

Por otra parte, hay que advertir también que el reconocimiento de la personalidad jurídica del Estado no obsta a su actuación indistinta en el campo del derecho público y en el derecho privado (civil o comercial).

La evolución operada superó las doctrinas tradicionales que distinguían dos personas en el seno del Estado (la persona jurídica privada y la política) como consecuencia del desarrollo de la teoría del Fisco [44] y la concepción de la doble personalidad del Estado, pública y privada, conforme procediera de *iure privato* o en el campo del derecho administrativo [45].

40 DUGUIT, León, *Traité de Droit Constitutionnel*, t. I, pág. 524 y sigs., 2ª ed., Paris, 1923.

41 HAURIOU, Maurice, *ob. cit.*, pág. 541 y sigs.

42 KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y el Estado*, pág. 117 y sigs., trad. Eduardo García Máynez, 2ª ed., México, 1958.

43 LEGAZ y LACAMBRA, Luis, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, pág. 612, Barcelona, 1942.

44 GARCIA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 10, Madrid, 1967.

45 BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 112 y sigs., 4ª ed., Buenos Aires,

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

La personalidad jurídica constituye una cualificación de la persona y la circunstancia de que se acepte la actuación indistinta en los campos del derecho público y del derecho privado "no tiene nada que ver con la parcialidad de la personalidad... Por ello, hay que hablar de dos actividades dentro de la personalidad única del ente Estado (y de los demás entes menores)" [46].

En suma, ni siquiera aceptando la posibilidad de una doble esfera de actuación del Estado (en el campo del derecho público y el del derecho privado) la personalidad de éste admite desdoblamientos, porque "de la naturaleza de las actividades no se puede concluir fundamentalmente que haya una dualidad de seres o personas [47] y ello aun cuando se admita que la distinta naturaleza de sus actos deba estar sometida a regímenes también diferentes" [48].

De esta manera, ya sea que actúe ejercitando sus competencias de derecho público o celebre un acto cuyo objeto se regule por el derecho civil o comercial, el Estado —como consecuencia de su personalidad jurídica unitaria— será, en ambos casos, plenamente responsable.

1947. Señala Bielsa que cuando el Estado (Nación, provincia o comuna) dispone de sus bienes privados o realiza un acto de administración de un bien de su dominio (privado), efectúa una operación patrimonial, procede *iure privato* y la competencia jurisdiccional, en caso de contienda, es judicial. Pero cuando presta un servicio público realiza un acto de gestión pública. El Estado no obra entonces como persona jurídica civil sino como persona administrativa, y por ende pública. La competencia en tal caso, en buenos principios, es contenciosa-administrativa.

46 GARCIA TREVIJANO FOS, José Antonio, *ob. cit.*, t. II, págs. 5-11-12. Esta postura, anteriormente sustentada por Michoud y Ferrara, es la seguida por la mayoría de la doctrina nacional y extranjera. Véase VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. II, pág. 157 y sigs., Buenos Aires, 1950; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 362 y sigs., Buenos Aires, 1965; DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. I, págs. 68-69; GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo - FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, págs. 211-212, Madrid, 1974; ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, t. I, págs. 15-16, trad. del italiano, Barcelona, 1970; DABIN, Jean, *ob. cit.*, pág. 119 y sigs. En contra: SAYAGUES LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 387, Montevideo, 1963; GORDILLO, Agustín A., *El Acto Administrativo*, pág. 67, Buenos Aires, 1963; FIORINI, Bartolomé A., *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 277, Buenos Aires, 1968, quienes no admiten la doble actividad del Estado (en el campo público y el privado). Más adelante nos ocuparemos de refutar estas posturas al tratar las diferencias entre la actividad del Estado parcialmente reglada por el derecho privado y la actividad administrativa, totalmente reglada por el derecho público.

47 DABIN, Jean, *ob. cit.*, pág. 120.

48 BIDART CAMPOS, Germán J., *ob. cit.*, págs. 266-267.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

6. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO: CRITERIOS DE DISTINCIÓN Y CONSECUENCIAS

La distinción entre el derecho público y el derecho privado constituye todavía un problema no resuelto en la teoría general del derecho. Contra cualquier intento de sistematización conspira la característica esencial de categoría histórica que cada uno de esos derechos ha poseído y que hace que aún hoy existan diferencias sustanciales en punto al contenido de lo público y lo privado entre los distintos países, inclusive entre los adscriptos al mundo occidental [49].

La obtención de algún criterio de clasificación resulta imprescindible como elemento previo a la noción de derecho administrativo (como rama del derecho público interno), y también, fundamentalmente, por su vigencia en el terreno de la interpretación y aplicación de las normas, en cuanto, según se trate de una u otra rama, procederán el procedimiento de la analogía [50] o el de la subsidiariedad [51].

La diferenciación no se justifica por razones exclusivamente didácticas tal como lo postula un sector de la doctrina [52] y no obstante haber sufrido los embates de muchos autores (Kelsen, Duguit, Posadas, etc.) ella ha sobrevivido, a pesar de la insuficiencia lógica de las concepciones en que se funda porque responde a una realidad histórica y social del Estado [53].

Para fundamentar la distinción entre ambas especies de derechos se han formulado una gran cantidad y variedad de concepciones, entre las cuales cabe señalar las tituladas: del interés, de los sujetos, de la naturaleza y de la obligatoriedad o autonomía de reparto.

49 En Francia —por ejemplo— el derecho penal es considerado un "derecho privado" porque regula la sanción de los derechos (cfr. RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil, según el Tratado de Planiol*, t. I, Parte General, pág. 45, trad. del francés, Buenos Aires, 1963).

50 ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, págs. 34-35, trad. del italiano, Buenos Aires, 1954.

51 CASSAGNE, Juan Carlos, *El acto administrativo*, págs. 51-52, Buenos Aires, 1974.

52 AFTALION, Enrique R. - GARCIA OLANO, Fernando, *Introducción al Derecho*, 4ª ed., pág. 309, Buenos Aires, 1939. Se ha dicho que "la distinción no responde a una mera necesidad didáctica como lo quería Duguit. Responde, en verdad, a esa realidad histórica y social del poder del Estado, y a la necesidad de hacer prevalecer, en caso de conflicto, los intereses generales sobre particulares" (cfr. MOUCHET, Carlos - ZORRAQUIN BECU, Ricardo, *Introducción al Derecho*, 2ª ed., pág. 280, Buenos Aires, 1956.

53 RECASENS SICHES, Luis, *Introducción al Estudio del Derecho*, pág. 179, 2ª ed., México, 1972, sostiene que la clasificación no se encuentra fundamentada sobre ideas de validez intrínseca sino que se apoya en "datos históricos".

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

La más tradicional —cuya antigüedad se remonta al derecho romano— es la teoría del interés: el derecho público es aquel que tiene por objetivo la realización de intereses generales colectivos o sociales, y el derecho privado, en cambio, es el que se basa en la regulación de intereses particulares o privados. Pero, aparte de que la finalidad del derecho es siempre en definitiva, la realización del interés general o bien común, aun cuando regule intereses particulares [54], existen muchas normas de derecho público (protección constitucional de la libertad, la propiedad, etc.) que tutelan directamente intereses privados [55].

La doctrina que finca la diferencia en el sujeto de la relación, según que intervenga el Estado (derecho público) o se trate de una relación entre particulares (derecho privado) [56], resulta tan insuficiente e incompleta como la que pretende visualizar el derecho público en la utilización del poder de *imperium* del Estado [57]. En efecto, en muchos casos, el Estado actúa en el campo del derecho privado al realizar actividades industriales o comerciales, tal como ocurre con las Empresas del Estado. En segundo lugar, existen numerosas relaciones de derecho público (v.gr., relaciones interadministrativas, actividades de fomento o promoción, etc.) donde se halla ausente el *imperium* estatal, que constituyen normas de derecho público, pertenecientes principalmente al derecho administrativo. De otra parte, el *imperium* sería una consecuencia del carácter público de la actividad y no su causa generadora.

Otra de las teorías más conocidas, generalmente aceptada por los ius-publicistas, es la que se apoya en los aspectos de subordinación o coordinación que presentan las normas [58]. El derecho público sería aquel caracterizado por regir relaciones de subordinación que traducen una desigualdad entre las partes, mientras en el derecho privado ellas serían de coordinación, estando los sujetos en una rela-

54 ZANOBINI, Guido, *ob. cit.*, pág. 35; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. I, págs. 64-65, Buenos Aires, 1949.

55 BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Parte General, t. I, pág. 26, 4ª ed., Buenos Aires, 1965.

56 En nuestro país la sostiene GORDILLO, Agustín A., *Introducción al Derecho Administrativo*, 2ª ed., pág. 147, Buenos Aires, 1966.

57 BORDA, Guillermo A., *ob. cit.*, t. I, págs. 26-27.

58 GARCIA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al Derecho*, pág. 130, México, 1944; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, pág. 140, Buenos Aires, 1965, quien reconoce empero que la distinción es incierta e imprecisa (nota 27). Véase también VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *ob. cit.*, t. I, págs. 66-70; FIORINI, Bartolomé A., *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 41, Buenos Aires, 1968.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ción de igualdad. En el primer supuesto, se dice, "la justicia tomaría la forma de justicia distributiva, y en el segundo, de conmutativa" [59].

Sin embargo, hasta Legaz y Lacambra, que admite este criterio distintivo, observa que en el derecho privado existen también algunas relaciones de subordinación (la dependencia del obrero respecto del patrón) y que en el derecho público aparecen relaciones de igualdad o coordinación (tratados internacionales) [60].

De otra parte se halla la tesis que fundamenta la clasificación en la idea del reparto autónomo o autoritario [61] o bien, en la contraposición de los conceptos de obligatoriedad y libertad [62]. En esta concepción, el derecho público constituye la sección del ordenamiento jurídico que regula los repartos autoritarios (obligatoriedad) y el derecho privado, por el contrario, aquel que ordena los repartos autónomos (donde los protagonistas del reparto se hallan de acuerdo).

Si bien este criterio acusa una mayor precisión que los anteriores, lo cierto es que termina por complicar el panorama divisorio, ya que, en definitiva, suprime la clasificación del derecho público como categoría histórica separada y produce, como consecuencia, la aparición del derecho público y privado, en forma entremezclada, en cada disciplina jurídica.

De aplicarse tal idea a los repartos autónomos del derecho administrativo resultará que los contratos de derecho administrativo estarán regulados por el derecho privado, careciendo de justificación el régimen jurídico exorbitante que actualmente ostentan.

Ello no significa desconocer que en la realidad de estas actividades del Estado aparezcan ambos derechos regulando conjuntamente una relación jurídica [63], pero tampoco justifica llevar el criterio clasificatorio al plano de cada disciplina en particular.

A igual conclusión se arriba si se analiza la naturaleza de las relaciones interadministrativas (que vinculan a sujetos estatales) que pertenecen al derecho público (administrativo en la especie) donde no existe, en principio, el reparto autoritario.

Tampoco se ajusta a la realidad la concepción que identifica el derecho público con la realización de la justicia distributiva y legal o

59 BORDA, Guillermo A., *ob. cit.*, t. I, pág. 26.

60 LEGAZ y LACAMBRA, Luis, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, pág. 313, Barcelona, 1942.

61 GOLDSCHMIDT, Werner, *ob. cit.*, págs. 327-329.

62 ZANOBINI, Guido, *ob. cit.*, t. I, pág. 36.

63 Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo - FERNANDEZ, Tomás Ramón, *ob. cit.*, t. I, págs. 47 y 252.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

general, por cuanto la distribución también se realiza a través de la personificación de entidades de propiedad estatal que actúan sometidas al derecho privado en sus relaciones con los particulares (v.gr., sociedades anónimas de participación estatal mayoritaria).

La búsqueda de un criterio uniforme y universal de diferenciación entre los derechos público y privado debe ser abandonada como objetivo, en virtud de que no responde a la lógica sino a una realidad histórica que varía según el predominio que tengan las corrientes que hemos expuesto, amén de las muchas que existen sobre la materia.

No se trata, entonces, de establecer una clasificación *a priori* sino de analizar la realidad jurídica concreta en cada caso y la que determine el derecho positivo de cada país, según que se considere en el caso del derecho público, la preeminencia del interés del todo social sobre el interés privado, la situación del sujeto estatal y sus fines, como asimismo las relaciones interorgánicas e interadministrativas de los órganos y entes estatales.

Todo ello traerá como efecto (no como causa) la presencia de un régimen jurídico exorbitante del derecho privado que no se agota en la prerrogativa de coacción sino que manifiesta variados aspectos de la regulación del acto. Así, en materia de promoción, si bien la técnica que lo otorga no utiliza la coacción, el régimen jurídico del acto es exorbitante del derecho privado (ej.: caducidad de un beneficio promocional en sede administrativa) y el mecanismo de control de la actividad promovida entraña una actividad de limitación de neto corte publicístico [64].

La utilidad de la distinción entre los derechos público y privado, aparte de la ya señalada, en cuanto a la interpretación y aplicación normativa, se refleja positivamente en la técnica jurídica que distingue entre:

a) Personas de derecho público y de derecho privado, clasificación que acoge nuestro derecho positivo (art. 33 del Cód. Civ.).
b) Régimen de los actos administrativos unilaterales y de los actos privados de carácter unilateral regidos por el derecho civil y comercial; ello sin perjuicio de la existencia de actos parcialmente reglados por los derechos público y privado.
c) *Idem* en materia contractual.

64 Ley 23.614 y regímenes legales dictados con anterioridad: leyes 21.608, 20.560 y 19.904; en la actualidad, a partir de la sanción de las leyes 23.696 y 23.697, la promoción industrial ha dejado de tener vigencia generalizada.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

d) Dominio público y dominio privado.
e) Derechos subjetivos públicos e intereses legítimos y derechos subjetivos privados.
f) El estatuto y regulación legal de los funcionarios y empleados públicos, por una parte, y el régimen de los dependientes sometidos al derecho laboral, por la otra, distinción que se aplicaba en las Empresas del Estado [65].

En los últimos tiempos, se han formulado opiniones contrarias al mantenimiento de la concepción dualista (que distingue entre derecho público y derecho privado) postulando la necesidad de crear un derecho común que supere la tradicional clasificación [66].

7. LA JUSTICIA COMO FIN DEL ESTADO. LAS FORMAS DE JUSTICIA: JUSTICIA LEGAL O GENERAL Y JUSTICIA PARTICULAR (DISTRIBUTIVA Y CONMUTATIVA). LA JUSTICIA SOCIAL

El fin del Estado consiste, en definitiva, en la realización de la justicia, cuyo sentido se halla universalmente admitido en todos los pueblos, pese a las dificultades que el positivismo ha tenido para interpretar sus fundamentos racionales en el derecho natural.

La justicia —que constituye siempre una virtud superior— ha sido definida (sin variar fundamentalmente las clásicas concepciones de Ulpiano y de Aristóteles) como "el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho" [67].

Aunque muchos han criticado esta formulación sobre el objeto de la justicia, atribuyéndole un sentido exageradamente individualista, propio del derecho romano, lo cierto es que la noción resulta lo

[65] Cfr. ley 13.653, art. 1° con las reformas de las leyes 14.380 y 15.023. En la actualidad, prácticamente, ya no existen las Empresas del Estado como consecuencia del intenso proceso de privatizaciones llevado a cabo a partir de la sanción de la ley 23.696.

[66] BULLINGER, Martín, *Derecho Público y Derecho Privado*, págs. 13 y sigs., trad. del alemán, Madrid, 1976. La tesis de este autor —que reconoce la temporalidad y mutación histórica que caracteriza a la diferenciación en cualquier marco jurídico— procura el abandono de la visión dualista y su reemplazo por un derecho común que supere la separación entre lo público y lo privado. Sin embargo, al mantener la especialidad de ciertas materias y sus correspondientes reglas o instituciones específicas, es evidente que la teoría expuesta por Bullinger no borra la dicotomía, sino que al crear un derecho común (por la selección de principios y normas aplicables a todas las relaciones jurídicas sin distinción) transforma las autonomías que poseen ambas categorías del derecho, en ramas subordinadas a ese derecho común.

[67] TOMAS DE AQUINO, Santo, *Suma Teológica*, t. VII, pág. 271 (2.2 A. 58 a. 1.), Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1956.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

suficientemente amplia como para incluir en ella las distintas formas o especies de justicia, entendiendo dentro de "lo suyo" no sólo el sentido material de las cosas objeto de la posesión en la relación entre particulares, sino también lo debido a la propia sociedad o a los individuos como partes del todo social [68].

La división de la justicia en distintas especies encuentra su origen en Aristóteles y aparece luego adoptada con algunas variantes en la Escolástica. La justicia legal o general es la que considera las relaciones que se fundan en lo debido a la comunidad por los individuos que la componen, ordenando todas las demás virtudes al bien general. Se parte del principio que reconoce que "la parte, en cuanto tal, es algo del todo, donde todo el bien de la parte es ordenable al todo" (Santo Tomás): de ello se sigue que la materia común de esta clase de justicia es la esfera de actuación de las demás virtudes, pues todos los actos del hombre deben orientarse al bien común, "al menos de una manera negativa y mediata" [69]. Pero, existe al lado de esa materia común una materia propia y específica de la justicia legal o general, de la que son ejemplo las normas que gravan con impuestos y toda clase de aportaciones personales o económicas debidas al Estado [70].

Fluye de esta doctrina que el bien del individuo debe subordinarse al bien de la comunidad "porque no hay plenitud fuera de la sociedad, y la condición primordial de la existencia de la sociedad es la primacía del bien común. Se trata de la relación de reciprocidad entre lo individual y lo social" [71].

Ahora bien: el contenido de la justicia legal o general versa no sólo sobre los deberes establecidos por las normas del llamado derecho positivo, sino también sobre aquellos que se deben a la comuni-

68 URDANOZ, Teófilo, en la "Introducción a la Cuestión 58 de la Suma Teológica", *ob. cit.*, t. VII, pág. 247.

69 URDANOZ, Teófilo, *ob. cit.*, t. VII, pág. 264.

70 Véase: el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Spotz, Alberto A.", *Fallos*, t. 300, pág. 836.

71 CASARES, Tomás D., *ob. cit.*, pág. 65, puntualiza: "Para nuestra plenitud personal es necesaria la vida en sociedad y cuanto más perfecta sea la vida social, mayores posibilidades de plenitud o perfección personal existirán para cuantos integran la comunidad. Y la medida de la perfección social la dará desde un cierto punto de vista nuestra perfección personal. Se desnaturaliza este movimiento circular del bien común y del bien individual substituyendo la perfección personal por la libertad individual, con lo cual se desarticulan a un tiempo la persona y la sociedad, porque la libertad no es nunca un fin sino sólo un medio; o atribuyendo toda la virtud a la acción de la comunidad por el órgano de gobierno".

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

dad por derecho natural, lo cual no equivale a reconocimiento de dos especies distintas: se trata siempre de una sola justicia.

Subordinada a la justicia legal o general se encuentra la justicia particular, cuyas especies son las llamadas justicias conmutativa y distributiva. Al explicar estas formas de la justicia Santo Tomás expresa que "la justicia particular se ordena, a una persona privada, que respecto a la comunidad es como la parte del todo. Ahora bien, toda parte puede ser considerada en un doble aspecto: en la relación de parte a parte, al que corresponde en la vida social el orden de una persona privada a otra, y este orden es dirigido por la justicia conmutativa, consistente en los cambios que mutuamente se realizan entre dos personas. Otro es el del todo respecto a las partes, y a esta relación se asemeja el orden existente entre la comunidad y cada una de las personas individuales; este orden es dirigido por la justicia distributiva, que reparte proporcionalmente los bienes comunes" [72].

Interesa señalar que, en ambos casos, el derecho que es objeto de la justicia particular (conmutativa y distributiva) es derecho individual, si bien en la justicia conmutativa la igualdad se establece de objeto a objeto (salvo que la condición personal sea causa de reales distinciones) mientras que en la justicia distributiva la igualdad que se realiza es proporcional a la condición de la persona y a las exigencias del medio social [73]. En cuanto al reparto que se opera en la justicia distributiva hay que tener presente que la medida de esas condiciones debe guardar proporción con la calidad, la aptitud o la función de cada uno de los miembros del cuerpo social [74].

¿Qué es la justicia social? Esta expresión que resulta frecuentemente utilizada en diversas partes de la encíclica *Quadragesimo anno* aparece identificada siempre con las exigencias del bien común [75]. Por eso, la doctrina no la considera tanto como equivalente

72 Cfr. *Suma Teológica*, t. VII, págs. 350-351 (2.2. q. 61 a. 1), Biblioteca de Autores Cristianos. Véase especialmente PIEPER, Josef, *ob. cit.*, pág. 78 y sigs. y los fallos de la Corte Suprema, *Fallos*, t. 295, págs. 937 y 973 (en las causas "Valdez" y "Vieytes de Fernández") sobre justicia conmutativa. Ver también, un ejemplo de justicia distributiva en las relaciones privadas, *Fallos*, t. 300, pág. 1087 en la causa "S.A. Barbarella C.I.F.I.".

73 PIEPER, Josef, *ob. cit*, págs. 111-112.

74 "De ahí que en la justicia distributiva la comunidad deba a la persona en proporción a lo que merece —criterio moral— y en atención al beneficio que la distribución procura a la comunidad perfeccionando su estructura. A una persona puede deberle la comunidad una jerarquía del punto de vista moral, y sin embargo, no le deberá mando, porque puede no tener aptitud para ejercerlo" (cfr. CASARES, Tomás D., *ob. cit.*, págs. 63-64).

75 *Quadragesimo Anno*, p. II, (57-58), Biblioteca de Autores Cristianos, págs. 85-86, Madrid, 1973.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

de la justicia legal o general, sino que explica su configuración como la forma que une y fusiona las dos especies de justicia relacionadas con la administración del bien común [76] en un plano opuesto a la justicia estrictamente interindividual (justicia conmutativa).

El equilibrio de la doctrina escolástica sobre la justicia descansa en la subordinación de lo político, social, económico y jurídico a la moral y, en definitiva, en la perfección del hombre, sin la cual no pueden existir ni imponerse el orden y la paz, por la sencilla razón de que la comunidad no puede proporcionar lo que las partes integrantes no hubieran puesto en ella [77].

Siempre hemos creído que el desarrollo actual de los derechos público y privado no admite en absoluto la identificación del derecho público con la justicia legal y distributiva, ni del derecho privado con la justicia conmutativa [78].

Los numerosos ejemplos que ofrece la realidad actual del mundo jurídico confirman la conclusión que acabamos de sustentar, ya que puede advertirse que mientras el derecho privado incorpora normas y se ocupa de relaciones fundadas en la justicia distributiva (v.gr., en materia laboral y derecho de las asociaciones), el Estado acude, en el ámbito del derecho público, a la concertación de acuerdos con los particulares, cuyas prestaciones se determinan, equilibradamente, por un acto conmutativo, donde el débito y el crédito tienen una directa relación entre sí en función de la cosa debida y no de la persona o exigencia sociales (v.gr., el contrato de suministro) [79].

76 URDANOZ, Teófilo, *ob. cit.*, págs. 262 y 268.

77 CASARES, Tomás D., *ob. cit.*, pág. 66.

78 La conclusión que sostenemos en el texto se ajusta plenamente a la doctrina tomista sobre la justicia (*ob. cit.*, t. VII, pág. 351 [2.2. q. 61 a. 1] y págs. 360-361 [2.2. q. 61 a. 4]), en esta parte se hace referencia a una relación de servicio hacia la comunidad regida por la justicia conmutativa.

79 En contra: BARRA, Rodolfo Carlos, *Principios de Derecho Administrativo*, pág. 89 y sigs. Según este autor "no es circunstancial definir la relación jurídica determinada como regida por la justicia distributiva o bien por la conmutativa. Este es un criterio objetivo que se independiza de las circunstancias históricas en cuanto fundamento directo de la distinción...". Estamos de acuerdo con esta afirmación de Barra, y pensamos que ella no se contrapone a nuestra postura. En efecto, es evidente que las circunstancias históricas no son fuente de la distinción entre la justicia distributiva y la conmutativa, que obedece a su relación entre el bien común (en forma inmediata o mediata) y el bien individual y a la forma en que se establece la igualdad (en relación con la cosa o con la persona o medio social). Pero esas circunstancias históricas son, sin embargo, el fundamento real de la distinción entre derecho público y derecho privado, una prueba de lo cual la ofrece el derecho comparado (del mundo occidental) donde no reina uniformidad respecto de la ubicación

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

De otra parte, el Estado suele no tener muchas veces la administración del bien común en un sentido exclusivo e inmediato, ya que éste puede perseguirse y alcanzarse por las llamadas asociaciones intermedias, las cuales pueden configurarse —en el plano jurídico— como personas públicas no estatales o como personas jurídicas privadas [80].

de importantes instituciones. Lo que ocurre es que la conclusión formulada por Barra es una consecuencia forzosa de la identificación que postula entre derecho público y justicia distributiva y entre derecho privado y justicia conmutativa.

80 PIEPER, Josef, *ob. cit.*, pág. 115. Santo Tomás no acoge la clásica división entre derecho público y privado esbozada por Aristóteles y recogida por Ulpiano (*Suma Teológica*, *ob. cit.*, t. VIII, pág. 227, en la "Introducción a la cuestión 57" que efectúa Urdanoz).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CAPÍTULO II

LA TRANSFORMACION DEL ESTADO

SUMARIO

1. Introducción.
2. Hacia un nuevo modelo de Estado: el *Estado subsidiario*.
3. El principio de subsidiariedad.
4. Los principios que nutren al *Estado social de derecho*.
5. El mantenimiento del dualismo *sociedad-Estado*.
6. Sobre las características más relevantes de la transformación del Estado.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CAPÍTULO II

LA TRANSFORMACION DEL ESTADO

1. INTRODUCCIÓN

A partir de la segunda mitad de este siglo ha venido desenvolviéndose, en diversos países del mundo, uno de los procesos de transformación de mayor magnitud acerca del papel que corresponde asumir al Estado, Su origen, particularmente en Europa Occidental, ha respondido más a las exigencias de la realidad que a las ideologías y ha sido apoyado, en gran medida, por el derecho de las comunidades europeas que, en virtud del principio de supremacía, prevalece sobre las normas de las constituciones formales de los Estados que la integran.

Aun cuando no se ha producido la paralela adaptación normativa que impuso y exige aquella realidad, es evidente que no puede dejar de advertirse el cambio radical generado por este proceso que destraba las vinculaciones autoritarias entre la sociedad y el Estado, y que, mediante diferentes técnicas jurídicas y económicas, procura desplazar, en forma gradual o, a veces, frontalmente, el principio que tornaba posible que la intervención estatal en la economía fuera una ley creciente, intervención que sólo se justifica ahora en forma subsidiaria. En la abdicación de la regla de la intervención estatal progresiva y en la afirmación de otros principios jurídicos fundamentales, como son el de la concurrencia al mercado y el de protección de los consumidores y usuarios —en su condición de destinatarios principales de la actuación de un Estado que interviene para arbitrar en los conflictos interindividuales o colectivos—, se encuentra la clave para comprender cabalmente las transformaciones operadas.

Este proceso transformador —cuyo eje gira en torno de la Administración Pública y sus funciones— ha cobrado un gran auge en His-

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

panoamérica. Iniciado prematuramente en Chile, y seguido luego por México y Bolivia, ha recibido últimamente un impulso de considerable magnitud en Argentina, Brasil y Uruguay, donde los partidos políticos que asumieron los gobiernos se vieron impelidos a promover la transformación de las estructuras públicas a raíz de las exigencias reales de sus propias economías. En cumplimiento de este objetivo y a través de la instrumentación y ejecución de programas que conducen a realizar la llamada *reforma del Estado*, se han removido los obstáculos que presentaba la legislación vigente, acudiéndose a derogaciones en bloque, deslegalizaciones y profundas innovaciones normativas.

La configuración de este proceso es prácticamente similar en los países de Latinoamérica que lo emprendieron, porque las causas que lo han provocado son comunes. El flagelo de la inflación —con la consiguiente pérdida del valor de la moneda—, el endeudamiento externo, el aumento de la burocracia estatal, la ineficiencia de los servicios y demás actividades que tienen a su cargo las empresas públicas, junto a un intervencionismo estatal asfixiante de la economía privada, han conducido a la necesidad imperiosa de formular un replanteo acerca de la dimensión del Estado, su participación en el capital y en la gestión de las empresas públicas, la revisión de las estructuras administrativas y la subsistencia de las diferentes regulaciones y monopolios que traban la libre iniciativa de los particulares y la concurrencia al mercado.

2. HACIA UN NUEVO MODELO DE ESTADO: EL "ESTADO SUBSIDIARIO"

La quiebra del modelo que caracterizó al denominado *Estado benefactor* está a la vista de todos. La sociedad ya no acepta que el Estado intervenga activa y directamente en el campo económico-social asumiendo actividades que corresponde realizar a los particulares *jure propio*. El pretexto de la soberanía, la defensa nacional, la justicia social o la independencia económica, no sirven más como títulos que legitiman la injerencia estatal en las actividades industriales o comerciales, y, aun, en los servicios públicos que pueden ser prestados por particulares.

La sociedad de este tiempo histórico, que cuenta con una masiva información, ha sabido descorrer de pronto el velo que cubría a los verdaderos responsables de las crisis, y ya no admite la presencia de

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

esos falsos gerentes del bien común que persiguen beneficios personales o de grupo mientras crece el déficit y la ineficiencia.

Los reclamos que pujan por una mayor libertad económica, susceptibles de permitir el desarrollo espontáneo de la iniciativa privada, son canalizados en las políticas oficiales de los gobiernos a través de diferentes medidas como las desregulaciones y la eliminación de privilegios y monopolios.

Paralelamente, se desencadena un proceso de transferencia de empresas y bienes del Estado hacia los particulares, privatizándose importantes sectores de la actividad estatal, inclusive aquellas prestaciones que se engloban bajo la figura del servicio público, lo cual acentúa la colaboración de los administrados en la gestión pública, que no pierde este carácter por el hecho de ser gestionada por personas privadas.

Corresponde advertir, sin embargo que, aun con ser profundos y radicales los cambios descriptos, ellos no implican la eliminación de ciertas funciones que cumplía el *Estado de bienestar*, ni tampoco un retorno a la época dorada y romántica del Estado liberal del siglo XIX. Es, quizás, la síntesis de ambos o, mejor aún, un nuevo modelo de Estado donde la realidad predomina sobre la ideología. En definitiva, es un modelo tan distinto y opuesto a los anteriores como éstos lo fueron entre sí.

Sus rasgos predominantes lo tipifican como una organización binaria que se integra con una unidad de superior jerarquía que ejerce las funciones indelegables (justicia, defensa, seguridad, relaciones exteriores, legislación) pertenecientes al Estado como comunidad perfecta y soberana, unidad que se completa al propio tiempo con otra, mediante funciones desarrolladas por un conjunto de organizaciones menores que cumplen una misión supletoria de la actividad privada (educación, salud, servicios públicos). En ese contexto se canaliza la realización del bien común, con predominio del derecho público en las estructuras y procedimientos de las funciones indelegables, y con recurrencia a formas privadas o mixtas para la actividad supletoria, conforme al objeto perseguido en cada caso (si la actividad es industrial o comercial la actuación de la empresa aparece regulada por el derecho privado).

Hay que advertir que este *Estado subsidiario*, al haber nacido en el marco de un proceso de transformación de las estructuras socioeconómicas y jurídicas existentes, no implica una ruptura total con los modelos anteriores. Así, se produce el abandono por parte del Estado de aquellos ámbitos reservados a la iniciativa privada, en forma

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

gradual o acelerada (según las circunstancias nacionales), con lo que mientras se aumenta el grado de participación de los particulares en la economía, se dictan las normas requeridas para desregular y desmonopolizar actividades, eliminando los privilegios existentes que traban el libre ejercicio de las diferentes actividades humanas, sean éstas de naturaleza individual o colectiva. En el campo económico se observa un mayor énfasis aún en la legislación, con el propósito declarado de asegurar el funcionamiento libre de los mercados, al tiempo que se potencia la potestad interventora para corregir los abusos y las prácticas monopólicas.

Pero el Estado no puede renunciar a su función supletoria, exclusiva o concurrente con la actuación privada, en materia de previsión social, salud, educación, etcétera, cuando estas actividades no resultan cubiertas suficientemente por los particulares. Se opera de este modo la separación entre la titularidad de los servicios públicos —cuya potestad indelegable es retenida por el Estado— y la gestión privada a través de las distintas figuras concesionales.

A su turno, han aparecido movimientos y tendencias hacia la descentralización y la autonomía, cuya fuerza centrífuga es necesario canalizar para que las mutaciones del proceso transformador no ocasionen el desequilibrio del conjunto y la paralización de ciertos sectores a expensas de otros.

3. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Casi no se discute ya —por su evidencia— que el principio rector que justifica la intromisión del Estado en el plano económico y social es el de la subsidiariedad [1].

[1] Véase: BARRA, Rodolfo Carlos, *Principios de derecho administrativo*, pág. 35 y sigs., Buenos Aires, 1980; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, t. I, pág. 101, Buenos Aires, 1986; MESSNER, Johannes, *Etica social, política y económica a la luz del derecho natural*, pág. 336, Madrid, 1967, lo concibe como un principio jurídico básico del derecho natural; ver también: SOTO KLOSS, Eduardo, "Consideraciones sobre los fundamentos del principio de subsidiariedad (una aproximación)", *Revista de derecho público*, nros. 39-40, pág. 32 y sigs., Santiago de Chile; MASSINI, Carlos Ignacio, "Acerca del fundamento del principio de subsidiariedad" en *rev. cit.*, pág. 51 y sigs.; SAGÜES, Néstor Pedro, *Principio de subsidiariedad y principio de antisubsidiariedad*, pág. 59 y sigs.

El principio de subsidiariedad que —en su faz pasiva— veda al Estado hacer todo lo que los particulares puedan realizar con su propia iniciativa o industria y que, consecuentemente, también obsta a que el Estado, como comunidad de superior jerarquía, lleve a cabo actividades que puedan cumplir las comunidades menores (provincias) o los llamados cuerpos intermedios, encuentra adecuado sustento en la Constitución Nacional. En efecto, ésta concibe los derechos de ejercer industria o comercio, de enseñar y aprender,

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Este principio, propio del derecho natural, se encuentra a la cabeza de las reformas y transformaciones que se están operando en gran parte del mundo.

Algunos piensan que sería preferible ir hacia un Estado débil o mínimo. Sin embargo, la realidad indica la necesidad de reafirmar la autoridad del Estado en sus funciones soberanas y la eficiencia de las actividades supletorias que lleve a cabo. Al contrario de lo que pueda suponerse, el Estado no saldrá más débil de este proceso sino más fuerte, pues su grandeza descansa más en el cumplimiento de su finalidad esencial que en su tamaño o dimensión.

A su vez, la mutación que se opera en los fines que persigue el Estado genera una consecuencia fundamental en la distribución del poder económico y social, que se transfiere a las personas privadas, generalmente organizadas bajo formas asociativas o societarias. En efecto, se advierte ahora que la titularidad estatal de dicho poder no es más que una de las formas en que los políticos y burócratas de turno mantienen o disfrazan la hegemonía sobre la sociedad y una de las fuentes más comunes de los abusos y de las arbitrariedades que provoca la acción interventora del Estado [2]. El *Estado subsidiario* es, esencialmente, un *Estado de justicia*.

---

entre otros, como derechos a favor de los particulares y no del Estado (art. 14 de la Const. Nac.), el que se encuentra limitado por el principio de legalidad (art. 19) y de razonabilidad (art. 28). Sobre la faz activa del principio de la subsidiariedad (que lleva al Estado a intervenir en caso de insuficiencia o falta de iniciativa privada), la Constitución Nacional carece de prescripciones específicas, si bien podría interpretarse que la cláusula de progreso (art. 75, inc. 18) y el ejercicio de los llamados poderes resultantes o inherentes del Organo Legislativo podrían llegar a fundar la injerencia estatal. Pero ello sólo sería posible en caso de insuficiencia de la iniciativa privada y nunca para justificar una intervención estatal progresiva, como ha acontecido entre nosotros.

Estos claros preceptos constitucionales no han impedido, sin embargo, el desborde del Estado, al exceder sus funciones básicas y asumir el ejercicio monopólico de actividades industriales o comerciales o la prestación exclusiva de servicios públicos. Por esta causa, la transformación del Estado en Argentina no precisa de reforma constitucional alguna pues, en este sentido, nuestra ley suprema, pese a su antigüedad venerable, resulta ahora más moderna que nunca al haber adquirido una vigencia real y efectiva gracias al proceso de transformación iniciado por diferentes gobiernos pero impulsado decididamente a partir de 1989 con las leyes 23.696 y 23.697.

2 El partido Social Demócrata alemán ha sido una de las primeras fuerzas políticas europeas de esa tendencia que advirtieron que la estatización había originado la acumulación de un inmenso poder económico en cabeza de una burocracia incontrolada; véase: según apunta ENTRENA CUESTA, en la obra colectiva *El modelo económico en la Constitución Española*, dirigida por GARRIDO FALLA, pág. 154, Madrid, 1981.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

En este sentido, la fórmula *Estado de justicia*, acuñada originariamente por Del Vecchio [3], refleja una concepción superadora, tanto del *Estado de derecho* como del modelo que le sucedió: el *Estado social de derecho* [4]. Esta superación se explica porque si bien se mantienen determinados postulados fundamentales del *Estado de derecho* (independencia del poder judicial, sometimiento de la Administración a la ley y régimen garantístico de las libertades y demás derechos personales), se equilibra el abstencionismo estricto que propició su versión más liberal imperante en el siglo XIX con un limitado y razonable intervencionismo que restituye la plenitud del derecho natural, a través del imperio del principio de la subsidiariedad que, en algunas partes, alcanza rango positivo. De este modo, el Estado —más que sometido al derecho (en el sentido de sometimiento a la ley)— se encuentra vinculado a la justicia, en sus diferentes especies, sin poner exclusivamente el acento en la justicia distributiva (como aconteció durante la etapa del llamado *Estado de bienestar* o *Estado social*) y asignándole una mayor potencialidad y trascendencia al cumplimiento efectivo de las funciones estatales básicas.

En síntesis, si el bien común que constituye el fin o causa final del Estado posee naturaleza subsidiaria [5] y se encuentra subordinado al mantenimiento y al desarrollo de la dignidad de las personas que forman parte de la sociedad civil, el Estado no puede absorber y acaparar todas las iniciativas individuales y colectivas que se generan en el seno de aquélla. En otros términos, que la subsidiariedad es una obligada consecuencia de la propia naturaleza de la finalidad que el Estado persigue y el presupuesto indispensable para el ejercicio de las libertades del hombre [6].

4. LOS PRINCIPIOS QUE NUTREN AL "ESTADO SOCIAL DE DERECHO"

Ahora bien, algunos podrán suponer que este modelo de *Estado subsidiario* no es más que el *Estado social de derecho* con alguna que

3 Ver al respecto: GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción al derecho*, pág. 409, Buenos Aires, 1967.

4 Véase: PAREJO, Alfonso Luciano, *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, pág. 29 y sigs., Madrid, 1983, quien apunta que el origen del Estado social de derecho se encuentra en el pensamiento de HELLER (pág. 30).

5 BARRA, Rodolfo Carlos, *ob. cit.*, pág. 43; MESSNER, Johannes, *ob. cit.*, pág. 332.

6 Conf. MESSNER, Johannes, *ob. cit.*, pág. 367.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

otra innovación, fundamentalmente en lo que atañe a la intervención del Estado en la economía. Esta interpretación es posible, en algunos casos, debido a la ambigüedad de la noción y al hecho de tratarse de conceptos análogos (en el sentido de que aun siendo diferentes no son necesariamente opuestos). En efecto, la ambigüedad de la noción ha sido tan grande que ha permitido interpretar desde su compatibilidad con el Estado de derecho [7] —y la subsistencia consecuente de los derechos fundamentales de las personas— hasta su tensión máxima o, simplemente, la absorción de la sociedad por el Estado, a raíz del nuevo papel que asume éste como configurador del orden social [8].

Pero el verdadero marco ideológico que nutre al llamado *Estado social de derecho* es este último. En él los derechos personales no preexisten sino que nacen de la ley, por lo tanto, el derecho de propiedad no se reconoce como un derecho natural ni fundamental; los derechos individuales sólo tienen reconocimiento y adquieren vigencia efectiva por su vinculación social; no se limita la intervención del Estado en el plano económico ni tampoco el alcance de las políticas que el Estado diseña para configurar un orden social en el que el objetivo declarado es la pretensión de alcanzar la máxima igualdad entre los hombres, aun a costa de las libertades individuales. En vez de tanta libertad como sea posible, el axioma llegó a invertirse sustituyéndose el papel central que en el sistema del *Estado de derecho* desempeñaba la libertad por una igualdad diseñada por el poder público.

5. El mantenimiento del dualismo "sociedad"-"estado"

La lucha entre las distintas fuerzas que componen la sociedad y el Estado no constituye un nuevo fenómeno socio-político, y la historia del mundo demuestra la ocurrencia de esta confrontación en diferentes épocas de la humanidad.

Lo novedoso es que, por primera vez, el poder estatal se infiltró en este siglo de ideologías que pretendieron, como objetivo fundamental, la absorción de la sociedad por el Estado, intento éste que no había sido preconizado antes, al menos en esa escala, ni siquiera por

[7] Véase: GARCIA PELAYO, Manuel, *La transformación del Estado Contemporáneo*, pág. 15 y sigs., Madrid, 1977.

[8] PAREJO, Alfonso Luciano, *ob. cit*, pág. 82.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

el absolutismo. Todo ello condujo a un mayor y acentuado intervencionismo estatal.

Resulta necesario recordar que el principio que reconoce y propugna la subsistencia del dualismo "sociedad"-"Estado" representa uno de los principios jurídicos-sociales del derecho natural cristiano de mayor relevancia, el cual, según Messner, permite resaltar un conjunto de consecuencias que combinan una serie de principios sociales y derechos de las personas, a saber: 1) la existencia de derechos originarios propios en cabeza de los individuos y de las sociedades menores o cuerpos sociales intermedios; 2) tales derechos encuentran su fundamento en el orden moral y, como son imprescindibles y necesarios para la propia dignidad humana, resultan inviolables e irrenunciables; 3) al ser tan originarios como los derechos del Estado no derivan del derecho estatal positivo, siendo una de las principales misiones del Estado reconocer su existencia y fomentar su desenvolvimiento por parte de los individuos y de las comunidades menores; y 4) sin perjuicio de la competencia del Estado para definir en su ordenamiento la recíproca correlación de las potestades sociales, éste carece de aptitud jurídica y moral para intervenir en la esfera de actuación que es privativa de la sociedad [9].

Sin embargo, el fracaso generalizado de las concepciones ideológicas que procuraron la absorción de la sociedad por el Estado ha hecho que las fuerzas de aquélla hayan resurgido con una mayor fortaleza que antes, como se observa en los diferentes movimientos políticos producidos en Europa Oriental. Por lo demás, esa pretensión de diluir la sociedad en el Estado contiene una buena dosis totalitaria en cuanto elimina la espontaneidad [10] que es la base indispensable para el desarrollo de la iniciativa privada, dejando exclusivamente a cargo del Estado la configuración del orden social mediante la inversión del principio de subsidiariedad.

9 Conf. MESSNER, Johannes, *ob. cit.*, págs. 346-347

10 En este sentido, desde el campo doctrinario del neoliberalismo económico, HAYEK ha señalado que "la primera obligación de la gestión pública no es la de asegurar la satisfacción de las necesidades humanas sino la de mantener un orden espontáneo que permita a los individuos desarrollar tal tipo de actividades según fórmulas desconocidas por la autoridad" (Conf. *Derecho, legislación y libertad*, trad. española, t. II, pág. 63 y sigs., Madrid, 1978-1979).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

6. SOBRE LAS CARACTERÍSTICAS MÁS RELEVANTES DE LA TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO

La desaparición del *Estado benefactor*, cuya estructura modélica continúa aún formalmente vigente en muchas constituciones políticas de este siglo, si bien no ha plasmado aún en todos los textos constitucionales aunque muchos han incorporado determinados principios como el de la libertad de mercado, [11] se halla confirmada por los programas y planes puestos en práctica por los gobiernos de los Estados principalmente de Europa y, actualmente, de América Latina, que han iniciado intensos procesos de transformación del Estado y de sus estructuras fundamentales.

En Europa, el atraso del derecho constitucional positivo se halla compensado con el adelanto operado, en algunos aspectos, en el derecho comunitario, habiendo sistemas (en el derecho comparado) cuyos moldes constitucionales, no obstante que resultan claramente incompatibles con la versión ideológica del *Estado social de derecho*, poseen una cierta flexibilidad que permite su adaptación al nuevo *Estado subsidiario*, a pesar de su origen marcadamente liberal y de la antigüedad venerable de sus normas. Esto ocurre con las Constituciones de EE.UU. y de Argentina.

Las expresadas circunstancias conducen a la necesidad de realizar, a la luz de los procesos de transformación del Estado que se han promovido, la sistematización de los principios fundamentales en que se apoya el nuevo modelo de Estado, tarea ésta que se ve facilitada por la similitud que se nota en las diferentes reformas emprendidas. Por otra parte, corresponde destacar, a grandes rasgos, cuáles son las notas complementarias y las técnicas instrumentales que el Estado crea y utiliza para operar su propia transformación, a propósito de la reforma iniciada en Argentina y en otros países del cono sur del continente americano.

Veamos, pues, las características esenciales de este nuevo tipo de Estado:

a) Se mantienen los principios rectores del tradicional *Estado de derecho*, basado en la división de poderes, garantía de las libertades y demás derechos individuales y en el sometimiento de la Administración a la ley [12]. Empero, algunos de estos principios han ido adap-

11 V.gr. el art. 38 de la Constitución Española de 1978.

12 Véase: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, págs. 62-64, Buenos Aires, 1990.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

tándose a la realidad política y social de los tiempos. En este sentido, si bien la división de poderes entre el Ejecutivo y el Legislativo puede llegar a ser utópica cuando el partido político gobernante tiene el control del Congreso, nadie cuestiona la necesidad de que exista un Poder Judicial independiente y que su función dé garantía frente a los excesos de los poderes públicos. Asimismo, la Administración no se halla solamente sometida a la ley positiva sino, principalmente, a la justicia, cuyos principios generales obran como límites no escritos a su actuación lesiva de los derechos de las personas privadas.

Se opera también una progresiva ampliación del papel del Ejecutivo como productor de normas jurídicas de rango legal, no siendo casual que muchos cambios que se producen en el ordenamiento tienen su fuente en reglamentos de necesidad y urgencia [13].

b) En el terreno político, la democracia, pluralista y abierta, continúa siendo uno de los postulados esenciales del Estado de derecho, tendiéndose hacia una mayor participación de los ciudadanos en cierta clase de decisiones y estimulando su colaboración con las funciones públicas, al tiempo que se propicia la más amplia descentralización posible y adecuada a cada circunstancia.

Se advierte también que mientras se transita hacia una mayor descentralización en el seno de cada Estado, aparece en el cuadro internacional una nueva forma jurídica que instaura una estructura centralizada de poder supranacional mediante la asociación en una comunidad, cuyo sistema normativo prevalece sobre los derechos de los países miembros [14]. Este fenómeno, desarrollado principalmente a través de la Comunidad Económica Europea, ha comenzado a proyectar su influencia en el proceso de integración a llevarse a cabo entre Argentina, Brasil y otros países, en un mercado común que tiene por objetivo hacer más libres las respectivas economías.

13 En Brasil, los cambios normativos se han instrumentado mediante Medidas Provisorias dictadas por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad que le atribuye el art. 62 de la Constitución (véase: Medidas Provisorias nro. 154/90 [prohibición de reajustes de precios o servicios] y nro. 155/90 [creación del Programa Nacional de Desestatización]).

14 Vid: GAUTRON, Jean Claude, *Droit Européen*, págs. 110-112, Dalloz, Paris, 1989, destaca que la primacía del derecho comunitario es una exigencia lógica ligada a tres características del orden jurídico comunitario: 1) la naturaleza de la comunidad, que reposa sobre la limitación de los derechos de soberanía de los Estados; 2) la autonomía del derecho comunitario, que implica que un texto de derecho interno no le puede ser opuesto o invocado judicialmente; y 3) la unidad de derecho comunitario, que impone que las reglas comunitarias no pueden ser paralizadas por las reglas nacionales divergentes (*ob. cit.*, pág. 110).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Lo novedoso de este proceso desde el punto de vista institucional, no es tanto la unión aduanera como la instauración del poder de legislar sobre materias comunes inherentes al comercio entre los Estados que integran la Comunidad, con la mira puesta en la protección de la libre concurrencia.

Pero un derecho común de superior jerarquía que el derecho nacional requiere siempre de un tribunal, de igual naturaleza, para asegurar la vigencia del sistema, de modo que los particulares puedan reclamar el cumplimiento efectivo de las normas supranacionales. De lo contrario, el derecho comunitario tendría un carácter declarativo o se hallaría librado a los criterios de aplicación e interpretación de las normas que se elaboren en cada Estado, prevaleciendo, como es lógico suponer, la protección de los intereses nacionales.

c) El principio básico que legitima la intervención del Estado en el plano político, económico y social es el de la suplencia. Por aplicación de esta regla fundamental el Estado conserva ciertas funciones consideradas, en principio, indelegables [15] e irrenunciables (justicia, defensa, seguridad, relaciones exteriores), que le son inherentes en virtud de la soberanía que traduce el bien común que mediante ellas persigue, al par que presta servicios públicos o realiza actividades en caso de insuficiencia de la iniciativa privada o como complemento de ésta, siendo ejemplos de la concepción subsidiaria lo que acontece en materia de previsión social, salud, educación y transporte, para citar los casos más significativos que proporciona el derecho comparado.

d) En el plano estrictamente económico y sobre la base de la regla de la subsidiariedad [16] se afirma la economía social de mercado como sistema predominante en la mayoría de las naciones, apoyado en dos principios que, por su jerarquía, encabezan los ordenamientos o programas de gobierno: 1) el de la libre iniciativa, que el Estado tiende a proteger mediante el abandono de la intervención como técnica de participación en la economía; 2) el de la libre concurrencia al mercado, lo que se procura a través de la desmonopolización, la pre-

15 Con todo, hay algunas excepciones a la regla general al admitirse la justicia arbitral entre particulares (con exclusión de la justicia penal) y las autoregulaciones normativas en algunos sectores (v.gr. actividad de las Bolsas y Mercados de Valores).

16 Para la conexión entre subsidiariedad y economía social de mercado véase: MESSNER, Johannes, *ob. cit.*, págs. 347 y sigs. La "economía social de mercado" es el sistema económico del Estado subsidiario; ha dicho Wolfram ENGELS que dicho sistema "deja intacto el mecanismo de mercado hasta donde sea posible, pero complementando con medidas de seguridad social y de distribución de los ingresos" (conf. *Futuro de la economía social de mercado*, trad. del alemán, Eudeba, págs. 39-40, Buenos Aires, 1980).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

vención y sanción de la competencia desleal [17] y las desregulaciones [18].

A su vez, para cumplir con la finalidad social que se halla ínsita en la economía de mercado los Estados incorporan a los respectivos ordenamientos normas de protección de los consumidores y usuarios [19] mediante garantías jurídicas adecuadas que los defienden frente a los abusos de los productores, comerciantes y prestadores de servicios, procurando de esta manera alcanzar un razonable equilibrio entre la libertad y el bien común al que se deben orientar las iniciativas particulares.

Lo expuesto ha provocado un cambio de signo en el intervencionismo estatal que se orienta en un sentido más favorable a las libertades económicas y sociales mediante diferentes técnicas que tienden a proteger y estimular, en su caso, la iniciativa privada, la concurrencia al mercado y el pluralismo social.

De ese modo, la llamada "economía social de mercado", cuyas bases son la libertad y la competencia, es el sistema económico del *Estado subsidiario* (conf. Ludwig Erhard y A. Muller Armack, *El Orden del Futuro*, trad. del alemán, Eudeba, Buenos Aires, 1981, págs. 26 y sigs.). Al referirse al principio de subsidiariedad, dichos autores dicen que aceptando *la posición preferencial de la individualidad humana, toda injerencia del Estado debe ser subordinada y sólo puede tener lugar cuando ni el individuo, ni la sobreordenada comunidad familiar, ni las comunidades religiosas o asociaciones libres, están en condiciones de solucionar los problemas existentes* (*ob. cit.*, pág. 191).

e) La política social no es más ilimitada como lo era en el período del *Estado benefactor*. Ella no sólo debe eliminar injustas discrimi-

17 Estos principios tienen, en la actualidad, rango constitucional: cfr. art. 42, Const. Nac. (reformada en 1994). No ha sido obra de la casualidad que el principio de la libre competencia constituya uno de los pilares fundamentales de la Comunidad Económica Europea, al cual se encuentran subordinados los derechos nacionales (véase: art. 3°, incs. c) y f) y arts. 85 y sigs., entre otros, del Tratado de Roma).

18 Véase: CANOSA, Armando N., "El proceso de desregulación", *R.E.D.A.*, nros. 7-8, pág. 579 y sigs., Buenos Aires, 1991.

19 V.gr. el art. 42, Const. Nac. (reformada en 1994) y el art. 51 inc. 1° de la Constitución española de 1978. En Argentina la protección de consumidores y usuarios se integra con varias leyes, tales como las siguientes: 22.802 (Lealtad Comercial), la 22.802 (Defensa de la Competencia), la 20.680 (Abastecimiento), la 18.284 (Código Alimentario) y la 16.463 (Medicamentos), que constituyen el marco jurídico básico, sin perjuicio de otras normas especiales y de la legislación penal; véase el trabajo "La protección del consumidor en el marco de un proyecto de ley", de ALTERINI, LOPEZ CABANA y STIGLITZ, *L.L.*, 1989-B, pág. 1002 y sigs.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

naciones [20] que afecten el principio de igualdad, la libre competencia o la eficiencia del sistema productivo [21] sino que, al haberse tomado conciencia de los gravísimos males sociales que produce la inflación, encuentra limitaciones de naturaleza económico-financiera y, en definitiva, se halla cada vez más estrictamente vinculada al principio de suplencia medido en función de las posibilidades del presupuesto de cada comunidad. Esta vinculación más estricta entre la política social y el principio de subsidiariedad constituye uno de los rasgos predominantes del nuevo tipo de Estado y acaso será uno de los principales obstáculos que se opondrá a su plena realización debido a que, durante el período del llamado *Estado social de derecho*, se ha consolidado, en los diversos Estados, un formidable poder sindical cuyos privilegios resultan difíciles de desmontar.

Como resultado de este proceso la política social comienza a enfocarse desde una óptica más global y menos sectorial, y en vez de tanto Estado o igualdad como sea posible, como predicaba el *Estado de bienestar*, la sociedad ha impuesto nuevamente el axioma de tanta libertad como sea posible y conveniente para todos los componentes de una determinada comunidad con el objeto de aprovechar los

20 Sobre el punto véase: *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, págs. 240-242, Madrid, 1984, en el caso "Sotgin", donde se aplicó el art. 48 del tratado que prohíbe toda discriminación basada en la nacionalidad de los trabajadores.

21 Conf. art. 44 de la ley 23.697 que prescribe: "Encomiéndase al Poder Ejecutivo nacional la revisión de los regímenes de empleo, fueren de función pública o laborales, vigentes en la Administración pública nacional centralizada o descentralizada, entidades autárquicas, empresas del Estado, sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta, servicios de cuentas especiales, bancos oficiales, obras sociales y organismos o entes previsionales del sector público y/o todo otro ente estatal cualquiera fuere su naturaleza a efectos de corregir los factores que pudieren atentar contra los objetivos de eficiencia y productividad señalados en el artículo anterior. A tal fin, entre otros medios, la convocatoria y/o creación de las instancias de negociación colectiva con las asociaciones gremiales de trabajadores que representan a los distintos segmentos del personal, posibilitarán acuerdos paritarios para la ejecución de lo dispuesto en este artículo". A su vez, el decreto 1757/90, en ejercicio de esa potestad, ha derogado todas las cláusulas convencionales, actas acuerdo o todo acto normativo que establezcan condiciones laborales distorsivas de la productividad o que impidan o dificulten el normal ejercicio del poder de dirección y administración empresaria (art. 67). Entre las cláusulas que se derogan se incluyen expresamente las siguientes: a) cláusulas de ajuste automático de salarios o viáticos; b) pago de contribuciones y subsidios para fines sociales, no establecidos expresamente en la legislación vigente; c) normas que impongan el mantenimiento de dotaciones mínimas; d) normas que limiten o condicionen las incorporaciones o promociones del personal a requisitos ajenos a la ideoneidad, competencia o capacidad de los trabajadores; e) cláusulas o normas que incluyan a niveles gerenciales o de conducción superior en el ámbito de aplicación de los convenios colectivos de trabajo; f) regímenes de estabilidad propia.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

beneficios que surgen de la economía social de mercado y de la actuación supletoria del Estado.

Porque en la base del *Estado subsidiario* que viene reclamando la sociedad se encuentra la justicia [22], en todas sus direcciones, con la idea ínsita de hallar un adecuado equilibrio entre lo social y lo individual, siendo una función eminente del Estado la de asegurar la realización de la justicia particular (tanto la distributiva como la conmutativa), dado que, a través de ésta, se proteje principalmente la dignidad de la persona humana, [23] que constituye uno de los principios fundamentales del derecho y que es, en definitiva, el fin esencial que debe perseguir un Estado que actúe realmente al servicio del hombre, que precisa que la libertad y demás derechos inherentes, como la propiedad, se encuentren garantizados para su pleno desarrollo personal.

22 El Preámbulo de nuestra Constitución proclama, entre los fines del Estado, el de afianzar la justicia, siendo evidente que este principio, por su jerarquía, se encuentra a la cabeza del ordenamiento, prevaleciendo sobre el derecho positivo creado por el Congreso o por el Poder Ejecutivo.

23 Véase: PAREJO, Alfonso Luciano, *ob. cit.*, págs. 70-72; este autor apunta que "la dignidad de la persona humana, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social" (pág. 71).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CAPÍTULO III

LAS FUNCIONES ESTATALES

SUMARIO

1. Las funciones del Estado y la llamada doctrina de la separación de los poderes: su significado actual.
2. La función administrativa: distintas concepciones.
   A) Concepciones subjetivas u orgánicas.
   B) El criterio objetivo o material.
   C) Otras teorías.
3. Las funciones normativa o legislativa y jurisdiccional en la Administración Pública.
   A) La actividad reglamentaria es de sustancia normativa o legislativa.
   B) La función jurisdiccional de la Administración.
4. La función gubernativa.
5. Acerca de las facultades reservadas a los Organos Legislativo, Ejecutivo y Judicial.
6. Gobierno y Administración.
7. La concepción institucional sobre la Administración Pública.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CAPÍTULO III

LAS FUNCIONES ESTATALES

1. LAS FUNCIONES DEL ESTADO Y LA LLAMADA DOCTRINA DE LA SEPARACIÓN DE LOS PODERES: SU SIGNIFICADO ACTUAL

La concepción doctrinal de la separación de los poderes reconoce, en general, su origen en Francia, a raíz de la aparición de la obra de Montesquieu titulada *El espíritu de las leyes*, que fue publicada en el año 1748, aun cuando existen antecedentes que la remontan a la obra de Aristóteles.

La teoría constituye un alegato contra la concentración del poder en favor de los derechos individuales, hallándose fundamentalmente orientada a la separación entre los Organos Ejecutivo y Legislativo [1]. Parte del reconocimiento de que todo órgano que ejerce poder tiende naturalmente a abusar de él, por lo cual se hace necesario instaurar un sistema de frenos y contrapesos sobre la base de la asignación de porciones de poder estatal (que siempre es único) a diferentes órganos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) [2], suponiendo que el equilibrio resultante entre fuerzas antitéticas debe asegurar naturalmente la libertad del hombre.

Su formulación ha sido objeto de diferentes aplicaciones; mientras en Inglaterra ella se interpretó en el sentido de reservar el juzgamiento de los actos del Ejecutivo a los Organos Judiciales, en

[1] La interpretación del texto también resulta adecuada para explicar la aplicación que de ella se realiza en Francia respecto de la función de juzgar a la Administración, la cual corresponde a esta última.

[2] BOSCH, Jorge Tristán, *¿Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para juzgar a la Administración Pública?*, pág. 37 y sigs., Buenos Aires, 1951.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Francia se sostuvo, desde los comienzos de la Revolución de 1789, que esa función correspondía a la Administración y, luego, a tribunales administrativos.

Se ha dicho que esta doctrina procura la adjudicación de cada una de las funciones del Estado a órganos distintos y separados dotándolos de independencia orgánica [3], pero lo cierto es que la separación de las funciones (desde un punto de vista básicamente material) ni siquiera existe en aquellos países que han pretendido aplicar la concepción del modo más estricto, como Inglaterra [4].

Si se parte de la unidad del poder del Estado puede aceptarse sólo una distribución de funciones en órganos diferentes pero nunca una separación que opere, con límites precisos y definitivos una delimitación absoluta de las funciones [5].

¿Qué ocurre en la realidad? ¿Cuál es el sentido actual de la teoría? Aparte de la función gubernativa (que reviste un carácter superior y excepcional), las funciones del Estado pueden clasificarse desde un punto de vista material en: administrativa (actividad permanente, concreta, práctica e inmediata); legislativa (actividad que consiste en el dictado de normas generales obligatorias) y jurisdiccional (actividad que se traduce en la decisión de controversias con fuerza de verdad legal). Las tres funciones deben perseguir, primordialmente, en su orientación teleológica, la realización del bien común, ya sea en forma inmediata o mediata.

En el orden de la realidad lo que acontece es que cada uno de los órganos entre los que se distribuye el poder estatal tiene asignada, como competencia predominante, una de las funciones señaladas sin que ello obste a la acumulación (en forma entremezclada) de funciones materialmente distintas (v.gr., el Organo Ejecutivo acumula a la actividad administrativa en sentido material, la actividad reglamentaria, que materialmente es legislativa) [6].

3 XIFRA HERAS, Jorge, *Formas y Fuerzas Políticas*, pág. 238, Barcelona, 1958; sin embargo, Montesquieu no realizó una distinción absoluta de funciones entre órganos diferentes (cfr. CARRE DE MALBERG, R., *Teoría General del Estado*, págs. 742-743, México, 1948).

4 Como apunta Carré de Malberg, la competencia de los órganos no puede coincidir con la distribución de las funciones, pues ella no se adapta a la realidad compleja de los hechos que condicionan la vida del Estado (*ob. cit.*, pág. 768). Respecto del derecho administrativo inglés y de la admisión de Tribunales Administrativos nos remitimos a WADE, H. W. R., *Derecho Administrativo*, pág. 379 y sigs., trad. del inglés, Madrid, 1971.

5 CASSAGNE, Juan Carlos, *El acto administrativo*, pág. 76, Buenos Aires, 1974.

6 Acoge un criterio similar, aunque con otra terminología, LUQUI, Roberto Enrique, "Algunas consideraciones sobre el concepto de Administración Pública", en *L.L.*, t. 151, pág. 1080.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

El valor de la tesis de Montesquieu consiste fundamentalmente en los principios de coordinación, equilibrio y especialización que la nutren. Por lo tanto, sin apartarse del objetivo esencial de la concepción (que es evitar la concentración indebida de poder en un solo órgano), ella puede ajustarse a las exigencias históricas graduando la competencia asignada a cada órgano en función de los requerimientos de colaboración, control y especialización funcional.

Se quiebra, en consecuencia, el principio divisorio, entendido a la manera clásica, a raíz de que no pueden ya identificarse de una manera estricta los aspectos substancial, orgánico y formal de los actos estatales [7].

2. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA: DISTINTAS CONCEPCIONES

La génesis de la Administración Pública contemporánea (en sentido estrictamente orgánico o subjetivo) encuentra su ubicación histórica en la época napoleónica donde se opera una mutación fundamental del papel o de la gravitación que hasta entonces había tenido el poder administrador: se produce a partir de ese instante el fenómeno de ampliación progresiva de sus competencias, el cual ha continuado desarrollándose en forma incesante hasta nuestros días. Se opera de esta suerte el abandono, por parte de la Administración, de la función abstracta de sostener la ley (Locke y Montesquieu) para convertirse en un complejo orgánico que cumple múltiples actividades [8].

Pero aparte de la acepción estrictamente orgánica o subjetiva de la Administración Pública, como del complejo de órganos y sujetos encuadrados en el Poder Ejecutivo [9] que servirá para el estudio de la

[7] BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Constitucional*, t. I, pág. 705, Buenos Aires, 1966. Afirma Loewenstein, que lo que en forma corriente "aunque erróneamente, se suele designar como la separación de los poderes estatales, es, en realidad, la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos del Estado" (cfr. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, pág. 55, trad. del alemán, Barcelona, 1979).

[8] Para García de Enterría, la Administración es un sujeto de actividades generales y particulares, de hecho y de derecho, formales y materiales, actividades que en su multiplicidad interfieren las propias actividades de los particulares, con los cuales son ordinariamente intercambiables (GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, pág. 96, Madrid, 1972).

[9] GARCIA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 50, Madrid, 1964; WALINE, Marcel, *Droit Administratif*, pág. 4, Paris, 1963, quien define a la Administración como un conjunto de organismos que no tienen calidad de autoridad legislativa ni jurisdiccional.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

organización y del proceso histórico de ampliación de las competencias de los órganos y sujetos administrativos, cabe referirse a aquélla también con un alcance y sentido funcional.

Este concepto técnico de la función administrativa considerada como "actividad" resulta útil para diferenciarla de las restantes funciones del Estado y para caracterizar una de sus manifestaciones: el acto administrativo, sometido a un régimen de derecho público, exorbitante del derecho privado.

Sin desconocer la importancia de un análisis integral de las diferentes y variadas nociones que se han formulado históricamente sobre la Administración Pública [10] o sobre la función administrativa, examinaremos seguidamente las doctrinas que actualmente tratan de alcanzar el predominio en la materia y que giran alrededor del criterio de "actividad" a que antes hiciéramos referencia.

A) Concepciones subjetivas u orgánicas

Dentro de esta corriente se hallan las tendencias que consideran a la función administrativa como toda o la mayor parte de la actividad que realiza el Poder Ejecutivo y los órganos y sujetos que actúan en su esfera.

Si bien hubo quienes en un principio sostuvieron que Administración era toda la actividad que desarrollaba el Poder Ejecutivo [11], la doctrina actualmente partidaria de la concepción subjetiva considera que aquélla constituye un sector o una zona de la actividad que despliega el Poder Ejecutivo [12]. En tal sentido, hay quienes incluyen dentro del concepto de Administración actividades que materialmente no son administrativas (actividad reglamentaria y actividad jurisdiccional), aun cuando reconocen, al propio tiempo, que la Administración no constituye la única actividad que ejerce el Poder Ejecutivo, pues también tiene atribuida la función de gobierno [13].

10 Véase al respecto: MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 44 y sigs.; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 2 y sigs., Buenos Aires, 1949; LUQUI, Roberto Enrique, *ob. cit.*, *L.L.*, t. 151, pág. 1076 y sigs.

11 Esta orientación se advierte en la doctrina española de fines del siglo pasado, SANTAMARIA DE PAREDES, Vicente, *Curso de Derecho Administrativo*, 4ª ed., págs. 36-37, Madrid, 1894.

12 GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 34, no obstante que califica a tal criterio como "objetivo", ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo*, pág. 25, Madrid, 1970; DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. I, pág. 99 y sigs.

13 VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, pág. 17, Paris, 1961. Esta tesis encuentra apoyo, actualmente, en el art. 99, inc. 1° de la Const. Nac. (reformada en 1994).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Se ha sostenido que el fenómeno de la personalidad jurídica del Estado sólo se da en la Administración Pública, que es como una constelación de entes personificados. Por consiguiente, esta categoría de persona jurídica separa y distingue a la Administración de otras actividades del Estado. Esta Administración Pública (persona jurídica) aparece regulada así por un derecho propio de naturaleza estatutaria: el derecho administrativo, que nace así para explicar las relaciones "de las singulares clases de sujetos que se agrupan bajo el nombre de Administraciones Públicas, aislándolos de la regulación propia de los Derechos Generales" [14].

B) El criterio objetivo o material

Las concepciones que fundan la noción de función administrativa en el criterio material tienen en común el reconocimiento de las actividades materialmente administrativas no sólo del Poder Ejecutivo, sino también de los Organos Legislativo y Judicial [15].

Las notas que caracterizan a la Administración y que permiten diferenciarla de la legislación y de la jurisdicción son principalmente su carácter concreto, la inmediatez y la continuidad. Algunos autores añaden también la característica de constituir una actividad práctica [16] y normalmente espontánea [17].

Los partidarios de la concepción objetiva completan la noción con la referencia al aspecto teleológico que debe perseguir la función administrativa: según algunos, la atención de los intereses públicos

[14] GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, "Verso un Concetto di Diritto Amministrativo como Diritto Statutario", *Riv. Trimestrale di Diritto Pubblico*, año 1960, nros. 2-3, págs. 330-333 (cit. por BOQUERA OLIVER, José María, *Derecho Administrativo*, t. I, págs. 54-55, Madrid, 1972). Ver también del mismo autor (en colaboración con Tomás Ramón Fernández), *Curso de Derecho Administrativo*, pág. 36 y sigs., Madrid, 1983. De todos modos, la tesis no sería enteramente aplicable en nuestro país donde ni el ordenamiento constitucional ni el legal (art. 33 del Cód. Civ.) atribuyen personalidad a la Administración Pública.

[15] Entre la doctrina que se afilia a la concepción objetiva o material, MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 60, *in fine*; SAYAGUES LASO, Enrique, *ob. cit.*, t. I, pág. 46; BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 209, nota 64, *in fine*; RIVERO, Jean, *Droit Administratif*, págs. 11-13, 3ª ed., Paris, 1968.

[16] MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 60, quien la define como "la actividad permanente, concreta y práctica del Estado, que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran".

[17] GARCIA TREVIJANO FOS, José Antonio, *ob. cit.*, t. I, pág. 50.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

que asume en los propios fines [18], y, según otros, la satisfacción de las "necesidades" colectivas [19] o de interés público [20].

Es evidente que el aspecto finalista de la función administrativa ha de orientarse a la realización del bien común [21], satisfaciendo las exigencias tanto de la comunidad como de los individuos que la integran. Pero, no obstante que el bien común también puede alcanzarse a través de formas y regímenes jurídicos reglados por el derecho privado deben excluirse de la noción de función administrativa en sentido material todas aquellas actividades típicamente privadas, especialmente la actividad industrial y la comercial. Ello no es óbice para admitir la existencia, en tales casos, de actos de régimen jurídico entremezclado, que no trasuntan plenamente el ejercicio de la función materialmente administrativa.

En consecuencia, la función administrativa, en sentido material, puede ser considerada como aquella actividad que en forma inmediata, permanente, concreta, práctica y normalmente espontánea, desarrollan los órganos estatales para alcanzar el bien común, conforme a regímenes jurídicos de derecho público.

C) Otras teorías

Existen posturas que se apoyan en otras fundamentaciones para proporcionar el concepto de Administración. Dentro de este conjunto de teorías no puede dejar de hacerse una referencia sucinta a las concepciones expuestas en la doctrina alemana, vinculadas casi todas al positivismo jurídico.

Para la concepción llamada "residual" [22], la Administración era toda aquella actividad que restaba luego de excluir a la legislación y a la función jurisdiccional.

18 ZANOBINI, Guido, *ob. cit.*, t. I, pág. 13.

19 VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, t. I, pág. 43.

20 RIVERO, Jean, *ob. cit.*, 3ª ed., pág. 13.

21 CASSAGNE, Juan Carlos, "Los contratos de la Administración Pública", *E.D.*, nro. 57, pág. 793 (nota 1); la función administrativa debe procurar el bien común, que es la causa final o el fin del Estado, aunque aceptamos que tal fin puede también cumplirse a través de otras actividades estaduales (v.gr. la gestión comercial del Estado, sometida en gran parte al derecho privado), con regímenes jurídicos diversos.

22 Véase: MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, t. I, pág. 10, Depalma, Buenos Aires, 1949. Se ha dicho que el criterio residual constituye una posición negativa y, por tanto, es difícil que él pueda constituir una definición (LUQUI, Roberto Enrique, *ob. cit.*, *L.L.*, t. 150, pág. 1082).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Otra teoría, desarrollada por Merkl, partiendo de la misma sustentación de la teoría residual, considera como tal la actividad de los Organos Ejecutivos vinculados por relaciones de jerarquía y de subordinación [23]. Para realizar las diferentes disecciones que permitirán arribar al concepto negativo, Merkl adopta un concepto formal de legislación, distinguiendo a ésta de la Administración por la distancia en que se halla respecto de la Constitución. La primera será ejecución inmediata de la Constitución, mientras que la segunda será ejecución mediata, al igual que la función jurisdiccional. La Administración, como la Justicia, devienen así en actividades sublegales, pero en esta última hay relaciones de coordinación (función jurisdiccional) y en aquélla en cambio subsiste la subordinación (función administrativa).

Es también una definición negativa de Administración, inspirada en las concepciones precedentes, las que proporciona un sector de la doctrina vernácula al caracterizarla como todo lo que no es jurisdicción, dentro de la ejecución, por actos individuales, de la Constitución y de la ley, fuera de situaciones contenciosas [24].

Para cerrar el cuadro de este grupo de doctrinas se ha procurado también ensayar un criterio mixto, que en el fondo aparece basado en la antigua teoría residual de la Administración. Se sostiene que como la función administrativa no se realiza por ningún órgano en forma excluyente y dado que no se le reconoce un contenido propio que la tipifique, ella debe definirse como toda la actividad que desarrollan los órganos administrativos y la actividad que realizan los órganos legislativos y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los hechos y los actos materialmente legislativos y jurisdiccionales [25].

23 MERKL, Adolfo, *Teoría General del Derecho Administrativo*, pág. 15 y sigs., Madrid, 1935.

24 LINARES, Juan Francisco, *Fundamentos del Derecho Administrativo*, págs. 58-59, Buenos Aires, 1975.

25 GORDILLO, Agustín A., *Introducción al Derecho Administrativo*, 2ª ed., pág. 99, Buenos Aires, 1966. En realidad, este planteo resulta similar al de la teoría residual y aparece también en autores modernos como Adamovich, quien define la Administración como "toda actividad de los órganos estatales o de entidades públicas que, considerados en sí mismos, no son actos legislativos ni jurisdiccionales" (ADAMOVICH, Ludwig, cit. por GARRIDO FALLA, Fernando, *ob. cit.*, t. I, pág. 30, nota 17, 4ª ed., Madrid, 1966).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

3. LAS FUNCIONES NORMATIVA O LEGISLATIVA Y JURISDICCIONAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Si se parte de la adopción el criterio material para realizar el deslinde de las funciones estatales y se abandona correlativamente el elemento orgánico o formal como nota distintiva de la pertinente actividad, el *reconocimiento* del *ejercicio* de las funciones legislativa y jurisdiccional (en sentido material) por órganos de la Administración Pública, resulta una obligada consecuencia.

A) La actividad reglamentaria es de sustancia normativa o legislativa

En efecto, aunque no hay respecto de la función normativa o legislativa una total uniformidad doctrinaria, el concepto de la actividad de legislación definida como aquella que traduce el dictado de normas jurídicas, que tienen como característica propia su alcance general y su obligatoriedad [26], constitutiva de una situación impersonal y objetiva para los administrados a quienes las normas van destinadas, es el que cuenta con una explicación más logica y realista. En este sentido, los diversos Reglamentos que se emiten en el ámbito del Poder Ejecutivo constituyen el ejercicio de funciones que, desde el punto de vista material, no se diferencian de las leyes generales que sanciona el Congreso [27] aun cuando éstas poseen una jerarquía normativa superior. Pero no solamente el Poder Ejecutivo tiene reconocida la potestad reglamentaria, pues ésta es también una potestad que, en menor medida, también ejerce el Poder Judicial [28].

B) La función jurisdiccional de la Administración

A su vez, si se reducen las polémicas en torno al concepto de la función jurisdiccional, definiéndola como la actividad estatal que decide controversias con fuerza de verdad legal, se advierte que esta función puede ser cumplida, en determinadas circunstancias, por ór-

26 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, pág. 208 y sigs.

27 Para Linares, el reglamento es actividad de legislación (*ob. cit.*, pág. 205). En este sentido, Marienhoff expresa que los reglamentos integran el concepto de ley material o substancial (*ob. cit.*, t. I, pág. 204). Desde luego que ello no impide reconocer la supremacía de la ley formal y material sobre aquellos reglamentos que consistan en la ejecución de las leyes o en el ejercicio de una potestad reglamentaria delegada.

28 Const. Nac., art. 113.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ganos que se hallan encuadrados en el Poder Ejecutivo (v.gr.: el Tribunal Fiscal, Entes regulatorios, etc.).

La atribución de funciones judiciales a órganos administrativos tiene un profundo arraigo en el derecho continental europeo (en sus distintos períodos) y esa técnica fue recogida por la organización colonial española, particularmente en las materias relativas a la Hacienda Real [29]; los intendentes del Virreinato tuvieron prácticamente una jurisdicción exclusiva, con apelación a un tribunal superior, que funcionaba en Buenos Aires.

La adopción del modelo constitucional norteamericano —inspirado en las ideas anglosajonas sobre la división de poderes— no pudo eliminar en forma total la influencia de la realidad histórica. Así, durante la etapa que transcurrió desde la independencia hasta la llamada organización constitucional se siguieron aplicando las concepciones del sistema colonial, con algunas adaptaciones debidas al cambio de las circunstancias que caracterizaron a ese período.

En la doctrina hubo autores que sostuvieron que habiendo abolido la Revolución Francesa toda especie de "jurisdicción administrativa", al someter las contiendas administrativas a la decisión de agentes públicos de la misma Administración, las funciones materialmente jurisdiccionales que ejerce esta última son administrativas [30].

En nuestro país, otros juristas, por distintos argumentos llegan a la misma conclusión; tal es el caso de Lascano, quien sostiene que lo esencial para caracterizar a la función jurisdiccional es la circunstancia de que el Estado obre como tercero imparcial para dirimir un conflicto de interés entre dos partes con el objeto de aplicar la ley [31].

Para otro sector de la doctrina argentina, lo realmente decisivo para definir la función jurisdiccional es el carácter independiente del

29 LYNCH, John, *Administración Colonial Española*, págs. 120-121, trad. del inglés, 2ª ed., Buenos Aires, 1967. Esta atribución de la jurisdicción a los intendentes en las llamadas "causas financieras" fue consecuencia del sistema que prescribió la Ordenanza de Intendentes de Buenos Aires en 1782 (especialmente en sus arts. 71, 72 y 73).

30 Se ha sostenido que tal postura es inaceptable, por cuanto sólo admitiendo un criterio orgánico puede aceptarse tal conclusión (cfr. BOSCH, Jorge Tristán, *ob. cit.*, pág. 94). En nuestro país cabe ubicar en esta posición a LESTANI, Humberto H., *La jurisdicción contencioso administrativa o ejercicio de la jurisdicción conforme al régimen constitucional argentino*, pág. 51 y sigs., Buenos Aires, 1937.

31 LASCANO, David, *Jurisdicción y competencia*, págs. 29-30, Buenos Aires, 1941; GONZALEZ PEREZ, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo*, t. II, pág. 37, Madrid, 1966, 2ª ed.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

órgano que la ejerza, su ubicación dentro del poder judicial, y además, la circunstancia de que exista contienda entre las partes [32].

Cabe puntualizar que, con anterioridad, Bosch había refutado el criterio que, al definir la función jurisdiccional, exige el carácter imparcial e independiente del órgano que la ejerce, aceptando la posibilidad de que cuando la ley asigna al poder administrador la atribución para resolver contiendas, ello puede considerarse función jurisdiccional y sosteniendo, en definitiva, que los problemas relativos a la naturaleza de la función jurisdiccional y a los caracteres de que debe estar investido el órgano jurisdiccional, son cuestiones diferentes y sin relación de interdependencia entre ellas [33].

Aparte de que un análisis retrospectivo histórico sobre la función jurisdiccional demostraría que ella existió con anterioridad a la distribución de las funciones del Estado en órganos diferenciados, es evidente que tal tesis denota un mero criterio orgánico, inutilizable para distinguir la actividad que se realiza en la órbita de uno de los órganos que ejerce el poder estatal: el Poder Ejecutivo. En efecto, por más que se niegue en el plano teórico la posibilidad de que determinados entes u órganos administrativos ejerzan funciones jurisdiccionales, lo cierto es que la realidad legislativa y jurisprudencial impone su reconocimiento y obliga a diferenciar el acto jurisdiccional de la Administración del acto administrativo, cuyo régimen jurídico es sustancialmente distinto.

La cuestión no estriba, entonces, en pretender una asimilación estricta entre el acto jurisdiccional de la Administración y el que emana de los jueces [34], pues aparte de que cabe aceptar diferencias entre dos especies de un mismo género sin violar el principio de no contradicción, lo esencial es distinguir, en este caso, si en el ámbito del Poder Ejecutivo coexisten funciones materialmente distintas, con regímenes jurídicos también diferentes.

Las dificultades a las que conduce el criterio expuesto no impiden que la doctrina afronte la tarea de distinguir el acto jurisdiccio-

32 FIORINI, Bartolomé A., *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 35. Véase además del mismo autor "Inexistencia del acto administrativo jurisdiccional", *L.L.*, t. 101, pág. 1027 y sigs. La posición de Lascano y Fiorini es compartida en nuestro país por Gordillo (*Introducción al Derecho Administrativo*, 2ª ed., pág. 97) en lo que hace al carácter de órgano imparcial e independiente que debe tener quien ejercite la función jurisdiccional; en el mismo sentido: DOCOBO, Jorge José, "El reglamento de procedimientos administrativos aprobado por el decreto nro. 1759/72", *J.A.*, nro. 4028, pág. 9.

33 BOSCH, Jorge Tristán, *ob. cit.*, pág. 96, texto y nota III.

34 En contra, GORDILLO, Agustín A., *ob. cit.*, págs. 126-135.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

nal del acto administrativo, apoyándose en un criterio que permita reconocer la posibilidad de que un ente u órgano administrativo ejerza funciones jurisdiccionales [35]. Así, Bosch, siguiendo a Lampué [36] sostiene que, desde el punto de vista material, el acto jurisdiccional "es aquel que consiste en una comprobación sobre la conformidad o no conformidad de un acto, de una situación o de un hecho con el ordenamiento jurídico y una decisión que realiza sus consecuencias, y que desde el punto de vista formal se presenta como definitiva e inmutable en el sentido de que, salvo por el juego de las vías del recurso, no puede ser revocada o modificada, vale decir, que posee lo que se denomina en doctrina 'la autoridad formal de la cosa juzgada' " [37].

Mayor consistencia tiene el argumento por el cual no se acepta el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de la Administración sobre la base de la prohibición que emerge del artículo 109 de la Constitución Nacional.

Frente a esa norma (ex art. 95, Const. Nac.), un sector de la doctrina ha intentado justificar el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de la Administración, afirmando que lo que la Constitución Nacional veda es el ejercicio de funciones judiciales, no jurisdiccionales; de esta forma, lo jurisdiccional sería el género y lo judicial la especie [38].

Tal interpretación, aparte de contrariar las fuentes en que se nutre el mentado artículo 109 de la Constitución Nacional [39], ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina [40].

35 PALACIO, Lino Enrique, "Algunas consideraciones sobre los actos jurisdiccionales de la administración", en *120 años de la Procuración del Tesoro*, pág. 75 y sigs., que caracteriza el acto jurisdiccional sobre la base de la existencia de un conflicto.

36 LAMPUE, Pierre, "La notion d'acte jurisdictionel", *Revue de Droit Public*, t. 62, pág. 5 y sigs., año 1946.

37 BOSCH, Jorge Tristán, *ob. cit.*, pág. 95, criterio que también es seguido por VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 34 y sigs.; DIEZ, Manuel María, *El acto administrativo*, pág. 38; LUQUI, Roberto Enrique, "Nociones sobre la revisión jurisdiccional de los actos administrativos", *L.L.*, t. 144, pág. 1207.

38 BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. V, pág. 201, 6ª ed., Buenos Aires, 1966, y del mismo autor, *Derecho Administrativo. Legislación administrativa argentina*, t. III, pág. 255 (nota 79), 4ª ed., Buenos Aires, 1947.

39 Art. 108 de la Constitución de la República de Chile y en nuestro país el art. 7° del Reglamento del 22 de Octubre de 1811.

40 BOSCH, Jorge Tristán, *ob. cit.*, págs. 100-101, indica que esta tesis que restringe la posibilidad de que el Estado ejerza funciones jurisdiccionales a la rama contencioso administrativa, resulta insuficiente para justificar el ejercicio de funciones jurisdiccionales en otras materias (cuando las circunstancias lo tornan necesario). En realidad dicha tesis no

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Pero frente a una realidad que reconoce la posibilidad de habilitar a órganos o entes administrativos para el ejercicio de funciones jurisdiccionales, un sector de la doctrina apela, para fundar su constitucionalidad, al procedimiento de la delegación de funciones jurisdiccionales en la Administración siempre que el Organo Judicial conserve la decisión final de la controversia [41]. Este criterio, empero, si bien supera la interpretación rígida del aludido precepto constitucional, no resulta aceptable particularmente por dos razones. La primera es de orden técnico, y se refiere a que sólo cabe hablar de delegación cuando un órgano se desprende de sus facultades o atribuciones [42] y en este caso el Organo Judicial no es el órgano delegante. La segunda es que por esa vía se podría aceptar la atribución a órganos o entes administrativos de gran parte de las funciones que realizan los jueces en desmedro del equilibrio que debe reinar entre los órganos administrativo y judicial, aunque conserve este último la decisión final de la contienda.

Siempre que se respete el equilibrio que traduce la denominada doctrina de la separación de poderes, instrumentada en nuestra Constitución, es posible aceptar la existencia de órganos administrativos realizando típicas funciones jurisdiccionales desde el punto de vista material.

Resulta oportuno recordar, en este sentido, la opinión de uno de nuestros más grandes constitucionalistas, Joaquín V. González, quien señaló, refiriéndose a la división de funciones entre los órganos que ejercen el poder estatal (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), que "cada uno de ellos tiene su propia esfera de acción, pero no están enteramente separados, porque se combinan y se complementan entre sí: son coordinados. Los tres representan la soberanía de la Nación para sus objetos principales; sus facultades derivan directamente de la Constitución, y en su ejercicio, de la ley: y ambas han establecido

---

puede servir para justificar el ejercicio de funciones jurisdiccionales *iure propio* por parte de la Administración, pues aun aceptando que lo jurisdiccional judicial sea la especie, cuando el art. 109 de la Const. Nac. se refiere a la función judicial no puede interpretarse en el sentido de que excluye las causas contencioso administrativas. Además, tal distinción es esencialmente orgánica, no obstante que corresponde que las funciones se distingan conforme a la naturaleza y substancia de ellas. En consecuencia, cuando el art. 109 de la Const. Nac. prohíbe al P.E. el ejercicio de funciones judiciales, es obvio que se refiere a las que tienen ese carácter desde el punto de vista material.

41 Cfr. BOSCH, Jorge Tristán, *ob. cit.*, págs. 101-103; IMAZ, Esteban, "Acerca de la interpretación constitucional", *J.A.*, año 1949, t. 3, sec. doctrina, pág. 8 y sigs.

42 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 550; LUQUI, Roberto Enrique, *ob. cit.*, pág. 1214; *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 148, pág. 434.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

poderes estrictamente legislativos, estrictamente ejecutivos y estrictamente judiciales; pero en el cumplimiento de sus funciones necesitan en muchos casos, unos y otros, ejercitar poderes de naturaleza distinta a los que le son exclusivos: la línea divisoria no se halla precisamente demarcada" [43].

La interpretación de González resulta acertada en la medida en que abre un ancho campo para que la actividad del Estado en su conjunto se desarrolle de acuerdo a las exigencias de la sociedad contemporánea y, también, porque ella se funda en destacados intérpretes de la Constitución norteamericana [44].

En cuanto a la objeción que parte de la interpretación del artículo 109 (ex art. 95) de la Constitución Nacional, el cual veda al Poder Ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales, no obstante la opinión contraria sustentada por la doctrina [45], una valoración del problema a la luz de la sistemática y de la dinámica constitucionales, conduce a compartir la tesis que circunscribe la prohibición de ejercer funciones judiciales, al Presidente de la República, o sea, al Poder Ejecutivo, habida cuenta de su carácter unipersonal del órgano superior de la Administración [46].

En tal sentido Bidart Campos —sin pronunciarse en favor del sistema de tribunales administrativos— opina que la tacha de inconstitucionalidad es frágil, sosteniendo que lo que la Constitución persigue es no dejar librado a la voluntad del Presidente la facultad de resolver cuestiones jurisdiccionales, en virtud de que es el gobernante supremo del Estado y el órgano de mayor potencialidad en el ejercicio del poder [47].

43 GONZALEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, 1951, pág. 311.

44 COOLEY, Thomas M., *Principios del Derecho Constitucional en los Estados Unidos de América*, pág. 44, Buenos Aires, 1898.

45 BOSCH, Jorge Tristán, *ob. cit.*, pág. 63.

46 BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Constitucional*, t. I, pág. 789, Buenos Aires, 1966. Véase también AFTALION, Enrique, "Las faltas policiales, la garantía de legalidad y el formalismo", *L.L.*, t. 88, pág. 254.

47 BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Constitucional*, t. I, pág. 789, puntualiza que cierta jurisprudencia ha creído resolver el problema por una vía sencilla, afirmando que como la Constitución veda al Poder Ejecutivo el ejercicio de funciones de índole judicial, no es posible sostener la naturaleza jurisdiccional de ciertas decisiones de órganos administrativos. Tal argumento, a juicio de este autor, nada prueba porque "aunque la Constitución escrita regla hoy determinadas situaciones, la realidad constitucional registra conductas en contrario, con lo que, no obstante la prohibición del art. 109, bien podría el orden existencial mostrar casos de ejercicio jurisdiccional por parte de la Administración" como en realidad acontece (*ob. cit.*, pág. 790).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Por eso el artículo 109 de la Constitución, que es producto de la raíz histórica y, por ende, de una realidad, no puede juzgarse a la luz de una interpretación estricta de la doctrina de la separación de los poderes, en el sentido de que todo comportamiento sea siempre actividad administrativa y nunca jurisdiccional [48].

La facultad de ejercer funciones jurisdiccionales por parte de la Administración Pública aparece condicionada en aquellos países —como el nuestro— que han acogido la doctrina de la división de los poderes, consagrando, en principio, el sistema judicialista para juzgar la actividad administrativa (arts. 116 y 117 de la Const. Nac.). Pero ninguna duda cabe de que, aun partiendo de tal reconocimiento puede aceptarse el ejercicio excepcional de funciones jurisdiccionales por órganos administrativos, siempre que se respeten los grandes lineamientos del sistema. A su vez, en el plano de la realidad, tampoco es posible desconocer que las actuales necesidades han llevado a la institución de tribunales administrativos por vía legislativa (que desde un punto de vista material o sustancial realizan funciones de verdaderos jueces) [49].

Si se parte entonces de este enfoque corresponde fijar los límites que rigen la actividad jurisdiccional de la Administración Pública:

1) La atribución de funciones jurisdiccionales a órganos administrativos debe provenir de ley formal para no alterar a favor del Poder Ejecutivo el equilibrio en que reposa el sistema constitucional.
2) Tanto la idoneidad del órgano como la especialización de las causas que se atribuyen a la Administración tienen que hallarse suficientemente justificadas, para tornar razonable el apartamiento excepcional del principio general de juzgamiento de la actividad administrativa por el Poder Judicial (v.gr.: en materia fiscal).
3) Si se atribuyen a órganos administrativos funciones de substancia jurisdiccional en forma exclusiva, sus integrantes deben gozar de ciertas garantías para asegurar la independencia de

48 GORDILLO, Agustín A., *Introducción al Derecho Administrativo*, pág. 135. Al respecto, Linares puntualiza que este enfoque prescinde por completo de un dato jurídico esencial: la "situación contenciosa" (cfr. *Fundamentos del Derecho Administrativo*, pág. 63, Buenos Aires, 1975).

49 Cfr. ley 11.683 (t. o. 1978) y sus modificatorias que crea el Tribunal Fiscal de la Nación y las leyes de creación de los Entes Regulatorios de servicios públicos (leyes 24.065 y 24.076).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

su juicio frente a la Administración activa, tal como la relativa a la inamovilidad en sus cargos.

4) El contralor que el Poder Ejecutivo pueda realizar de los actos jurisdiccionales que emitan órganos administrativos ha de limitarse a la legalidad, y dentro de esta especie de control, a casos de excepción [50], por cuanto existe una relación, jerárquica atenuada a su mínima expresión [51].

5) Los tribunales que integran el Poder Judicial deben conservar la atribución final de revisar las decisiones de naturaleza jurisdiccional.

La Corte ha precisado que el pronunciamiento jurisdiccional emanado de órganos administrativos ha de quedar sujeto a "control judicial suficiente" y que el alcance de este control "no depende de reglas generales u omnicomprensivas sino que ha de ser más o menos extenso y profundo según las modalidades de cada situación jurídica". Al respecto, ha señalado que: "control judicial suficiente quiere decir: a) reconocimiento a los litigantes del derecho a interponer recurso ante los jueces ordinarios; b) negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos, con excepción de los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose voluntariamente de la judicial", y que "la mera facultad de deducir recurso extraordinario basado en inconstitucionalidad o arbitrariedad no satisface las exigencias que... han de tenerse por imperativas" [52]. Por no reunirse el requisito del control judicial suficiente la Corte declaró la inconstitucionalidad de las leyes que organizaron las Cámaras Paritarias de Arrendamientos y Aparcerías Rurales por violatorias de los artículos 18 y 109 de la Constitución Nacional, en atención a que no admitían la revisión judicial de las decisiones administrativas; también consideró —con relación a la Cámara de Apelaciones de la Justicia Municipal de

50 Criterio que recoge el dec. 1759/72 en su art. 99, (t.o. por decreto 1883/91), al limitar el contralor de legalidad del acto a aquellos supuestos en que mediare manifiesta arbitrariedad, grave error o gruesa violación de derecho.

51 CELORRIO, Atanasio Hernán, "El recurso jerárquico en materia tributaria", *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, nro. 3, pág. 27 y sigs.

52 *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 247, pág. 646 y sigs.; t. 249, pág. 715 y sigs.; t. 255, pág. 124 y sigs. La jurisprudencia de la Corte aparece expuesta íntegramente en el primero de los fallos citados: "Fernández Arias, Elena c/ Poggio, José", fallado en el año 1960. Obsérvese la analogía que guarda este requisito con la apelación contra los actos del intendente en la Administración Colonial que se ha señalado precedentemente.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Faltas de la Ciudad de Buenos Aires— que tratándose de la aplicación de sanciones de naturaleza penal que importaban privación de la libertad resultaba insuficiente el control cuando el recurso ante el Poder Judicial era admisible al solo efecto devolutivo [53].

Pero los requisitos apuntados no impiden aceptar excepcionalmente la procedencia del ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte del Poder Ejecutivo o de sus órganos dependientes en aquellos supuestos en que tengan su fundamento directo en la Constitución Nacional. Es el caso de la jurisdicción militar, que ha sido organizada no sólo como consecuencia del poder atribuido al Congreso Nacional para establecer las fuerzas armadas en tiempos de paz y de guerra y dictar reglamentos para el gobierno de dichos ejércitos, sino esencialmente en virtud de las facultades que tiene el Poder Ejecutivo como Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas para aprobar o revocar las sentencias de los tribunales militares [54].

4. LA FUNCIÓN GUBERNATIVA

En un plano distinto al de los comportamientos que trasuntan el ejercicio de las funciones administrativa, legislativa y jurisdiccional se encuentra la denominada función política o de gobierno [55], referida a la actividad de los órganos superiores del Estado en las relaciones que hacen a la subsistencia de las instituciones que organiza la Constitución, y a la actuación de dichos órganos como representantes de la Nación en el ámbito internacional [56].

La teoría de la función de gobierno, si bien se ha conservado como resabio del absolutismo y de "la razón de Estado" resulta necesaria al sistema republicano que "parece no poder subsistir sin ese

53 *In re* "Fernández Arias", *cit. ut supra* y "Di Salvo, Octavio", del 24/3/88, publicado en *L.L.*, t. 1988-D, pág. 269 con nota de Ekmedejian.

54 En sentido concordante: C.N. Fed., Sala II, cont. adm., causa "Sinardo, Javier c/ Gobierno Nacional", fallada el 6/11/74, *E.D.*, t. 61, pág. 518 y sigs.

55 Sobre la existencia y concepto de la función de gobierno se ha dicho lo siguiente: "No obstante la calificada opinión de muchos juristas que con poco realismo jurídico emplean de una manera ortodoxa la clásica teoría de la división del poder, creemos, por encima del esquema de Montesquieu, en la existencia de una función gubernamental. Se refiere a la actividad de los Organos Ejecutivo y Legislativo, que concierne al orden político constitucional, materializada en actos políticos (actos de gobierno y actos institucionales) de ejecución directa de una norma constitucional para la seguridad y el orden del Estado" (cfr. DROMI, José Roberto, *Instituciones de Derecho Administrativo*, pág. 13).

56 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo - FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, págs. 30-31, Madrid, 1983.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

recurso" [57] por el cual se excluyen determinados actos de la revisión judicial, y es así que ella tiene vigencia en la mayor parte de los países de Europa continental, particularmente en Francia [58], Alemania [59] e Italia [60], aunque con distintas modalidades, y hasta se ha encontrado una cierta aplicación en algunos países anglo-sajones, como Estados Unidos e Inglaterra [61].

En nuestro país, la aceptación de la función gubernativa, en un plano opuesto a las restantes funciones estatales (administrativa, legislativa y judicial) tiene el efecto fundamental, por aplicación de la doctrina que emerge de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de excluir a determinados actos de la revisión judicial, los que para un sector de tratadistas reciben el nombre de actos de gobierno o políticos [62] y para otro, el de "actos institucionales" [63].

Con un sentido similar, la función de gobierno ha sido caracterizada como aquella actividad de los órganos del Estado, supremos en la esfera de sus competencias, que traduce el dictado de actos relativos a la organización de los poderes constituidos, a las situaciones de subsistencia ordenada, segura y pacífica de la comunidad y al derecho de gentes concretado en tratados internacionales de límites, neutralidad y paz [64], criterio este que tiene la ventaja de considerar la actividad del gobierno en su totalidad (integrado por los órganos o poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial) [65].

57 LINARES, Juan Francisco, *ob. cit.*, pág. 67, agrega que "ese recurso al absolutismo reverbera en las situaciones de emergencia y ciertos actos de necesidad que el Estado de Derecho debe dictar de tiempo en tiempo".

58 BRAIBANT, Guy - QUESTIAUX, Nicole, y WIENER, Celine, en *Le controle de l'administration et la protection des citoyens (Etude comparative)*, págs. 38 y 284, publicación de la Biblioteca del Instituto Internacional de Administración Pública, Paris, 1973; BENOIT, Francis Paul, *Droit Administratif*, págs. 418-420, Toulouse, 1968.

59 FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, trad. del alemán, Madrid, 1958.

60 ZANOBINI, Guido, *Corso di Diritto Amministrativo*, t. II, pág. 191, Milano, 1958.

61 BRAIBANT, Guy - QUESTIAUX, Nicole, y WIENER, Celine, *ob. cit.*, págs. 11 y 141.

62 DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. II, pág. 411.

63 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. II, pág. 755 y sigs.; CASSAGNE, Juan Carlos, *El Acto Administrativo*, pág. 165 y sigs.; DROMI, José Roberto, *ob. cit.*, pág. 117 y sigs.

64 LINARES, Juan Francisco, *ob. cit.*, pág. 66.

65 LINARES, Juan Francisco, *ob. cit.*, pág. 74.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

5. ACERCA DE LAS FACULTADES RESERVADAS A LOS ORGANOS LEGISLATIVO, EJECUTIVO Y JUDICIAL

En el campo del derecho constitucional y también en el del derecho administrativo la doctrina se ocupa, con distinta terminología y sustentación ideológica, del tema de las facultades reservadas a los órganos que realizan las funciones estatales.

En nuestro sistema constitucional, la cuestión se plantea principalmente en orden a la existencia o no de zonas de reserva de la ley o del reglamento, dado que, por principio, en materia del ejercicio de la función jurisdiccional, inclusive para la revisión de los actos del Poder Ejecutivo, nuestra Constitución ha adoptado el sistema judicialista (arts. 109, 116 y 117) [66].

La teoría de la reserva de la ley, formulada a comienzos de este siglo por Mayer, intentó preservar las libertades de los particulares sobre la base de impedir el avance de todo poder reglamentario que implique una alteración o limitación, de los derechos individuales de propiedad y libertad, por tratarse de materias reservadas a la ley [67].

Si bien se sostiene que la concepción de la reserva de la ley pasa por una crisis profunda en algunos países donde se ha admitido la reserva de ciertas materias al reglamento [68], ella no es necesariamente incompatible con la existencia de la llamada "zona de reserva de la Administración" [69].

En tal sentido, el sistema de nuestra Constitución reserva a la ley, entre otras facultades, las inherentes a la reglamentación de los derechos individuales (art. 14); la imposición de tributos y derechos de importación y exportación (art. 75, incs. 1 y 2): el otorgamiento de privilegios o exenciones impositivas (art. 75, inc. 18): lo atinente al

66 Aun cuando, de un modo excepcional, se admite el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de órganos o tribunales ubicados en la Administración Pública, dentro de cierto límites y condiciones. Al respecto, nos remitimos a lo expuesto en el punto 3 b) precedente y en nuestro *Derecho Administrativo*, t. II, pág. 105 y sigs., Buenos Aires, 1982. Véase también LUQUI, Roberto Enrique, "Nociones sobre la revisión jurisdiccional de los actos administrativos", *L.L.*, t. 144, pág. 1200 y sigs.

67 No coincidimos con la crítica que formula Merkl, en el sentido de que la concepción de la "reserva de la ley" da pie para que la Administración dicte disposiciones de carácter general en forma originaria, con lo cual, en la pirámide normativa, ocuparía el lugar del poder legislativo.

68 RIVERO, Jean, *Droit Administratif*, pág. 56 y sigs., especialmente págs. 61-63, Paris, 1977.

69 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 241 y sigs., Buenos Aires, 1965.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

comercio interprovincial o con las naciones extranjeras (art. 75, inc. 13) la determinación de la causa utilidad pública en las expropiaciones (art. 17) y la exigibilidad de servicios personales (art. 17).

De otra parte, conforme al artículo 75, inciso 32 de la Constitución Nacional, compete al Congreso "hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina". Esta norma —que consagra los llamados poderes implícitos del Congreso— no es válida, sin embargo, para invadir las facultades privativas de los otros poderes del Estado ya que no estatuye una competencia implícita con el fin de transgredir el principio de la división de poderes [70], sino que trata de contemplar posibles situaciones en las que sea conveniente el ejercicio del poder de legislación.

Por esa causa, es posible conciliar la existencia de los poderes implícitos con la llamada "zona de reserva de la Administración", circunscripta esta última a la regulación de ciertas materias y situaciones que deben considerarse inherentes y consustanciales a las funciones que tiene adjudicadas el Poder Ejecutivo como "jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país" (art. 99, inc. 1°, de la Const. Nac.). Entre las materias susceptibles de ser reguladas por reglamentos autónomos se encuentran las reglas de organización administrativa y las atinentes a los recursos administrativos, en cuanto no alteren los límites de la potestad reglamentaria, que son precisamente aquellas materias que pertenecen a la reserva de la ley (v.gr., reglamentación de los derechos individuales de propiedad y de libertad).

A su vez, existe un conjunto de facultades reservadas al Poder Judicial que la Administración no puede invadir, por principio. En tal situación se encuentra la potestad genérica de los jueces de resolver controversias con fuerza de verdad legal y la consecuente prerrogativa de afectar, limitar, modificar o extinguir los derechos de propiedad y de libertad y ordenar, respecto de ellos, el empleo de la coacción sobre los bienes y las personas [71].

70 BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho constitucional del poder*, t. I, pág. 350, Buenos Aires, 1967.

71 Ese principio es, precisamente, el límite que caracteriza a la llamada "ejecutoriedad" del acto administrativo. Véase lo expuesto en el t. II de esta obra, págs. 296-298, Buenos Aires, 1982.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

6. GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN

El proceso de concentración de las funciones estatales producido en distintas etapas históricas —tal como aconteció durante el absolutismo—, condujo a configurar la idea de gobierno (en el sentido de dirigir los intereses de la comunidad) como expresión de todas las funciones que realizaban los príncipes.

Esta idea de gobierno, como centro que totaliza y unifica las funciones del Estado, ha sido seguida aun después de la consagración de la teoría de la separación de los poderes en los textos constitucionales modernos. En ese sentido, nuestra Constitución Nacional —cuya fuente es la de los Estados Unidos de América— atribuye ese sentido amplio al Gobierno Federal, el cual se integra con los tres poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) [72].

La distinción entre Gobierno y Administración, en el plano material, ha sido motivo de numerosas concepciones, la mayoría de las cuales se han elaborado para limitar primero y más tarde ampliar, el campo de la revisión judicial de los actos provenientes de órganos estatales.

De ese modo, la teoría de los actos de gobierno, basada en el móvil político, importó negar el acceso a la judiciabilidad a importantes actos que emitía el Poder Ejecutivo o los órganos dependientes, ya que bastaba con atribuir naturaleza o intencionalidad política a determinados actos para sustraerlos de la revisión judicial.

La evolución posterior de la teoría —no sólo por la insuficiencia de las concepciones formuladas sino por el progreso del sistema jurídico del derecho administrativo— ha hecho que en la actualidad —salvo en muy contados casos, como el de los llamados actos institucionales, en los que evidentemente hay una alta finalidad política— *la actuación del Poder Ejecutivo y de los órganos que de él dependen*, sea plenamente revisable por los jueces.

El concepto de gobierno queda entonces desprovisto de su original acepción, siendo utilizado en un sentido orgánico, como equivalente al Poder Ejecutivo [73] y, por extensión, a los ministros.

72 La Segunda Parte de la Const. Nac., titulada "Autoridades de la Nación", encabeza su Título Primero con la expresión "Gobierno Federal", el cual, en sus tres secciones, contiene la regulación de los principios y normas referentes al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial.

73 BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 292, Buenos Aires, 1955, si bien este autor ha reconocido en otra obra (*Estudios de Derecho Público*, t. III, "Denominación y substancia de algunas cuestiones jurídicas") que el concepto de gobierno posee un sen-

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

En la organización administrativa argentina, el Gobierno Nacional está constituido por el Presidente, y los ministros, secretarios y subsecretarios, es decir, por los funcionarios que ocupan un cargo político y de naturaleza no permanente. En cambio, la Administración —en sentido estricto— se halla integrada por agentes estables de carrera, que cumplen funciones no políticas, rigiéndose por un estatuto especial.

Pero la diferencia orgánica que se deja apuntada no significa nada en punto a la naturaleza de las funciones que cumplen los integrantes del Gobierno, que pueden trasuntar tanto la emisión de actos institucionales (v.gr., la declaración de guerra que efectúa el Presidente, art. 99, inc. 15, de la Const. Nac.), como el dictado de actos que traduzcan el ejercicio de la función administrativa en sentido material [74].

7. LA CONCEPCIÓN INSTITUCIONAL SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Las consideraciones precedentes permiten también extraer una conclusión fundamental acerca de la naturaleza de la Administración Pública, desde la óptica del realismo jurídico. Se trata de aplicar a ella la idea de la institución [75] elaborada por Hauriou y desenvuelta años más tarde por Renard.

---

tido más general y comprensivo. Esta concepción orgánica encuentra apoyo en la Const. Nac. a partir de la reforma de 1994 al atribuir al Poder Ejecutivo la jefatura del gobierno (art. 99, inc. 1°, Const. Nac.).

74 VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, pág. 42, Paris, 1968. Este autor señala que "conviene, sin duda, no incurrir en una falsa distinción entre Gobierno y Administración: se dice, a veces, que gobernar consiste en decidir las opciones políticas principales; administrar consiste en proveer a las necesidades cotidianas de la vida nacional. En sí misma esta distinción puede ser políticamente justificable, pero no tiene valor jurídico alguno. Cualquiera que sea su alcance político, todos los actos administrativos están sometidos al mismo régimen jurídico: un decreto que fija el precio del trigo, corresponde a una opción política esencial y su régimen jurídico es, sin embargo, el mismo que el del acto administrativo más humilde..." (*ob. cit.*, pág. 42).

75 En la actualidad esta concepción es sostenida por GARRIDO FALLA (*Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 60 y sigs., Madrid, 1987). Como apunta este autor no toda institución posee personalidad jurídica y en tal sentido ninguna duda cabe de que el Ejército y las restantes Fuerzas Armadas son cada una de ellas una institución, aun cuando carecen de personalidad jurídica, la que pertenece al Estado. Hay otras instituciones que tienen personalidad jurídica propia (v.gr., la Universidad de Buenos Aires). Todo ello demuestra que el Estado (que es la institución de las instituciones) puede albergar en su seno distintas realidades institucionales, con y sin personalidad jurídica.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

En efecto, mientras la Administración posee estabilidad, el Gobierno se encuentra sometido generalmente a la mutación política, ya sea por así imponerlo las reglas del propio sistema republicano (la periodicidad en el desempeño de los cargos políticos constituye una de sus notas peculiares) como por las exigencias derivadas de la obtención de un consenso mínimo por parte de los gobernados, cuya falta suele quebrar la llamada legitimidad del poder.

En la Administración Pública se dan todas las características que son propias de una institución, a saber:

a) persigue fines que, si bien pertenecen al bien común, ella los asume como privativos. Ese fin es la idea de obra que se encuentra en el seno de toda institución y en la medida en que es asumido como propio, la Administración deja de ser instrumental, para institucionalizarse [76];

b) se halla compuesta por un grupo humano que concurre a una actuación comunitaria, el cual se rige por un estatuto específico, que no se aplica a los integrantes del Gobierno [77]. Los agentes públicos que integran la Administración deben participar plenamente de los fines que objetivamente persigue la institución; de lo contrario, se producen dispersión e inercia en la Administración provocando su propia decadencia;

c) una tarea perdurable; sus miembros están destinados a seguir en funciones, aun cuando falte el Gobierno, pero no por ello la Administración deja de estar subordinada a este último [78];

d) cuenta con un poder organizado que ha sido instituido al servicio de los fines de interés público que objetivamente persigue, poder que permite imponer las decisiones que adopta la institución no sólo a sus componentes (los agentes públicos)

76 Cfr. GARRIDO FALLA, Fernando, *ob. cit.*, t. I, pág. 60.

77 En tal sentido, la ley nro. 22.140 (*Régimen Jurídico Básico de la Función Pública*), excluye a los ministros, secretarios y subsecretarios del Poder Ejecutivo Nacional (art. 2°, inc. a), de la ley nro. 22.140).

78 Compartimos el criterio que postula la necesidad de que la Administración actúe con neutralidad política (de la política partidista, se entiende), desarrollando su obra con "eficacia indiferente". Como correlato de este principio, el Gobierno debe actuar con neutralidad administrativa, haciendo cumplir las decisiones administrativas preparadas por la Administración. Sin embargo, en caso de tensión entre el poder político y el poder administrativo, ésta debe resolverse "a favor del Gobierno, porque el poder político es el que está legitimado políticamente, mientras que el poder administrativo es algo que genera la Administración por el hecho de ser una institución" (GARRIDO FALLA, *ob. cit.*, t. I, pág. 61).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

sino a quienes no integran la Administración (los administrados) dentro de los límites que le fija el ordenamiento jurídico; de ahí que también se haya dicho que para lograr el cumplimiento de esos fines la Administración actúa con una "fuerza propia", en forma rutinaria e intermitente, ysos fines la Administración actúa con una "fuerza propia", en forma rutinaria e intermitente, y que su actividad no se paraliza ni se detiene por las crisis y los consecuentes vacíos que se operan en el poder político [79]

79 Cfr. GARRIDO FALLA, Fernando, *ob. cit.*, t. I, págs. 60-61. Cuadra advertir que siendo la Administración un concepto análogo es posible su utilización simultánea para definir diferentes contenidos que no son necesariamente opuestos (v.gr., el criterio material sobre la Administración que permite deslindar un tipo de actos regidos por reglas homogéneas; el acto administrativo).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CAPÍTULO IV

EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y SU CONTENIDO ACTUAL

SUMARIO

1. El Derecho Administrativo y las distintas etapas de su evolución histórica.
   A) Origen de las técnicas: el derecho regio. El Estado de Policía.
   B) La etapa del "régimen administrativo". Sus características esenciales.
2. La ecuación entre Administración Pública y Derecho Administrativo: su ruptura.
3. Contenido actual del Derecho Administrativo: el problema de su definición.
4. Las bases fundamentales del Derecho Administrativo contemporáneo.
   A) El Estado de Derecho y el principio de la legalidad.
   B) El intervencionismo estatal y el principio de subsidiariedad.
5. El concepto técnico de potestad: su distinción con la función y el cometido. La potestad y el principio de la legalidad.
6. El régimen exorbitante.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CAPÍTULO IV

EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y SU CONTENIDO ACTUAL

1. EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LAS DISTINTAS ETAPAS DE SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El Derecho Administrativo ha llegado a su actual estado de evolución doctrinaria, legislativa y jurisprudencial a través de un proceso de acumulación y adaptación de técnicas e instituciones provenientes de diversos períodos históricos. Aunque la supervivencia de esas técnicas no acusa siempre una línea uniforme o constante y ha ocurrido con frecuencia el fenómeno de surgimiento de instituciones que habían desaparecido, lo cierto es que el análisis histórico demuestra que así como el Estado del siglo anterior heredó y aplicó muchas de las técnicas típicas del Estado absoluto, éste conservó, por su parte, numerosas instituciones de los siglos anteriores [1].

En nuestra materia, el cambio de las circunstancias históricas ejerce una preponderante influencia sobre los fines de las instituciones del Estado, que van sufriendo un proceso de constante adaptación a las necesidades públicas, muchas veces opuestas a las razones que motivaron su creación. Por ello, resulta indispensable la comprensión histórica de los principios que hoy nutren al derecho administrativo y a sus principales instituciones, a fin de poder explicar e interpretar su origen, desarrollo y transformación [2].

1 VILLAR PALASI, José Luis, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 81, Madrid, 1972.

2 Véase: LUQUI, Roberto Enrique, *ob. cit.*, *L.L.*, t. 151, pág. 1069; GRECCO, Carlos Manuel, MUÑOZ, Guillermo Angel, *Lecciones de Derecho Administrativo*, pág. 99, Morón, 1977.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

El desapego hacia esa metodología por parte de grandes sectores doctrinarios y el fundamental olvido de considerar al derecho administrativo como una categoría histórica [3], explica que muchos autores sostengan que el derecho administrativo tuvo su génesis en la Revolución Francesa. Se trata evidentemente de un punto de vista parcial y relativo, lo cual no es óbice para reconocer que de los gobiernos que sucedieron a dicha Revolución y —a partir de la época napoléonica— surgió una Administración Pública personificada [4], caracterizada por la adopción del principio de la competencia objetiva.

A) Origen de las técnicas: el derecho regio. El Estado de Policía

La recepción del derecho romano en el período intermedio [5] determinó la aparición de normas que primeramente revistieron un carácter excepcional respecto del *ius commune* y que luego de convertirse en un derecho singular —donde el derecho común era de aplicación subsidiaria— configuraron un *ius propium* con plena autonomía, integrándose con sus principios y elementos peculiares, sin perjuicio de la recurrencia a la analogía.

De este proceso, el derecho administrativo contemporáneo ha heredado un gran número de técnicas y principios provenientes del derecho regio, aunque no faltan algunos autores que hayan pretendido ubicar su origen en el llamado Estado de Policía. En este sentido, el fenómeno de captación de técnicas anteriores se reconoce actualmente en la presunción de legitimidad del acto administrativo, que reproduce un principio general que caracterizaba a las decisiones del príncipe; en el principio de la ejecutoriedad; en la vía del apremio para la ejecución de ciertos créditos fiscales; en la inderogabilidad singular de los reglamentos y en instituciones tales como el dominio público, la jerarquía, la competencia, etcétera [6].

3 CASSAGNE, Juan Carlos, *ob. cit.*, pág. 70.

4 VILLAR PALASI, José Luis, *ob. cit.*, pág. 82, expresa que "en realidad, la Revolución Francesa en lo político y jurídico no hace sino dar un vigoroso impulso al detenido proceso de creación y absorción de poder que se inicia en el siglo XIII... De otro lado, si bien es cierto que con esta revolución se instaura un nuevo sistema de seguridad jurídica ya totalmente desvinculado de ataduras teológicas —derecho divino de los reyes— también lo es que, con ello, no se hace sino concluir el ciclo de secularización estatal que ya se vislumbra en el siglo XIV".

5 Respecto de la organización administrativa en Roma, GIANNINI, afirma que ella se induce de su excelente organización militar (*Diritto Amministrativo*, t. I, págs. 9-10, Milano, 1970).

6 VILLAR PALASI, José Luis, *ob. cit.*, t. I, págs. 83-84.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Las circunstancias históricas que caracterizaron al período en que el derecho regio tuvo vigencia, cargado de inestabilidad política, asignaron a éste una naturaleza contingente que obstaculizó toda elaboración orgánica de sus principales normas y principios [7].

De otra parte, el derecho regio se apropió de muchas técnicas pertenecientes al derecho canónico, extendiéndose su influencia hasta comienzos del siglo XIX, incorporándosele, en su último ciclo, el derecho estatutario (colegios y estamentos) y alcanzando su mayor gravitación, particularmente, a partir de los Borbones.

Durante la Edad Moderna (en Francia hasta el siglo XVIII y en Alemania hasta el siglo XIX) se afianzó en toda su intensidad la concepción del Estado de Policía, basada en la necesidad de concentrar y consolidar el poder del príncipe, como reacción contra la desmembración y disminución del poder que se operó en el transcurso de la Edad Media.

En dicho período la supremacía del príncipe se apoyó en el *ius politiae* que lo facultaba a ejercer sobre los administrados el poder necesario a fin de procurar el orden público y el bienestar general [8] y que reconocía su origen en la *pax publica* del derecho regio [9].

Ese sistema consagró un poder ilimitado [10], no sujetando la intervención fundada en el *ius politiae* a ningún precepto o principio legal ni consuetudinario.

Entre las instituciones, hoy contemporáneas, que contribuyeron entonces a engrosar el *ius politiae* se encuentran, entre otras, la expropiación por causa de utilidad pública, la competencia en razón del territorio [11] y las instrucciones y circulares [12].

7 VILLAR PALASI, José Luis, *ob. cit.*, t. I, pág. 84.

8 MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, t. I, pág. 34, ed. castellana, Buenos Aires, 1949.

9 Ella constituye una construcción práctica para consolidar el poder del príncipe, facultándolo a intervenir (excepcionalmente en el derecho regio) en aquellos supuestos en los que su actuación era necesaria para la conservación de la paz (v.gr., mantenimiento del orden en los caminos públicos). La idea fue luego extendiéndose y generó el llamado derecho de policía.

10 MAYER, Otto, *ob. cit.*, pág. 34.

11 VILLAR PALASI, José Luis, *ob. cit.*, t. I, pág. 86.

12 FLEINER, Fritz, *Instituciones de Derecho Administrativo*, trad. del alemán, Madrid, 1933, págs. 54-55.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

B) La etapa del "régimen administrativo". Sus características esenciales

La construcción del derecho administrativo, precisamente lo que Hauriou calificó como "régimen administrativo", se operó en el período comprendido entre el fin de la Revolución Francesa y el Segundo Imperio [13].

Las características peculiares que Hauriou atribuía al derecho administrativo continental europeo —en su célebre polémica con Dicey— eran las siguientes:

a) Una Administración fuertemente centralizada, con ordenación jerárquica de órganos integrados por funcionarios, que permite la existencia de un contralor administrativo por parte de los órganos superiores.

b) Un conjunto de prerrogativas atribuidas a la Administración y derivadas de su consideración como "poder jurídico". Esta es su nota esencial.

c) El juzgamiento de la actividad administrativa ilegal por tribunales administrativos. En Francia, tal función se asigna al Consejo de Estado, juntamente con la misión de evacuar consultas [14].

En cambio, el sistema anglo-sajón se encontraba entonces regulado por una concepción distinta, el *rule of law*, según la cual:

a) La descentralización o, mejor dicho, la autonomía de los entes locales era prácticamente total y absoluta, absorbiendo muchas de las competencias que en Europa continental pertenecían a la Administración Central.

b) La actividad de los órganos administrativos se hallaba sometida a las mismas reglas que los particulares, careciendo de prerrogativas de poder público. La Administración no constituía un "poder jurídico".

c) La Administración era juzgada siempre por tribunales ordinarios, independientes del Poder Ejecutivo.

Actualmente se admite que la evolución que ha sufrido la Administración Pública en Inglaterra ha dado origen a un verdadero derecho administrativo, ya que, si bien aún las diferencias son sensibles,

13 Así lo sostiene WEIL, (*Le droit administratif*, Paris, 1964, pág. 9), opinión compartida por BOQUERA OLIVER, José María, (*Derecho Administrativo*, t. I, pág. 29, Madrid, 1972).

14 LOSCHAK, Daniel, *Le rôle politique du juge administratif français*, prologado por WEIL, pág. 70 y sigs., Paris, 1972.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

se advierte la aparición y aumento de las prerrogativas estatales, una atenuación de las autonomías de los entes locales y el surgimiento de tribunales especiales para enjuiciar la actividad de la Administración Pública [15].

Idéntica situación acontece en los Estados Unidos, en un proceso que se ha desarrollado "en contra de la voluntad de los juristas y en parte sin que ellos lo supieran, como respuesta a las exigencias de la sociedad moderna, a las que, desgraciadamente, el viejo sistema ya no era capaz de hacer frente [16].

De todas las características que la doctrina clásica atribuía al "régimen administrativo" la que, sin lugar a dudas, determina su configuración autónoma y, por ende, la del derecho administrativo como derecho común de la Administración (no especial ni excepcional), es la existencia de un sistema de prerrogativas de poder público que influyen también, correlativamente, en un aumento de las garantías del administrado, a efectos de compensar al poder público y mantener un justo equilibrio entre ambas.

La existencia de tribunales administrativos, aun con cierta separación de la Administración activa, como es el Consejo de Estado Francés con sus diversas garantías (orgánicas, formales y estatutarias) [17] o la fiscalización de la actividad de la Administración por parte de los jueces ordinarios o por tribunales especiales pertenecientes al poder judicial, no constituyen un dato actualmente válido para adscribir un país al "régimen administrativo" [18].

2. LA ECUACIÓN ENTRE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DERECHO ADMINISTRATIVO: SU RUPTURA

La injerencia progresiva del Derecho Administrativo contemporáneo sobre esferas de actuación reservadas anteriormente con exclusividad al derecho privado, unida a la necesidad de regular nuevas conductas y situaciones carentes de normación, ha provocado la

15 LEFEBURE, Marcus, *Le Pouvoir d'Action Unilatérale de l'Administration en Droit Anglais et Français*, Paris, 1961; WADE, H. W. R., *Derecho Administrativo*, con prólogo de PEREZ OLEA, trad. del inglés, Madrid, 1971; ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo*, pág. 45 y sigs., 3ª ed. (reimpresión), Madrid, 1970; BOQUERA OLIVER, José María, *Derecho Administrativo*, t. I, págs. 41-43, Madrid, 1972.

16 ADAMS, John Clarke, *El Derecho Administrativo Norteamericano*, pág. 23, trad. del inglés, Buenos Aires, 1964.

17 CHEVALIER, Jacques, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, pág. 102 y sigs., Paris, 1970.

18 Cfr. BOQUERA OLIVER, José María, *ob. cit.*, t. I, pág. 32.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ruptura de la clásica ecuación entre Administración Pública y Derecho Administrativo.

De esta manera, si bien el Derecho Administrativo alcanzó a tener el contenido de las distintas concepciones que sobre la Administración Pública se han reseñado, la noción de esta última —en sus diferentes acepciones— no sirve para delimitar actualmente el contorno y el contenido de nuestra disciplina [19].

No obstante que el único criterio sobre la función administrativa que explica sin contradicciones lógicas las funciones esenciales del Estado es el material u objetivo, no puede pretenderse que esta formulación doctrinaria (sin desconocer su utilidad) sirva para agotar el contenido del derecho administrativo, en cuanto quedaría fuera de este último nada menos que la actividad reglamentaria que, desde un punto de vista estrictamente material, constituye una actividad de naturaleza legislativa o normativa.

Desde otro ángulo se observa que el derecho administrativo interviene también en la regulación y el control de la actividad de las personas públicas no estatales (colegios profesionales, etc.), al fiscalizar la Administración las decisiones de tal tipo de entidades. A todo ello se le añade, a partir de las privatizaciones, el derecho que rige la actuación de los entes regulatorios de los servicios públicos.

Queda demostrado así, en definitiva, que el derecho administrativo constituye una "categoría histórica", que no admite su identificación con aquellas concepciones doctrinarias sobre la Administración Pública que pretenden realizar su delimitación en forma absoluta [20].

La ruptura de la ecuación tradicional entre Administración Pública y Derecho Administrativo responde, en consecuencia, a una

19 CASSAGNE, Juan Carlos, *El Acto Administrativo*, pág. 68, donde realizamos la crítica a las distintas concepciones y a su empleo para el objeto que criticamos. En efecto, el llamado criterio subjetivo deja de lado toda la actividad administrativa que realizan el Parlamento y los jueces, mientras que el denominado criterio mixto no incluye la regulación de los actos de entidades no estatales, o de ciertos aspectos de ellos, por el Derecho Administrativo.

20 Es curioso advertir la tendencia de la doctrina francesa a radicalizar el problema de la definición, sobre la base de dos posturas antitéticas, como son la concepción subjetiva u orgánica —preconizada por Einsenmann— y la teoría material o funcional, que se centra en la potestad pública, sostenida por la mayoría de la doctrina francesa, particularmente por Vedel. Véanse al respecto EINSENMANN, Charles, "Droit Public, Droit Privé", en la *Revue de Droit Publique*, pág. 904 y sigs., Paris, 1952; VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, pág. 9 y sigs., Paris, 1968; RIVERO, Jean, *Droit Administratif*, págs. 17-20, Paris, 1977; BENOIT, Francis Paul, *Droit Administratif*, pág. 84, Toulouse, 1968; para este último autor la noción de poder público es, desde el punto de vista de la técnica jurídica, el dato revelador del fenómeno administrativo.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ampliación del contenido de éste como producto de circunstancias históricas.

3. CONTENIDO ACTUAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: EL PROBLEMA DE SU DEFINICIÓN

Se ha dicho que el Derecho Administrativo enfrenta una auténtica crisis de crecimiento, que hace necesario que su definición tenga la flexibilidad y el dinamismo suficientes para captar la realidad histórica de cada país [21].

La evolución operada en los cometidos del Estado [22] y la configuración del "régimen exorbitante" propio del Derecho Administrativo han originado el nacimiento de un conjunto de instituciones y técnicas que han ido modelándose en un proceso de alejamiento progresivo de los principios del derecho privado, que en un primer momento constituyeron el basamento para su desarrollo. Ello no implica en manera alguna la aceptación de una tendencia inevitable hacia el dirigismo estatal, puesto que la intervención del Estado debe regirse siempre por el principio de la suplencia o subsidiariedad.

Se ha visto antes cómo resulta prácticamente imposible definir al Derecho Administrativo sobre la base exclusiva de la noción de Administración Pública.

Así, no puede considerarse al Derecho Administrativo como el derecho de la Administración (en sentido orgánico) [23]. Este esquema —que Meilán Gil califica de simplista— se quiebra por la fuerza de la realidad que admite la transferencia de funciones estatales a entes que (aunque no revisten formas jurídicas privadas) no integran la Administración Pública [24].

21 MARTIN MATEO Ramón, *Manual de Derecho Administrativo*, 3ª ed., págs. 82-83, Madrid, 1974.

22 Al respecto Villar Palasi, expresa lo siguiente: "No sólo en el terreno de los principios jurídicos, sino también en cuanto al ámbito propio de competencia del Estado se marcará una positiva innovación: beneficencia, sanidad, educación, etc., pasarán a ser tareas estatales, ámbitos declarados públicos, arrancados de su naturaleza eclesial originaria. El proceso de secularización se cierra, así, con los llamados 'servicios sociales', echándose sobre las espaldas del Estado todo el peso y la responsabilidad del quehacer social. Pues lo que comenzó con una atracción de poder hacia el Estado concluirá con una insoportable *asunción de responsabilidad*" (*ob. cit.*, pág 95).

23 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo - FERNANDEZ, Tomás Ramón, *ob. cit.*, t. I, pág. 31 y sigs.

24 MEILAN GIL, José Luis, *El proceso de la definición del Derecho Administrativo*, pág. 77, Madrid, 1967.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Lo que ocurre es que la idea del Derecho Administrativo preexiste a la de la Administración [25], aparte de que ésta no siempre actúa en el ámbito del derecho público. El Derecho Administrativo es un derecho común [26] que precisa cortar los viejos lazos que históricamente lo unieron al derecho civil y que debe ser definido como una rama sustantiva del derecho, *ratione materia* [27].

En nuestro concepto, un criterio básico sobre el Derecho Administrativo tiene que recoger naturalmente su contenido actual, aun a riesgo de que pueda producirse su desactualización con el tiempo. Por esa razón nos parecen correctos los puntos de partida de Martín Mateo y Meilán Gil. El primero de ellos, al afirmar que no se puede construir la noción "sobre una sola piedra angular sin dar entrada a una serie de ideas complementarias". Por eso la noción debe ser pluralista. El segundo, en cuanto pone primariamente el acento en la atención de los intereses colectivos o en la satisfacción del bien común y, secundariamente, en la Administración personificada [28].

Habida cuenta de las consideraciones que hemos puntualizado y sin desconocer la relatividad que entraña la elección de un criterio [29], creemos que el derecho administrativo es aquella parte del derecho público interno que regula la organización y las funciones de substancia administrativa, legislativa y jurisdiccional del Organo Ejecutor y de las entidades jurídicamente descentralizadas, las funciones administrativas de los restantes órganos que ejercen el poder del Estado (Legislativo y Judicial) y, en general, todas aquellas actividades realizadas por personas públicas o privadas a quienes el ordenamiento les atribuye potestades de poder público derogatorias o exorbitantes del derecho privado [30]. Aun cuando no sean personas administrativas.

25 MARTIN MATEO, Ramón, *ob. cit.*, págs. 83-84.

26 VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, pág. 46, 4ª ed., Paris, 1968.

27 MEILAN GIL, José Luis, *ob. cit.*, pág. 67.

28 MEILAN GIL, José Luis, *ob. cit.*, págs. 83-85.

29 En Alemania, Wolf ha sostenido que la falta de éxito se debe a los esfuerzos encaminados a obtener una noción única de Administración Pública, cuando en realidad son varias las que existen (cfr. WOLF, H. I., *Verwaltungsrecht*, t. I, pág. 8 y sigs., 5ª ed., Munich, 1963, cit. por MEILAN GIL, *ob. cit.*, pág. 40).

30 En la doctrina uruguaya, Silva Cencio plantea la necesidad de distinguir la definición del Derecho Administrativo, según se lo conciba como un "cuerpo de reglas" o como "disciplina jurídica". Sostiene este autor que "en tanto cuerpo de reglas jurídicas, el Derecho Administrativo supone un conjunto de reglas relativas a una actividad determinada", es decir, a la función administrativa en sentido material (que define como el poder jurídico de realizar cometidos estatales en cuanto requieren ejecución inmediata). En cambio, como ciencia jurídica entiende que juntamente con las reglas de derecho administrativo, dicha disciplina debe concebirse como la ciencia que estudia también otras reglas que no

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Al definir el Derecho Administrativo como aquel "que regula la organización..." de la Administración Pública (en sentido subjetivo) adoptamos una idea que muchos han reconocido en el desarrollo teórico de la disciplina [31], incorporando el estudio de algunas técnicas y criterios de la llamada Ciencia de la Administración, respecto de la cual no creemos pueda operarse una separación tajante [32].

El estudio de la organización administrativa, en las distintas escuelas de nuestro país, comprende también la consideración de los órganos del Gobierno y de la Administración Pública [33], sin perjuicio de que el tema sea abordado desde otra perspectiva por el derecho constitucional.

En el contenido del Derecho Administrativo debe comprenderse también el estudio de todas las funciones públicas de la Administración, aun cuando las respectivas actividades traduzcan actos de diferente sustancia. Así, pese a que pueda discreparse acerca de la naturaleza de los reglamentos y de los actos de contenido jurisdiccional que emiten órganos administrativos, su temática y régimen jurídico siempre han sido objeto de nuestra disciplina.

La ampliación de ese contenido (que sería el correspondiente a la etapa: Derecho Administrativo = Administración Pública en sentido subjetivo) se opera a raíz de haberse advertido la conveniencia de

---

pertenecen al primer sentido de la definición que desarrolla, incluyendo todos los actos jurídicos y operaciones materiales en cuanto sean actividad de la Administración Pública (como conjunto de órganos públicos). SILVA CENCIO, Jorge, *Estudios de Derecho Administrativo*, t. I, págs. 86-89, especialmente los nros. 91, 92 y 98, Montevideo, 1979. En cuanto a los actos de objeto privado (también llamados actos mixtos) que para Silva Cencio constituyen el principal escollo de la tesis clásica francesa representada por Hauriou y Vedel, entre otros, la concepción del derecho administrativo como categoría histórica permite justificar, que la regulación de ciertos requisitos esenciales, como la competencia, pertenece al derecho administrativo.

31 Un ejemplo de lo que afirmamos en el texto lo constituye el tratamiento doctrinario del tema de la descentralización donde resulta imposible realizar un estudio jurídico-legal, exclusivamente.

32 En este sentido hay quienes, como Langrod, postulan que el Derecho Administrativo constituye una parte del fenómeno administrativo, que exige ser explicado por todas las ciencia sociales (cfr. LANGROD, Georges, *El Pensamiento Administrativo no Jurídico*, pág. 32, Madrid, 1964). Se trata de una postura intermedia entre quienes sostuvieron la primacía absoluta del Derecho Administrativo (Mayer, Laferrière, Santi Romano, etc.) y aquellos que alejaron de su construcción toda consideración jurídica (von Stein) que a nuestro juicio deviene en una absorción del derecho por la llamada ciencia de la administración.

33 Es la tendencia dominante en España, Alemania, Italia y Francia; puede verse al respecto GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Derecho General de Organización*, pág. 24, nota 11, Madrid, 1971.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

que la actividad materialmente administrativa de los otros órganos del poder estatal (Legislativo y Judicial) se rija fundamentalmente por los principios que regulan la actividad administrativa del Poder Ejecutivo.

Uno de los últimos avances doctrinarios del Derecho Administrativo es sin duda la inserción de la actividad de las personas no estatales (derogatoria o exorbitante del derecho privado), que comprende no sólo las prerrogativas que traducen una preeminencia sino también aquellas que implican obligaciones más estrictas [34]. Otro aspecto que demuestra la constante movilidad y ampliación de las técnicas del derecho administrativo concierne a la actuación de los nuevos entes regulatorios y a sus relaciones tanto con los concesionarios o licenciatarios como con los usuarios de los servicios públicos [35].

4. LAS BASES FUNDAMENTALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÁNEO

La mayor amplitud temática que ha ganado el Derecho Administrativo de nuestros días requiere una explicación a la luz de un conjunto de notas o facetas típicas que conforman las bases de su sistema.

Aunque algunos de los principios, que serán seguidamente objeto de análisis, ya existían en cierto modo en el derecho administrativo del Estado decimonónico, lo cierto es que, como afirma Bielsa: "los principios de la filosofía política liberal han caído en buena parte ante concepciones jurídico-políticas nuevas, o distintas de las anteriores" [36].

A) El Estado de Derecho y el principio de legalidad

La expresión "Estado de Derecho", acuñada por primera vez por von Mohl en 1832, tradujo originariamente la lucha que sostuvieron los Parlamentos por alcanzar supremacía frente al príncipe, la cual se identificó más con la idea de una superioridad orgánica fundada

34 MEILAN GIL, José Luis, *ob. cit.*, pág. 71. Es también —como recuerda este autor— la idea francesa de la *puissance publique*. VEDEL, Georges, *ob. cit.*, pág. 18 y sigs.

35 Véase leyes 24.065 y 24.076, entre otras.

36 BIELSA, Rafael, "Nociones sumarias sobre el estudio del Derecho Administrativo", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.B.A.*, nro. 10, abril-junio, 1948, pág. 273.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

en la soberanía que en la autoridad de las normas generales que emanaban del Poder Legislativo [37].

El desarrollo del constitucionalismo determinó con posterioridad los alcances precisos de la concepción dentro del modelo occidental. El Estado de Derecho significó básicamente, a partir de entonces, un régimen en el cual el derecho preexiste a la actuación de la Administración y la actividad de ésta se subordina al ordenamiento jurídico; conjuntamente, los derechos fundamentales de las personas se hallan plenamente garantidos y existen tribunales independientes para juzgar las contiendas [38].

Dentro de esta concepción surge el derecho público subjetivo que atribuye al particular la facultad de exigir una determinada conducta (positiva o negativa) de parte de la Administración, contrariamente a lo que aconteció durante el Estado-policía [39].

Pero la concepción del Estado de Derecho sufrió, especialmente a partir de la Primera Guerra Mundial, una importante transformación a raíz de la acentuación del intervencionismo estatal y el intento de borrar la dualidad entre el Estado y la sociedad. Este modelo, conocido como "Estado Benefactor" o "Estado Social de Derecho" [40], se apoyó básicamente en la premisa de que el Estado debía ser el configurador del orden social con el fin de corregir las desigualdades existentes en la sociedad, actuando la Administración como aportadora de prestaciones [41]. La quiebra de dicho modelo, que instauró la ley de la intervención estatal creciente en el campo económico social, ha originado un amplio movimiento tendiente tanto a limitar las funciones de la Administración como a desregular y desmonopolizar actividades en la búsqueda de una mayor racionalidad en la administración del gasto público y de un correlativo aumento de la gestión privada en la economía.

Este sistema, que puede calificarse como "Estado Subsidiario" [42], mantiene las reglas del Estado de Derecho, poniendo énfasis

37 BOQUERA OLIVER, José María, *Derecho Administrativo y Socialización*, pág. 58, Madrid, 1965, puntualiza que tal preeminencia fue una derivación de la doctrina de Rousseau.

38 MARTIN MATEO, Ramón, *Manual de Derecho Administrativo*, pág. 33 y sigs., Madrid, 1974.

39 VILLAR PALASI, José Luis, *ob. cit.*, pág. 95.

40 BOQUERA OLIVER, José María, *ob. cit.*, pág. 58 y sigs.; MARTIN MATEO, Ramón, *ob. cit.*, pág. 92.

41 FORSTHOFF, Ernst, *Sociedad Industrial y Administración Pública*, pág. 19 y sigs., trad. castellana, Madrid, 1967.

42 CASSAGNE, Juan Carlos, "La transformación del Estado", *L.L.*, t. 1990-E, págs. 899 y 1078.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

en la protección de la iniciativa privada y la libre competencia [43] y, al propio tiempo, que limita la intervención del Estado como productor o comerciante, no deja de hacerlo en determinados ámbitos de interés social (salud pública, previsión social, etc.) no cubiertos por la actividad privada.

B) El intervencionalismo estatal y el principio de subsidiariedad

Hace muchos años, en su clásica obra *De la Administración Pública con relación a España*, a Olivan no le pasaron inadvertidas las dos posturas extremas, que en forma ininterrumpida tratan de alcanzar su predominio; por un lado, aquellas doctrinas que propugnan la total abstención de la Administración Pública en cuanto al manejo de los intereses colectivos, y por el otro, las posiciones que exageran el papel del Estado al sotener una total intervención del mismo en todos los campos de la sociedad [44].

El fenómeno del intervencionismo estatal no traduce empero un proceso inédito en la historia en la medida en que su existencia aparece —con variado alcance y extensión— configurada desde la Edad Media hasta el Estado liberal, cuyo grado de intervencionismo en la industria —por ejemplo— ha sido suficientemente destacado [45].

Pero a raíz de diversos factores ha cambiado la intensidad de ese proceso. A ello han contribuido decisivamente el hecho de las aglomeraciones que muestra la vida contemporánea, el cual produce una multiplicación de las necesidades colectivas y el abandono del principio de las economías cerradas que basaban su producción en la atención de las necesidades de los integrantes de la comunidad local. Asimismo, el Estado había asumido la realización de las actividades industriales y comerciales a través de formas jurídicas privadas y nuevos cometidos aparecen en su horizonte [46], a raíz del proceso de

43 Art. 42, Const. Nac.

44 Olivan, expresa lo siguiente: "Dejad hacer, dicen los que, llevando al campo de la administración sus teorías exageradas en política, pretenden confiar al interés individual el arreglo de los otros intereses que le son opuestos. Hacedlo todo, dicen, por el contrario, los que intentan introducir la acción de gobierno hasta los más sencillos pormenores, sin conceder a los pueblos ni a los individuos libertad, estímulo ni recompensa. Todos los extremos son viciosos..." (cfr. OLIVAN, Alejandro, *ob. cit.*, en el texto, *Instituto de Estudios Políticos*, pág. 78, Madrid, 1954).

45 VILLAR PALASI, José Luis, *La Intervención Administrativa en la Industria*, pág. 13 y sigs., t. I, Madrid, 1964.

46 SAVY, Robert, *Droit Public Economique*, págs. 1-3, Paris, 1972.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

privatizaciones que rescatado el papel que tienen en nuestro ordenamiento constitucional los derechos privados (art. 14, Const. Nac.).

En general, puede advertirse que actualmente —en todos los países que han seguido el sistema continental europeo, como el nuestro—, no existen prácticamente actividades cuyo ejercicio no se vinculen, en mayor o menor intensidad, con el derecho administrativo [47].

En el proceso de justificación del intervencionismo estatal se había abdicado del principio de no injerencia, que aunque no se cumplía en todo su rigorismo, como lo recogen investigaciones recientes [48], se oponía en forma dogmática para impedir o refutar la asunción por parte del Estado de actividades industriales o comerciales.

Al propio tiempo aparece como un principio rector en esta materia el de la suplencia o subsidiariedad, que justifica la intervención en aquellos casos de ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada, cuando fuere necesario para la satisfacción del bien común [49]. Al respecto se ha sostenido que "la función del Estado en la economía no consiste en paliar algunos de sus efectos nocivos asumiendo el papel de productor bien intencionado y entrando en competencia con los sectores privados... La producción debe residir en principio en la esfera privada..." [50] y así ha acontecido en nuestro país a partir de la denominada Ley de Reforma del Estado (ley 23.696).

Pero la función del Estado no se agota con el "dejar hacer" sino que a veces requiere decisiones positivas en aquellos campos en que el bien común reclama su intervención [51]. Se ha operado una suerte de evolución del derecho de libertad, que en el campo de las industrias (por ejemplo) reemplaza el principio de la libertad industrial por el sistema de mercado (muy mal interpretado entre nosotros) que exige tener en cuenta no el interés individual exclusivamente, sino también el de la comunidad, procurando la satisfacción armónica de ambos [52].

47 CASSAGNE, Juan Carlos, *ob. cit.*, pág. 56.

48 VILLAR PALASI, José Luis, *ob. cit.*, pág. 15 y sigs.

49 El principio de la subsidiariedad ha sido considerado un principio jurídico básico de derecho natural (cfr. MESSNER, Johannes, *Etica Social, Política y Económica a la luz del Derecho Natural*, pág. 336, Madrid, 1967). Este principio arraiga en la doctrina de las encíclicas papales, véase *Mater et Magistra*, parte segunda, nros. 51, 52, 53 y sigs., que recoge el principio formulado por Pío XI en la encíclica *Quadragesimo anno*.

50 BOSCH, Francisco Miguel, *La Moneda del César*, pág. 93, Buenos Aires, 1972.

51 DABIN, Jean, *ob. cit.*, pág. 144.

52 VILLAR PALASI, José Luis, *ob. cit.*, pág. 27; principio incorporado ("la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados") en el art. 42 de la Const. Nac.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

5. EL CONCEPTO TÉCNICO DE POTESTAD: SU DISTINCIÓN CON LA FUNCIÓN Y EL COMETIDO. LA POTESTAD Y EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD

Las funciones estatales esenciales (administrativa, legislativa y jurisdiccional) explican el obrar del Estado desde un punto de vista material, constituyendo una división de la actividad estatal en sus grandes lineamientos, de acuerdo a pautas que tienen en cuenta no sólo los datos de homogeneidad que concurren para configurar cada definición, sino la peculiaridad de los regímenes jurídicos que acompañan la vida de los actos que cada una de las funciones produce. La función es, pues, actividad estatal genéricamente considerada.

Pero también puede descenderse de la escala genérica y separar, dentro de cada una de las funciones, las actividades concretas o tareas que tenga asignadas cada órgano estatal. Dicha tarea o actividad particularizada dentro de la función (actividad genérica) recibe el nombre de cometido [53] (v.gr. el servicio público).

Ahora bien, para poder realizar esas funciones y los cometidos estatales que a ellas se adscriben, resulta necesario que la Administración Pública disponga de "poderes" o prerrogativas para cumplir integralmente con los fines de bien común que persigue el Estado. Tales "poderes" se denominan en el lenguaje técnico "potestades"; su conjunto configura el llamado *pouvoir administratif* cuyo estudio para Hauriou constituía el primer lugar en el derecho administrativo [54], en oposición a la escuela del servicio público (Jeze, Duguit y Bonnard) que consideraba a éste como fin del Estado y principal objeto del derecho administrativo, relegando la consideración del "poder público".

El concepto técnico de potestad se logra a través de su contraste con el derecho subjetivo, pues si bien ambos tienen la particularidad

53 Cfr. SAYAGUES LASO, Enrique, *ob. cit.*, t. I, págs. 48-52. No estamos de acuerdo, en cambio, con el concepto de este autor acerca de las funciones estatales, las cuales distingue —inspirándose en Bonnard— de los cometidos, por la circunstancia de que las funciones serían los "poderes" jurídicos de legislación, administración y jurisdicción (*ob. cit.*, t. I, pág. 35 y sigs., y pág. 49, nota 1); ello implica confundir función con potestad. Para Luqui, las funciones son los modos jurídicos de manifestación del poder del Estado (ejecución, normación y jurisdicción) siendo la Administración, en sentido material, "la actividad del Estado dirigida directa e inmediatamente a la satisfacción del interés público, a realizar los cometidos estatales..." (*ob. cit.*, *L.L.*, t. 151, pág. 1085).

54 HAURIOU, Maurice, *Précis de Droit Administratif*, pág. 7, Paris, 1927.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

común de pertenecer al género de los "poderes públicos", todas las demás notas son diferentes [55].

En tal sentido; la idea de potestad contrasta con la de derecho subjetivo en los siguientes aspectos:

a) La potestad no nace de relación jurídica alguna, sino del ordenamiento jurídico, que la disciplina y regula [56].

b) Ella no versa sobre contenidos específicos determinados sino que tiene un objeto genérico, no consistiendo en una prestación individual sino en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, aunque de su ejercicio y como consecuencia de su titularidad puedan devenirse relaciones jurídicas particulares [57].

c) No genera deberes concretos, ni sujetos obligados, sino una situación de sometimiento o sujeción a sufrir los efectos jurídicos que de ella emanan [58], no hay pues sujeto obligado sino una situación pasiva de inercia.

La potestad estatal consiste, en consecuencia, en un "poder de actuación" que ejercitándose de acuerdo con el ordenamiento jurídico puede generar situaciones jurídicas que obliguen a otros sujetos [59].

Existen diversas especies de potestades de la Administración: reglamentaria, de mando o imperativa, sancionadora, ejecutiva y jurisdiccional, cuyo régimen será abordado en las distintas partes de esta obra, como que hacen a uno de los aspectos de mayor gravitación sobre el contenido del derecho administrativo.

La potestad reglamentaria consiste básicamente en la aptitud del Poder Ejecutivo y, en general, de la Administración Pública que habilita a emitir actos de alcance general que traducen la institución de situaciones generales, objetivas y obligatorias.

En cambio, la potestad de mando o imperativa se vincula a la posibilidad de dictar órdenes revestidas de *imperium* que alcanza su expresión máxima en el Poder Ejecutivo [60].

55 GARCIA DE ENTERRIA Eduardo - FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 278, Madrid, 1974.

56 ROMANO, Santi, *El Ordenamiento Jurídico*, pág. 175, trad. del italiano, Madrid, 1973.

57 GARRIDO FALLA, Fernando, *ob. cit.*, t. I, pág. 175; GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo - FERNANDEZ, Tomás Ramón, *ob. cit.*, t. I, pág. 278.

58 ROMANO, Santi, *Corso di Diritto Amministrativo*, pág. 137 y sigs., Padova, 1937; GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo - FERNANDEZ, Tomás Ramón, *ob. cit.*, t. I, pág. 278.

59 GARRIDO FALLA, Fernando, *ob. cit.*, t. I, pág. 420, 8ª ed., 1982.

60 VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. II, pág. 232, Buenos Aires, 1950.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Si se tiene en cuenta el poder disciplinario (interno), o el correctivo (externo), la potestad se denomina sancionadora, aunque debe reconocerse que constituye, en realidad, un complemento de la potestad imperativa [61].

La necesidad de ejecutar los actos que emanan de las anteriores potestades, explica y justifica la idea de una "potestad ejecutiva" o de ejecución, que se traduce en diversos actos: de tutela o protección, de coacción forzosa, de gestión económica, de vigilancia, de gracia o dispensa, etcétera [62].

En cuanto a la potestad jurisdiccional, ella puede definirse esencialmente en la facultad de decidir controversias con fuerza de verdad legal, por cuyo motivo, si bien se la admite [63], su ejercicio es excepcional en virtud de tratarse de la función que la Constitución Nacional atribuye predominantemente a los jueces.

Si las potestades tienen su origen en el ordenamiento jurídico, se requiere, por aplicación del principio de legalidad, que una norma previa la configure y la atribuya. Por tal razón, se originan en ley material y son inalienables, intransmisibles o irrenunciables.

Como un principio básico de la actual concepción del Estado de Derecho, debe tenerse en cuenta que no obstante el hecho de que las potestades administrativas traducen situaciones ordinarias de ejercicio del poder público, ellas no pueden ser absolutas e ilimitadas sino razonables y justamente medidas y tasadas en su extensión por el propio ordenamiento jurídico, que acota sus límites y precisa su contenido [64].

La técnica de atribución de la potestad puede ser genérica (v.gr. art. 99, inc. 2°, de la Const. Nac., respecto a una de las formas en que se traduce la potestad reglamentaria), expresa o específica (la potestad disciplinaria del régimen de la función pública) [65].

6. EL RÉGIMEN EXORBITANTE

El sistema del derecho administrativo posee, como nota peculiar, una compleja gama de poderes o potestades jurídicas que componen lo que se ha llamado régimen exorbitante, que se determina y

61 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 578.
62 VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *ob. cit.*, t. II, pág. 242.
63 CASSAGNE, Juan Carlos, *El Acto Administrativo*, pág. 124 y sigs.
64 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo - FERNANDEZ, Tomás Ramón, *ob. cit.*, pág. 282.
65 ALLESI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 183.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

modula en los distintos países de un modo diferente, ya que el mismo, en definitiva, es un producto de la categoría histórica que caracteriza al derecho administrativo.

La existencia de esa peculiaridad no agota totalmente el contenido del derecho administrativo que se integra también con instituciones y normas donde las técnicas de actuación no traducen necesariamente prerrogativas de poder público ni el uso de la coacción sino de facultades que amplían el ámbito o esfera de los derechos de los particulares, tal como acontece con el fomento (que entre nosotros tiene raíz constitucional y constituye uno de los fines del Estado: art. 75, inc. 18, de la Const. Nac.).

El régimen exorbitante no implica en todos los casos una situación de desborde o conflicto con el derecho privado. Si bien su origen obedece a una situación de exorbitancia donde el derecho administrativo era una suerte de derecho especial o de excepción, modelado en torno del núcleo de técnicas que se separaron del tronco común del derecho, el crecimiento progresivo de sus instituciones ha contribuido a generar una autonomía que hoy en día resulta indiscutible.

La denominación de régimen exorbitante se mantiene sólo en un sentido convencional que ya no responde a su significado originario, pues su contenido se integra, además de las prerrogativas de poder público, con las garantías que el ordenamiento jurídico instituye a favor de los particulares para compensar el poder estatal y armonizar los derechos individuales con los intereses públicos que persigue el Estado, cuya concreción, en los casos particulares, está a cargo de la Administración Pública. De ese modo, el régimen exorbitante se configura como el sistema propio y típico del derecho administrativo.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CAPÍTULO V

LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

SUMARIO

1. El concepto de fuentes del derecho y sus peculiaridades en el Derecho Administrativo.
2. Distintas clasificaciones acerca de las fuentes del derecho.
3. La jerarquía de las fuentes: la Constitución.
4. La ley: concepto, caracteres y régimen jurídico.
5. La reserva de ley en la Constitución reformada
6. El Decreto-ley.
7. El reglamento:
   A) Fundamento de la potestad reglamentaria.
   B) Clases de reglamentos.
      a) Reglamentos ejecutivos o de ejecución.
      b) Reglamentos autónomos o independientes.
      c) Reglamentos delegados.
      d) Reglamentos de necesidad o urgencia.
8. Instrucciones de servicio, circulares y reglamentos de organización.
9. Tratados.
10. Continuación: condiciones de validez y aplicabilidad de los tratados de integración
    A) Reciprocidad e igualdad
    B) El orden democrático y los derechos humanos
11. Convenciones colectivas de trabajo.
12. Principios generales del derecho.
13. La equidad.
14. La costumbre. Clasificación.
15. Los precedentes administrativos.
16. La jurisprudencia.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

17. El valor de la doctrina como fuente del Derecho Administrativo.
18. Interpretación y fuentes del derecho: la analogía.
19. La prelación jerárquica de las fuentes.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CAPÍTULO V

LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. EL CONCEPTO DE FUENTES DEL DERECHO Y SUS PECULIARIDADES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

El estudio acerca de las fuentes del derecho no pertenece estrictamente al derecho administrativo sino que constituye un tema propio de la llamada teoría general del derecho [1] dentro de la cual se han formulado diferentes concepciones [2].

Dadas las peculiaridades propias que reviste el derecho administrativo, como rama en formación, cuyo ordenamiento no cristaliza definitivamente por las continuas transformaciones de la realidad que debe regular, el análisis de las fuentes del derecho exige una consideración particular de parte de la doctrina.

El concepto básico y esencial nos indica que las fuentes del derecho son los medios o formas que dan origen al ordenamiento jurídico [3].

Pero el ordenamiento jurídico-administrativo no se integra, como se verá seguidamente, sólo con normas positivas. Sin desconocer la trascendencia de la norma positiva como fuente del derecho —en tanto sea justa y emitida conforme a las condiciones previstas en

1 Cfr. GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 242, Madrid, 1980; PRAT, Julio A., *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 215, Montevideo, 1977.

2 CUETO RUA, Julio C., *Fuentes del derecho*, págs. 24-25, Buenos Aires, 1961; LINARES, Juan Francisco, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, pág. 91, Buenos Aires, 1975.

3 LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, t. I, Buenos Aires, 1961. En el mismo sentido Prat apunta que el vocablo fuente de derecho traduce una metáfora acertada que revela el origen de donde emerge o brota el derecho o normas que lo contienen (*ob. cit.*, t. I, pág. 216).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

el propio ordenamiento positivo jerárquicamente superior (v.gr. las normas y principios constitucionales)— no puede limitarse ni circunscribirse lo jurídico a las normas escritas [4], habida cuenta de la frecuencia con que aparecen las llamadas lagunas o vacíos del ordenamiento jurídico positivo.

El derecho administrativo aparece, precisamente, cuando los juristas y los hombres de gobierno advirtieron que el derecho de los administrados no derivaba sólo de las leyes, que en la mayor parte de las veces no prescribían soluciones para reglar las controversias con la Administración Pública.

Es conocido el papel y la gravitación que ha tenido en la elaboración de nuestra disciplina el Consejo de Estado de Francia, cuya jurisprudencia abrió un amplio cauce para arbitrar respuestas justas, fundadas en la realidad social, a los principales problemas que planteó y plantea la actuación administrativa. Al admitirse que el Estado debía regirse por principios diferentes a los propios del derecho privado, se dio un paso esencial para la formulación de un derecho autónomo para regir el obrar de la administración en el campo del derecho público, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la analogía [5].

Esa jurisprudencia del Consejo de Estado francés, al aceptar la existencia de reglas jurídicas que no emanan del legislador positivo, hace suponer que las normas no escritas trascienden los imperativos del poder, por su relación directa con la persona humana y la naturaleza de las cosas [6].

2. *DISTINTAS CLASIFICACIONES ACERCA DE LAS FUENTES* DEL DERECHO

Existen varias clasificaciones sobre lo que debe entenderse por fuente del derecho, aun cuando ellas no revisten la misma trascendencia.

4 VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, pág. 246, Paris, 1968; expresa este autor que ocurre que el Consejo de Estado funda alguna de sus soluciones en reglas que no derivan directamente de fuente escrita alguna —Constitución, ley o reglamento—, viendo en esas reglas "principios generales del derecho".

5 Ello hace posible que la administración pueda cumplir con su fin que no es la mera ejecución de las leyes como lo entendía la ya clásica tesis normativa sino la satisfacción del bien común o interés público (cfr. GARRIDO FALLA, Fernando, *ob. cit.*, t. I, pág. 253 y sigs.).

6 Cfr. BARBE PEREZ, Héctor, *Los principios generales del derecho como fuente del derecho administrativo en el derecho positivo uruguayo*, pág. 21, Montevideo, 1958.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

La clasificación que trasunta una mayor importancia es la que distingue a las fuentes en reales (o materiales) y formales, la cual es indudable que encierra la idea de justicia, en cuanto intenta superar la concepción estrictamente legalista o positivista del derecho. Se entiende por fuentes reales o materiales, aquellos modos (elementos, factores, etc.) que determinan el contenido de las normas jurídicas, con independencia de los órganos con competencia para producir disposiciones jurídicas [7]. En cambio, son fuentes formales, aquellas que dan origen al ordenamiento, y que emanan de órganos estatales competentes, a través de un cauce formal preestablecido mediante el procedimiento previsto por el derecho positivo [8]. En este sentido el concepto fuente se limita a la Constitución, la ley y el reglamento [9].

También se han distinguido las fuentes según que contribuyan a la producción o al conocimiento del derecho. En el primer caso se trata de los modos por los cuales se crea el derecho (v.gr. la ley y el reglamento) mientras que por el segundo concepto se quiere significar los medios que permiten conocer el derecho (v.gr. doctrina, bibliografía, colecciones de leyes, etc.).

Si se admite —y así debe reconocerse— que la Administración Pública crea derecho, se pueden, a su vez, distinguir las fuentes que provienen de ámbitos ajenos al poder administrador (v.gr. Constitución, ley y jurisprudencia judicial) de aquellas que se originan en la actividad de los propios órganos administrativos (v.gr. precedentes administrativos, reglamentos, etc.) [10].

7 MONTEJANO, Bernardino (h.) - NOACCO, Julio César, *Estática Jurídica*, pag. 10 y sigs., Buenos Aires, 1969. Este concepto de fuente real o material incluye a la costumbre y a los principios generales del derecho.

8 PRAT, Julio A., *ob. cit.*, pág. 216; GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción al Derecho*, pág. 184, Buenos Aires, 1967.

9 Es objeto de controversia si pueden considerarse fuentes los actos particulares, o sea las normas que sólo regulan un caso concreto, y los denominados repartos autónomos o actividad autónoma, concepto con el que se denomina a los contratos y demás actos de los particulares o de los grupos sociales por los cuales voluntariamente se crean situaciones jurídicas. GOLDSCHMIDT (*ob. cit.*, pág. 186); MONTEJANO, Bernardino (h.) y NOACCO, Julio César (*ob. cit.*, pág. 12), entienden que son fuentes del derecho. En cambio, GARRIDO FALLA (*ob. cit.*, pág. 227) excluye de la noción de fuente a los hechos o actos que crean o disciplinan situaciones concretas. En general, la doctrina sólo entiende como fuentes del derecho a los actos que crean normas o principios de carácter general. En tal sentido debe tenerse en cuenta respecto a la actividad autónoma que los convenios colectivos de trabajo, si bien son de naturaleza contractual, crean normas de carácter general, razón por la cual son fuentes del derecho.

10 Otra clasificación distingue las fuentes en directas e indirectas, según que se basen o no en textos positivos. Para esta postura, la ley es fuente directa, mientras que la doctrina constituye una fuente indirecta (cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 197).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Habida cuenta de la forma federal de gobierno que informa a la organización constitucional argentina, las fuentes del derecho administrativo tienen, en nuestro país, carácter o naturaleza local, dado que las provincias no sólo se dan sus propias instituciones y se rigen por ellas (art. 5° de la Const. Nac.) sino que conservan todo el poder que no hubieran delegado a la Nación (art. 121 de la Const. Nac.).

Por esa causa, aparte de precisar la jerarquía de las fuentes, es preciso establecer en nuestro ordenamiento administrativo el carácter provincial o nacional de las fuentes, en cada caso particular.

3. LA JERARQUÍA DE LAS FUENTES: LA CONSTITUCIÓN

El estudio de las fuentes plantea el problema de determinar la jerarquía de cada una de ellas, aparte de su naturaleza e imperatividad.

La Constitución estatuye el conjunto de principios y normas supremas del ordenamiento positivo, cuya jerarquía normativa es superior a la ley y al reglamento, imponiéndose a todos los actos que dicta la Administración Pública [11].

Por su jerarquía, es la fuente más importante de todo el derecho, particularmente para el derecho administrativo, cuyos capítulos se nutren en los principios y normas constitucionales. Así lo prescribe el texto expreso del artículo 31 de la Constitución Nacional.

La Constitución Nacional, sancionada en el año 1853, con las reformas de los años 1860, 1898, 1957 y 1994 contiene el Preámbulo, que expresa los grandes objetivos y principios que inspiraron a los constituyentes y el articulado, que estatuye las reglas generales que rigen la vida del Estado y los derechos y deberes de los habitantes, aun cuando también, existen artículos que consagran verdaderos principios sin alcanzar la estructura lógica propia de las normas.

La primacía de la Constitución Nacional comprende según su artículo 31 no sólo los principios y normas constitucionales sino también los tratados y las leyes dictadas por el Congreso como consecuencia de las facultades que le atribuye la ley suprema [12].

11 Cfr. VEDEL, Georges, *ob. cit.*, pág. 238. La llamada Ciencia del Derecho Constitucional estudia los diferentes significados que se le atribuyen a la Constitución (jurídico-formal, material, normativa, etc.). Véase al respecto GARCIA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, pág. 33 y sigs., Madrid, 1961.

12 En tal sentido la Corte Suprema ha dicho que: "...esta Corte ha establecido que las provincias "carecen de facultades para retardar, impedir o de cualquier manera contralo-

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Pero tanto las normas como los principios constitucionales tienen operatividad por sí mismos, no siendo indispensable que las declaraciones, derechos y garantías, que consagra la Constitución, deban ser reglamentadas [13].

Del régimen que instituye la Constitución surgen una serie de principios y reglas que configuran la base del derecho administrativo, entre los que cabe mencionar:

a) Personalidad jurídica del Estado.

La concepción del Estado como persona jurídica, se encuentra implícitamente reconocida en el artículo 35 de la Constitución Nacional. En ese carácter, ejerce potestades y derechos, contrae obligaciones, impone deberes y cargas, etc. Refuerza esta interpretación la referencia que se formula a la Nación —entendida como sujeto de derecho— en el título primero de la segunda parte de la Constitución, ya que al reglar la actividad de los organismos de la Nación, reconoce como presupuesto que esos órganos integran un sujeto de derecho con personalidad jurídica.

b) Las funciones, potestades y cometidos del Poder Ejecutivo.

El artículo 99 de la Constitución Nacional, al prescribir las funciones, potestades y cometidos del Poder Ejecutivo, configura una de las fuentes más ricas del derecho administrativo. De esta norma derivan, entre otras, las siguientes normas y principios:

1. La jefatura suprema de la Nación y la jefatura del Gobierno del cual depende la Administración general del país (cuyo responsable político es el Poder Ejecutivo) y la llamada zona de reserva de la Administración (art. 99, inc. 1°, de la Const. Nac.);
2. La potestad para dictar reglamentos de ejecución (art. 99, inc. 2°, de la Const. Nac.);

---

rear" el cumplimiento de las leyes sancionadas por el Congreso Nacional en ejercicio de facultades constitucionales" (*Fallos*, t. 173, pág. 128, consid. 4°; t. 226, pág. 408, consid. 5° y otros), y tal doctrina la ha fundado en el principio de supremacía consagrado en el art. 31 de la Constitución, aplicable toda vez que "estén en juego los planes trazados o la política adoptada por el Congreso teniendo en vista los intereses del país como un todo" (C.S. diciembre 22-1987, "Estado Nacional c/ Provincia de Santiago del Estero").

13 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 202; LINARES QUINTANA, Segundo, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. V, págs. 373 y 374, Buenos Aires, 1955-1963.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

3. Competencia para dictar actos institucionales (art. 99, inc. 4°, de la Const. Nac.) y actos administrativos (art. 99, incs. 6°, 7° y 10, de la Const. Nac.).

c) Las relaciones del Presidente con el Jefe de Gabinete, sus ministros y la competencia de ellos (arts. 100 a 107 de la Const. Nac.).

d) Los derechos y garantías de los particulares frente al Estado (arts. 14, 16, 17, 19 y 28 de la Const. Nac.).

En el sistema constitucional argentino hay que tener en cuenta, además, el doble orden de atribuciones derivado de la coexistencia simultánea de la personalidad jurídica de las provincias y de la que es inherente a la Nación (Estado Nacional).

Esa coexistencia no es óbice para que el régimen instituido consagre, en un texto expreso, la supremacía de la Constitución Nacional por sobre las Constituciones que dicten las provincias bajo el sistema republicano y representativo, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, y siempre que aseguren la administración de justicia, el régimen municipal y la educación primaria (art. 5° de la Const. Nac.).

4. La ley: concepto, caracteres y régimen jurídico

En su sentido material, se entiende por ley todo acto o norma jurídica que crea, modifica o extingue un derecho de carácter general y obligatorio, mientras que, de acuerdo al criterio formal, la ley consiste en el acto emanado del Organo Legislativo, conforme a un procedimiento preestablecido.

Para la primera de las concepciones —que es la que hemos adoptado al estudiar las funciones estatales— la raíz objetiva o material del acto que es producto de la función legislativa se encuentra tanto en las leyes emanadas del Congreso como en los reglamentos que dicta el Poder Ejecutivo.

De ese modo, los caracteres esenciales de la ley —en su sentido material— están constituidos por la generalidad y la obligatoriedad [14].

14 Para Bidart Campos, ley es todo acto del Parlamento que crea derecho nuevo y originario, no estimando suficiente la caracterización de la ley como norma general y obligatoria (cfr. Bidart Campos, Germán J., *El Derecho Constitucional del Poder*, t. I, págs. 352 y 355, Buenos Aires, 1967).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

La generalidad de la ley consiste en la circunstancia de regular mediante normas jurídicas situaciones abstractas, impersonales y objetivas, que se aplican o pueden aplicarse a toda la comunidad, un sector o conjunto de individuos.

Por su parte, la obligatoriedad o imperatividad destaca un carácter que hace al cumplimiento de las prescripciones de la ley, en cuanto el Estado posee el poder de asegurar que ellas se cumplan, inclusive apelando a la coacción [15].

En nuestro ordenamiento constitucional, el Congreso, ejerciendo su competencia para dictar actos con forma de ley, sanciona también actos de alcance particular, cuando otorga subsidios, pensiones, decreta honores o privilegios (art. 75, incs. 9, 18 y 20, de la Const. Nac.). En tal sentido, se ha sostenido que la falta de generalidad no constituye un obstáculo para calificar a tales actos como leyes en virtud de que, si bien la generalidad sería un carácter natural de la ley, no hace a su esencia [16].

Es evidente que si se sigue un criterio exclusivamente material para determinar el concepto de ley, las dificultades que plantea la existencia de leyes que no poseen alcance general resta homogeneidad a la noción. Esta circunstancia ha llevado a un sector de la doctrina a la adopción de un criterio mixto que, al combinar el criterio formal con el material, considera que sólo son leyes las normas de carácter general emanadas del Organo Legislativo de acuerdo al procedimiento previsto para ello [17]. Es indudable que éste es el concepto que interesa desde el punto de vista de las fuentes del derecho.

Lo que ocurre es que no existiendo desde el punto de vista formal una denominación técnica diferenciada para los distintos tipos de actos que sancionan los parlamentos [18], los tres conceptos de ley

15 La Procuración del Tesoro de la Nación ha aceptado la posibilidad de que el Poder Ejecutivo se abstenga de aplicar una ley manifiestamente inconstitucional; véase al respecto COMADIRA, Julio Rodolfo, "La posición de la Administración Pública ante la ley inconstitucional", *R.E.D.A.*, nro. 1, pág. 151, Buenos Aires, 1989.

16 BIELSA, Rafael A., *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 174, Buenos Aires, 1955; MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 209; DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 399; GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. V-20, Buenos Aires, 1974. La idea referida en el texto fue expuesta por Jellinek.

17 GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 268, Madrid, 1980, quien destaca que aun reconociendo la validez de las nociones material y formal de la ley, no puede desconocerse que la ley como "fuente del derecho" constituye una combinación de ambos criterios, definiéndola como la "norma jurídica de carácter general y obligatorio dictada por los órganos estatales a los que el ordenamiento jurídico atribuye el poder legislativo".

18 Como, en cambio, poseen los actos del Poder Ejecutivo que refrendan los ministros,

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

que se han descripto pueden ser válidamente utilizados, aun cuando predomina el empleo del criterio formal, que es el que recoge nuestra Constitución Nacional [19].

Pero, como fuente del derecho, la noción técnica de ley en sentido material debe combinarse con el criterio formal, sin que esta circunstancia implique desconocer la función materialmente legislativa o normativa que cumple el Poder Ejecutivo a través de la utilización de la potestad reglamentaria.

La ley formal sólo puede ser derogada por otra ley, dictada por el Organo Legislativo de acuerdo al procedimiento previsto. Así lo exige el principio del paralelismo de las competencias y la llamada preferencia de la ley, como fuente del derecho [20].

El problema de la prevalencia de las leyes se refleja también en los conflictos que se suscitan entre las distintas leyes del ordenamiento nacional y provincial y entre las leyes posteriores y anteriores, cuando estas últimas tuvieren carácter especial. En el primer supuesto, si se trata de materias atribuidas, en forma privativa, al Congreso Nacional, las leyes que dicten las provincias no pueden alterar las leyes de la Nación. Los conflictos de esta naturaleza deben ser resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 116 y 117 de la Const. Nac.) [21]. En el segundo caso, las leyes posteriores derogan las leyes dictadas con anterioridad [22]. Pero este principio re-

---

que llevan el nombre de decretos y que pueden tener tanto alcance general (reglamentos) como particular (actos administrativos).

19 BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 172, Buenos Aires, 1955.

20 El art. 17 del Cód. Civ. prescribía, en la redacción anterior a la reforma introducida en el año 1968, que "Las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte sino por otras leyes...". No obstante que este texto fue suprimido con la reforma de aquel año, tal supresión no significa autorizar que las leyes sean derogadas por otros actos, sino que ella obedeció a los conflictos existentes entre la ley y la costumbre. (cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. I, págs. 104-105, Buenos Aires, 1977; BORDA, Guillermo A., *La reforma de 1968 en el Código Civil*, pág. 29, Buenos Aires, 1974; apunta este autor que el art. 17 constituía un resabio del positivismo jurídico y una aplicación exagerada de los arts. 19 y 22 de la Const. Nac.

21 Sobre los conflictos entre leyes nacionales y provinciales véase VALIENTE NOAILLES, Carlos, *Manual de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. I, pág. 383, Buenos Aires, 1970.

22 Una ley especial —que contenga una disposición de alcance particular— puede exceptuar o derogar para ese caso una ley de carácter general. Se trata de un principio opuesto al que rige en materia reglamentaria, donde un acto administrativo (de alcance individual) no puede dictarse como excepción al reglamento (de alcance general). Este principio llamado de la "inderogabilidad singular del reglamento" no rige para las leyes en los sistemas constitucionales basados en la concepción "rousseauniana" de la soberanía del pueblo y de la voluntad general. Sin embargo, hubo autores en Francia, como Du-

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

conoce una excepción importante cuando las leyes anteriores hubieran sido dictadas para regir una situación especial *(lex posterior generalis, non derogat priori speciali)*. Las leyes especiales subsisten, en consecuencia, en tanto no exista una repugnancia efectiva o incompatibilidad con la ley general posterior [23].

Tradicionalmente se consideran "leyes especiales" aquellas que determinan un régimen particular para un caso determinado o para una serie de casos determinados, mientras que son "leyes generales" aquellas que prescriben el régimen aplicable a todos los supuestos que componen un determinado género de relaciones jurídicas.

Otro rasgo que suele atribuirse a la ley es el de su irretroactividad, debiendo analizarse si el mismo constituye un principio esencial [24].

---

guit, que procuraron extenderlo al Parlamento. Entre nosotros BIELSA (*ob. cit.*, t. I, pág. 178) sostuvo que aun cuando el principio era justo "es algo que destruye la autoridad del Congreso o del Parlamento". En realidad, la justicia del principio, cuyos antecedentes se remontan al derecho anterior a la Revolución Francesa, tiene un fundamento de derecho natural, en cuanto predica la igualdad de los individuos frente a las normas de carácter general, admitiendo las excepciones sólo cuando la norma general lo autorice.

23 Este principio no escrito, ha dado lugar a una nutrida jurisprudencia de nuestros tribunales. La doctrina de la Corte Suprema ha sido expuesta en términos que no dejan lugar a dudas sobre este particular. Ha dicho el alto tribunal federal lo siguiente (*Fallos*: 202-48; 226-274; 260-62; etc.): "Para que una ley derogue implícitamente disposiciones de otra es necesario que el orden de cosas establecido por ésta sea incompatible con el de aquélla. *Esa incompatibilidad debe ser indudable y manifiesta cuando se trata de la derogación de normas de una ley especial por las de una ley general*". Los fundamentos de esta doctrina fueron expuestos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso registrado en *Fallos* 202-48 publicado en *L.L.*, t. 39, pág. 188, donde la Corte dijo: "...es necesario recordar la jurisprudencia de esta Corte Suprema, según la cual una ley general *no es nunca derogatoria de una ley o disposición especial*, a menos que aquélla contenga alguna expresa referencia a ésta o que exista *una manifiesta repugnancia entre las dos en la hipótesis de subsistir ambas* y la razón se encuentra en que la legislatura que ha puesto toda su atención en la materia y observado todas las circunstancias del caso y previsto a ellas, no puede haber entendido derogar por una ley general posterior, otra especial anterior, cuando no ha formulado ninguna expresa mención de su intención de hacerlo así. Como un corolario de la doctrina, según la cual, dice BLACKSTONE (*Interpretation of Law*, pág. 116), las derogaciones implícitas no son favorecidas, ha llegado a sentarse como regla en la interpretación de las leyes que una ley posterior de carácter general sin contradecir las cláusulas de una ley especial anterior, no debe ser considerada como que afecta las provisiones de la primera, a menos que sea absolutamente necesario interpretarlo así por las palabras empleadas. Cuando existen dos leyes o disposiciones de leyes relativas al mismo objeto, ambas deben ser aplicadas, siendo ello practicable". Esta doctrina fue recogida por un plenario de la Cámara Federal de la Capital, *in re*, "Gobierno Nacional c/ Cura, Angel", *L.L.*, t. 92, pág. 475, y *J.A.*, t. 4-1958, pág. 274.

24 La Corte Suprema ha dicho que, en derecho administrativo, la retroactividad no se presume sino que rige el principio opuesto; véase "Domínguez, Alberto c/ U.N.R." de fecha 15/10/85.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Al respecto, la Constitución Nacional establece el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* (art. 18), el cual, se ha considerado aplicable en materia de sanciones administrativas, de naturaleza disciplinaria o contravencional.

Pero el Código Civil, en uno de sus títulos preliminares, admite la posibilidad de que se dicten leyes retroactivas a condición de que no afecten derechos amparados por garantías constitucionales [25]. Dicho precepto, por pertenecer a la parte general del derecho, resulta de aplicación directa al derecho administrativo, es decir, a las leyes administrativas, no siendo exclusivo del derecho civil [26].

En nuestro ordenamiento positivo las leyes se clasifican en:

a) Leyes nacionales, dictadas por el Congreso Nacional, pudiendo esta categoría ser objeto de una subclasificación según que se trate de:
   1) Leyes locales, que rigen sólo en el ámbito de la Capital Federal (art. 75, inc. 30, de la Const. Nac.);
   2) Leyes de derecho común, cuya aplicación se halla a cargo de los jueces locales y nacionales (art. 75, inc. 12, de la Const. Nac.);
   3) Leyes federales, que regulan materias de ese carácter atribuidas al Congreso por la Constitución Nacional, cuya aplicación compete a los jueces federales (art. 75, en sus demás incisos).
b) Leyes provinciales, que dictan las legislaturas de cada provincia sobre materias que les atribuyen las respectivas constituciones y cuya aplicación compete a los jueces provinciales.

El estudio del procedimiento legislativo, es decir, de los trámites que es necesario realizar para el dictado de las leyes, corresponde al derecho constitucional. En el orden nacional, el procedimiento respectivo se encuentra prescripto en la Constitución (arts. 77 al 84) constando de varias etapas: iniciativa, discusión, sanción, promulgación y publicación.

De todas esas etapas, al derecho administrativo le interesan fundamentalmente la promulgación y la publicación.

La promulgación de las leyes que tiene a su cargo el Poder Ejecutivo puede ser expresa o tácita: esto último ocurre cuando no

25 Art. 3° del Cód. Civ. La irretroactividad de una norma debe ser declarada expresamente, no procediendo su admisión en forma tácita o presunta. La ley retroactiva no puede alterar situaciones jurídicas ya constituidas o cuyos elementos existentes tienen un valor jurídico propio (Véase *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 138, pág. 47).

26 CASSAGNE, Juan Carlos, *El acto administrativo*, pág. 49 y sigs.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

aprueba un proyecto en el término de diez días hábiles (art. 80 de la Const. Nac.). El acto de promulgación debe abarcar, en principio, todas las disposiciones de la ley sancionada.

Sin embargo, el Poder Ejecutivo puede vetar parcialmente normas siempre que con ello no altere el sistema de la ley a promulgar [27].

En cuanto a los requisitos de publicidad, el artículo 2° del Código Civil —con la reforma introducida por la ley 16.504— prescribe que "las leyes no son obligatorias sino después de su publicación, y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial".

La publicación de la ley, en tanto revista la condición de ley material, importa un requisito impuesto en orden a la preservación del principio de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional. Por esta causa, no es dable admitir que un particular, en conocimiento de la promulgación, pretenda exigir el cumplimiento de una ley respecto de un caso concreto antes de su publicación.

5. LA RESERVA DE LEY EN LA CONSTITUCIÓN REFORMADA

En el sistema de la Constitución de 1853/60, si bien el Congreso poseía una competencia ilimitada para el dictado de normas generales (ex art. 67, inc. 28), se atribuía al Poder Ejecutivo la potestad de reglamentar las leyes mediante los llamados reglamentos de ejecución (ex art. 86, inc. 2°). En este caso, el reglamento se subordina a la ley y posee una jerarquía inferior a ella (ambos preceptos se han mantenido invariables después de la reforma constitucional con diferente denominación: art. 75, inc. 32, art. 99, inc. 2°).

[27] La reforma constitucional de 1994 consagró la legitimidad del veto parcial (art. 80). En ocasión de la promulgación parcial que realizó el Poder Ejecutivo respecto de la ley 16.881 que reguló el denominado contrato de trabajo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la invalidez de la promulgación sosteniendo que "el proyecto sancionado por el Congreso Nacional constituía un todo inescindible, de modo que las normas no promulgadas no han podido separarse del texto legal sin detrimento de la unidad de éste". Sostuvo también, el Alto Tribunal que, "como regla las disposiciones de una ley están vinculadas entre sí" y que "no cabe asegurar que el Congreso hubiera sancionado el proyecto en caso de excluirse algunas de sus normas capitales. De ahí que el Poder Ejecutivo no pudo, en su momento, proceder como procedió, sin invadir atribuciones propias del Congreso y sin asumir en la especie la calidad de legislador" (*Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 268, pág. 352, *L.L.*, t. 127, pág. 166, con nota de Alberto Robredo).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Pero tanto la práctica constitucional, como la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina administrativista, admitieron que, dentro de determinados límites, podía operarse una quiebra del principio de concentración de la potestad legislativa en el Parlamento en situaciones en las que se admitió la potestad del Ejecutivo para emitir normas generales, además de los reglamentos de ejecución.

Así, mientras fue consolidándose, de una parte, la corriente favorable a la configuración de una zona de reserva de la Administración, cuya jefatura habilita al titular del Poder Ejecutivo a ejercer una potestad reglamentaria autónoma o independiente, *ad intra*, sobre materias propias de la organización administrativa, por la otra, después de una compleja evolución y con no pocos excesos (en relación a la doctrina que sustentaba la legitimidad constitucional de estas técnicas) se reconoció competencia al Poder Ejecutivo para dictar normas que correspondían a la competencia del legislador (reglamentos delegados y reglamentos de necesidad y urgencia).

No obstante que este último reconocimiento hubiera hecho necesario acudir a la técnica de las materias reservadas a la ley para limitar el ejercicio de la potestad reglamentaria sobre zonas que pertenecen, por su propia naturaleza, a la competencia privativa del Congreso y que excluyen la del Poder Ejecutivo [28], no se acudió mayormente a dicha técnica limitativa (salvo en materia penal y determinados aspectos de la imposición de tributos) propugnándose limitaciones formales para fundar la procedencia de la delegación (plazo y extensión de la potestad) y de la potestad para dictar reglamentos de necesidad y urgencia (v.gr. sometimiento inmediato del reglamento a la aprobación del Congreso), aun cuando respecto de esta última, los límites materiales estaban ciertamente dados por los conceptos jurídicos indeterminados que configuraban la situación de necesidad

28 Con un sentido diferente (en cuanto reconoce un amplio poder residual a favor del Ejecutivo) Mayer llama reserva de ley a la exclusión de la actividad del Poder Ejecutivo (conf. MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, trad. de la edición francesa de 1903, T. I, págs. 98 y sigs., Buenos Aires, 1949). Véase también: GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, págs. 258 y sigs., 5ª ed., Madrid, 1989; GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, págs. 178-179, nota 24, 10ª ed., Madrid, 1987; GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Ley y Reglamento en el Derecho Público Occidental*, pág. 17 y sigs., Madrid, 1971; JESCH, Dietrich, *Ley y Administración*, trad. del alemán, pág. 131 y sigs., Madrid, 1978; sobre la peculiar configuración del sistema francés después de la constitución de 1958 puede consultarse, entre otros: VEDEL, Georges y DELVOLVE, Pierre, *Droit Administratif*, págs. 81-88, 9ª ed., París, 1984.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

y urgencia, interpretada siempre en forma restrictiva (por la doctrina que postulaba su validez constitucional).

Ahora bien, junto a esa corriente interpretativa, coexistía otra, sostenida por prestigiosos constitucionalistas argentinos, que interpretaban que correspondía exclusivamente al Congreso la potestad para la emanación de leyes en sentido material, apoyándose en el modelo americano, no obstante la quiebra que de ese principio se había ido efectuando en los últimos tiempos, mediante la técnica de la delegación legislativa al Poder Ejecutivo o la atribución de poderes normativos a las Comisiones Reguladoras que dependen del Congreso norteamericano.

La situación descripta ha cambiado luego de la reforma constitucional de 1994. Por de pronto, se consagra como regla general la prohibición al Poder Ejecutivo de dictar disposiciones de carácter legislativo (art. 99, inc. 3°, Const. Nac.). De otra parte, se configura la reserva legal en dos sentidos. El primero, al prohibirse la delegación legislativa en el Ejecutivo, salvo respecto de materias determinadas de administración o emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases que el Congreso establezca (art. 76, Const. Nac.). Resulta claro que hay aquí una relativización de la reserva legal al matizarse su rigidez con la técnica de la delegación que sólo se admite respecto de determinados ámbitos de competencia prescriptos por la Constitución. Tal ha sido, por otra parte, el ámbito clásico protegido por la técnica de la reserva legal en los ordenamientos constitucionales europeos. El otro sentido, más preciso, configura la técnica de la reserva legal respecto de ciertas materias que no pueden ser objeto de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia, tales como las normas que regulan la materia penal, tributaria, electoral, o régimen de los partidos políticos (art. 99, inc. 3°, Const. Nac.).

Como advertencia final cabe señalar que existen también ciertos derechos que, por estar garantizados por ley, pertenecen a la zona de reserva legal y como tal se encuentran excluidos de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia (v.gr. la privación del derecho de propiedad por expropiación por causa de utilidad pública, art. 17, Const. Nac.) y la reglamentación de los derechos individuales (art. 14, Const. Nac.). En todos estos casos se evidencia el carácter absoluto que asume la reserva legal de nuestro sistema constitucional y en esas materias la Administración mantiene una vinculación positiva con la ley.

El diseño constitucional descripto implica otro de los apartamientos fundamentales del modelo estadounidense, sin que tampoco

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

quepa una asimilación plena con los sistemas europeos en los que abrevan algunas de las nuevas instituciones. En rigor, se ha plasmado un sistema complejo que, en gran parte, se halla fundado en antecedentes de nuestra propia realidad.

6. EL DECRETO-LEY

En épocas de anormalidad constitucional, el Poder Ejecutivo dicta actos obligatorios de alcance general, sobre materias que deben ser reguladas por ley formal. En tales casos, el instrumento normativo correspondiente recibe el nombre de "Decreto-Ley".

En la realidad histórica de nuestro país el instrumento "Decreto-Ley" se ha limitado al proveniente del Poder Ejecutivo *de facto*, llegando a reglar materias que formalmente corresponden a la ley [29], distinguiéndolos tanto de los reglamentos delegados como de los reglamentos de necesidad y urgencia, que dicta el Organo Ejecutivo *de iure*, en ejercicio de la potestad reglamentaria.

El dictado de los "Decretos-Leyes" se ha justificado en orden a la necesidad de asegurar la vida del Estado y su validez ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación [30], continuando su vigencia aún después de instalado el gobierno *de iure*, sin exigirse para ello la ratificación expresa del Poder Legislativo [31].

7. EL REGLAMENTO

El acto unilateral que emite un órgano de la Administración Pública, creador de normas jurídicas generales y obligatorias, que regula, por tanto, situaciones objetivas e impersonales, recibe la denominación de reglamento.

29 BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Constitucional del Poder*, t. I, pág. 334, Buenos Aires, 1967. Sostiene este autor que el Decreto-Ley no configura una legislación delegada sino asumida por el Presidente de la República, a causa de la disolución del Congreso.

30 VALIENTE NOAILLES, Carlos, *Manual de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, pág. 13, Buenos Aires, 1970.

31 DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 408; ALTAMIRA, Pedro Guillermo, *Curso de Derecho Administrativo*, pág. 55, Buenos Aires, 1971; la última jurisprudencia de la Corte admite la vigencia de los Decretos-Leyes de facto no por el reconocimiento judicial de su continuidad sino por el hecho de que el Congreso lo ratifique expresa o tácitamente; véase "Budano c/ Facultad de Arquitectura", de fecha 9/5/87.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Los reglamentos constituyen fuentes del derecho para la Administración Pública, aun cuando proceden de ella misma, ya que integran el bloque de legalidad, al cual los órganos administrativos deben ajustar su cometido. Constituyen, desde el punto de vista cuantitativo, la fuente de mayor importancia del Derecho Administrativo, habida cuenta de que no sólo son dictados por el Poder Ejecutivo, sino también por los demás órganos y entes que actúan en su esfera.

En lo que concierne a la naturaleza de la actividad reglamentaria la mayor parte de la doctrina, considera que se trata de una actividad administrativa [32], tesis esta que es sostenida aún por quienes participan de la concepción objetiva o material sobre la función administrativa [33].

En nuestro concepto, la actividad reglamentaria es una actividad materialmente legislativa o normativa [34], ya que se trata del dictado de normas jurídicas de carácter general y obligatorias por parte de órganos administrativos que actúan dentro de la esfera de su competencia normativa.

Consiste en una actividad jurídica de la Administración que se diferencia de la administrativa por cuanto ésta es una actividad inmediata, práctica y concreta tendiente a la satisfacción de necesidades públicas, encuadrada en el ordenamiento jurídico.

Se denomina también a los reglamentos actos de alcance o contenido general; ésta es la terminología que utiliza la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, para la cual el reglamento es un acto de alcance general [35], expresión que comprende a los meros actos de alcance general que no integran el ordenamiento jurídico [36].

Pero la figura del Reglamento no agota todas las situaciones que traducen la emisión de actos de alcance o contenido general en sede administrativa. Las normas generales que sólo tienen eficacia interna en la Administración o que están dirigidas a los agentes públicos

32 BENVENUTI, Feliciano, *Appunti di Diritto Amministrativo*, pág. 36, Padova, 1959.

33 GARRIDO FALLA, Fernando, *ob. cit.*, t. I, pág. 290; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 237; WALINE, Marcel, *Droit Administratif*, pág. 117 y sigs., Paris, 1963; ALESSI, Renato, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, pág. 255, Milano, 1958.

34 XIFRA HERAS, Jorge, *Formas y Fuerzas Políticas*, pág. 270, Barcelona, 1958; CASSAGNE, Juan Carlos, *El acto administrativo*, pág. 101.

35 Ley 19.549, arts. 11, 24 y 25; el decreto reglamentario nro. 1759/72 (t.o. por decreto 1883/91) utiliza la misma terminología (art. 103 y sigs.).

36 Véase HUTCHINSON, Tomás, *La Ley nacional de procedimientos administrativos*, pág. 447 y sigs., Buenos Aires, 1985.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

—instrucciones de servicio, circulares— no producen efectos jurídicos respecto a los particulares. Su principal efecto jurídico se deriva del deber de obediencia jerárquica del inferior al superior [37].

Los reglamentos se encuentran sujetos a un régimen jurídico peculiar que los diferencia de las leyes en sentido formal, de los actos administrativos y de las instrucciones de servicio y circulares y demás reglamentos internos, siendo sus principales características:

a) Constituyen o integran el ordenamiento jurídico.

b) Para que entren en vigencia deben ser publicados. Producen efectos a partir de su publicación oficial y desde el día en que ellos determinen; si no designan tiempo, producirán efecto después de los ocho días computados desde el día siguiente de su publicación oficial [38].

En este aspecto, se asemejan a las leyes (art. 2° del Cód. Civ.) y difieren de los actos administrativos que deben ser objeto de notificación y de las instrucciones, circulares o reglamentos internos de la Administración, que no requieren ser publicados.

c) Pueden ser derogados total o parcialmente por la Administración en cualquier momento, no rigiendo el principio de estabilidad del acto administrativo [39].

d) Están sujetos a los mismos principios que la ley en cuanto al principio de la irretroactividad [40].

e) Tienen un régimen de protección jurisdiccional propio. Si bien no modifican situaciones subjetivas sino hasta que son aplicados mediante un acto particular, la L.N.P.A. hace posible su impugnación judicial en dos supuestos: 1) cuando un interesado a quien el acto afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente en sus derechos subjetivos haya formulado reclamo

37 La doctrina alemana ha diferenciado los denominados reglamentos jurídicos de los reglamentos administrativos. Véase FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 201, Madrid, 1958. Nuestra doctrina en general distingue los reglamentos propiamente dichos de los reglamentos internos. SAYAGUES LASO, *ob. cit.*, t. I, págs. 120-122, afirma que nos es posible diferenciar el reglamento jurídico del administrativo por cuanto todos los actos de alcance general suponen el dictado de normas jurídicas.

38 L.N.P.A., art. 11 y R.L.N.P.A., art. 103 (t.o. por decreto 1883/91).

39 R.L.N.P.A., art. 83 (t.o. por decreto 1883/91), ver "Estado Nacional c/ Arenera El Libertador S.R.L." del 29/5/89, *Rev. D.F.*, 47, Nov. 1989, nro. 497, pág. 426, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde se sostuvo que no hay derecho al mantenimiento de leyes o reglamentos (Ver también "Tinedo c/ ENTel" del 27/2/86).

40 R.L.N.P.A. (t.o. por decreto 1883/91), art. 83, CASSAGNE, Juan Carlos, *ob. cit.*, pág. 105.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ante la autoridad que lo dictó con resultado negativo, 2) cuando el acto general se hubiera aplicado y contra tales actos se hubieran agotado sin éxito las instancias administrativas. De otra parte, en sede administrativa, el R.N.L.P.A. faculta a los particulares a impugnar por medio de recursos administrativos los actos de alcance general —reglamentos— a los que la autoridad hubiera dado o comenzado a dar aplicación [41].

f) Dado que el reglamento contiene normas de carácter general y el acto administrativo normas individuales o concretas existe un orden de prelación que determina que el acto administrativo deba ser dictado conforme a las normas generales que contiene el Reglamento [42], lo que deriva del principio de legalidad de la actividad administrativa. En realidad, la Administración está impedida de modificar o no cumplir el reglamento cuando dicta un acto particular, a fin de tutelar la igualdad de tratamiento entre los administrados, principio éste de origen constitucional que sólo puede ser reglamentado por ley en sentido formal [43].

El citado principio determina también que los actos concretos de autoridades superiores no pueden vulnerar disposiciones reglamentarias de carácter general dictadas por autoridades inferiores, dentro del límite de su competencia [44].

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 vis-

41 Ley 19.549, art. 24, incs. a y b, y dec. 1759/72, art. 73 (t.o. por decreto 1883/91). Asimismo, vide CASSAGNE, Juan Carlos, *ob. cit.*, pág. 102.

42 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, pág. 279 y sigs., Madrid, 1970; y GARRIDO FALLA, Fernando, *ob. cit.*, t. I, pág. 251, quien recuerda el art. 30 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del 26 de julio de 1957, que establece "las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan grado igual o superior a éstas". Sobre su obligatoriedad para la Administración en el derecho norteamericano y francés, ver: MAIRAL, Héctor A., *La doctrina de los propios actos y la Administración Pública*, pág. 97 y sigs., Buenos Aires, 1988.

43 DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. I, pág. 419 y sigs.

44 El derecho administrativo italiano también acepta el principio; al respecto puede verse ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo, Parte General*, t. I, pág. 105, trad. del italiano, Buenos Aires, 1954; al respecto Mairal ha puntualizado la necesidad de que el principio no se aplique en forma indiscriminada o irrazonable (*ob. cit.*, pág. 100 y sigs.), en el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en el caso "Arenzon" (*Fallos*, t. 306, pág. 400).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ta jurídico tal proceder constituiría una limitación a la igualdad, siendo el Congreso el poder competente para reglamentar los derechos individuales [45].

La Procuración del Tesoro de la Nación, máximo órgano de asesoramiento jurídico de la Administración, reiteradamente ha dictaminado que el principio de legalidad de la actividad administrativa no permite la violación de los reglamentos mediante actos administrativos de carácter individual o singular [46].

A) *Fundamento de la potestad reglamentaria*

La potestad reglamentaria de la Administración tiene su fundamento en la lógica y en el derecho. Se justifica, en la práctica, por cuanto los órganos administrativos se encuentran mejor capacitados para reglamentar cuestiones que requieren una preparación técnica y jurídica de la que el Congreso en general carece, por tratarse de un poder político [47]. Las reglamentaciones administrativas requieren rapidez en su sanción y permanentemente deben ser actualizadas, siendo los órganos administrativos los más aptos para ello por el principio de la inmediatez que rige toda la actividad administrativa.

Pero como tales argumentos sólo conducen a demostrar la necesidad de que la Administración pueda dictar Reglamentos, resulta imprescindible analizar si la potestad reglamentaria pertenece a la Administración, en el plano estrictamente jurídico.

Cabe señalar que la cuestión se plantea con el advenimiento del derecho constitucional moderno y, en particular, con la separación de los poderes, ya que en la antigüedad el soberano poseía la potestad legislativa [48].

Hay autores que sostienen que la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo proviene de su misión de ejecutar las leyes. Dicha potestad es delegada por el Poder legislador en el Ejecutivo, siendo por lo tanto de carácter excepcional y para que se manifieste debe estar expresamente atribuida la competencia por una ley formal. Tales argumentaciones derivan de la teoría de la separación de poderes,

45 Según Parada Vázquez, la prohibición de dispensas singulares injustificadas se fundamenta en el principio de igualdad, vid: *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 64, Madrid, 1989.

46 *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, nro. 4, pág. 84, que cita los siguientes precedentes de la colección de dictámenes: t. 34, pág. 201; t. 87, pág. 145; t. 97, pág. 241; t. 100, pág. 191; t. 102, pág. 213; y t. 114, pág. 495.

47 GARRIDO FALLA, Fernando, *ob. cit.*, t. I, pág. 291.

48 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 238.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

según la cual todo el poder se encuentra subordinado a la ley y el *imperium* corresponde sólo al Poder Legislativo [49].

Quienes consideran que el poder del Estado es único pero se manifiesta a través de todas sus funciones —legislativa, administrativa y jurisdiccional— entienden que todos los órganos poseen *imperium* [50].

Asimismo, es evidente que la múltiple actividad estatal no puede dividirse en sectores totalmente diferenciados. Un concepto realista de la sociedad revela que la Administración cada día aumenta sus funciones a costa de las legislaturas; que ella dicta normas, administra y juzga. Por ello, se afirma que la actividad no se desnaturaliza por el órgano que la produce [51].

Dentro de este contexto se postula la idea de que la potestad reglamentaria puede corresponder a la Administración en ejercicio de poderes propios en la medida de que no avance sobre la reserva de la ley. Se trata de una función normativa o legislativa por medio de la cual se crean reglas jurídicas generales e impersonales aplicables a un sector abstracto de ciudadanos, constituyéndose a través de ella, el ordenamiento jurídico [52].

Por otra parte, el Poder Ejecutivo posee una facultad propia e inherente para aclarar el sentido de una disposición reglamentaria, aun cuando cabe señalar la existencia de alguna jurisprudencia contraria del Alto Tribunal [53].

Cuando la ley deja un margen de arbitrio al Poder Ejecutivo, éste puede limitar su propia libertad de acción o de elección dictando disposiciones generales, obligatorias para la Administración y para los particulares.

El dictado de normas generales por parte de la Administración asegura el tratamiento igual de los administrados, garantizando así la vigencia del principio constitucional de igualdad (art. 16 de la Const. Nac.).

49 JOUVENEL, Bertrand, *El Poder*, pág. 277 y sigs., Madrid, 1956.

50 XIFRA HERAS, Jorge, *ob. cit.*, pág. 233.

51 XIFRA HERAS, Jorge, *ob. cit.*, pág. 245 y sigs.

52 XIFRA HERAS, Jorge, *ob. cit.*, pág. 269 y sigs.; MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 238; LUQUI, Roberto Enrique, "Algunas consideraciones sobre el concepto de Administración Pública", *L.L.*, t. 151, pág. 1072 y sigs.

53 *In re* "Danna Carlos c/ SIAM" de fecha 17/5/88, *E.D.*, t. 127, pág. 488.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

B) *Clases de reglamentos*

Si se tiene en cuenta el órgano que dicta los reglamentos, ellos pueden clasificarse en nacionales o provinciales, presidenciales, ministeriales o provenientes de entes estatales con personería jurídica.

En el orden nacional, los reglamentos pueden provenir de la Administración, de la Legislatura o del Poder Judicial, ya que las normas de carácter general dictadas por el Congreso o por los organismos judiciales, sin el carácter formal de las leyes o sentencias, son también reglamentos, sujetos, en principio, al mismo régimen jurídico que los dictados por la Administración.

En la terminología utilizada en nuestro país con la palabra *Decreto* se alude a los reglamentos del Poder Ejecutivo. También se denominan de la misma forma los reglamentos dictados por los intendentes municipales; pero en nuestra práctica administrativa se denomina *Decreto* tanto al acto de contenido normativo, como al de alcance particular. Igual calificación entendemos que corresponde atribuir a los actos del Jefe de Gabinete dictados en ejercicio de la administración general del país.

Los reglamentos de autoridades subordinadas al Poder Ejecutivo (ministros, secretarios de Estado, directores, etc.), se denominan resoluciones o disposiciones, aun cuando con el mismo nombre también se designa a los actos de alcance particular dictados por las mismas autoridades. Con el término ordenanzas se denomina a los reglamentos o actos de alcance particular dictados por los órganos representativos municipales (Concejo Deliberante, Sala de Representantes, etc.); el concepto es utilizado también para las disposiciones normativas de índole militar, aduanero o impositivo [54].

La terminología correcta es, en todos los casos, "Reglamento", cualquiera sea el órgano o ente estatal que los produzca, siendo indiferente desde el punto de vista jurídico la utilización de distintos términos.

Más importante es la clasificación que tiene en cuenta la vinculación o relación de los Reglamentos con las Leyes. Según ella, la doctrina reconoce cuatro clases de Reglamentos: ejecutivos, autónomos, delegados y de necesidad o urgencia [55]. Nos ocuparemos seguida-

54 La Const. Nac., en el art. 67, inc. 23, denomina ordenanzas a los actos de la Legislatura referidos a las Fuerzas Armadas.

55 Esta clasificación, si bien no es la seguida por la doctrina europea, es la más usual en nuestro país; MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 239; y DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. I, pág. 421 y sigs.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

mente de los emanados de órganos o entes de la Administración Pública.

a) *Reglamentos ejecutivos o de ejecución*

Son los que dicta el Poder Ejecutivo (art. 99, inc. 2°, Const. Nac.) en ejercicio de facultades normativas propias, para asegurar o facilitar la aplicación o ejecución de las leyes, llevando o regulando detalles necesarios para un mejor cumplimiento de las leyes y de las finalidades que se propuso el legislador [56].

Se trata de una actividad normativa secundaria respecto de la actividad primaria que es la ley. Las normas reglamentarias integran la ley, siendo castigada su violación con las sanciones previstas para el caso de incumplimiento de ésta [57].

En el orden nacional, la Constitución establece que corresponde al Presidente de la Nación expedir las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias (art. 99, inc. 2°, de la Const. Nac.).

Dado que se trata de una actividad subordinada a la ley, aparte de los límites generales a la potestad reglamentaria, los reglamentos de ejecución poseen límites propios. El citado artículo de la Constitución Nacional establece un primer límite al prescribir que los reglamentos no pueden alterar el espíritu de las leyes [58].

Sólo pueden reglamentarse aquellas leyes cuya aplicación corresponde al Poder Ejecutivo [59]. Las normas de derecho privado son aplicadas directamente por los particulares, correspondiendo su aplicación en caso de controversia a los tribunales federales, nacionales o provinciales; en consecuencia, el Poder Ejecutivo carece de competencia para reglamentar las disposiciones de los Códigos Civil o Comercial, con excepción de los aspectos donde su aplicación le ha

56 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 240.

57 "Los derechos reglamentarios son tan obligatorios para los habitantes como si sus disposiciones se encontraran insertas en la propia ley... y se consideran parte integrante de la misma ley" (*Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 48, pág. 430; t. 187, pág. 449; y t. 234, pág. 166).

58 La Corte Suprema ha señalado que un reglamento no puede limitar o cercenar lo que la norma no crea; ver: "Balpala Construcciones c/ Dirección Nacional de Vialidad", *E.D.* t. 137, pág. 160.

59 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 258; y DIEZ, Manuel María; *ob. cit.*, t. I, pág. 423.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

sido encomendada (inscripciones de operaciones inmobiliarias o de actos registrables en general, etc.).

La reglamentación de una ley no puede prescribir cargas u obligaciones que por su naturaleza sólo puedan ser dispuestas por la ley en sentido formal [60]. La facultad de reglamentar las leyes no significa que obligatoriamente deban reglamentarse; ellas entran en vigencia y deben ser aplicadas a los casos particulares, aun cuando el órgano administrativo no hubiera hecho uso de la competencia atribuida para reglamentarla [61]. No obstante, a veces, la ley subordina su vigencia a la reglamentación o se trata de prescripciones que por su carácter necesariamente deben ser reglamentadas [62].

La autoridad competente para reglamentar las leyes, de acuerdo a la Constitución Nacional, es el órgano Presidente de la República [63].

b) *Reglamentos autónomos o independientes*

Esta clase de reglamentos se halla constituida por aquellas normas generales que dicta el Poder Ejecutivo y, en general, la Administración sobre materias que pertenecen a su zona de reserva. En su dictado, el gobierno y la Administración no aplican una ley, sino que directamente interpretan y aplican la Constitución [64].

60 DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. I, pág. 421.

61 La Corte Suprema de Justicia de la Nación en un fallo del año 1987 ha sostenido la tesis de que el carácter programático de una ley. "...no es causa que por sí sola justifique una inacción *sine die* del Estado en hacer efectivas sus disposiciones..." (en la causa "Hotel Internacional Iguazú S.A. c/ Estado Nacional s/ ordinario" del 10/12/87, II-30-XXI).

62 DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. I, pág. 421.

63 DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. I, pág. 424, señala que los ministros carecen de competencia para reglamentar las leyes; en cuanto a las entidades autárquicas institucionales, afirma que sólo pueden reglamentar los aspectos técnicos necesarios para su aplicación, pero de ningún modo limitar los derechos individuales.

64 El concepto de reglamento autónomo es controvertido: GARRIDO FALLA, Fernando, *ob. cit.*, t. I, pág. 296; ZANOBINI, Guido, *ob. cit.*, t. I, pág. 106; y DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. I, pág. 426, entienden, entre otros autores, que son los dictados en asuntos cuya competencia le corresponde a la Administración de acuerdo con la distribución de funciones realizadas por la Constitución, o para regular el ejercicio de poderes que le han sido conferidos discrecionalmente a la Administración por el ordenamiento jurídico. En cambio, MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 241, excluye de la noción de reglamento autónomo a los derivados de las facultades discrecionales acordadas por la ley, interpretando que son los dictados dentro de la zona de reserva de la ley que no puede ser invadida por el poder administrador, también hay una zona de reserva de la Administración, posición que compartimos.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

El concepto de reglamento autónomo se vincula, entonces, esencialmente con la llamada zona de reserva de la Administración, cuya titularidad está a cargo del Poder Ejecutivo. Entre nosotros, Marienhoff afirma que el reglamento autónomo es dictado por el Poder Ejecutivo en materias acerca de las cuales tiene competencia exclusiva de acuerdo a textos o principios constitucionales [65]. Sostiene que, así como existe una zona de reserva de la ley que no puede ser invadida por el poder administrador, también hay una zona de reserva de la Administración en la cual el Poder Legislativo carece de imperio. Esta teoría, argumenta, es consecuencia del principio de separación de los poderes, por cuya causa limita el concepto de reglamento autónomo al dictado en el ámbito de la zona de reserva de la Administración.

La existencia o no de una zona de reserva de la Administración ha sido objeto de controversias en la doctrina. Quienes sostienen que la actividad reglamentaria no corresponde originariamente al gobierno ni a la Administración, sino que se trata de una actividad delegada o autorizada por el legislador concluyen en que toda materia debe ser regulada por las leyes y que por lo tanto no existe la llamada zona de reserva de la Administración.

La ausencia de una zona de reserva de la Administración es sostenida en nuestro país por un sector doctrinario [66], que interpreta que la competencia para dictar reglamentos autónomos desaparece si el Congreso decide reglar las instituciones, teniendo el Poder Legislativo amplias facultades, dado que el artículo 75, inciso 32, de la Constitución Nacional lo faculta a hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina.

En nuestra opinión la citada disposición constitucional no puede invocarse para facultar al Congreso a dictar normas sobre materias claramente atribuidas por la Constitución al Poder Ejecutivo [67].

65 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, pág. 249 y sigs., Buenos Aires, 1982; BIANCHI, Alberto B., *La delegación legislativa*, pág. 34, Buenos Aires, 1990.

66 DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. I, pág. 428; LINARES, Juan Francisco, *ob. cit.*, t. I, pág. 24; GORDILLO, Agustín A., *ob. cit.*, t. I, pág. V-50, y DROMI, José Roberto, *Instituciones de Derecho Administrativo*, pág. 355, Buenos Aires, 1973.

67 BIDART CAMPOS, Germán J., *ob. cit.*, t. II, pág. 83; MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 241 y sigs.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

El dictado de los reglamentos autónomos corresponde, en principio, al Poder Ejecutivo de acuerdo a la distribución de funciones que realiza la Constitución Nacional, la cual, en su artículo 99, inciso 1°, le atribuye responsabilidad política por la administración general del país.

En los casos en que se ha querido subordinar la Administración a la ley, expresamente la Constitución Nacional lo ha prescripto; así, en el caso de la facultad de conceder jubilaciones o supervisar la recaudación de rentas, los incisos 6° y 10 del artículo 99 lo establecen, debiendo actuar con arreglo a las leyes.

La existencia de una zona de reserva de la Administración resulta indudable. La separación de poderes no ha intentado convertir al legislativo en un poder con facultades sobre los demás, como supone la concepción *rousseauniana* que enlaza la ley con la voluntad general representada por el Poder Legislativo.

La Corte Suprema de justicia de la Nación, ha repudiado la doctrina de la omnipotencia legislativa interpretando que si el pueblo hubiera querido dar al Congreso más atribuciones lo habría hecho reformando la Constitución e incorporando al respecto disposiciones expresas. Cada uno de los tres poderes aplica e interpreta la Constitución por sí mismo cuando ejercita las facultades que ella le confiere [68].

Como ejemplos típicos de reglamentos autónomos pueden mencionarse: el decreto 7520/44 que reglamentó el recurso jerárquico; el decreto 1429/72 sobre régimen de licencias para los agentes públicos e incluso puede sostenerse que el decreto 1759/72 de Procedimientos Administrativos constituyó un reglamento autónomo, por cuanto se refiere a materias que son claramente de competencia del Poder Ejecutivo [69].

68 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, págs. 244 y 245, y *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, causa "Horta c/ Harguindeguy", t. 137, pág. 47. Véase también: *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, t. 84, pág. 182, y t. 125, pág. 370; en este último dictamen, publicado en *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, nro. 3, pág. 191, se afirma que el legislador no puede invadir competencias propias y exclusivas del Poder Ejecutivo bajo pena de inconstitucionalidad.

69 En tal sentido DOCOBO, Jorge José, "El Reglamento de Procedimientos Administrativos", *J.A.*, sec. doctrina, 1972, pág. 705. Así se desprende de la propia Exposición de Motivos de la *L.N.P.A.*

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

c) *Reglamentos delegados*

La aceptación de esta clase de reglamentos se hallaba controvertida en la doctrina constitucional. Se trata de normas generales dictadas por la Administración en base a una autorización o habilitación del Poder Legislativo, regulando materias de competencia del legislador. Los reglamentos delegados se diferencian de los decretos-leyes por la existencia de una ley formal que autoriza su emisión.

Como la facultad para dictarlos no emana de la potestad reglamentaria sino de la habilitación legal [70], se trata de una actividad de carácter excepcional de la Administración, conteniendo normas sobre materias que, si bien deben ser reguladas por la ley, el Congreso ha decidido que lo sean por la Administración.

En base a que su dictado altera la competencia de los poderes que instituye la Constitución, se cuestionó la validez de los reglamentos delegados, por cuanto el Congreso no podría delegar sus atribuciones al Poder Ejecutivo.

Pero resulta evidente que el desempeño de las funciones estatales determina la conveniencia de realizar una actividad integradora entre los distintos poderes, siendo necesario a tal efecto que la ley pueda ampliar la potestad de dictar normas generales que le corresponde a la Administración.

Se han señalado algunas razones que tornan necesaria la existencia de la delegación legislativa; falta de tiempo del Congreso, carácter técnico de algunos asuntos, aspectos imprevisibles de algunas materias, exigencias de flexibilidad de ciertas normas, etcétera [71].

La realidad demuestra que la legislación delegada es una necesidad y que no altera la división de poderes por cuanto el legislador

70 Para Bianchi los reglamentos ejecutivos son una especie de reglamentos delegados ubicando su fundamento constitucional en el ex art. 67, inc. 28 de la Const. Nac. (cfr. *La delegación legislativa*, pág. 52, Buenos Aires, 1990). No estamos de acuerdo con la tesis que considera a los reglamentos ejecutivos como una especie de reglamentos delegados, pues todos los antecedentes del ex art. 86, inc. 2° (art. 85, inc. 2° del Proyecto de Alberdi, art. 82 de la Constitución de 1826 y la Constitución de Cádiz de 1812) y la tradición anglosajona, indican que la norma se refiere a la función del Poder Ejecutivo relativa a la ejecución de las leyes. La mayor parte de las leyes requieren de una ulterior actividad de la Administración para poderlas aplicar. El argumento de Bianchi según el cual "no resulta aceptable constitucionalmente que el Congreso dicte una ley que carezca de fuerza ejecutiva por la falta de operatividad de sus disposiciones y que sea necesaria la intervención del Presidente, a efectos de sacar a la ley de esa suerte de estado inercial" (BIANCHI, *ob. cit.*, pág. 126) nos parece que constituye un axioma no previsto por la Constitución ni por sus fuentes.

71 DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. I, pág. 441, y en particular la nota 114.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

siempre delega dentro de ciertos límites y puede reasumir en todo momento su potestad de legislar. Así, la Constitución Nacional encomienda al Congreso el dictado de planes de instrucción universitaria, sucediendo en la práctica que por ley se crea una entidad, en el ámbito del Poder Ejecutivo, llamada universidad, que tiene a su cargo, dentro de los lineamientos generales de la ley, el dictado de los planes de estudio [72].

La doctrina en general diferencia la delegación total o amplia de una potestad, o sea, la delegación de la potestad legislativa, que estaría prohibida, de aquella otra clase de delegación permitida, que siempre opera dentro de ciertos límites, tratándose, en la práctica, de una comisión o encargo que hace el Poder Legislativo al Ejecutivo [73].

En el mismo sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo que: "no existe propiamente delegación sino cuando una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona descargándolo sobre ella..." y que "existe una distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo, a fin de regular los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquélla. Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido" [74].

La delegación debe estar sujeta a límites y la política legislativa claramente establecida, no pudiendo ser total ni tampoco encomendarse a los órganos administrativos la facultad de crear delitos, contravenciones o impuestos, materias que exigen la presencia de una ley en sentido formal [75].

72 Constitución Nacional, art. 67, inc. 16. La Ley Universitaria (20.654) atribuye a los órganos universitarios competencia para el dictado de los planes de estudio. Véase DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. I, pág. 433.

73 DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. I, pág. 428 y sigs.; MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 224, y CANASI, José, *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 137, Buenos Aires, 1972.

74 *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 148, pág. 430, caso "Delfino y Cía. c/ Gobierno Nacional".

75 DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. I, pág. 428 y sigs., y pág. 437 y sigs. En el caso "Raúl Oscar Mouviel y otros s/ desórdenes", la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*Fallos* 237:236) afirmó que el art. 18 de la Const. Nac. exige indisolublemente la doble precisión por la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar, sin perjuicio de que el Organo Legislador deje a los Organos Ejecutivos la reglamentación de las circunstancias o condiciones concretas de las acciones reprimidas y de los montos de las penas dentro de un mínimo y un máximo. En este caso se declaró inconstitucional un reglamento sobre faltas o edictos policiales sancionado por el jefe de la Policía Federal. Cabe destacar que teniendo en cuenta la opinión del Procurador General de la Nación, expuesta con anterioridad al

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

En consecuencia, la delegación legislativa debe ser siempre expresa y especial, estableciéndose para cada caso y no en forma genérica, a fin de permitir su acotamiento por medio de límites materiales [76].

Asimismo, la jurisprudencia de la Corte ha aceptado la sub-delegación de la facultad delegada en otros órganos siempre que ella se encuentre contemplada en la Ley [77]. La doctrina diferencia tres formas o clases de delegación:

a) Delegación recepticia: se configura cuando las normas reglamentarias adquieren el rango formal de la ley. Así en los casos en que por ley se autoriza a la Administración a realizar textos ordenados de leyes, efectuando ciertas correcciones gramaticales o de sintaxis a fin de lograr un mejor ordenamiento de las disposiciones [78]. Los textos así ordenados se consideran leyes en sentido formal.

b) Delegación o remisión normativa: es la delegación más usual; se da cuando la ley autoriza o habilita al Poder Ejecutivo o a sus órganos o entes a dictar normas en determinadas materias y con ciertos límites.

c) Deslegalización de materias: se trata de una técnica por la cual ciertas materias que se encuentran reguladas por ley pasan por virtud de una ley a ser regidas por normas emanadas de la Administración. Implica una degradación de esas materias e incluso de las leyes que la regulaban, ya que en general se autoriza que sean modificadas o derogadas por esta clase de reglamentos [79]. En nuestro país se ha utilizado esta técnica con motivo de las reformas o "racionalizaciones" administrati-

---

fallo de la Corte, por ley 17.189 del año 1966, se ratificaron todos los edictos policiales vigentes a esa fecha.

76 GARRIDO FALLA, Fernando, *ob. cit.*, t. I, pág. 281, enseña que la delegación puede ser general o especial; la primera —afirma— tiene lugar cuando el Parlamento concede al Gobierno los llamados "plenos poderes"; la delegación especial confiere facultades legislativas sólo respecto a materias determinadas y señalando las bases o criterios que han de servir de límite al decreto reglamentario. Sobre el tema, véase DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. I, pág. 452.

77 Caso "Verónica S.R.L. s/ apelación ley 20.680", de fecha 17/11/88 (V-228-XX).

78 V.gr., ley 20.004; sobre esta modalidad de la delegación legislativa en España ver: SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, t. I, págs. 656-657, Madrid, 1988.

79 GARRIDO FALLA, Fernando, *ob. cit.*, t. I, pág. 289; este autor entiende que las anteriores leyes que regulaban la materia no han sido derogadas, pues en tanto no se utilice la autorización, siguen en vigor; simplemente —afirma— tales leyes han sido degradadas.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

vas, autorizándose al Poder Ejecutivo a modificar las estructuras orgánicas aprobadas por leyes, de todos los organismos de la Administración Pública, incluyendo las entidades autárquicas, siempre que esas modificaciones fueran necesarias a los fines del ordenamiento racional [80]. Asimismo, tal es el caso de las materias cuya regulación las leyes orgánicas municipales o las constituciones provinciales encomiendan al Concejo Deliberante o Sala de Representantes de los municipios; las ordenanzas que en consecuencia se dictan no son leyes en sentido formal, pero en general poseen un contenido legislativo que ha sido "degradado".

En la reforma constitucional de 1994 se parte de una fórmula genérica que prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo y se declara la caducidad, a los cinco años, de toda la delegación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio. No obstante, se prescribe su admisión constitucional con respecto a dos materias determinadas: a) de administración y b) de emergencia pública.

Las excepciones son de tanta trascendencia y entidad como las materias que permanecen dentro de la reserva legal, la que, como se verá seguidamente, asume, en principio, carácter residual (en el sentido de que todo lo no permitido está prohibido), excepto que se produzca la situación de emergencia pública prevista en el artículo 76.

En efecto, tratándose de materias de administración va de suyo que la delegación no puede alterar la zona de reserva legal (como el poder impositivo, la legislación común y el otorgamiento de privilegios de exclusividad, para citar algunos supuestos). En cambio, cuando "las atribuciones del Congreso son en cierto modo de mera administración" (establecimiento de multas dentro de límites prefijados, al igual que la determinación de las alícuotas de los impuestos, los planes de enseñanza universitaria, secundaria y primaria, etc.) la delegación legislativa se reputa constitucionalmente válida [81]. En este precepto (art. 76, Const. Nac.) se fundan también las delegaciones efectuadas por el Congreso en cabeza de los distintos entes reguladores y no obstante que ellas son anteriores a su sanción constitu-

80 Leyes 17.614 y 17.881.

81 En este aspecto, la reforma se ha inspirado en Bielsa quien había señalado que, en dichos casos, la delegación limitada no se opone a ningún principio constitucional (conf. BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, T. I, págs. 288-290, 3ª ed., Buenos Aires, 1937). Ver también: COMADIRA, Julio Rodolfo, "Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes reguladores", en *E.D.*, t. 162, pág. 1134.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

cional quedan legitimadas con la citada norma, en tanto no avancen sobre materias reservadas a la ley en forma absoluta.

La situación de emergencia pública configura un supuesto susceptible de quebrar la reserva legal (en algunas circunstancias hasta las denominadas reservas absolutas) y como tal es de interpretación restrictiva. La fórmula, que entraña un verdadero concepto constitucional indeterminado, requiere que se produzca una gravísima situación de emergencia pública susceptible de afectar la subsistencia del Estado y que ella sea reconocida y declarada por el Congreso (v.gr. declaración de guerra, situación económica de aguda hiperinflación). Dicho concepto constitucional se ha inspirado, evidentemente, en la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Cochia" [82] en el que se aceptó la validez constitucional del precepto contenido en el artículo 10 de la ley 23.696 que permitió al Poder Ejecutivo derogar cláusulas monopólicas e incluso, privilegios establecidos en diversas leyes, a fin de poder llevar a cabo el plan de privatizaciones y de desregulación de la economía.

En resumidas cuentas, tanto la reserva legal (o prohibición) genérica que preceptúa el artículo 76 de la Constitución Nacional como sus excepciones tienen por destinatarios al Poder Ejecutivo en sentido amplio, es decir, que comprende la cabeza de la Administración y los diferentes órganos y entes sometidos a las potestades jerárquicas y de tutela (v.gr. entes reguladores). Pero la validez constitucional de la delegación estará siempre subordinada a que se fije un plazo para su ejercicio y se establezcan las bases de la delegación, esto es, de lo que en la jurisprudencia de la Corte Suprema se denomina "la política legislativa".

De últimas, el reglamento delegado se encuentra sometido al control parlamentario que *a posteriori* está habilitada a ejercer la Comisión Bicameral Permanente del Congreso (art. 100, inc. 12, Const. Nac.).

d) *Reglamentos de necesidad o urgencia*

Hasta la reforma constitucional de 1994 se debatía, especialmente en el campo doctrinario, sobre la validez constitucional de los denominados reglamentos de necesidad y urgencia. Mientras un sector, encabezado por los administrativistas, se inclinaba por su validez constitucional [83] y recibía el apoyo de la realidad jurisprudencial

82 Publicado en *L.L.*, t. 1994-B, pág. 643; *E.D.*, t. 156, pág. 316.

83 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, 1990, págs. 263-268; VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Ai-

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

cial [84], aunque dentro de ciertos límites, otra corriente doctrinaria entendía que resultaban violatorios del sistema de la Constitución de 1853/60 [85], por considerar, sustancialmente, que afectaban el principio de la división de los poderes [86].

res, 1949, págs. 284 y sigs.; BIELSA, Rafael: *Derecho Administrativo*, T. II, 6ª ed., Buenos Aires, 1964, pág. 201; DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, 1963, págs. 446-459; LINARES, Juan Francisco, *Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, 1986, págs. 109-119; DROMI, José Roberto, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1973, págs. 355-357; GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Cap. V, Buenos Aires, 1974, pág. 38; entre los constitucionalistas que se han inclinado por aceptar su constitucionalidad cabe citar desde autores de la talla de Joaquín V. González (en su *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, 1983, pág. 538) hasta las opiniones vertidas con posterioridad por QUIROGA LAVIE, Humberto, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, pág. 834; VANOSSI, Jorge Reynaldo, "Los reglamentos de necesidad y urgencia", en *L.L.*, t. II, 1987, pág. 885 y sigs.; SAGÜES, Néstor Pedro, "Los decretos de necesidad y urgencia. Derecho comparado y Derecho argentino", en *L.L.*, t. 1985-E, págs. 798 y sigs.; BIANCHI, Alberto B., "La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica", en *L.L.*, t. 1991-C, pág. 141.

84 *Vid.* el conocido caso "Peralta" resuelto por la Corte Suprema de justicia (*L.L.*, 27-XII-1990, t. 1991-C, pág. 158) y el fallo recaído en la causa "Peso" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, publicado en *E.D.*, t. 114, pág. 237, si bien atribuye carácter excepcional a la potestad del Poder Ejecutivo de dictar esta clase de reglamentos.

85 LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del Derecho constitucional*, 2ª ed., T. IX, 1988, pág. 691; GONZALEZ CALDERON, Juan A., *Curso de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1960, pág. 505; BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. II, Buenos Aires, 1986, pág. 229; BADENI, Gregorio, "Los decretos de necesidad y urgencia", en *E.D.*, t. 138, pág. 926; SEGOVIA, Juan Fernando, "Las providencias de necesidad y urgencia", en *E.D.*, t. 116, pág. 911; VITOLO, Daniel Roque, *Decretos de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, 1991, págs. 68 y sigs.; RUIZ MORENO, Horacio, "Los llamados reglamentos de necesidad y urgencia. La emergencia como motivación en las leyes y reglamentos", en *L.L.*, t. 1990-B, pág. 1029; EKMEKDJIAN, Miguel Angel, "La inconstitucionalidad de los llamados reglamentos de necesidad y urgencia", en *L.L.*, t. 1989-E, pág. 1296; en cuanto al Derecho Administrativo se ha citado (VITOLO, *op. cit.*, pág. 67) como contraria al reconocimiento de la validez de los reglamentos de necesidad y urgencia la postura de Fiorini que, en rigor, si bien es restrictiva, y rechaza "la clasificación que considere como normal la existencia de reglamentos de urgencia y necesidad" (*Derecho Administrativo*, T. I, Buenos Aires, 1976, pág. 297) considera que "no puede negarse al administrador que promulgue actos administrativos de urgencia o de necesidad, pero dentro de sus funciones administrativas..." (*op. cit.*, pág. 297). Para captar la posición doctrinaria de Fiorini hay que tener en cuenta su concepción sobre el poder reglamentario como potestad inherente, iure propio, que se atribuye al Poder Ejecutivo y, además, la consideración de la actividad reglamentaria como función administrativa y no colegislativa. Por ese motivo, su opinión parece reflejar el rechazo de esta clase de reglamentos para regular las situaciones de emergencia que competen al Poder Legislativo, que versan sobre materias que no implican el ejercicio de funciones administrativas.

86 Ver nuestra refutación a este argumento en el trabajo "Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia en el derecho argentino", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 73, págs. 19 y sigs., Madrid, 1992.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Cierto fue, que su utilización indiscriminada [87] por parte de los últimos gobiernos constitucionales proyectó una imagen desfavorable tanto en los círculos doctrinarios como en la opinión pública, aparte de la tensión que siempre generaba el ejercicio de esta potestad excepcional en cabeza del Poder Ejecutivo de cara a las facultades del Parlamento, máxime cuando la tendencia a su empleo se orientaba hacia la ampliación de su contenido material y la flexibilización de sus requisitos habilitantes.

De otra parte, ha sido un error bastante generalizado aplicar a estos reglamentos, sin las debidas cautelas, el bagaje doctrinario y jurisprudencial elaborado alrededor de la llamada emergencia constitucional, pues esta situación no constituye un requisito *sine qua non* para la admisión de este tipo de reglamentos. En efecto, bien podría ser que, sin apelar a los poderes de emergencia (que implican una compresión o postergación transitoria de derechos) existan razones de necesidad y urgencia para que el ejecutivo emita un Decreto (v.gr., cambio de signo monetario), que prescriba una regulación que se incorpora definitivamente al ordenamiento jurídico a través de un reglamento de necesidad y urgencia.

Desde luego que, de configurarse una situación de emergencia constitucional, se aplicarán todas las reglas consuetudinarias y jurisprudenciales conocidas pero, en tales casos, pensamos que cabe proceder con mayor rigorismo a la hora de justificar las causales que admiten su procedencia pues, aun cuando la competencia para dictar estos reglamentos deba interpretarse siempre restrictivamente [88], corresponde todavía ser más estrictos cuando se comprimen o suspenden, transitoriamente, las libertades y los demás derechos fundamentales de las personas [89].

A partir de la reforma, puede afirmarse que el derecho de necesidad, con todas sus ventajas pero también con todos sus riesgos e inconvenientes, ha adquirido carta de ciudadanía constitucional, por lo que ya no tiene sentido discutir si la procedencia de esta clase de reglamentos se apoya en el ensanche, o bien, en la superación de las

87 MUÑOZ, Guillermo A., "Reglamentos de necesidad y urgencia", en *Revista de Derecho Administrativo*, nº 5, págs. 519 y sigs., Buenos Aires, 1991.

88 Conf. MUÑOZ, Guillermo A., *op. cit.*, pág. 528.

89 Conf. CASSAGNE, Juan Carlos, "Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia en el Derecho argentino", en *Revista Española de Derecho Administrativo* nro. 73, pág. 26, Madrid, 1992; recientemente Comadira ha compartido dicha opinión (conf. COMADIRA, Julio Rodolfo, "Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional", en *L.L.* t. 1995-B, pág. 825).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

fuentes constitucionales [90].En tal sentido, su validez constitucional encuentra apoyo expreso en el artículo 99, inciso 3° de la Constitución reformada. Este precepto después de prohibir al Poder Ejecutivo *en ningún caso* emitir disposiciones de carácter legislativo, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, a continuación lo faculta, en rigor, a emitirlas, cuando se produzcan "circunstancias excepcionales" que "... hicieran imposible seguir los trámites previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos". Al analizar dicha norma, se advierte, por de pronto, que la locución "en ningún caso" se refiere sólo a las circunstancias de normalidad. En cambio, la atribución del Poder Ejecutivo para dictar reglamentos de necesidad y urgencia se configura como una potestad excepcional y, por tanto, de interpretación restrictiva [91], sujeta a un procedimiento especial de sanción, que debe observarse inexcusablemente para que dichos reglamentos adquieran validez constitucional.

Es evidente también que la configuración de la reserva legal, como actividad excluida de la competencia del Ejecutivo, se opera de una manera expresa (a diferencia de los supuestos de delegación legislativa) y no tiene, por tanto, carácter residual, con lo que, en principio, se produce una ampliación de la competencia del Poder Ejecutivo para emitir reglamentos de necesidad y urgencia, aunque sometidos, a partir de la Constitución reformada, a una serie de requisitos formales de aprobación.

En cuanto al fundamento de esas "circunstancias excepcionales" que hagan imposible seguir los trámites constitucionales para la sanción de las leyes —como lo prescribe el propio inc. 3° del art. 99 de la Const. Nac.— ellas consisten en "razones de necesidad y urgencia", fórmula que constituye un concepto jurídico indeterminado que tiene la ventaja de haber sido ya objeto de interpretación doctrinaria y jurisprudencial.

Las razones que justifican el dictado de un reglamento de esta especie (necesidad y urgencia) deben existir, simultáneamente, en

90 SAGÜES, Néstor Pedro, "Derecho Constitucional y Derecho de Emergencia", en *L.L.*, t. 1990-D, sec. doctrina, pág. 1039 y sigs.

91 Ha señalado Bidart Campos que "la práctica abusiva que en la cuestión exhibe el derecho constitucional material a partir de 1989 obliga a interpretar y aplicar el art. 99, inc. 3° con extremada severidad y excepcionalidad pese a la jurisprudencia complaciente de la Corte en el caso 'Peralta' de 1990" (BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. VI, pág. 434, Buenos Aires, 1995).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

una situación que se caracteriza por: a) Una necesidad que coloque al gobernante ante la decisión extrema de emitir normas para superar una grave crisis o situación que afecte la subsistencia y continuidad del Estado; o de grave riesgo social; en tal sentido, la emisión del acto ha de ser inevitable o imprescindible y su no dictado ser susceptible de generar consecuencias de muy difícil, si no imposible, reparación ulterior; b) Una proporción adecuada entre la finalidad perseguida y las medidas que prescribe el reglamento, y c) La premura con que deben dictarse las normas para evitar o prevenir graves riesgos comunitarios. En principio, un reglamento de necesidad y urgencia no podría regular (por ejemplo) el procedimiento a seguir en los pleitos entre particulares o los litigios en que es parte el Estado ni tampoco reformar definitivamente los códigos de fondo.

El cuadro de los requisitos sustanciales se completa con el cumplimiento de una serie de recaudos inherentes al procedimiento de formación y perfeccionamiento de esta clase de reglamentos.

En primer lugar, la norma excepcional de habilitación está dirigida exclusivamente al Poder Ejecutivo. Es, por su naturaleza, una facultad privativa e indelegable, que requiere el cumplimiento de dos pasos procesales previos: a) que la decisión de dictarlos se adopte en acuerdo general de ministros y b) que el respectivo decreto sea refrendado por todos los ministros que intervienen en el acuerdo juntamente con el jefe de gabinete (art. 99, inc. 3°, párrafo de la Const. Nac.).

A su vez, *a posteriori* de su dictado, el perfeccionamiento de la sanción de los reglamentos de necesidad y urgencia por el Poder Ejecutivo demanda la observancia de los siguientes requisitos: a) sometimiento de la medida -por parte del Jefe de Gabinete y dentro del plazo de diez días- a la Comisión Bicameral Permanente; b) elevación del despacho de esta última Comisión al plenario de cada Cámara (dentro del plazo de diez días) para el inmediato tratamiento por las Cámaras.

Pero la Constitución reformada no ha prescripto el trámite ni los alcances de la intervención del Congreso, los que han quedado subordinados al dictado de una ley especial. En ese interregno cobra trascendencia la doctrina -apoyada por la jurisprudencia de la Corte Suprema- que admitía la ratificación tácita si el Congreso no se pronunciare [92] a condición de que no se alteren los criterios fundamenta-

92 Conf. MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, T. I, pág. 266, 2ª ed., Buenos Aires, 1977; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T. I, pág. 136, 4ª ed., Buenos Aires,

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

les de la política legislativa. En este sentido, se ha opinado que ni siquiera la ley que reglamente el trámite y los alcances de la intervención del Congreso podría prescribir que el silencio implique la aprobación tácita del decreto de necesidad y urgencia, con fundamento en el artículo 82 de la Constitución Nacional que, al referirse al procedimiento de formación y sanción de las leyes indica que "se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta" [93]. Esta norma se refiere a la forma que debe adoptar la sanción de las leyes formales del Congreso [94], mientras que en la hipótesis de los decretos de necesidad y urgencia no se ha cumplido el procedimiento formal ni sancionado ley alguna. De todas maneras, aun cuando no se aceptara la doctrina de la aprobación tácita, la seguridad jurídica exige que se mantenga la vigencia del decreto de necesidad y urgencia hasta tanto él sea derogado formalmente por el Congreso o declarado inconstitucional por el Poder Judicial. De lo contrario, sería prácticamente imposible determinar la fecha de cesación de los efectos mientras dura la inactividad o las demoras del Parlamento en pronunciarse por la aprobación o el rechazo.

Con todo, esta fuente normativa nacida y desarrollada en el ámbito nacional, ha tenido una extendida recepción en diversas Constituciones provinciales. Basta citar, a este respecto, el artículo 157 de la Constitución de la Provincia de San Juan que faculta al Gobernador a dictar "leyes de necesidad y urgencia"; el artículo 181 de la Constitución de la Provincia de Río Negro que habilita al Poder Ejecutivo a dictar decretos sobre materias de competencia legislativa en caso de necesidad y urgencia o de amenaza grave e inminente al funcionamiento regular de los poderes públicos y el artículo 142 de la Constitución de la Provincia de Salta, antecedente de la fórmula constitucional rionegrina.

Por último, no es posible negar que los jueces disponen de un amplio poder de revisión sobre la acreditación de las causales y circunstancias que justifican la emisión de estos reglamentos, con amplitud de debate y prueba, ya sea a través de un proceso ordinario o de un amparo [95], donde puedan ventilarse debidamente todos los

1994; el criterio sostenido por la Corte en el caso "Peralta" (considerando 29) para validar esta clase de reglamentos señala la necesidad de que no se altera la política legislativa.

93 Conf. BIDART CAMPOS, Germán J., *op. cit.*, T. VI, págs. 431 y 432; en idéntico sentido: PEREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia*, pág. 244, Buenos Aires, 1995.

94 Conf. COMADIRA, Julio Rodolfo, *op. cit.*, págs. 6-7.

95 La viabilidad de la acción de amparo, para cuestionar la inconstitucionalidad ma-

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

agravios que planteen los afectados y lograr así que, en el futuro, esta potestad no se utilice en forma abusiva e indiscriminada, fuera de los límites constituciones.

8. INSTRUCCIONES DE SERVICIO, CIRCULARES Y REGLAMENTOS DE ORGANIZACIÓN

Las instrucciones de servicio, las circulares y los reglamentos de organización, que para algunos autores constituyen los llamados reglamentos internos de la Administración, se distinguen de los reglamentos en sentido estricto, constituyendo una categoría jurídica propia.

Las instrucciones de servicio, que cuando son de carácter general o dirigidas a varios órganos se denominan también circulares, son órdenes que los órganos superiores dan a los inferiores para dirigir su actividad [96]. Su cumplimiento es obligatorio para los órganos subordinados como consecuencia del deber de obediencia que toda relación jerárquica supone, constituyendo su violación una falta de disciplina [97].

Si bien se trata de una actividad jurídica de la Administración, las circulares no obligan o vinculan jurídicamente a los particulares; no obstante, esta carencia de efectos jurídicos respecto de terceros constituyen fuente del Derecho Administrativo por cuanto regulan la actividad interna de la Administración, que se desenvuelve de acuerdo a normas y principios jurídicos [98].

---

nifiesta de normas de alcance general ha sido aceptada por la Corte en el caso "Peralta", después de muchas vicisitudes, acogiendo en este punto la buena doctrina, ya que en la mayoría de los casos esa vía es la más idónea para la protección de los derechos y garantías constitucionales afectados por reglamentos de la Administración Pública.

96 El Reglamento de Procedimientos Administrativos vigente en el orden nacional —decreto 1759/72 (t.o. por decreto 1883/91)— establece en su art. 2°, que los ministros, secretarios de Presidencia y órganos directivos de los entes descentralizados podrán dirigir o impulsar la acción de sus inferiores jerárquicos mediante órdenes, instrucciones, circulares y reglamentos internos a fin de asegurar la celeridad, economía, sencillez y eficacia de los trámites. Cabe destacar que no sólo los órganos mencionados pueden dar órdenes de carácter general, sino que ello configura una atribución de todo superior jerárquico.

97 DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. I, pág. 462. La Procuración del Tesoro de la Nación reiteradamente ha dictaminado que las circulares o directivas son de cumplimiento obligatorio (*Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, nro. 1, págs. 30, 54, 77 y 94).

98 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 330, recuerda que el derecho administrativo no sólo estudia las relaciones entre la administración y los particulares, sino también lo referente a la organización administrativa y, en particular, las relaciones de la Administración con sus agentes.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Los reglamentos de organización son los dictados para estructurar los organismos o entidades del Estado, atribuyéndoles competencias, delegándoles funciones, creando cargos, etc. Se trata de una actividad que no vincula o que carece de efectos respecto de terceros, rigiéndose por los mismos principios jurídicos que las circulares.

Dado que se trata de una actividad interna de la Administración, las circulares y los reglamentos organizativos no requieren de publicación [99].

9. TRATADOS

Los tratados son acuerdos de voluntades entre los Estados o entre un Estado y un organismo internacional de carácter público. Sin duda son fuente del derecho, ya que integran el ordenamiento jurídico aplicable a las relaciones entre Estados soberanos.

El contenido de ciertos tratados puede versar sobre materias que en el derecho interno son reguladas por el derecho administrativo, pero que el derecho internacional público las contempla en cuanto se trata de cuestiones que exceden al ámbito de un solo país. Así, los tratados sobre navegación, comunicaciones, correspondencia postal, etcétera.

Los tratados en todos los casos deben respetar las disposiciones de la Constitución Nacional, cuya supremacía consagra su artículo 31.

Si bien los tratados son fuente del ordenamiento jurídico internacional, resulta necesario analizar si son fuente del ordenamiento interno y, en particular, del derecho administrativo.

Los tratados son fuentes de derecho administrativo cuando obligan a los órganos o entidades administrativas a realizar determinada actividad o cuando contienen disposiciones de derecho administrativo aplicables en el ámbito interno del país [100].

Una cuestión distinta es determinar el lugar jerárquico de los tratados respecto de las leyes, y, en consecuencia, si el tratado puede derogar una ley o a la inversa. Las teorías monistas, que consideran al derecho interno subordinado al derecho internacional, acuerdan preferencia en todos los casos a los tratados. En cambio, quienes ad-

99 El R.N.L.P.A., en su actual texto ordenado (decreto 1883/91), sólo exige la publicación de actos de alcance individual (art. 39).

100 ALTAMIRA, Pedro G., *ob. cit.*, pág. 61.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

hieren a una concepción dualista del derecho, reconocen preferencia siempre a la ley sobre el tratado.

El artículo 31 de la Constitución Nacional establece que las leyes de la Nación y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación. Teniendo en cuenta esta disposición, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó el principio "de que entre las leyes y los tratados no existe prioridad de rango y que rige respecto de ambas clases de normas, en cuanto integrantes del ordenamiento jurídico interno de la República, el principio con arreglo al cual las posteriores derogan a las anteriores"[101].

Con posterioridad, el Alto Tribunal modificó dicho criterio[102] sosteniendo la primacía de los tratados internacionales sobre la legislación interna del Estado, con fundamento en lo prescripto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados, aprobada por ley 19.865.

La reforma constitucional de 1994 ha seguido la línea jurisprudencial adoptada en los últimos fallos por la Corte Suprema de Justicia de la nación (en los casos: "Ekmekdjian", "Servini de Cubría" y "Fibraca") consagrando el principio de la superioridad de los tratados y concordatos sobre las leyes (art. 75, inc. 22). Pero, además, con respecto a los denominados tratados de integración ha incorporado el principio de la supremacía del derecho comunitario (incluso el derivado) sobre el derecho interno (excepto la Constitución) al prescribir que "las normas dictadas en su consecuencia"... (se refiere a los tratados)... "tienen jerarquía superior a las leyes" (art. 75, inc. 24).

A partir de la reforma constitucional el esquema de las fuentes y del derecho de los tratados ha quedado así diseñado:

a) se reconoce jerarquía constitucional a once tratados internacionales sobre los derechos humanos los que, sin embargo, no forman parte de la Constitución [103], jerarquía que se atribuye con una limitación importante: "en las condiciones de su vigencia". Esta clase de tratados (art. 75, inc. 22) "no derogan

101 *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 257, pág. 99 y causa "Esso Petrolera Argentina c/ Nación Argentina s/ repetición", resuelta el 5 de junio de 1968. Véase asimismo LOZADA, Salvador M., *ob. cit.*, pág. 816; DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. I, pág. 475, y GOLDSCHMIDT, Werner, *ob. cit.*, pág. 188 y 200.

102 Entre otros, en el caso de "Fibraca Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", resuelto con fecha 7 de julio de 1993 (F. 433-XIII), considerando 3°.

103 Conf. BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. VI, Buenos Aires, 1995, pág. 555, aún cuando integran el bloque de constitucionalidad federal.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos". Tienen, además, un procedimiento de denuncia especial [104];

b) dicha jerarquía constitucional también la pueden alcanzar otros tratados en el futuro siempre que se cumpla el procedimiento específico previsto en la Constitución (art. 75, inc. 22, *in fine*, Const. Nac.).

c) Los tratados de integración pueden delegar competencias y jurisdicción a organizaciones supra estatales, a condición de que ello se lleve a cabo en un marco jurídico de reciprocidad e igualdad, que respete el orden democrático y los derechos humanos.

10. CONTINUACIÓN: CONDICIONES DE VALIDEZ Y APLICABILIDAD DE LOS TRATADOS DE INTEGRACIÓN

El efecto de esta cláusula no es colocar al derecho de la integración (v.gr. el Tratado de Asunción) por encima del orden constitucional sino el de afirmar la primacía de los tratados de esa índole respecto de las leyes [105] y es del caso recordar que este principio había sido ya establecido, antes de la reforma constitucional, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos "Ekmekdjian, Miguel Angel c/Sofovich, Gerardo y otros" [106], "Servini de Cubría, María Ro-

104 Solo pueden ser denunciados por el Poder Ejecutivo Nacional, "previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara" (art. 75, inc. 22, 2ª parte, Const. Nac.).

105 Principio que se extiende a las leyes provinciales, aún sin reforma de las constituciones locales, como consecuencia de la supremacía de la Constitución Nacional que prescribe el art. 31.

106 "Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros", sentencia del 7-VII-1992. En este precedente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que: "...en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de respuesta o rectificación ha sido establecido en el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica que, al ser aprobado por ley 23.054, es ley suprema de la Nación conforme a lo dispuesto por el artículo 31 de la Constitución Nacional". Entendió también que la Convención de Viena sobre derecho de los tratados "confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno. Esta Convención ha alterado la situación del ordenamiento argentino ... pues ya no es exacta la posición jurídica según la cual no existe fundamento normativo para acordar prioridad al tratado frente a la ley. Tal fundamento radica en el art. 27 de la Convención de Viena,

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

milda s/amparo" [107] y "Fibraca Constructora S.C.A. c/Comisión Técnica de Salto Grande" [108].

En consecuencia, conforme al principio de la primacía tanto el derecho originario como el derecho derivado que emanan de dichos tratados [109] nunca pueden ser derogados por las leyes posteriores ni serles opuestas las leyes anteriores del derecho interno de los países miembros.

Ello no implica sentar el principio de la supremacía de dichos tratados frente a la Constitución, cuya superior jerarquía se mantiene en el orden interno, aun en los sistemas comunitarios europeos que han mitigado el control de constitucionalidad por parte de los tribunales estatales. Pues, por más que la concepción de la soberanía se haya vaciado de gran parte de su contenido, lo cierto es que una porción de ésta el Estado siempre conserva, aunque restringida por la "cesión sistemática" [110] de competencias a entidades supraestatales, lo que supone la transferencia tanto de la titularidad como de su ejercicio. En tal sentido, los Estados no han renunciado (ni podrían hacerlo) a la potestad que poseen para denunciar los tratados internacionales, asumiendo las responsabilidades consiguientes.

Ahora bien, para que esa "cesión sistemática" de competencias no entre en colisión con el ordenamiento constitucional debe respe-

---

según el cual una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". Por último, el Tribunal señaló que "la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27".

107 Del fallo del Tribunal interesa destacar los votos de Barra y Boggiano que señalaron que: "la derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado", que se apoyaron también (como en el caso "Ekmekdjian" en el principio consagrado en el artículo 27 de la Convención de Viena). "Servini de Cubría, María Romilda s/amparo", sentencia del 8-IX-1992, publicado en *L.L.*, t. 1992-D.

108 "Fibraca Constructora S.C.A. c/Comisión Técnica de Salto Grande". En este caso, aparte del argumento basado en el artículo 27 de la Convención de Viena, el Tribunal sostuvo que la aplicación del Acuerdo de Sede (que consagró la inmunidad del procedimiento de la Comisión, sus bienes, documentos y haberes en cualquier parte de la República "impone a los órganos del Estado argentino —una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales— asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria").

109 Véase, FREELAND LOPEZ LECUBE, Alejandro, "Las fuentes del derecho comunitario", *L.L.*, t. 1993-B-766.

110 Conf. PEREZ TREMPS, Pablo, *op. cit.*, pág. 56 y sigs.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

tar los límites establecidos en la Constitución sin que ello obste a reconocer que, dentro de ésta, se opera el nacimiento de una nueva categoría constitucional, como es el derecho de la integración supraestatal.

Esos límites pueden ser meramente temporales (nuestra Constitución no los ha fijado) o revestir carácter formal, como v.gr. el artículo 75, inc. 24, 2da. parte de la Constitución Nacional, que consagra procedimientos para la aprobación de los tratados de integración que contengan cesiones de competencias y jurisdicción.

Sin duda, los que poseen mayor entidad jurídica son los límites materiales de dichos tratados de integración que, conforme al artículo 75, inciso 24 de la Constitución Nacional, tienen que celebrarse en condiciones de reciprocidad e igualdad y respetar el orden democrático y los derechos humanos.

A) Reciprocidad e igualdad

La imposición de este límite constitucional para la cesión de competencias a las organizaciones supraestatales se inspira en una cláusula similar de la Constitución griega que prescribe que las limitaciones al ejercicio de la soberanía estatal resultan válidas "sobre la base del principio de igualdad y en condiciones de reciprocidad" (art. 28.3). Se ha dicho que las ideas de igualdad y reciprocidad no son sinónimas ya que mientras la primera hace referencia a la posición de los Estados "en el seno del ente supranacional como organización (aspecto estático) la reciprocidad, sin embargo, se conecta con el sometimiento de la eficacia de los actos y normas a la condición de que desplieguen también sus efectos en el resto de los Estados (aspecto dinámico)" [111].

No obstante, en el caso del MERCOSUR, si éste se transformase en el futuro en una Comunidad o ente supranacional estos principios tendrían que amoldarse (a condición de reciprocidad en los demás Estados) a la nueva realidad comunitaria, interpretando la cláusula de un modo flexible para tornarla compatible con el funcionamiento efectivo de la comunidad, tal como aconteció en algunos países europeos en los que se ha entendido que se trata de una "igualdad ponderada" [112].

111 Conf. PEREZ TREMPS, Pablo, *op. cit.*, pág. 107.

112 EVRIGINIS, D., *Aspects juridiques de l'adhésión de la Grêce aux Communantes Européenes*, pág. 281, cit. por PEREZ TREMPS (*op. cit.*, pág. 109, nota 196).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

B) El orden democrático y los derechos humanos

En el derecho comunitario europeo la jurisprudencia (v.gr. Consejo Constitucional francés y Corte Constitucional) han señalado que tanto los valores del orden democrático [113] como los derechos fundamentales constituyen condiciones de validez constitucional de la integración comunitaria y es evidente que estos principios han sido recogidos por la Constitución reformada. Se trata de conceptos jurídicos indeterminados que componen el denominado "núcleo básico" de la Constitución, el cual se integra, además, con los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 14 de la Constitución Nacional y con los principios no enumerados derivados de la forma republicana de gobierno (art. 33, Const. Nac.).

Estas condiciones operan en dos direcciones ya que resultan exigibles tanto respecto de las cláusulas del respectivo tratado de integración (derecho originario) como con relación al derecho que fluye de las organizaciones supraestatales (derecho derivado) o con las normas jurídicas internas dictadas por los Estados en ejecución del tratado de integración.

Si existiera una lesión constitucional que tuviera origen directo en el propio Tratado de integración, en el derecho derivado o en normas jurídicas dictadas en el orden interno de los Estados -y siempre que diera lugar a una controversia o caso-, los interesados podrían plantear la cuestión de constitucionalidad ante los jueces nacionales y llevar el planteo hasta la Corte Suprema de Justicia por la vía de los recursos extraordinario u ordinario, en su caso (conf.: arts. 116 y 117 de la Const. Nac.; artículo 14 de la ley 48 y artículo 24, inc. 6° del decreto ley 1285/58).

En tales supuestos la decisión del Alto Tribunal tendría por efecto la inaplicabilidad de la norma violatoria en el caso concreto [114].

De últimas, el reglamento delegado se encuentra sometido al control parlamentario que *a posteriori* está habilitada a ejercer la

113 Conf. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, págs. 210 y sigs; PEREZ TREMPS, Pablo; *ob. cit.*, pág. 116 y sigs.

114 Con relación al Derecho Comunitario, esta interpretación es la que ha sustentado al Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso "Solange" si bien como puntualiza Barra este Tribunal se autolimita *a posteriori* en una segunda decisión sobre este tema declarando que no ejercerá la atribución de examinar la constitucionalidad si la Comunidad Europea garantiza esa protección efectiva de manera general (Conf. BARRA, Rodolfo C., "Derecho de la integración: ordenamiento jurídico y función judicial [Reflexiones útiles de cara al Mercosur]", en *E.D.*, t. 154, pág. 979).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Comisión Bicameral Permanente del Congreso (art. 100, inc. 12, Const. Nac.).

11. CONVENCIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

Los convenios colectivos de trabajo son acuerdos generales entre asociaciones profesionales de empleados y organizaciones sindicales para regular el contrato que rige las relaciones laborales.

Son fuente del derecho laboral por cuanto integran el ordenamiento jurídico [115].

Se ha afirmado que su naturaleza jurídica no es contractual, adquiriendo la categoría de reglamento administrativo en razón de la habilitación de competencia que realiza el Estado mediante la ley 14.250 y a través de la homologación. En nuestra opinión no constituyen reglamentos por cuanto la homologación no se requiere cuando los convenios se celebran ante funcionarios del Ministerio de Trabajo. Su naturaleza difiere de la de los reglamentos administrativos dado que éstos son sólo dictados por órganos o entes estatales [116].

Los convenios colectivos de trabajo no son, en general, fuente del derecho administrativo.

Si bien los empleados de las empresas y sociedades del Estado regulan sus relaciones de trabajo mediante convenios colectivos, debe tenerse en cuenta que dichos trabajadores no son agentes del Estado y, por lo tanto, la relación de empleo es un contrato regido por el derecho privado [117].

La ley de contrato de trabajo establece que sus disposiciones no son aplicables a los empleados de la Administración Pública nacional, provincial o municipal, excepto que por acto expreso se los incluya en la misma o en el régimen de los convenios colectivos de trabajo [118].

115 La ley 20.744 prevé que el contrato y la relación de trabajo se rigen por las convenciones colectivas o laudos con fuerza de tales (art. 1°, inc. c). GOLDSCHMIDT, Werner, *ob. cit.*, pág. 194, considera que son fuentes del derecho aun cuando se trata de repartos autónomos.

116 BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Constitucional*, t. I, pág. 780, Buenos Aires, 1968, y "El Convenio colectivo de trabajo como fuente contractual y extracontractual", *E.D.*, t. 45, pág. 815, sostiene que su naturaleza no es contractual, BARRA, Rodolfo, "Cogestión Administrativa y autoadministración", *Universitas*, nro. 3, pág. 24 y sigs., Buenos Aires, 1973.

117 Ley 13.653 (t. o. año 1955) y *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 244, pág. 196; t. 245, pág. 271; t. 250, pág. 234, y *Plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo* "Imperiale c/ YPF", *J.A.*, 1961, VI, pág. 325.

118 Ley 20.744, art. 2°, inc. a).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Pero si bien el convenio colectivo en general no es fuente del derecho administrativo, en algunos casos particulares o excepcionales puede configurar una fuente del ordenamiento jurídico a que se encuentran sometidos los agentes públicos.

12. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Los principios generales del derecho son el origen o el fundamento de las normas, y participan de la idea básica de principalidad (en sentido ontológico) que les otorga primacía frente a las restantes fuentes del derecho [119]. Se fundan en el respeto de la persona humana o en la naturaleza de las cosas, y por ello encierran —como apunta Rivero— la concepción del derecho natural [120].

Los códigos austríaco, argentino, español y albertino fueron los primeros que asignaron a los principios generales del derecho o principios del derecho natural el rango de fuentes del derecho. La aplicación conjunta del dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico y del deber de fallar impuesto a los jueces implicó una revalorización de los principios para la formación del derecho en los supuestos de carencia de norma escrita.

Su auge en el derecho administrativo obedece a la morigeración del principio de la primacía de la ley escrita y a la falta de codificación, que hizo imposible extender a dicha disciplina la técnica de generalización creciente de las normas positivas.

Para su clasificación, desde la óptica realista del derecho, pueden distinguirse dos grandes grupos, según se trate de los principios del derecho natural o de aquéllos incorporados al ordenamiento jurídico positivo. Y, además, pueden deslindarse los principios fundamentales de aquellos que revisten carácter sectorial o institucional.

Otros principios provienen estrictamente de la naturaleza de la persona o de las cosas y se incurriría en una generalización creciente o analogía indebida si se los fundara en el método de extensión interpretativa de las normas.

Los principios fundamentales son los que constituyen el basamento en que se asienta y fundamenta el ordenamiento positivo en

119 Para su desarrollo más extenso nos remitimos a nuestro libro *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, pág. 29 y sigs., Buenos Aires 1988; ver también ALTAMIRA GIGENA, Julio I., *Los principios generales del derecho como fuente del Derecho Administrativo*, pág. 12 y sigs., Buenos Aires, 1972.

120 Ver BARBE PEREZ, Héctor, *Los principios generales del derecho como fuente del derecho administrativo en el derecho positivo uruguayo*, pág. 9 y sigs., Montevideo, 1958.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

general, encontrándose, en su mayoría, contemplados por la Constitución (v.gr.: inviolabilidad de la defensa, art. 18.).

A su vez, los principios institucionales son los principios generales de cada disciplina y parten de la idea organizativa que compone toda institución. Cuando están consagrados por el derecho positivo pueden tener prelación respecto a un principio más general del ordenamiento escrito (v.gr.: la posibilidad para la Administración de alegar su propia torpeza, al promover la respectiva acción de nulidad de sus actos viciados).

Los principios generales del derecho constituyen la causa y la base del ordenamiento y existen con independencia de su reconocimiento legal o jurisprudencial, no obstante ser la jurisprudencia una de las fuentes más importantes de su manifestación externa. Ellos funcionan como orientadores e informadores del ordenamiento permitiendo realizar una labor correctiva o extensiva de las normas, e integradora del mismo frente a la carencia de normas que rijan una cuestión (art. 16 del Cód. Civ.).

Ciertos principios cumplen la función de medios de protección tendientes a impedir las arbitrariedades de los poderes públicos. En este sentido, se encuentran, entre otros, el que traduce la instrumentación del debido proceso adjetivo, el de que toda privación de la propiedad sólo puede llevarse a cabo mediante ley declarativa de utilidad pública y el de separación e independencia de cada uno de los órganos que componen el poder estatal.

Los principios generales del derecho operan también como límites al poder reglamentario por parte de la Administración, pues integran el bloque de legitimidad que forma parte del orden público administrativo.

La inserción de estos principios en el ordenamiento jurídico se manifiesta en cuestiones tales como el derecho a una decisión fundada y el proceso de amparo por mora de la Administración, ambos tendientes a hacer cumplir a la Administración su deber de resolver las cuestiones que le son planteadas.

Los encontramos en el Código Civil que, en su artículo 16, aplicable al derecho administrativo, determina las fuentes a las que ha de recurrirse para la solución de las cuestiones jurídicas, al prescribir que: "si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en cuenta las circunstancias del caso". En la fórmula utilizada por el codificador —con fuente en el artículo 7 del Código de Austria— no cabe duda de que los principios generales del Derecho son los que surgen del derecho natural y en

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ese sentido, éstos vienen a cumplir la función de integrar el ordenamiento jurídico. Sin embargo, dado que el derecho natural aparece con mayor indeterminación que el derecho positivo, debe otorgarse prevalencia a éste. Con esta inteligencia hay que interpretar también la mención final a "las circunstancias del caso", que remite, en definitiva, a un juicio de equidad.

La recepción de los principios generales del derecho en el derecho administrativo se produce a partir de su reconocimiento en las constituciones Nacional y provinciales, a modo de principios positivos expresos o implícitos y derivados del derecho natural, habida cuenta que uno de los principales objetivos del Preámbulo consiste en "afianzar la justicia".

Otros derivan del derecho privado (v.gr., el enriquecimiento sin causa; la buena fe [121]; el respeto de la moral y las buenas costumbres en el objeto de los actos jurídicos; el *pacta sunt servanda*).

Existen principios generales que se encuentran incorporados al Código Civil como, por ejemplo, el de la responsabilidad por la actividad legítima y desde luego tienen vigencia, asimismo, en derecho administrativo los clásicos principios del Derecho Penal: *nullum crimen, nulla poena sine lege* y *non bis in eadem*.

El derecho internacional también provee principios generales, por el *status* constitucional que los artículos 31 y 75, incisos 22 y 24 de la Constitución Nacional otorgan a los tratados internacionales, como, por ejemplo, el derecho a una tutela judicial efectiva, establecido por el Pacto de San José de Costa Rica y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York (art. 2°, ap. 3°, inc. a) aprobado por ley 23.313, que extiende el principio a la tutela administrativa efectiva.

El último grupo de principios generales del derecho proviene de las propias instituciones administrativas. En rigor de verdad ellos constituyen principios generales del derecho administrativo, en el sentido de que su especialidad y fundamento institucional no permiten extenderlos a todas las ramas del derecho. Pertenecen a este grupo el principio de la continuidad de los servicios públicos, el del paralelismo de las competencias [122], el estado de necesidad para fundamentar la reglamentación de urgencia [123], el que se prescribe que en los

121 Ver GONZALEZ PEREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, pág. 26 y sigs., Madrid, 1983.

122 Este principio, según el cual el órgano que posee facultades para dictar un acto tiene aptitud también para modificarlo o extinguirlo, ha sido acogido en la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación (ver *Dictámenes*, nro. 7, pág. 10).

123 *Vide* SAGÜES, Néstor Pedro, *ob. cit.*, pág. 802.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

contratos administrativos de atribución toda duda debe interpretarse a favor del contratista particular, la autotutela coactiva en la protección del dominio público, la creación de obligaciones por acto administrativo unilateral, la irrevocabilidad de los actos administrativos creadores de derechos subjetivos, la necesidad de motivar los actos que afecten los derechos e intereses individuales o colectivos, el informalismo y el silencio administrativo (ambos en favor de los particulares), la presunción de legitimidad y el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos, entre otros. Los principios generales del derecho integran el bloque de legalidad y hacen al orden público administrativo, al constituir el fundamento de las normas positivas. Ello determina que su conculcación produzca un vicio en el objeto del acto administrativo o reglamento, que provoca su nulidad absoluta.

Si su violación quedara al margen de la protección jurisdiccional, ello implicaría una real denegación de justicia.

13. LA EQUIDAD

La equidad, término que proviene del latín *aequitas* que significa igualdad o justicia, constituye un principio de interpretación de las leyes o un principio general del derecho que traduce la interpretación objetiva del derecho natural [124]. Aun cuando no sea fuente del ordenamiento jurídico, en la aplicación del derecho la equidad acuerda un sentido valorativo o de justicia a las normas, a fin de evitar que la igualdad abstracta de la ley, en su aplicación al caso concreto, se traduzca en desigualdad o injusticia.

Se ha afirmado que se trata en definitiva de un principio general del derecho que no aparece diferente de aquellos que nos inducen a dar a cada uno lo suyo en la proporción que les corresponde y a tratar por igual a los iguales. Se trata, en definitiva, de la justicia del caso concreto [125].

Si bien la equidad integra los principios generales del derecho y no crea normas generales, ella reviste importancia como criterio de aplicación del derecho. Son frecuentes las disposiciones que autorizan a los jueces legos a decidir los casos concretos de acuerdo a equidad. En el derecho administrativo la equidad también determina el derecho a aplicar en el caso concreto cuando, limitado el principio de ejecutoriedad del acto administrativo, se autoriza a la administra-

124 BOQUERA OLIVER, José María, *ob. cit.*, pág. 137.

125 BOQUERA OLIVER, José María, *ob. cit.*, pág. 137; y ALTAMIRA, Pedro G., *ob. cit.*, pág. 78.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ción a suspender los actos ante la interposición de recursos para evitar daños graves a los particulares [126].

Dado nuestro sistema normativo, que intenta prever, mediante disposiciones generales y abstractas, todas las situaciones que pueden darse, la equidad es de fundamental importancia para aplicar con justicia, humanidad e igualdad sustancial las normas, adaptándolas a las circunstancias propias y concretas de las relaciones prácticas [127].

14. LA COSTUMBRE. CLASIFICACIÓN

La costumbre es el comportamiento uniforme y constante del pueblo, con la convicción de que tal proceder corresponde a una obligación jurídica. Dos son, por lo tanto, los elementos que integran la costumbre: el primero de carácter objetivo: el *usus*, o sea, el comportamiento constante y uniforme; el segundo, de carácter subjetivo, consistente en la convicción de que tal comportamiento es jurídicamente obligatorio (*opinio iuris vel necessitatis*).

Se sostiene que si el comportamiento debe ser de la comunidad, no serían costumbres los usos o prácticas de los órganos administrativos o jurisdiccionales [128].

Teniendo en cuenta su adecuación al ordenamiento jurídico positivo las costumbres se clasifican:

a) Costumbre *secundum legem* o sea, cuando la ley hace referencia a ella o cuando la costumbre está de acuerdo con sus normas.

b) Costumbre *praepter legem*, también denominada supletoria o introductiva, es la que se refiere a materias no reguladas por las leyes.

126 ALTAMIRA, Pedro G., *ob. cit.*, pág. 79, y *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549*, art. 12.

127 En Roma, bajo la influencia griega, la equidad se aplicaba ante la falta de derecho o cuando la aplicación de las normas positivas repugnaba a la justicia. En tal sentido, aun cuando en el ámbito del Derecho Civil, debe recordarse que el art. 1071 del Cód. Civ. establece que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos y que se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en miras al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Sobre la redacción dada al artículo por la ley que reformó el Cód. Civ., BORDA, Guillermo, *La Reforma de 1968 del Código Civil*, pág. 25, afirma que el derecho es idea moral y que la posibilidad del derecho positivo injusto debe ser rechazada de plano.

128 DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. I, pág. 477.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

c) Costumbre *contra legem*, también denominada abrogatoria; se configura cuando se encuentra en contradicción con el ordenamiento jurídico positivo.

Dado que el derecho es producto de la sociedad, negar que la costumbre sea fuente del derecho, es ignorar la realidad. Sin embargo, la corriente racionalista y positivista consideraba que la costumbre *contra legem* no podía ser fuente del derecho, en la inteligencia de que las leyes sólo podían ser derogadas por otras leyes, no por una costumbre *contra legem*.

Nuestro Código Civil, con anterioridad a la reforma del año 1968, establecía dicho principio. En cambio, en su nueva redacción dispone que "los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ello o en situaciones no regladas legalmente" (art. 17 del Cód. Civ.), suprimiéndose el párrafo que hacía referencia a que sólo por ley podían derogarse las normas positivas. En la nueva redacción el artículo acepta la costumbre *secundum legem* y *praepter legem*, permitiendo tácitamente la validez de la costumbre *contra legem*, abrogatoria de una ley.

El artículo 17 del Código Civil, en su anterior redacción, constituía un resabio del positivismo que desconoce que el desuso es el poder invisible por el cual, sin violencia, los pueblos se hacen justicia de las malas leyes [129].

Un sector de la doctrina niega que la costumbre sea fuente del derecho administrativo por cuanto, en el ámbito del derecho público, el ordenamiento jurídico es creado por el Estado, no pudiendo los particulares crear derecho con independencia de la voluntad estatal [130].

De otra parte, hay quien entiende que como los particulares no pueden ser obligados por el Estado a hacer lo que la ley no manda, la costumbre no es fuente del derecho. No obstante, se interpreta que puede ser fuente del derecho cuando crea derechos a favor de los administrados frente a la Administración [131]. Esta última opinión es equivocada por cuanto antepone las situaciones individuales al bien común, en tanto que deriva de la circunstancia considerar al derecho administrativo como disciplina que sólo tiende a proteger a los particulares frente al Estado y no como una rama jurídica que hace posi-

129 BORDA, Guillermo, *ob. cit.*, pág. 29 y sigs.

130 GARRIDO FALLA, Fernando, *ob. cit.*, t. I, pág. 321; ALTAMIRA, Pedro G., *ob. cit.*, pág. 68.

131 GORDILLO, Agustín A., *ob. cit.*, t. I, págs. V-55 y 56.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ble que el Estado cumpla con sus fines públicos dentro del ordenamiento.

Sin duda, en el ámbito del derecho público el valor de la costumbre es diferente. No obstante, su valor como fuente resulta indudable si se tiene en cuenta que el derecho no puede desconocer la realidad social ni la justicia y que el derecho administrativo se encuentra en plena elaboración, no habiéndose cristalizado aún íntegramente en normas positivas.

En nuestro país, pueden citarse algunos casos de costumbre *contra legem* en el ámbito del derecho público. El Código Civil, en su anterior redacción (art. 2340, inc. 6°), establecía que las islas pertenecían al dominio público del Estado; a pesar de ello la costumbre afirmaba que podían ser objeto de compraventa [132].

Pero la costumbre no es fuente cuando está desprovista de sustancia jurídica o cuando se opone a principios morales de justicia o a los valores básicos de la organización social o política [133].

15. LOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS

La inutilidad de la distinción entre precedente y práctica administrativa, que postula un sector de la doctrina, viene dada por la circunstancia de que, en ambos casos, se trata de conductas o comportamientos constantes de la Administración de los cuales puede deducirse un beneficio o daño para los derechos subjetivos o intereses legítimos del administrado [134].

El precedente administrativo, cuando tiene una aplicación reiterada por parte de los órganos del Estado, constituye, a nuestro juicio, una fuente del derecho, ya que configura una forma peculiar en que se manifiesta la costumbre en el derecho administrativo [135].

132 BORDA, Guillermo, *ob. cit.*, pág. 29 y sigs.; DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. I, pág. 493; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado del Dominio Público*, pág. 41, Buenos Aires, 1960; GOLDSCHMIDT, Werner, *ob. cit.*, pág. 203, afirma que el desuso es una realidad y que por lo tanto el derecho material puede derogar el derecho formal.

133 GENY, Francisco, *Métodos de Interpretación y Fuentes de Derecho Privado*, pág. 365, Madrid, 1925.

134 GARRIDO FALLA, Fernando, *ob. cit.*, t. I, págs. 325-326 (nota 17). Se dice que mientras el precedente consiste en una resolución sustantiva de la administración, las prácticas administrativas constituyen normas usuales de eficacia interna que observan los agentes públicos en el ejercicio de su actividad.

135 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 57, Madrid, 1977, sostienen que aun cuando el precedente no posea un valor normativo estricto "puede tener un cierto valor vinculante para la propia ad-

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Esa peculiaridad que reviste el precedente como fuente del derecho administrativo se refleja en la relatividad de su fuerza vinculatoria y en las garantías jurídicas que deben rodear a la decisión que se aparte de una práctica constante.

De ese modo, debe reconocerse que la fuerza vinculante del precedente debe fundarse en una interpretación legítima de la ley o en la equidad, habiéndose postulado su obligatoriedad en aquellos casos en que el particular haya podido interpretar —por haberse creado una apariencia jurídica— que su conducta adecuada al precedente era ajustada a derecho [136].

El apartamiento de los precedentes administrativos por parte de la Administración hállase sujeto al cumplimiento de determinadas condiciones:

a) La modificación de una práctica o precedente administrativo debe hallarse precedida de una motivación que exteriorice las razones concretas que han conducido a esa decisión. Con ello se pretende controlar la desviación de poder o arbitrariedad encubierta que puedan tener ciertos actos administrativos [137].

b) Tratándose del ejercicio de facultades discrecionales, el cambio de criterio ha de formularse de un modo general y no como criterio para decidir un caso concreto [138].

c) El cambio de criterio, por razones de oportunidad, cuando la apreciación de estas razones tuviera carácter discrecional, no puede tener efecto retroactivo, salvo a favor del administrado.

La asignación de valor de fuente del derecho peculiar de los precedentes administrativos, ecto retroactivo, salvo a favor del administrado.

La asignación de valor de fuente del derecho peculiar de los precedentes administrativos, contribuye a la seguridad jurídica y a la observancia del principio de igualdad ante la ley, evitando la consu-

---

ministración, en el sentido de que apartarse de él en un caso concreto puede ser índice de un trato discriminatorio, de una falta de buena fe, de una actitud arbitraria".

136 Cfr. GARRIDO, Fernando, *ob. cit.*, t. I, pág. 327. Tal puede acontecer en materia tributaria con los criterios que se utilizan para la determinación de impuestos.

137 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNANDEZ, Tomás Ramón, *ob. cit.*, pág. 58. Por aplicación de esa doctrina, los autores señalados apuntan que la jurisprudencia española ha anulado las discriminaciones realizadas por los Ayuntamientos en materia urbanística, cuando se comprueba que han denegado licencias, que se han otorgado a otros administrados que estaban en situaciones análogas.

138 LAUBADERE, André de, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, t. I, pág. 217, Paris, 1970.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

mación de la arbitrariedad en el ámbito de la Administración Pública [139].

16. LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia, en el sentido más usual del término, es la forma habitual, uniforme o constante de aplicar el derecho por parte de los órganos que realizan la función jurisdiccional.

El positivismo jurídico intentó reducir al juez a un instrumento de aplicación de las normas escritas. Como reacción a tal actitud se afirma que los jueces u órganos jurisdiccionales crean derecho, ya que el juez no puede dejar de juzgar, bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, siendo por lo tanto la jurisprudencia fuente del derecho en sentido formal y material [140].

Al razonar de ese modo se olvida que el derecho no sólo está constituido por las normas positivas, sino también por los principios generales y las costumbres.

Los jueces pueden interpretar el ordenamiento jurídico a fin de aplicarlo al caso concreto, sin estar sujetos exclusivamente a las normas positivas o al precedente, pero siempre deben decidir dentro del derecho [141].

La jurisprudencia es, por lo común, sólo fuente material del derecho, en tanto puede constituir fuente formal en aquellos casos en que la doctrina de los jueces resulta obligatoria por tratarse de jurisprudencia plenaria. Pero los jueces no crean derecho cuando están obligados a interpretar las leyes de una determinada forma, como en el caso de la obligación de seguir los fallos plenarios de la Cámara de Apelaciones o del deber moral de los tribunales inferiores de adecuar sus decisiones a las de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En

139 Con todo, pese a la evolución que se aprecia en el pensamiento de la doctrina más reciente, en nuestro país la Procuración del Tesoro de la Nación sigue hasta ahora las antiguas ideas positivistas, sosteniendo que los precedentes no constituyen fuente del derecho, no imponiendo la resolución de cuestiones idénticas en igual forma (cfr. *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, t. 103, pág. 172; t. 107, pág. 136; t. 110, pág. 275; t. 11, pág. 209, y t. 114, pág. 285, este último publicado en *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, t. 3, pág. 130).

140 DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. I, pág. 503.

141 BULLRICH, Rodolfo, *Principios generales del Derecho Administrativo*, pág. 81, Buenos Aires, 1942, considera a la jurisprudencia del Poder Judicial y de la Administración, fuente del derecho. No obstante, reconoce que "consiste en la interpretación que de la ley administrativa hacen no solamente los tribunales que la aplican sino también, y muy principalmente, el Poder Administrador".

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

estos casos, hay obligación de interpretar las normas de una determinada manera pero no se crea derecho sino que se dice el derecho ya existente en leyes, costumbres o principios generales.

Lo afirmado no significa que el juez deba asumir un papel pasivo, particularmente en el campo del derecho administrativo, donde las normas escritas son escasas por tratarse de un derecho en formación; la importancia de la jurisprudencia es evidente y ha jugado una función preponderante en la formulación de las principales instituciones del derecho administrativo. Es necesario destacar, en este sentido, la labor de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que supo aplicar a las relaciones entre Estado y los particulares un derecho, en la mayoría de los casos, no escrito. Instituciones como las de los contratos administrativos, responsabilidad del Estado, cosa juzgada administrativa, nulidades del acto administrativo, tuvieron su origen en la jurisprudencia [142].

También ha jugado un papel preponderante la jurisprudencia o principios uniformes que surgen de los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, por tratarse del órgano superior de asesoramiento jurídico del Estado que tiene a su cargo la dirección del Cuerpo de Abogados del Estado, en el ámbito nacional. La jurisprudencia o doctrina que emana de sus dictámenes debe ser seguida obligatoriamente por todos los abogados que asesoran al Estado [143].

17. EL VALOR DE LA DOCTRINA COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Se entiende por doctrina a la opinión o teorías de los tratadistas o juristas del derecho. Su importancia y su influencia es incuestionable en jueces y legisladores. Si bien no es fuente del ordenamiento porque no crea derecho, se trata de un ordenamiento auxiliar de fundamental importancia tanto para la formación como para la interpretación del sistema jurídico.

142 Sobre la importancia de la jurisprudencia como fuente en la génesis del Derecho Administrativo véase ABAD, Hernando Jesús L., "La jurisprudencia como fuente del Derecho Administrativo y su trascendencia actual", *L.L.*, 1985-E, pág. 895.

143 Ley 12.954, art. 6° y dec. 34.952/47, art. 4°.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

En general, se entiende que se trata de una fuente indirecta o mediata [144], que aunque no es fuente del ordenamiento jurídico, puede ser fuente del conocimiento del derecho [145].

En el derecho administrativo no puede desconocerse la importancia que ha tenido el derecho científico en su evolución. Las opiniones de los autores, si bien no son obligatorias, tienen la imperatividad de la lógica y del buen sentido [146].

18. INTERPRETACIÓN Y FUENTES DEL DERECHO: LA ANALOGÍA

Las fuentes del derecho crean o constituyen el derecho o el ordenamiento jurídico, en tanto la interpretación consiste en descubrir o precisar para un determinado caso el derecho aplicable. En determinadas circunstancias, el intérprete no encuentra, por su inexistencia o insuficiencia, normas positivas aplicables; no obstante, el juez tiene obligación de decidir las controversias y la Administración el deber de obrar dentro del ordenamiento jurídico.

Pero como el derecho no sólo está constituido por las normas positivas sino también por los principios generales y las costumbres, la función del intérprete no es, por lo común, creadora del ordenamiento jurídico; su función se limita en principio a descubrir el derecho ya existente. En tal sentido, la jurisprudencia no es fuente del derecho, desde el punto de vista formal.

El artículo 16 del Código Civil establece que si una cuestión no puede resolverse ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de las leyes análogas, y si aún la cuestión

144 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 285; LINARES, Juan Francisco, *ob. cit.*, pág. 95.

145 DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. I, pág. 510, interpreta que no es fuente. Distinta es la situación que ocurrió en el Derecho Romano cuando a algunos jurisconsultos o autores se les acordó desde la época de Augusto el *ius respondendi ex auctoritate principe* por el cual se les permitía opinar o dictaminar en nombre del emperador (BONFANTE, Pietro, *Storia del Diritto Romano*, t. I, pág. 409, Milano, 1957).

146 ALTAMIRA, Pedro G., *ob. cit.*, pág. 80. En general, se hace mención que en el Derecho Romano era tan importante el valor de la doctrina como fuente que se llegó por la llamada Ley de las Citas en el año 426 (d. J. C.) a reconocer valor legislativo a las obras de Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestiano y Gayo o a los autores citados por ellos; llegándose incluso a establecer el orden de preferencia entre ellos, primero debían seguirse las opiniones de Papiniano y luego el juez podía elegir libremente, entre los otros autores la que le pareciera más acertada. No obstante la Ley de las Citas sólo se explica por la decadencia del derecho en el siglo V, que recién fue superado con la obra de Justiniano (véase al respecto: BONFANTE, Pietro, *ob. cit.*, t. II, pág. 32, y de FRANCISCI, Pietro, *Storia del Diritto Romano*, pág. 290, Milano, 1948).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

fuese dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho. La referencia que hace esta disposición a la analogía ha determinado que se la considere fuente del derecho.

La analogía consiste en la aplicación de un precepto jurídico dictado para una determinada situación a otra que coincide con la primera [147]. Se deriva del principio de lógica *ubi est eadem ratio, ibi eadem dispositio iuris esse debet* (donde existen las mismas razones deben existir las mismas disposiciones jurídicas).

Un sector de la doctrina subraya que no es un simple medio de interpretar el derecho, por cuanto se recurre a la analogía cuando no hay formas, no siendo posible interpretar lo que no existe, siendo fuente del derecho porque la analogía se concreta en la creación de una nueva norma [148], aun cuando la distinción entre lo que es propiamente interpretación y lo que se traduce en creación de derecho sea imprecisa [149].

En nuestra opinión, la analogía constituye una técnica de interpretación del derecho. No es fuente porque el propio ordenamiento obliga a la utilización de esta herramienta jurídica ante la ausencia de normas positivas; el artículo 16 del Código Civil determina que cualquier disposición jurídica aplicable para determinadas situaciones puede ser fuente del derecho para otras situaciones siempre que se den similitud de hecho e identidad de razones. Por ello, cuando por analogía se aplican algunas disposiciones del Código Civil al Derecho Administrativo, la fuente no es la analogía, sino las normas del Código Civil [150] que resultan aplicables a través de esa técnica interpretativa.

Pero aun cuando el artículo 16 del Código Civil no permitiera recurrir a la analogía, ello podría hacerse, ya que por medio de la misma se aplican principios generales del derecho o de justicia.

La analogía en derecho administrativo ha tenido gran aplicación, dado que se trata de un derecho nuevo y, por lo tanto, con caren-

147 DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. I, pág. 536.

148 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 267, quien incluso la considera fuente escrita.

149 BOQUERA OLIVER, José María, *ob. cit.*, pág. 134.

150 Al respecto LINARES, Juan Francisco, *ob. cit.*, pág. 155 y sigs., GOLDSCHMIDT, Werner, *ob. cit.*, pág. 224 y sigs. Este autor distingue entre *analogia legis*, por la que se integra la ausencia de una fuente formal utilizando una norma destinada a otro asunto, de la *analogia iuris* donde se da la ausencia de normas en toda una rama del derecho y se la integra con numerosas disposiciones aplicables a otra materia. Algunos autores dan otras razones para considerar que la analogía no es fuente, así se afirma que la analogía no crea derecho nuevo, que no tiene carácter general ya que se limita a un caso particular; véase DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. I, pág. 543.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

cia de normas escritas. Así, en materia de nulidades del acto administrativo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Los Lagos" afirmó que "las reglas de los artículos 1037 y siguientes del Código Civil acerca de las nulidades de los actos jurídicos, si bien no han sido establecidas para aplicarlas al derecho administrativo sino al derecho privado, nada obsta para que representando aquélla una construcción jurídica basada en la justicia su aplicación se extienda al derecho administrativo, cuyas normas y soluciones también deben tender a realizar aquéllas, con las diferenciaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de esta disciplina" [151].

Las normas o principios que se aplican por analogía deben integrar el ordenamiento jurídico, no siendo posible, dada nuestra organización federal, aplicar normas provinciales a situaciones análogas existentes en el orden nacional y viceversa [152].

Así como la analogía no puede utilizarse en derecho penal, en el derecho administrativo, mediante el razonamiento analógico, no pueden aplicarse disposiciones que restrinjan la libertad del individuo o impongan sanciones. Tampoco se acepta para establecer contribuciones fiscales ni para acordar exenciones impositivas o jubilaciones [153].

19. LA PRELACIÓN JERÁRQUICA DE LAS FUENTES

La prelación o jerarquía de las fuentes hace referencia a su orden de aplicabilidad al caso concreto y a los criterios que deben tenerse en cuenta para solucionar los conflictos derivados de las disposiciones contradictorias que pueden encontrarse en normas de distinto rango [154].

151 *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 190, pág. 142. Véase sobre otras aplicaciones análogas de normas de derecho administrativo: MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 267.

152 DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. I, pág. 536. Sobre los inconvenientes que plantea la aplicación analógica; LINARES, Juan Francisco, *ob. cit.*, pág. 115 y sigs.

153 ALTAMIRA, Pedro G., *Curso de Derecho Administrativo*, pág. 74; DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. I, pág. 543; LINARES, Juan Francisco, *ob. cit.*, pág. 166; BOQUERA OLIVER, José María, *ob. cit.*, pág. 163.

154 Uno de los criterios interpretativos establecidos por la Corte se basa en que la ley fundamental constituye una estructura sistemática y en que sus distintas partes forman un todo coherente por cuyo motivo la inteligencia de una de sus cláusulas no puede alterar el equilibrio del conjunto (*in re* "García de Machado, Sara c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de la Provincia de Córdoba", C.S., 19/9/89).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Al tratar cada una de las fuentes del derecho se ha hecho referencia a su orden de aplicación y a las diversas situaciones de conflicto que pueden presentarse.

El artículo 31 de la Constitución Nacional al prescribir que "esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la Ley Suprema de la Nación y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales..." establece un orden de prelación de las normas que se completa con otras prescripciones constitucionales (art. 75, incs. 22 y 24, Const. Nac.). No obstante, la Constitución adopta la forma federal de gobierno, conservando las provincias todo el poder que la Constitución no atribuye al gobierno federal (art. 121 de la Const. Nac.), lo cual determina la autonomía de las provincias en el ámbito de su competencia, coexistiendo por lo tanto dos ámbitos o esferas de gobierno.

La doctrina ha intentado establecer un orden de prioridad entre las distintas fuentes del derecho, acordando preferencia a las normas escritas sobre las no escritas o las fuentes directas respecto de las indirectas.

En el derecho administrativo, cuya mutable construcción se basa en la equidad y en la armonía entre sus derechos individuales de propiedad y libertad y el bien común, existe una tendencia a dar prevalencia a los principios generales del derecho como fuente material y formal, por sobre otros elementos del sistema que ante la carencia de normas justas para resolver un conflicto constituyen fuente directa del ordenamiento [155].

155 GONZALEZ PEREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos*, pág. 221, Madrid, 1977.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CAPÍTULO VI

RELACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

SUMARIO

1. El Derecho Administrativo en el mundo jurídico.
2. El método de interpretación. La llamada integración normativa.
3. Caracteres del Derecho Administrativo y sus relaciones con otras ramas jurídicas.
4. Relaciones con el Derecho Constitucional.
5. Relaciones con el Derecho Penal.
6. Derecho Penal disciplinario y Derecho Penal ejecutivo.
7. El Derecho Penal Administrativo y el problema de su autonomía.
8. El Derecho Financiero.
9. Relaciones con el Derecho Procesal.
10. El llamado Derecho Municipal.
11. El Derecho Eclesiástico.
12. Relaciones con el Derecho Privado.
13. Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración.
14. La codificación del Derecho Administrativo. Problemas que plantea en nuestro país.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CAPÍTULO VI

RELACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL MUNDO JURÍDICO

Como en toda rama del derecho, existen también, en el derecho administrativo, tres órdenes diferentes, vinculados por estrechas relaciones de interdependencia: el orden normativo, el orden de las conductas o de la realidad y el orden de los valores o de la justicia [1].

El sistema normativo está compuesto principalmente por las fuentes escritas que componen la legislación administrativa (leyes, reglamentos, instrucciones, etc.) como expresión de las funciones y potestades de los órganos del Estado.

En el orden de la realidad o de las conductas no aparecen ya fórmulas normativas, sino actos y hechos humanos, por cuyo mérito los órganos que ejercen el poder del Estado adjudican potencia o impotencia, cargas y derechos o beneficios, ampliando o restringiendo la esfera de los particulares. En este orden de conductas no todas revisten el carácter de ejemplares, o sea, que no todos los actos humanos provocan una actitud de seguimiento respecto de la conducta modelo o ejemplar, coexistiendo, en el mismo, conductas no ejemplares [2].

Nos encontramos finalmente ante el orden de la justicia, que es aquel que proporciona los criterios de valoración para juzgar las distintas situaciones que se presentan.

El derecho administrativo, que constituye una porción del mundo jurídico, participa de la composición tridimensional del mismo,

1 GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, pág. 8 y sigs., Buenos Aires, 1973.

2 BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Constitucional*, t. I, pág. 12, Buenos Aires, 1964.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

siendo la teoría trialista aquella que da cumplimiento al programa que emerge de la concepción tridimensional [3].

2. EL MÉTODO DE INTERPRETACIÓN. LA LLAMADA INTEGRACIÓN NORMATIVA

Se ha sostenido que la interpretación jurídica descansa en un sincretismo metódico, que se lleva a cabo en un proceso donde ninguno de los métodos tradicionales (causalista o de la jurisprudencia de intereses, finalista, funcional, histórico, político y sociológico) pueden pretender una total hegemonía [4].

El estudio del método de interpretación del derecho, si bien es un tema que pertenece a la llamada teoría general del derecho resulta de gran interés en una disciplina naturalmente mutable y en constante formación, como el derecho administrativo, donde la Administración al par de que debe respetar ciertos valores esenciales de una comunidad, como la seguridad jurídica, precisa armonizar en forma permanente la aplicación de las normas con la finalidad pública que persigue, a través de un obrar justo.

Es, por demás, conocida la pérdida de vigencia del método que introdujo la escuela de la exégesis y su desplazamiento posterior por la llamada escuela científica, cuyo representante más conspicuo en Francia fue Gény. Para esta corriente jurídica, no puede reducirse el derecho a la ley escrita y a la intención del legislador, como lo pretendía el método exegético, sino que la interpretación debe partir de las "fuentes reales" que son la experiencia y la razón. Las "fuentes reales" son las que brindan la materia jurídica, mientras las fuentes formales son aquellas que proporcionan a esa materia o substancia una forma adecuada (v.gr., las normas legales o consuetudinarias) [5].

3 GOLDSCHMIDT, Werner, *ob. cit.*, pág. 18 y sigs., principalmente la crítica a las teorías normatológicas y sociológicas, como son, respectivamente, la teoría pura del Derecho (Kelsen) y la teoría egológica (Cossio) que postulan enfoques parciales e incompletos (*ob. cit.*, pág. 258 y sigs.).

4 JESCH, Dietrich, *Ley y Administración*, pág. 77, trad. del alemán, Madrid, 1978. Dice este autor que "el contenido de una norma sólo podrá ser evaluado como precipitado y decisión de una determinada constelación de intereses, es decir, definido causalmente; el contenido de otra, en cambio, sólo podrá ser desvaluado a partir de su fin, es decir, teleológicamente; y el sentido de un concepto jurídico sólo será comprensible a partir de su posición funcional" (*ob. cit.*, pág. 77).

5 LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, t. I, pág. 104, Buenos Aires, 1975. Al comentar los principales aspectos de la doctrina sustentada por la escuela científica y específicamente, la influencia de las fuentes reales, sostiene Llambías

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

La influencia que ha tenido la obra de Gény en el derecho administrativo francés ha sido grande y a ella deben atribuirse muchas de las soluciones justas y lógicas que adoptó el Consejo de Estado de Francia al resolver las causas entre particulares y el Estado sometidas a su juzgamiento [6].

En el derecho administrativo, el método de interpretación ha de ser, a la vez, esencialmente finalista y realista [7], teniendo en cuenta las reglas que proporciona la teoría de la hermenéutica, como criterio auxiliar de interpretación. De ese modo, en el derecho administrativo en materia interpretativa adquieren una relevancia peculiar: 1°) los principios generales del derecho y los que informan el ordenamiento jurídico administrativo; 2°) el interés público o bien común que persigue el Estado [8]; y 3°) el derecho natural o la equidad [9].

En lo que concierne al interés público o bien común que procura realizar el Estado tanto a través del ordenamiento jurídico (leyes y reglamentos administrativos) como mediante actos concretos (de carácter individual) hay que advertir que la finalidad estatal no siempre se persigue de un modo inmediato, y un ejemplo de ello lo proporcionan las relaciones de atribución (v.gr., relación de fomento industrial) que deben interpretarse, en principio, en favor del interés privado, ya que es a través del mismo como se beneficia mediatamente la comunidad. En cambio, en las relaciones de colaboración la finalidad inmediata es la realización del interés público del Estado (v.gr., contrato de concesión de servicios públicos).

---

que esa gravitación se mantiene aun bajo el proceso de la codificación, más allá de las normas o defectos de éstas. Agrega que "la substancia del derecho se identifica con los datos que proveen las fuentes reales del mismo. De aquí que cuando la legislación o la costumbre son insuficientes, el derecho llene sus lagunas —de la ley o de la costumbre, porque el derecho no tiene lagunas— o sus imperfecciones por medio de la doctrina o de la jurisprudencia: es así como se han introducido a la vida pública las nociones de enriquecimiento sin causa, abuso del derecho, teoría de la imprevisión, etc., que han comenzado a ser elaboraciones doctrinarias que luego han quedado plasmadas en fórmulas legales" (*ob. cit.*, pág. 105).

6 GENY, Bernard, "De la méthode et de la technique du Droit privé positif a celles du Droit administratif", en *Le Conseil d'Etat*. "Libre Jubilaire", pág. 277 y sigs., Paris, 1952.

7 Empleamos el término realista, no en el sentido de la escuela del servicio público francesa, sino dentro de la concepción que encuentra la raíz del derecho en la realización de lo justo.

8 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 75, Madrid, 1977.

9 GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 207, Madrid, 1980. Para Hauriou el derecho administrativo era, básicamente, un derecho de equidad y es evidente que esta idea nutre el desarrollo jurisprudencial de la disciplina a través de la doctrina elaborada por el Consejo de Estado francés.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Los elementos o reglas de la hermenéutica —que sirven de guía a la interpretación— son: a) el elemento gramatical, que es el primer modo de aproximarse a la norma (art. 16 del Cód. Civ.); el mismo no implica un criterio absoluto y debe preferirse el sentido técnico de una palabra o concepto antes que el vulgar; b) el elemento lógico, que procura reconstruir la voluntad del autor de la norma, tratando de indagar los motivos que inspiraron la norma y la ocasión en que fue dictada, para comprender el "espíritu" de la norma interpretada (art. 16 del Cód. Civ.). En realidad, este elemento puede definirse, en síntesis, como el "fin social al cual queda adscripto el sentido de la norma" [10]; c) el elemento histórico, que procura desentrañar el correcto sentido de la norma, sobre la base del estudio de los antecedentes históricos de las instituciones en juego [11]; d) el elemento sociológico, que tiene su origen en la observación y análisis de los datos sociales, sin que el mismo constituya más que una herramienta auxiliar, ya que no se concibe que quien interpreta el derecho pueda cambiar el sentido de la norma justa, en forma discrecional, para adaptarla a las tendencias sociológicas que vayan surgiendo [12].

En el caso de existir discrepancia entre el sentido de la norma y la voluntad de su autor (concebida como el fin social), se hace necesario realizar una adaptación que limite o sustituya el sentido lingüístico de la norma (interpretación restrictiva) o la amplíe (interpretación extensiva) [13].

Si hay ausencia de norma es necesario resolver ese problema mediante la integración normativa, partiendo de lo dado (la realidad social y el derecho natural —la justicia—) [14], supliendo la carencia con una norma justa. Se parte de la idea de que si bien el ordenamiento positivo puede presentar lagunas, el derecho o mundo jurídico ha de concebirse como un sistema pleno y hermético, en el que cabe cubrir ese vacío mediante el procedimiento de la integración, que permite solucionar el problema de la carencia normativa a través de la autointegración (donde existen fuentes formales) o bien, por medio de la heterointegración (insuficiencia de fuentes formales).

10 LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *ob. cit.*, t. I, págs. 110-112.

11 Los antecedentes que han servido de base para la sanción de la ley (tal como la discusión parlamentaria) sin tener actualmente el valor que les asignaba la doctrina clásica, poseen interés para desentrañar la significación de la norma y ayudan a determinar el fin social que persigue la misma (cfr. LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *ob. cit.*, t. I, pág. 114).

12 LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *ob. cit.*, t. I. pág. 113.

13 GOLDSCHMIDT, Werner, *ob. cit.*, pág. 254 y sigs.

14 GENY, François, *Science et Technique en Droit Privé*, nº 167 y sigs., t. I, Paris, 1914.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

La autointegración del ordenamiento se realiza principalmente por el procedimiento de la analogía, mientras la heterointegración requiere acudir a la justicia material [15].

Dada su condición de *ius in fieri* el procedimiento de integración de normas que reviste mayor importancia en el derecho administrativo es el de la analogía, la cual no siempre es distinguida debidamente de la llamada supletoriedad o subsidiariedad. La analogía presupone una carencia histórica de norma aplicable al caso e implica la realización de un proceso previo de adaptación e integración con los principios y normas de la materia. En cambio, la aplicación subsidiaria o supletoria, no supone propiamente una carencia normativa, ya que la falta de norma positiva se completa o integra con la aplicación directa de otras normas, tal como acontece con ciertas instituciones entre el derecho civil y el derecho comercial, por imperio de una expresa prescripción legislativa [16].

El procedimiento de la analogía admite una distinción entre la analogía en sentido estricto y la llamada *analogia iuris*, dándose esta última cuando una norma prescriba la analogía mediante la aplicación por entero o en bloque de determinadas materias o cuerpos normativos a otras no reguladas [17].

3. CARACTERES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y SUS RELACIONES CON OTRAS RAMAS JURÍDICAS

El derecho administrativo es una rama del derecho público interno constituida por normas y principios que presenta los siguientes caracteres: a) Trátase de un derecho que, en principio, es de naturaleza local o provincial (art. 121, Const. Nac.), sin perjuicio de la facultad del Congreso y del Poder Ejecutivo Nacional para dictar aquellas leyes y reglamentos que sean consecuencia de las atribuciones que le hubieran sido expresamente conferidas, principalmente las que derivan de los artículos 75 y 6° de la Constitución Nacional; b) Constituye una disciplina autónoma que se abastece de su propio sistema de normas y principios, lo cual no obsta a que recurra al auxilio de la analogía para realizar la integración normativa frente a los va-

15 GOLDSCHMIDT, Werner, *ob. cit.*, pág. 299.

16 Código de Comercio, art. 3° de las disposiciones preliminares; respecto de los actos o situaciones no reglamentadas en el Cód. Com., véase SATANOWSKY, Mario, *Tratado de Derecho Comercial*, t. I, pág. 137 y sigs., Buenos Aires, 1957.

17 GOLDSCHMIDT, Werner, *ob. cit.*, págs. 296-297.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

cíos o lagunas propias de todas las ramas del derecho. Su autonomía es, pues, conceptual o científica; y c) Si bien no puede desconocerse un cierto avance en la corriente hacia la codificación parcial o por materias del derecho administrativo, éste conserva aún su característica de *ius in fieri* o derecho en formación, con tendencia acentuada a la innovación normativa, como respuesta a la necesidad de resolver nuevos problemas que aparecen en el horizonte jurídico de un mundo en constante evolución (*ius novum*) [18].

El derecho administrativo no tiene ni ha tenido nunca una existencia aislada e independiente y ha constituido siempre una porción del ordenamiento jurídico de cada época histórica, manteniendo con las otras ramas jurídicas relaciones de jerarquía y subordinación, como acontece con el derecho constitucional, o bien relaciones de contacto e interferencia como es el caso de sus vínculos con el derecho civil y comercial.

Muchas de estas relaciones se fundan en la carencia normativa, rasgo bastante típico en el derecho administrativo sustantivo de nuestro país, que obliga a utilizar la analogía como procedimiento de integración por excelencia; pero existe otro tipo de relaciones que aparecen como consecuencia de la función demarcadora que tienen algunas instituciones (v.gr. condición jurídica de las personas y de las cosas).

Estas normas que demarcan los confines o límites entre los derechos público y privado tienen que ubicarse en uno de los códigos de fondo que el Congreso puede dictar en virtud de lo dispuesto en el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional que, por el contenido de las normas, no puede ser otro que el Código Civil.

De lo contrario, al no ubicarse en el Código Civil la regulación de ciertas materias, que son comunes al derecho privado y al derecho público, podría generarse una verdadera anarquía legislativa en la medida en que cada rama jurídica en particular establecería sus propias regulaciones, convirtiendo en público lo que para una es privada y viceversa.

En este acápite, se analizarán las relaciones del derecho administrativo tanto con otras ramas del derecho público (constitucional, penal, financiero y tributario y procesal) como con las disciplinas básicas que conforman el derecho privado (civil y comercial).

18 LUQUI, Roberto Enrique, "Algunas consideraciones sobre el concepto de Administración Pública", *L.L.*, t. 151, pág. 1069, quien señala la característica de mutabilidad natural del derecho administrativo.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

4. RELACIONES CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL

El derecho constitucional procura organizar al Estado a través de la ordenación de sus competencias supremas [19].

Para ello recoge las ideas que acerca de los fines del Estado tienen los repartidores públicos y para desenvolverlas implanta la estructura estatal y su forma de gobierno, ordenando las relaciones con los administrados [20].

El derecho administrativo, que, como se ha indicado antes, regula substancialmente toda la actividad pública de la Administración (en sentido subjetivo) sumada a la actividad materialmente administrativa de los Organos Legislativo y Judicial, tienen una íntima vinculación con el derecho constitucional.

El derecho constitucional se refiere a la estructura fundamental del Estado, constituyendo la base del ordenamiento administrativo y de las demás ramas del derecho [21].

Por eso la primera vinculación es de jerarquía y por ella las instituciones administrativas se subordinan a las normas y principios constitucionales, lo cual se ha traducido en la conocida afirmación doctrinaria que enseña que el derecho administrativo tiene el encabezamiento de sus capítulos en la Constitución [22]. En realidad, dicha afirmación tiene vigencia no sólo respecto del derecho administrativo sino de todas las ramas del derecho.

Pero la subordinación existente entre ambas disciplinas no elimina las interferencias que pueden existir entre uno y otro derecho en virtud de que los límites entre ellos son, en general, bastante imprecisos, lo cual explica el hecho de que ciertas materias como la organización administrativa puedan ser tratadas por el derecho constitucional o administrativo, según la tradición doctrinaria de cada país, o que se postule la unificación de ambos derechos [23].

19 GARCIA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, pág. 19, Madrid, 1959; BIDART CAMPOS, Germán J., *ob. cit.*, t. I, pág. 13.

20 BIDART CAMPOS, Germán J., *ob. cit.*, t. I, pág. 14.

21 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 158; ALESSI, Renato, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, págs. 13-14, 2ª ed., Milano, 1958.

22 BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 144, 6ª ed., Buenos Aires, 1964; GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, cap. VI, pág. 8, Buenos Aires, 1974.

23 ALESSI, Renato, *ob. cit.*, pág. 14, quien cita el ejemplo de Alemania, donde se ha pretendido (Laband, Kelsen, etc.) unificar ambos derechos en un "Derecho del Estado".

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

5. RELACIONES CON EL DERECHO PENAL

El derecho administrativo guarda una estrecha vinculación con el llamado derecho penal sustantivo en cuanto la Administración requiere de la tutela represiva para asegurar su eficaz y normal funcionamiento, ya que de lo contrario podría afectarse la existencia misma del Estado [24].

Con excepción de unas pocas definiciones (v.gr., la definición de funcionario público del art. 77 del Cód. Penal) éste trae un conjunto importante de figuras cuyos términos conceptuales corresponden al derecho administrativo. Tal acontece respecto de la mención al servicio público (art. 165, inc. 8° y art. 184, inc. 3°) cargo público (art. 246, incs. 2° y 3°); autoridad competente (art. 246, inc. 1); empresas públicas de transporte (art. 289, inc. 2°); uso público (art. 191, inc. 2°); vía pública (art. 165, inc. 6°), etcétera.

Pero si las relaciones existentes entre ambas ramas y la autonomía que las caracteriza no ha dado motivo a dificultades doctrinarias, no puede decirse lo mismo acerca de los llamados derecho penal disciplinario, derecho penal ejecutivo y, sobre todo, del derecho penal administrativo.

6. DERECHO PENAL DISCIPLINARIO Y DERECHO PENAL EJECUTIVO

El denominado derecho penal disciplinario fue concebido en sus orígenes inmediatos como un derecho especial regido no por el derecho público, sino por una relación de derecho privado similar a la existente en el derecho laboral [25].

Si el mismo se fundamenta en la relación de subordinación que impone el principio de la jerarquía administrativa, es evidente que la potestad disciplinaria pertenece al derecho público y, no obstante su contenido sancionatorio y represivo, corresponde al derecho administrativo.

Las medidas propias del derecho penal disciplinario no persiguen como fin la represión o prevención de la delincuencia, sino la

24 VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 139, Buenos Aires, 1949.

25 LABAND, Paul, *Le Droit Public de L'Empire Allemand*, traducción francesa del original alemán, t. II, pág. 182 y sigs., Paris, 1901.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

protección del orden y disciplina necesarios para el ejercicio de las funciones administrativas [26].

Las principales diferencias que se observan con el derecho penal sustantivo pueden resumirse en:

a) en el derecho penal disciplinario no se aplican, en las sanciones correctivas de menor gravedad, el principio *nullum crimen nulla poena sine lege* ni el de *legale iudicium*, sin perjuicio de las garantías procedimentales que implican, en general, los recursos de reconsideración y jerárquico [27];

b) la prescripción, que tiene efecto extintivo sobre el delito y la pena, no extingue la sanción disciplinaria, salvo norma expresa en contrario [28];

c) no afecta el principio *non bis in idem*, el hecho de que un funcionario público sea pasible de sanciones disciplinarias y penales por la misma infracción [29], ya que la disciplina administrativa tiene su finalidad propia que se independiza del derecho penal [30].

Respecto al denominado derecho penal ejecutivo o penitenciario cuadra apuntar que, en la doctrina, no hay acuerdo con relación a su ubicación ni autonomía, considerando algunos autores que debe adscribirse al derecho administrativo [31] y otros, al derecho penal [32].

Aunque el derecho penitenciario desarrolle o continúe la aplicación de la pena a través de su ejecución es parte de la función administrativa, ya que, tanto la ejecución de las penas [33], como la organización de los regímenes carcelarios, es indudable que tienen substancia o naturaleza administrativa, aun cuando la peculiaridad propia de esta disciplina conduce, en nuestra opinión, a ubicar su estudio dentro del derecho administrativo especial.

26 Cfr. SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. I, pág. 22, Buenos Aires, 1956.

27 SOLER, Sebastián, *ob. cit.*, t. I, pág. 23. La no aplicación del *legale iudicium* se admite también en sanciones de mayor gravedad, como es la cesantía, frente a circunstancias objetivas (inasistencias reiteradas, abandono del servicio y pérdida de la ciudadanía, vide, arts. 32 y 34 de la ley 22.140).

28 VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *ob. cit.*, t. I, pág. 122.

29 DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, t. I, 2ª ed., pág. 276, Buenos Aires, 1974.

30 VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *ob. cit.*, t. I, pág. 122.

31 SOLER, Sebastián, *ob. cit.*, t. I, pág. 21; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *ob. cit.*, t. I, pág. 139, si bien se admite que tiende a erigirse en un derecho especial.

32 DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. I, pág. 280.

33 ZANOBINI, Guido, *Corso di Diritto Amministrativo*, t. I, pág. 34, 8ª ed., Milano, 1958.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

7. EL DERECHO PENAL ADMINISTRATIVO Y EL PROBLEMA DE SU AUTONOMÍA

Las transgresiones al orden administrativo generan infracciones que, consideradas en su aspecto objetivo y subjetivo, componen los denominados derecho penal administrativo [34] y derecho penal disciplinario.

Mientras el derecho penal sustantivo tiene por principal fin la prevención y represión de la delincuencia considerada como violación de orden jurídico general, lo que tipifica al derecho penal administrativo es la esencia administrativa del precepto que contiene una sanción, tal como ocurre con las contravenciones de policía y las infracciones tributarias [35].

El ilícito penal administrativo no es un delito de daño, y una de sus principales formas está dada por la transgresión al deber de colaborar con la Administración en la realización de los fines de bien común que ella persigue.

Sin embargo, el ilícito penal administrativo tiene en común con el delito criminal la aplicación de los principios del derecho penal sustantivo, especialmente del principio por cuyo mérito la sanción ha de estar fijada previamente en una norma jurídica *nulla poena sine lege* [36] a diferencia de lo que acontece en el derecho penal disciplinario.

En cambio, resulta posible aplicar en la contravención —como principio general— sanciones a personas de existencia ideal admitiéndose asimismo que el agente se allane a las consecuencias del hecho [37].

La teoría general de las sanciones admite una ya clásica división entre sanciones penales, civiles, disciplinarias y penales-administrativas. La sanción penal se distingue de la civil por su carácter represivo y no resarcitorio [38], propio de esta última. A su vez, dentro del campo de las sanciones de substancia represiva resulta necesario

34 BIELSA, Rafael, *ob. cit.*, t. I, pág. 155.

35 VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *ob. cit.*, t. I, pág. 127.

36 MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, t. II, pág. 86, traducción castellana, Buenos Aires, 1950.

37 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 164, nota 65; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *ob. cit.*, t. I, pág. 126; MAYER, Otto, *ob. cit.*, t. II, pág. 102.

38 *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 271, pág. 338, donde el Alto Tribunal expresó que "revestían carácter penal las multas de las leyes de réditos cuando no tuvieren carácter reparatorio...".

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

distinguir la sanción disciplinaria de la penal administrativa (policía y finanzas), cuyas diferencias más sobresalientes surgen de la comparación sobre los principios expuestos al tratar separadamente el llamado derecho penal disciplinario.

El derecho penal administrativo se integra fundamentalmente con las faltas y contravenciones de policía e infracciones fiscales o tributarias, habiéndose debatido en doctrina si forma parte del derecho penal sustantivo [39] o del derecho penal especial [40], si pertenece al derecho administrativo [41] o si, por lo contrario, se trata de una rama del derecho dotada de autonomía científica [42].

Nos parece que no puede concebirse al derecho penal administrativo como un derecho de excepción respecto del derecho penal ni como una rama dotada de autonomía científica, sino que constituye un "derecho especial", que se nutre de algunos principios esenciales de los derechos penal y administrativo, con la salvedad de que esta recurrencia no obsta a una eventual derogación de tales principios, derogación que no exige se la establezca en forma expresa, sino que también puede derivar de la inadaptabilidad de los principios de derecho penal y de derecho administrativo al régimen aplicable a cada institución [43].

Su carácter de derecho especial se afirma por la circunstancia de no hallarse regulado por el Código Penal y revestir frecuentemente carácter local [44] a más de que el juzgamiento de las infracciones suele realizarse por órganos, principios y procedimientos peculiares, que no se identifican plenamente con el sistema que rige la actividad de quienes juzgan los delitos [45].

Todo ello aunque justifica y fundamenta una autonomía docente o didáctica, conduce a negar su autonomía científica, en la medida de

39 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 165.

40 AFTALION, Enrique R., *El derecho penal administrativo como derecho penal especial, L.L.*, t. LXXV, pág. 824, y *Derecho Penal Administrativo*, págs. 99-100, Buenos Aires, 1955.

41 DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. I, pág. 277.

42 SOCHONQUE, Adolf, "La Doctrina del Derecho Penal Administrativo de J. Goldschmidt y su Reconocimiento en la Legislación Alemana", *R.D.P.*, nros. 3-4, pág. 299, Buenos Aires, 1951.

43 *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 214, pág. 245, y t. 212, págs. 64 y 134.

44 Debe recordarse que las provincias conservan la atribución de reglar lo atinente, por ejemplo, a contravenciones de policía en aquellas materias que no hubieran delegado al Congreso Nacional (art. 104, Const. Nac.).

45 AFTALION, Enrique R., *Derecho Penal Administrativo*, pág. 17, Buenos Aires, 1955.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

que se trata de una materia que carece de metodología y objeto propio, que no cuenta con una construcción jurídica sistemática como tienen, sin duda, tanto el derecho penal como el derecho administrativo, dentro de la relatividad que importa siempre la autonomía de cualquier rama del derecho.

8. EL DERECHO FINANCIERO

En Francia, desde los tiempos en que Macarel publicara su *Tableau de la fortune publique en France* en el año 1838, gran parte de lo que hoy constituye el derecho financiero o el derecho tributario integraba la materia derecho administrativo [46].

La importancia que alcanzó la actividad financiera del Estado, particularmente después de la Primera Guerra Mundial, suscitó todo un proceso de agrupamiento de las materias atinentes a esa actividad, dando origen a que su enseñanza se impartiera, con carácter autónomo, en casi todos los países.

Se ha planteado el problema de la naturaleza, autonomía y contenido del llamado derecho financiero, pudiendo advertirse, tanto en la vernácula como en la doctrina comparada, la existencia de tres orientaciones distintas:

a) la corriente administrativa considera que el llamado derecho financiero constituye un capítulo del derecho administrativo, cuya contraposición es puramente formal y académica [47], o bien, una "parte especializada del derecho administrativo" [48].

b) En el otro extremo se ubica la postura que propicia la plena autonomía conceptual o científica del derecho financiero, conteniendo como rama especial al derecho tributario [49].

c) En una orientación intermedia, se admite, únicamente por razones prácticas, que las normas que regulan la actividad financiera sean objeto de una rama especial, para su mejor

46 HAURIOU, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public Général*, pág. 256, Paris, 1897, al ocuparse de la historia del derecho administrativo francés.

47 ALESSI, Renato, *ob. cit.*, t. I, pág. 16.

48 ZANOBINI, Guido, *ob. cit.*, t. I, pág. 35.

49 GIULIANI FONROUGE, Carlos M., *Derecho Financiero*, t. I, pág. 34 y sigs., Buenos Aires, 1965; Grizioti distingue entre ciencia de las finanzas (aspectos económicos) y derecho financiero (aspectos jurídicos) y puntualiza que aun siendo dos disciplinas diferentes, la estrecha complementación que existe entre ambas conduce a asociarlas en Italia en una sola cátedra universitaria (GRIZIOTI, Benvenuto, *Principios de la Ciencia de las Finanzas*, trad. a la 6ª ed. italiana, pág. 14, Buenos Aires, 1959).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

exposición didáctica [50], entendiendo, sin embargo, que puede ser concebida como una disciplina autónoma del derecho tributario o fiscal [51].

En nuestra opinión, las principales materias, instituciones y procedimientos del llamado derecho financiero revisten substancia administrativa, tratándose en definitiva de un derecho que regula una parte de la función administrativa, en sentido material. Es, por lo tanto, un derecho administrativo especial, que estudia esencialmente el derecho presupuestario, el régimen jurídico de las inversiones y gastos públicos y su respectivo control, y las normas atinentes a la moneda como instrumento de cambio [52] sin perjuicio del tratamiento conjunto de estos problemas con aquellos propios de la Ciencia de las Finanzas, que no revisten carácter jurídico [53].

Con respeto al derecho tributario —denominación que entendemos más correcta que la de derecho fiscal— [54] en cuanto limita su objeto a la parte relativa a la aplicación y recaudación de los tributos, ya sea que lo considere como un capítulo del derecho financiero o como una misma rama separada del mismo, no pierde por ello el carácter de derecho administrativo especial, cuya autonomía en la enseñanza halla su fundamento en razones didácticas y prácticas, debido a la complejidad técnica y extensión que ha asumido actualmente.

Trátase, en suma, de un derecho carente de autonomía científica [55].

9. RELACIONES CON EL DERECHO PROCESAL

La autonomía del derecho procesal, aun tratándose de un derecho adjetivo, se justifica en la medida en que ella aparece como consecuencia de que esta disciplina regula las funciones de naturaleza jurisdiccional que ejercen los organos judiciales y algunas otras funciones a ella asimiladas (v.gr. jurisdicción voluntaria). Se erige así

50 GIANNINI, A. D., *Elementi di Diritto Finanziario*, pág. 4, Milano, 1945.

51 LUQUI, Juan Carlos, "Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario", *J.A.*, 1956-IV, sec. doctrina, pág. 155.

52 GIULIANI FONROUGE, Carlos M., *ob. cit.*, t. I, pág. 37.

53 Propiciamos en el texto la misma orientación que nos llevó a sostener la conveniencia de no separar por completo el Derecho Administrativo de la Ciencia de la Administración.

54 LUQUI, Juan Carlos, "Algunos Principios de Recaudación Tributaria", *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas*, t. II, pág. 3, Rosario, 1942.

55 CASSAGNE, Juan Carlos, "Los recargos del Artículo 42 de la Ley sobre Procedimiento Impositivo", *E.D.*, t. 34, pág. 944.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

una construcción de reglas y principios de carácter sistemático que se aplican sobre un objeto propio: el proceso judicial.

Las relaciones entre el derecho procesal y el derecho administrativo se manifiestan en tres campos diferentes:

a) en el ejercicio de la actividad jurisdiccional de la Administración donde se aplican numerosas normas y principios del derecho procesal [56];

b) respecto del procedimiento administrativo, tal como ocurrió en su momento con la aplicación del recurso de revisión que preceptuaba el artículo 241 de la vieja ley 50 [57];

c) con el derecho procesal administrativo o "contencioso-administrativo" que es la parte del derecho procesal que regula la actuación de la Administración en el proceso judicial, es decir, ante órganos separados e independientes de aquélla, que resuelven controversias con fuerza de verdad legal.

La conexión existente entre este derecho adjetivo y el derecho administrativo de fondo o sustantivo es tan grande que ha provocado que el estudio de su temática y de sus principales instituciones hayan sido realizados predominantemente por administrativistas, que en su gran mayoría han integrado también las distintas comisiones que, en el orden nacional, elaboraron proyectos de códigos en lo contencioso administrativo [58].

Por lo común, la aplicación de las normas del derecho procesal al derecho administrativo ha de realizarse utilizando la técnica de la analogía, que presupone la adaptación previa de las mismas a los principios que gobiernan las instituciones del derecho administrativo.

10. EL LLAMADO DERECHO MUNICIPAL

Esta disciplina no constituye un derecho con autonomía conceptual ni científica, ya que integra el derecho administrativo [59]. La importancia y el contenido de sus instituciones justifican que se impar-

56 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 168.

57 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, págs. 168-169.

58 V.gr. el Proyecto de Cód. Proc. en lo Contencioso Administrativo que elaboró en el año 1981 la comisión integrada por los doctores Miguel S. Marienhoff, Juan Francisco Linares y el autor de esta obra.

59 VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *ob. cit.*, t. I, págs. 186-188; MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 169.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ta su enseñanza en forma separada (derecho administrativo municipal), aun cuando no llega a constituir un derecho especial.

11. EL DERECHO ECLESIÁSTICO

El derecho eclesiástico constituye "el conjunto de normas dictadas por Dios mismo y por la autoridad eclesiástica que ordenan la constitución, régimen y disciplina de la Iglesia Católica". Fue también designado con los nombres de Derecho sagrado, religioso, pontificio, divino, eclesiástico y, particularmente, a partir del siglo IV, recibió la nominación de "Derecho Canónico" debido a la circunstancia de que las leyes de la Iglesia se denominan "cánones" [60].

La Iglesia Católica, en cuanto sociedad jurídica perfecta, no depende de ninguna ley positiva ni de ningún Estado. Sin embargo, ello no obsta a que el Estado —como acontece entre nosotros— le reconozca personalidad jurídica de derecho público (art. 2° de la Const. Nac. y 33 del Cód. Civ.).

Nuestro régimen constitucional, aunque sin adoptar enteramente la tradición histórica existente en el país [61], que reconocía a la católica como religión oficial, estatuye que "el gobierno federal sostiene el culto católico, apostólico y romano" (art. 2° de la Const. Nac.).

De ello se infiere que nuestra Constitución ha colocado, a través del mérito que a la religión citada le atribuyeron los constituyentes de 1853, a la Iglesia Católica en una "posición preeminente" [62].

Las relaciones entre la Iglesia Católica y el Estado, que se instrumentan muchas veces a través de actos, reglamentos y leyes pertenecientes al derecho administrativo, han de ser de armonía y no de subordinación, lo cual no obsta a que si bien los órdenes temporal y espiritual se mueven en planos diferentes, la Iglesia conserve, en atención a la jerarquía de sus fines, el poder indirecto de intervenir en todas aquellas situaciones temporales susceptibles de influir en ellos.

60 BUENO MONREAL, José María, *Principios fundamentales del Derecho Público Eclesiástico*, pág. 22, Madrid, 1945.

61 CASIELLO, Juan, *Iglesia y Estado en la Argentina*, pág. 81 y sigs., Buenos Aires, 1948.

62 BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Constitucional*, t. II, pág. 47, Buenos Aires, 1966. Nuestro más alto Tribunal ha expresado: "Es innegable la preeminencia consignada por la Constitución Nacional en favor del culto Católico, Apostólico y Romano" (*Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 53, pág. 158).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

La Constitución argentina no se opone a esas recíprocas relaciones, ya que no sólo en su artículo 2°, al rechazar la tesis de la separación económica del Estado, reconoce la necesidad de la actuación pública de la Iglesia, sino también en cuanto estatuye la política del acuerdo para reglar la ordenación de las potestades estatal y religiosa (art. 75, inc. 22, de la Const. Nac.).

Los funcionarios eclesiásticos no son funcionarios públicos, no obstante las asignaciones que ellos puedan percibir del presupuesto, pues no están vinculados a la jerarquía administrativa ni son nombrados por el Estado, quien, en el caso de los obispos, se limita a su presentación a la Santa Sede, para que ésta les otorgue la institución canónica y la consagración episcopal [63].

12. RELACIONES CON EL DERECHO PRIVADO

La desemejanza entre el derecho administrativo y el derecho privado no se apoya en el ámbito subjetivo de aplicación de las normas de uno y otro, sino que se basa fundamentalmente en una profunda y sustancial distinción entre los principios que inspiran ambos ordenamientos, en cuanto a la naturaleza de las relaciones y posición de los sujetos que intervienen en la relación jurídica. En efecto, mientras el derecho privado se inspira en las ideas de autonomía, igualdad y limitación de los poderes jurídicos que el ordenamiento otorga a las personas, el derecho administrativo, si bien sobre la base de criterios de equilibrio y justicia, se articula con normas y principios que derivan de la posición preeminente del Estado y de los intereses comunes que él debe proteger y promover.

Como consecuencia de ello, en contraste con lo que acontece en el derecho privado, los sujetos y órganos estatales gozan del poder jurídico genérico de imponer efectos por su exclusiva voluntad (en forma unilateral) que pueden incidir en la esfera jurídica de los particulares, siempre que se respeten las garantías y los límites ínsitos en el ordenamiento jurídico [64].

Respecto de las relaciones entre el derecho administrativo y el derecho civil [65] no hay que suponer en nuestro sistema jurídico, que

63 CASIELLO, Juan, *ob. cit.*, págs. 155-156.

64 LAUBADERE, André de, *Traité Elémentaire de Droit Administratif*, págs. 35-36, t. I, 5ª ed., Paris, 1970.

65 Ampliar en CASSAGNE, Juan Carlos, "La transmisión de derechos personales y reales en el Derecho Administrativo. Relaciones con el Código Civil", *L.L.*, 1984, t. B, pág. 740 y sigs.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

toda aplicación de una norma correspondiente al Código Civil traduzca siempre la utilización del derecho civil [66] ya que puede darse alguna de estas situaciones:

a) que las normas del Código no pertenezcan exclusivamente al derecho civil sino a todas las ramas del derecho, como las contenidas en los títulos preliminares. En este caso, no habrá, en muchos casos, autointegración sino aplicación directa de normas jurídicas que, en su conjunto, conforman la llamada parte general del derecho [67];

b) que se trate de normas de derecho administrativo ubicadas en el Código Civil (v.gr. las prescripciones sobre bienes del dominio público) [68].

Ahora bien, como el derecho administrativo posee autonomía, la aplicación al mismo de las normas del derecho civil se realiza a través del procedimiento de la analogía que exige realizar una tarea previa de adaptación a las normas y principios del derecho público. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de nulidades al establecer que la aplicación del derecho civil a situaciones regladas por el derecho administrativo debe efectuarse "con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la substancia de esta última disciplina" [69]. Lo expuesto es válido tanto para la analogía en sentido estricto como para la llamada *analogia iuris* [70].

Entre las principales instituciones del derecho civil con las que el derecho administrativo tiene relaciones de contacto e interferencia pueden mencionarse: 1) Capacidad de las personas físicas; 2) Personas jurídicas; 3) Locación de cosas; 4) Dominio privado; 5) Instrumentos públicos; 6) Prescripción, etcétera.

En lo que concierne a las vinculaciones con el derecho comercial se aplican los mismos principios enunciados precedentemente, advirtiéndose tanto una tendencia hacia la intromisión del derecho público en el derecho comercial (v.gr. en materia de sociedades de parti-

66 CASSAGNE, Juan Carlos, *El Acto Administrativo*, pág. 49.

67 BUSSO, Eduardo B., *Código Civil Anotado*, t. I, pág. 9, Buenos Aires, 1944; MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, págs. 170-171; FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, págs. 241-242, Madrid, 1958.

68 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado del dominio público*, págs. 174-175, Buenos Aires, 1960; ABAD, Hernando Jesús Luis, *Autonomía conceptual de las instituciones del derecho administrativo*, pág. 66 y sigs., Córdoba, 1967.

69 *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 190, pág. 151.

70 CASSAGNE, Juan Carlos, *El Acto Administrativo*, pág. 50.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

cipación estatal mayoritaria) como la utilización de las formas jurídicas mercantiles para crear entidades de propiedad estatal (ej.: sociedades anónimas) [71].

13. DERECHO ADMINISTRATIVO Y CIENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN

El Derecho Administrativo y la llamada Ciencia de la Administración tienen en común el estudio de la actividad que se desarrolla en los entes y órganos del Estado que realizan, en forma predominante, actividades que, desde un punto de vista material, pueden calificarse como administrativas.

Pero mientras se estima como propio al derecho administrativo el estudio de los aspectos jurídicos de la Administración Pública (organización, régimen de sus actos y contratos, dominio público, etc.), pertenece al ámbito de la Ciencia de la Administración el análisis no jurídico de dicho fenómeno [72].

No hay aún acuerdo en la doctrina con respecto a la autonomía e importancia que caracteriza a la Ciencia de la Administración, particularmente en lo relativo a la posición jurídica con las demás ciencias y a los límites que la separan del derecho administrativo [73].

En realidad, en cuanto postula el estudio de la eficacia y fines de la actividad de la Administración Pública, el contenido de la Ciencia de la Administración no puede dejar de corresponder a la Ciencia Política. Ello no implica, en nuestro concepto, que constituya una disciplina dotada de autonomía científica. Por el contrario, si advertimos que sus técnicas se nutren de diversas ciencias (historia, economía, estadística, sociología, etc.) su autonomía es meramente didáctica o docente.

Si bien no creemos —como Langrod— que el "hecho administrativo" configura un objeto propio que permite acumular todos los conocimientos de la realidad administrativa en una disciplina autónoma [74], estimamos conveniente que el derecho administrativo, en

71 GARRIGUES, Joaquín, *Tratado de Derecho Mercantil*, t. I, vol. 1, págs. 39-40, Madrid, 1947.

72 GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 190 y sigs., Madrid, 1966. JIMENEZ CASTRO, Wilburg, *Introducción al Estudio de la Teoría Administrativa*, pág. 23 y sigs., México, 1974.

73 BENVENUTI, Feliciano, "Scienza dell'amministrazione, diritto amministrativo e riforma della pubblica amministrazione", en *La tecnica della organizzazione nelle pubbliche amministrazione*, nº 4, págs. 415-420, Milano, 1957.

74 LANGROD, Georges, *El Pensamiento Administrativo no jurídico*, pág. 28 y sigs., Madrid, 1964.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

cuanto también debe atender el orden de la realidad, vaya incorporando, en forma progresiva, sin claudicar del enfoque jurídico, la consideración de las técnicas e instituciones desde el punto de vista de su eficacia, lo cual se realiza por cierto de un modo subconsciente en el estudio de todo problema jurídico.

Si la armonía entre los criterios de legalidad y eficacia constituye una de las preocupaciones primordiales de las instituciones administrativas de este siglo, es evidente que el contenido de la Ciencia de la Administración, adosada total o parcialmente al estudio del Derecho Administrativo, o bien, concebida como disciplina autónoma en un plano didáctico, debe merecer la consideración adecuada del jurista.

La aceptación de su autonomía didáctica no implica despojar al derecho administrativo de la posibilidad y hasta de la necesidad de utilizar sus técnicas en el estudio de sus principales institutos, en la medida en que sirva para apreciar la realidad y las valoraciones ínsitas en cada problema jurídico.

14. LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. PROBLEMAS QUE PLANTEA EN NUESTRO PAÍS

Terreno propicio para una legislación contingente y en constante cambio o adaptación a las nuevas, súbitas o impostergables necesidades de la sociedad, el derecho administrativo ofrece, en virtud de la peculiaridad de su conformación, una resistencia casi natural a ser encerrado y cristalizado en un cuerpo de normas orgánico homogéneo y sistemático, como es un Código.

Pero ni la multiplicidad de las disposiciones administrativas ni su falta de orden e inestabilidad [75] constituyen obstáculos para aceptar la posibilidad de una codificación parcial o por materias, ni aun de una codificación general de los fundamentales principios de cada una de las instituciones en materia de procedimiento administrativo; esas dificultades, que se hallaron presentes en su momento respecto al derecho civil y al derecho comercial, demuestran en realidad que es necesario encauzar los principios y normas de aquellas materias del derecho administrativo donde fuera conveniente realizar su codificación.

75 Como lo sostiene, entre otros, SILVA CIMMA, en *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, t. I, pág. 92, Santiago de Chile, 1961.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Entre nosotros, el carácter "local" que posee el derecho administrativo argentino impide dictar un Código administrativo, como legislación común aplicable a todo el país.

En virtud a esa característica propia, las provincias han avanzado en el proceso hacia la codificación dictando leyes en materia de procedimiento administrativo y, particularmente, códigos procesales o en lo contencioso-administrativo.

Si advertimos que muchas de las normas del derecho de las provincias regulado en esas codificaciones parciales, configuran normas típicas del derecho sustantivo o de fondo (v.gr. regulación del acto administrativo) es indudable que dicho proceso, en su avance desmedido, controvierte el sistema de unificación legislativa que existe para todo el país con relación a las otras ramas jurídicas (art. 75, inc. 12, de la Const. Nac.).

Hasta ahora podría señalarse que el matiz doctrinario de nuestra disciplina aparecía compensado con el hecho de que el mismo fue modelándose a través de la aplicación analógica de muchos institutos del derecho civil, lo cual tornaba más uniforme el proceso de adaptación y de creación de sus soluciones jurídicas.

De aquí en más, si no se arbitran los instrumentos para propugnar una elemental armonía en las instituciones fundamentales de los derechos administrativos (de fondo o sustantivos) imperantes en las distintas provincias, bien podrá ocurrir que lo que sea acto administrativo en Buenos Aires no lo fuera en Córdoba y viceversa, con lo cual se fortalecen, sin duda, las autonomías provinciales, pero se quiebra una tendencia generalizada a un sistema de derecho administrativo básicamente uniforme, al menos en los grandes principios de su ordenamiento.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

TÍTULO SEGUNDO

LA ORGANIZACION ADMINISTRATIVA Y LAS EMPRESAS ESTATALES

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

PRIMERA PARTE

TEORIA GENERAL DE LA ORGANIZACION ADMINISTRATIVA

CAPÍTULO I

ORGANOS Y SUJETOS ESTATALES

SUMARIO

1. Acerca de cómo se integra y actúa la Administración Pública.
2. La teoría del órgano.
3. Los conceptos de órgano, cargo y oficio.
4. Las relaciones interorgánicas.
5. Distintos criterios para clasificar los órganos:
   A) Clasificación según la estructura del órgano.
   B) Clasificación según la función que cumple el órgano.
6. La concepción de la persona moral. La personalidad del Estado: su naturaleza jurídica.
7. El concepto de persona y su clasificación en el Código Civil.
8. Personas jurídicas públicas y privadas. Criterios de distinción.
   A) La creación estatal del ente.
   B) El fin público.
   C) La existencia de prerrogativas de poder público.
   D) El grado de control estatal.
9. Personas públicas estatales y no estatales. Principales concepciones formuladas para asignar carácter estatal a una entidad.
   A) Satisfacción de fines específicos del Estado.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

B) Capital estatal.

C) Encuadramiento del ente en la Administración Pública.

10. El carácter público o privado de los actos que celebran las entidades estatales.
11. Entidades públicas no estatales. Caracteres generales.
12. Personas jurídicas privadas del Estado.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CAPÍTULO I

ORGANOS Y SUJETOS ESTATALES

1. ACERCA DE CÓMO SE INTEGRA Y ACTÚA *LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*

La Administración Pública constituye un concepto análogo en el sentido de que el mismo puede aplicarse a diferentes objetos de un modo que no es idéntico ni totalmente distinto. En el orden de la organización administrativa se aprecia esa analogía que posee la idea de Administración Pública, puesto que puede referirse —siempre en su acepción orgánica o subjetiva— ya sea al conjunto de órganos que encabeza el Poder Ejecutivo, o bien, añadiendo a ese concepto restrictivo las entidades jurídicamente descentralizadas.

La primera idea considera a la Administración Pública como la Administración Centralizada que, no obstante carecer de personalidad jurídica propia, representa por lo común orgánicamente al Estado, persona pública estatal perfecta y soberana aun cuando es posible que los actos administrativos de los otros órganos en que se divide el poder, a través de la actuación de sus agentes, también trasunten la representación del Estado.

La articulación de esta concepción sobre la Administración Pública se completa con el cuadro de las entidades descentralizadas, con personalidad jurídica también de carácter público y estatal, pero propia separada de la persona pública Estado, a la cual la unen, sin embargo, lazos de tutela y de garantía de sus actos frente a los particulares o administrados.

Por eso, la competencia, que es la aptitud legal que le permite actuar a una persona jurídica pública estatal en el ámbito inter-subjetivo, surge tanto de las esferas de atribuciones de los órganos como de las facultades que tengan atribuidas los sujetos, con personalidad

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

jurídica diferenciada, especialmente a través de las leyes que organizan su creación.

Como las personas jurídicas, y entre ellas el Estado, requieren de la actuación de la voluntad de una persona física que sea idónea para ejercer derechos y contraer obligaciones, encarnando la voluntad del ente, el problema que primero debe resolverse es el modo en que dicho querer se imputa a la persona jurídica, a fin de producir efectos en el mundo jurídico. Para ello se elaboraron distintas concepciones, debiendo señalarse, entre las más conocidas, las llamadas teorías del mandato y de la representación.

La teoría del mandato intentó solucionar el problema del procedimiento de imputación de la voluntad de la persona física a la correspondiente a la persona moral acudiendo a esa institución jurídica, sobre la base que las personas físicas actuaban como mandatarios de la persona jurídica [1]. Pero esta concepción se reveló muy pronto como insuficiente en la medida en que ella supone postular que la persona moral pueda declarar su voluntad de antemano, al otorgar ese mandato, presuponiendo lo que se pretende explicar a través del procedimiento de imputación.

Al resultar esa tesis inadecuada, se acudió a la teoría de la representación legal que, respecto de las personas jurídicas, se pretendía que ejercían las personas físicas, de un modo similar a los representantes legales de estas últimas (tutores o curadores).

Aun cuando, en general, se le reconoció a esta concepción una superioridad técnica sobre la teoría del mandato, lo cierto es que la misma también tropieza con dificultades jurídicas insalvables. En tal sentido, no puede explicar cómo es el propio Estado quien designa su representante legal, ya que si la representación presupone la existencia de dos voluntades, sería imposible al Estado designar su representante, pues él carece en ese momento de voluntad.

2. LA TEORÍA DEL ÓRGANO

Esta concepción, que explica la índole de las relaciones entre el órgano y el grupo, dejando de lado la idea técnica de la representación, se basa en la inexistencia de la relación jurídica de repre-

1 Sobre la aplicación de la teoría del mandato en el derecho americano y su evolución posterior véase MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, t. I, pág. 21 y sigs., Buenos Aires, 1984.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

sentación entre uno y otro en virtud de que ambos son expresión de una misma realidad que es la persona jurídica.

Dicha teoría intenta explicar, en el derecho público, la existencia material del Estado [2], dado que el órgano deriva de la propia constitución de la persona jurídica, integrando su estructura. De ese modo, cuando actúa el órgano es como si actuara la propia persona jurídica, no existiendo vínculos de representación entre ambos.

Es evidente que esta teoría explica de un modo más satisfactorio que las concepciones antes señaladas, los vínculos que existen entre la persona jurídica y quienes, al expresar su voluntad, imputan la respectiva declaración o hecho material, a la entidad. El órgano no actúa en base a un vínculo exterior con la persona jurídica estatal sino que la integra, formando parte de la organización, generándose una relación de tipo institucional, que emana de la propia organización y constitución del Estado o de la persona jurídica pública estatal.

La cuestión no es abstracta, pues como veremos luego, al tratar el tema de la responsabilidad del Estado, es presupuesto para la existencia de responsabilidad la conducta de un órgano o funcionario que le sea jurídicamente imputable, y de ahí la importancia de establecer cómo se imputa la voluntad al órgano estatal. La Corte Suprema nacional ha dicho en este sentido que "la actividad de los órganos y funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas" [3].

[2] MENDEZ, Aparicio, *La Teoría del órgano*, págs. 33-35, Montevideo, 1971. Este autor ha expresado que "la teoría del órgano, dentro del concepto de la personalidad jurídica del Estado, como de toda otra agrupación con este carácter, explica desde un punto de vista técnico todo lo que dice relación con la estructura (fragmentación por división del trabajo y especialización), ordenamiento de esas unidades en sistemas y su acción tanto en sus relaciones íntimas y recíprocas como en la proyección de su actividad hacia el medio social. Pero, y esto es de importancia fundamental, explica y regula la actividad humana al servicio del grupo de acuerdo con reglas y principios específicos que no pueden encontrarse con igual perfección en ninguna otra teoría".

[3] *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 306, pág. 2030, "Vadell, Jorge c/ Provincia de Buenos Aires"; t. 307, pág. 821, "Hotelera Río de la Plata S.A.C.I. c/ Provincia de Buenos Aires s/ restitución de dólares"; y más recientemente *in re* "Tejedurías Magallanes S.A. c/ A.N.A.", fallado en septiembre 19 de 1989, *E.D.*, 10 de agosto de 1990.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

3. LOS CONCEPTOS DE ÓRGANO, CARGO Y OFICIO

La idea de órgano supone la existencia de dos elementos que, aunque susceptibles de diferenciación, constituyen una unidad. Ellos son un elemento objetivo, caracterizado por un centro de competencias —integrado por poderes o facultades, que se refieren tanto a potestades en sentido técnico como cometidos— y otro de carácter subjetivo, representado por la voluntad y capacidad necesaria de las personas físicas que desempeñan la titularidad del órgano, cuya voluntad —emitida dentro de los límites que marca el principio de la especialidad— se imputa al órgano (en su unidad) que al expresar la voluntad del sujeto, hace posible sustentar la responsabilidad de la persona jurídica estatal.

Esta idea unitaria sobre el órgano —comprensiva de sus dos elementos (objetivo y subjetivo)— es sostenida, aun cuando con distinta terminología, por un sector de la doctrina [4] y es a nuestro juicio superior a la postura que afirma la existencia de dos órganos (órgano institución y órgano físico) por cuanto ninguno de éstos tiene existencia autónoma, no pudiendo concebirse su actuación separada, sin referencia a la unidad requerida para que pueda configurarse el órgano, como tampoco es posible circunscribir el concepto sólo al llamado "órgano institución" [5].

En definitiva, esta concepción sostiene que el órgano, si bien forma parte de la persona jurídica pública estatal, no es sujeto de derecho, lo cual no obsta para que el ordenamiento le atribuya potestades y facultades para actuar en el mundo jurídico [6].

En la doctrina italiana se ha pretendido distinguir el órgano del oficio, no habiendo unanimidad de criterios en punto a lo que debe entenderse por uno y otro. En tal sentido, se ha sostenido que el oficio comprende la esfera abstracta de poderes y funciones, mientras que la persona física sería el portador del órgano [7]. Tal distinción intro-

4 ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, trad. a la 3ª ed. italiana del *Sistema Istituzionale di Diritto Amministrativo*, t. I, pág. 81, Barcelona, 1970; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 453; SAYAGUES LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 181, Montevideo, 1953; PRAT, Julio A., *Derecho Administrativo*, t. II, pág. 161, Montevideo, 1977; ROMANO, Santi, *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*, trad. del italiano, pág. 259, Buenos Aires, 1964.

5 Cfr. ROMANO, Santi, *ob. cit.*, págs. 273-274. Toda institución supone la existencia de un sustrato personal, ya que también la idea de obra es un elemento de toda institución; ésta requiere, además, del elemento personal o material.

6 PRAT, Julio A., *ob. cit.*, t. II, págs. 161-162.

7 ALESSI, Renato, *ob. cit.*, t. I, pág. 77. La postura de identificar el oficio con el ele-

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

duce una complicación inútil en la teoría del órgano y constituye una reminiscencia de las teorías que intentan postular la existencia de dos órganos (uno subjetivo y otro objetivo) sin reparar en que sólo el concepto unitario explica el fenómeno de la imputabilidad, enlazando la voluntad de la persona física con la competencia del órgano.

La posición que la persona física ocupa en un órgano de una persona jurídica pública estatal, recibe el nombre de cargo, el cual es asumido por aquélla en el momento de su designación [8].

4. LAS RELACIONES INTER-ORGÁNICAS

Se ha visto que los órganos no son sujetos de derecho, careciendo, por ende, de personalidad jurídica. Esta circunstancia no impide reconocer la existencia de vínculos jurídicos entre los órganos de una misma persona jurídica pública estatal.

Ese tipo de relaciones denominadas "inter-orgánicas" permite sustentar la idea de una subjetividad interna, limitada a las vinculaciones que se traban en el seno de una misma persona jurídica.

La actividad inter-orgánica —contrariamente a lo que se sostuvo antiguamente— es considerada una actividad jurídica [9] que debe encuadrarse en el ordenamiento, observando el principio de unidad de acción que tiene que caracterizar el obrar de la persona jurídica pública estatal de que se trate, ya que no cabe, en virtud del mismo, admitir la existencia de voluntades contrapuestas (al menos en la llamada administración activa). De lo contrario, no tendría sustento el poder jerárquico que tiende precisamente a brindar unidad al po-

---

mento objeto del órgano constituye una idea bastante difundida en la doctrina italiana; véase VITTA, Cino, *Diritto Amministrativo*, t. I, pág. 158, Torino, 1948. Al respecto, Alessi, luego de sostener que la esencia de los órganos del Estado está dada por los denominados "centros de funciones", dice que "... la noción de "centro de función" se puede desdoblar en dos elementos: objetivo uno y subjetivo otro. El primero comprende la función, o mejor, el grupo de funciones atribuidas a la persona física; el segundo que comprende esta individualidad física, o sea, de un lado el oficio y del otro el funcionario, usando la terminología que estimamos más acertada".

[8] MENDEZ, Aparicio, *La teoría del órgano*, pág. 79, Montevideo, 1971; SAYAGUES LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 187, Montevideo, 1953. La relación orgánica suele ser distinguida de la relación de servicio. En la primera, la persona física titular del órgano actúa en la organización, identificándose con ella, mientras que en la relación de servicio el agente público es titular de derechos y obligaciones (v.gr. derecho al sueldo, a la carrera, etc.) entablándose una relación jurídica de tipo inter-subjetiva.

[9] CASSAGNE, Juan Carlos, *El acto administrativo*, pág. 112, Buenos Aires, 1981.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

der que el Estado ejerce a través de sus órganos al realizar la función administrativa.

Las relaciones inter-orgánicas se clasifican de distinta forma según que sean: a) de colaboración (v.gr. propuestas); b) de conflicto (v.gr. cuestiones de competencias positivas o negativas); c) de jerarquía (v.gr. órdenes); d) consultivas (v.gr. pareceres o dictámenes de los servicios jurídicos permanentes); y e) de control (v.gr. observaciones del Tribunal de Cuentas de la Nación).

La juridicidad que poseen este tipo de relaciones hace que se les aplique, en principio, en forma supletoria o analógica, según sea el caso, los principios y normas que rigen para el acto administrativo, aun cuando ostentan un régimen jurídico peculiar que justifica su encuadre diferenciado [10].

5. DISTINTOS CRITERIOS PARA CLASIFICAR LOS ÓRGANOS

En esta materia, la doctrina ha elaborado una completa gama de clasificaciones [11] cuya utilidad práctica y teórica es muy relativa, razón por la cual haremos una síntesis de los criterios clasificatorios que resultan básicos, los que se centran en dos grandes grupos que responden a la consideración de la estructura de los órganos, o bien, que tienen en cuenta la actividad o función que ellos llevan a cabo.

A) Clasificación según la estructura del órgano

Dentro de este criterio clasificatorio, los órganos se distinguen, en mérito a su origen, en órganos constitucionales, que son aquellos previstos en la Carta Fundamental (v.gr. el Presidente de la República, los ministros, etc.) y órganos meramente administrativos, que no nacen de la Constitución sino de normas de jerarquía (v.gr. una Dirección General en un Ministerio).

Ateniéndonos a su integración, los órganos se clasifican en unipersonales o pluripersonales, según que tenga como titular a una o a varias personas físicas (órganos colegiados o pluripersonales) [12].

10 CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. II, pág. 73, Buenos Aires, 1987.

11 VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. II, pág. 549 y sigs., Buenos Aires, 1950.

12 PRAT, Julio A., *ob. cit.*, t. II, pág. 181. Apunta este autor que "la actuación del órgano unipersonal no ofrece problemas mayores, ya que la voluntad de éste se confunde con

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

La voluntad del órgano colegiado se forma a través de un proceso que se compone de varias etapas, que hacen a la convocatoria, a la deliberación y a la decisión o resolución.

Como el funcionamiento del órgano colegiado requiere la presencia simultánea de los miembros del colegio para poder deliberar, y dado que este tipo de organización actúa de un modo intermitente, se requiere que sus integrantes sean convocados mediante una comunicación que les haga saber la fecha, hora y lugar en que se realizarán las reuniones. En principio, la convocatoria es decidida por quien preside el órgano, salvo que la decisión surja de un número determinado de miembros del mismo, en cuyo caso quien ejerce la dirección del órgano está obligado a convocarlo [13].

Antes de adoptarse la decisión, el *collegium* debe constituirse y deliberar. La constitución del órgano colegiado requiere la concurrencia de un determinado número de integrantes (*quórum estructural*) [14], que puede ser igual o distinto al número que se requiere para funcionar (*quórum funcional*).

Los temas que vayan a tratarse en la reunión a que se convoque deben hallarse expuestos en el "orden del día", aceptándose que el mismo no sea necesario cuando el órgano colegiado tuviera un objeto fijo (v.gr. comisión asesora de un concurso) [15]. La violación de este principio da lugar a la invalidez de la decisión; cuando el órgano puede ser objeto de una nueva convocatoria para su ratificación o no, el defecto o vicio será, en tal caso, de nulidad relativa.

Una vez realizada la deliberación, corresponde que los miembros del colegio adopten la decisión, para lo cual se requiere el número de votos que determine cada reglamento o estatuto. A falta de texto expreso, las decisiones del órgano colegiado se adoptan por mayoría absoluta [16], es decir, la mitad más uno de los miembros presentes.

---

la del órgano, debidamente documentada. No sucede lo mismo con los órganos colegiados en que la voluntad de éste se forma con la concentración de voluntades individuales de sus componentes. Para poder accionar el órgano, es necesario observar ciertas reglas de procedimiento que permitan imputar las voluntades individuales de los integrantes a la de dicho órgano". El órgano colegiado debe contar, como mínimo, con tres miembros.

13 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 111.

14 No habiendo norma que rija el quórum debe entenderse que el mismo requiere la mitad más uno de los componentes del colegio (DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 201).

15 Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, págs. 111-112. Se acepta, en general, que por decisión unánime de los componentes del colegio pueda apartarse el órgano del orden del día.

16 VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *ob. cit.*, t. II, pág. 277.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

En el cómputo del quórum que debe existir en el instante de la decisión, se considera incluido el miembro que se hubiera abstenido de votar, siempre que esa abstención sea facultativa, aun cuando no permanezca en el recinto de sesiones [17].

La decisión comporta de suyo, un acto, que tendrá naturaleza inter-orgánica cuando tenga efectos para la Administración en el ámbito interno, mientras que si produce efectos directos respecto de los administrados, será un acto administrativo.

Los miembros del colegio que votaron afirmativamente la decisión son responsables por las consecuencias jurídicas que de ella puedan resultar, responsabilidad que desde luego no se extiende a quienes votaron en contra, se abstuvieron o estuvieron ausentes en la reunión.

El criterio estructural también permite clasificar a los órganos en simples y complejos. Se entiende por órgano simple aquel que está integrado por un solo órgano, ya sea unipersonal o colegiado: en cambio, el órgano complejo se caracteriza por hallarse constituido por dos o más órganos, siendo indiferente que sean unipersonales o colegiados [18].

B) Clasificación según la función que cumple el órgano

Si se tiene en cuenta la naturaleza de la actividad que llevan a cabo, los órganos se pueden clasificar en:

1. órganos activos, que son aquellos que emiten y ejecutan los actos administrativos, es decir, ejercen la facultad de crear situaciones jurídicas objetivas o subjetivas, respecto de los administrados aplicando las normas del ordenamiento jurídico.
2. órganos consultivos, cuya función se cumple a través de actos internos o inter-orgánicos de asesoramiento a la administración activa. Se trata de órganos que carecen de facultades decisorias, expresándose a través de informes, pareceres, o dictámenes que, por principio, no poseen fuerza vinculatoria.
3. órganos de contralor, que realizan una actividad de vigilancia o control sobre los actos que producen los órganos activos, el cual puede ser previo (v.gr. la autorización) o practicarse *a posteriori* (v.gr. la aprobación).

17 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 113 y sigs.
18 PRAT, Julio A., *ob. cit.*, t. II, pág. 184.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

6. LA CONCEPCIÓN DE LA PERSONA MORAL. LA PERSONALIDAD DEL ESTADO: SU NATURALEZA JURÍDICA

La idea de la personalidad, si bien tiene su raíz en la naturaleza social del hombre, no se perfiló técnicamente sino hasta una época relativamente cercana. En Roma, hasta el advenimiento del Imperio, se conocieron tan sólo algunos vestigios de lo que hoy se conoce como persona moral o jurídica, como era la idea de poder público que durante el gobierno republicano recibía la denominación de *Senatus populus que romanus*, noción que aludía al poder de mando, antes que a un ente colectivo, titular de derechos y obligaciones.

En general, suele reconocerse que el fenómeno de la personalidad moral aparece con motivo de la necesidad de dar cierto poder de actuación a las ciudades que habiendo sido vencidas en las guerras contra los romanos, utilizaron el *ius singulorum* para regir los actos de naturaleza patrimonial que podían llevar a cabo en la gestión de los intereses de cada comunidad. Esta forma embrionaria de la personalidad moral se extendió más tarde progresivamente a diversas asociaciones intermedias, tales como los colegios de funcionarios públicos, los colegios sacerdotales y funerarios y aun hasta las sociedades mercantiles que tenían por objeto el aprovechamiento de las minas o la recaudación de tributos. A su vez, la teoría de la fundación, de gran arraigo durante el cristianismo, constituyó un valioso aporte en el camino hacia el reconocimiento de la personalidad moral.

La aparición de la teoría del fisco —cuyo desarrollo se consolida en el llamado Estado-policía— fue un recurso técnico que hizo posible el sometimiento de la actuación estatal al derecho, sobre la base de reconocer que una porción de los actos del Estado no se distinguían —por su naturaleza— de los actos que llevaban a cabo los individuos. De allí que, partiendo de esa premisa, se postuló la aplicación a esos actos del régimen de derecho privado y consecuentemente fue admitida —mediante ese procedimiento técnico— la demandabilidad del Estado, ya que él mismo, a través del fisco, podía ser demandado ante los tribunales [19].

Pero esta doctrina, que se adelantó al reconocimiento de la personalidad moral del Estado, dejaba sin someter a los tribunales toda la porción de actos estatales vinculados con el ejercicio del poder público, especialmente aquellas prerrogativas que ponían en juego la

19 MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, t. I, pág. 59 y sigs., trad. del original francés (París, 1903), Buenos Aires, 1949.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

autoridad frente a la libertad de los particulares. De ese modo, cuando el Estado expropiaba o imponía mandatos que generaban daños en el patrimonio de los particulares, aparecía la obligación del fisco a indemnizar el perjuicio, conforme a los principios y normas del derecho civil [20].

Al someterse luego los actos de poder público también al derecho, el arraigo que había tenido la doctrina del fisco provocó el nacimiento de la teoría de la doble personalidad del Estado, de la cual nos hemos ocupado *ut supra* según que éste actuara en el campo de la gestión patrimonial o en el ejercicio de actos de imperio. Esta tesis está hoy prácticamente abandonada por la doctrina moderna, la que sostiene la configuración de una personalidad unitaria del Estado, si bien se admite que éste puede tener aptitud para actuar indistintamente, en el campo del derecho público (que es su actuación propia y natural) o en el campo del derecho privado (cuando actúa por el principio de la subsidiariedad o realiza actos típicamente patrimoniales sobre su dominio privado).

El reconocimiento de la personalidad moral del Estado hace que sea prácticamente total el sometimiento de la actividad estatal a reglas jurídicas y al par de admitir la posibilidad de que como sujeto de derecho sea titular de derechos y obligaciones, ha permitido sustentar la demandabilidad del Estado, llevando a las personas jurídicas públicas estatales ante la justicia, promoviendo la nulidad de las actuaciones ilegítimas o arbitrarias y haciendo efectiva la responsabilidad, tanto por su actividad ilícita como por la actividad lícita, cuando hubiera provocado perjuicios en el patrimonio de los particulares.

No vamos a ocuparnos aquí —por ser demasiado conocidas— de las diferentes teorías que pretenden explicar la naturaleza jurídica de la personalidad del Estado. Superadas, entre otras, la teoría de la

20 Dice Mayer que "cuando el Estado obra como un particular, cuando compra, vende, presta o toma prestado, recibe o hace donaciones, no parece difícil someterlo a las reglas del derecho civil; él no manda, se exhibe simplemente del lado de sus intereses pecuniarios, como nosotros decimos, y por eso "se somete al derecho civil". Pero si, por el contrario, procede a impartir órdenes y a ejercer el poder público, entonces no corresponde aplicar el derecho civil. En efecto, sería necesaria más buena voluntad de la que pueda tener un jurista para hallar en estas órdenes su aspecto de intereses pecuniarios y para imaginar, de parte del que ordena, la consiguiente sumisión al derecho civil... Sólo la antigua doctrina del fisco ha permitido atribuir, sin desmedro de la lógica, algunos efectos de derecho civil a los actos de poder público. Por supuesto, no es sobre el mismo Estado que recaen los efectos: es sobre el fisco que está colocado a su lado; el fisco no figura en el acto que ordena; no existe, pues, contradicción en hacerlo obligar civilmente" (Cfr. MAYER, Otto, *ob. cit.*, t. I, pág. 64).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ficción (que intenta explicar la actuación de las personas morales como si fueran personas físicas), las teorías organicistas (que conciben a las personas jurídicas como un organismo con actos volitivos similares a los individuos) y no pudiéndose admitir la negación de la personalidad del Estado (que acepta en la versión de Duguit sólo la presencia de voluntades particulares amparadas por el derecho objetivo), por cuanto resulta contradictorio que se admita la existencia de derechos y obligaciones, sin un sujeto que sea titular de la relación jurídica, se hace necesario acudir a la realidad social para explicar la personalidad de las personas morales [21].

En ese sentido, es la teoría de la institución —concebida como un organismo que posee fines e instrumentos propios, para ejercitarlos de modo que superen en poder y duración a las personas físicas que la integran— la que proporciona la explicación más adecuada acerca del origen, funcionamiento y extinción de las personas morales. De esa manera, las personas jurídicas no resultan una creación del legislador sino una realidad social que el derecho positivo no puede avasallar y que el Estado está obligado a respetar, en tanto cumplan con los fines que desarrollan las instituciones, las cuales deben armonizar y encuadrarse en el bien común, máxime cuando se trata de personas jurídicas públicas de carácter estatal.

Los elementos que integran la institución son: a) una idea-fuerza, que ha sido definida como una idea de obra o de empresa; una idea objetiva, dinámica y práctica que constituye el centro vital de la institución y que congrega las voluntades de sus miembros; b) un poder organizado al servicio de esa idea que adopte y coordine los instrumentos que conducen a la realización del fin u objetivo propuesto; y c) la adhesión de los miembros de la institución a la idea, que es lo que provoca la participación y cooperación en la obra común, al propio tiempo que induce a la incorporación de nuevos miembros.

El Estado concebido como persona moral o jurídica es la institución por excelencia, perfecta y soberana, producto de la sociabilidad natural en la cual desempeñan un papel importante los acontecimientos históricos, las tradiciones y las costumbres [22].

21 HAURIOU, Maurice, *La teoría de la institución y de la fundación*, trad. del francés, pág. 75, Buenos Aires, 1968.

22 RENARD, Georges, *La théorie de l'institution*, pág. 188, Paris, 1930. Señala este autor —continuador de la concepción institucional expuesta por Hauriou— que el acto de fundación, todo lo oscuro que se quiera, está al comienzo de la misma nación como de toda otra institución; la humanidad ha sido fundada por Dios y las naciones han sido fundadas por los hombres bajo el doble impulso de la naturaleza humana y los acontecimientos históricos.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Como toda persona jurídica, el Estado se halla limitado por el principio de la especialidad en cuya virtud no pueden los órganos realizar actividades que no estén relacionadas con el fin u objeto de la institución. Este principio recibe variadas aplicaciones, una de ellas prohíbe a las personas públicas estatales aceptar donaciones o legados que les obliguen a realizar actividades ajenas a su especialidad [23].

7. EL CONCEPTO DE PERSONA Y SU CLASIFICACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

El desarrollo del concepto jurídico de "persona" y sus distintas especies hace necesario recurrir a las normas que, sobre el particular, prescribe el Código Civil, las cuales son de aplicación directa al caso, en razón de su naturaleza, ya que todo lo atinente a la regulación de la condición jurídica de las personas es materia de dicho cuerpo normativo [24].

De un modo general, según resulta del artículo 30 del Código Civil, el concepto de persona se expresa como todo ente con aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Las personas admiten una primera gran división:

a) De existencia visible o personas naturales: todo hombre (arts. 31 y 51 del Cód. Civ.); y

b) De existencia ideal o personas morales: agrupaciones de personas cuya aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones (personalidad) es "reconocida" por la norma (art. 32 del Cód. Civ.) [25].

23 VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, pág. 560, Paris, 1968. Cabe anotar que Vedel propicia la vigencia del principio de la especialidad para las personas morales o jurídicas, con excepción del Estado, postura que no compartimos, ya que si bien el Estado es la comunidad soberana y perfecta no se halla fuera del orden jurídico. Por ello, dado que el principio de la especialidad está consagrado la más de las veces en el ordenamiento jurídico, este "bloque de legalidad" implica una autolimitación y sometimiento al derecho y debe reconocerse, sin perjuicio de la potestad que posee el Estado para modificar el ordenamiento jurídico. Cuando ese principio proviene del derecho natural, recibe el nombre de principio de la subsidiariedad, el cual justifica y legitima la actuación del Estado en campos que no le son propios o bien, le impide actuar en aquellos ámbitos en que los particulares y asociaciones intermedias puedan intervenir con mayor acierto y eficacia.

24 CASSAGNE, Juan Carlos, *El Acto Administrativo*, pág. 50, Buenos Aires, 1981.

25 Cfr. BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, t. I, ap. 223, pág. 243 y sigs., y ap. 621, pág. 560 y sigs., Buenos Aires, 1976. Expresa este autor que la persona natural es el hombre... la persona no nace porque el derecho objetivo le atribuya capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, sino que le reconoce esa capa-

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

A su vez, las personas de existencia ideal se clasifican en:

a) Personas jurídicas (arts. 33 y 34 del Cód. Civ.), de carácter público (art. 33, 1ª parte), o de carácter privado (art. 33, 2ª parte); y

b) Personas de existencia ideal propiamente dichas, o simples asociaciones civiles o religiosas (art. 46 del Cód. Civ.).

En nuestra opinión, luego de la sanción de la ley 17.711, "personas de existencia ideal" es una expresión genérica que comprende a las personas jurídicas de los artículos 33 y 34 del Código Civil —públicas y privadas con autorización o no del Estado— y a las de existencia ideal propiamente dichas o simples asociaciones del artículo 46 de dicho Código [26].

En consecuencia, conforme a los preceptos del Código Civil, dentro de las personas de existencia ideal o personas morales, serán personas jurídicas públicas: 1) El Estado Nacional; 2) Las provincias; 3) Los municipios; 4) Las entidades autárquicas; 5) La Iglesia Católica; mientras que tendrán condición de personas jurídicas privadas las siguientes; 1) Las asociaciones; 2) Las fundaciones; 3) Las sociedades

---

cidad porque es persona... Aun en las personas jurídicas el destinatario último y verdadero de los derechos y obligaciones es el hombre, porque el derecho no se da sino entre hombres... "No se trata de creaciones arbitrarias de entidades ficticias, sino de realidades humanas (el hombre como ser eminentemente social) que el legislador no puede desconocer sin entrar en colisión con el derecho natural" (teoría realista de la personalidad); Cfr. LLAMBIAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, t. I, 332, pág. 242 y sigs., Buenos Aires, 1967; SAYAGUES LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 4ª ed., pág. 155 y sigs., Montevideo, 1974.

26 Adviértase que el art. 31 del Cód. Civ. admite sólo dos posibilidades genéricas "las personas son de una existencia ideal o de una existencia visible". Y toda vez que en el art. 46 se reconoce que las simples asociaciones civiles o religiosas —que no tienen existencia legal como persona jurídica— son sujetos de derecho (es decir, personas), parece lógico su encuadramiento como personas ideales propiamente dichas. Acorde con la interpretación expuesta, cabe señalar, además, que el art. 45 del Cód. Civ. se refiere sólo a las personas jurídicas que requieren expresa autorización del Estado para funcionar, no teniendo aplicación respecto de las sociedades civiles y comerciales que no la requieran (art. 33, 2ª parte, inc. 2°), que se rigen, en cuanto a su constitución y funcionamiento, por las pertinentes normas civiles (Libro II, Sección III, Título VII del Cód. Civ.) o comerciales (Libro II, Título III, texto de las leyes 19.550 y 19.880); BORDA, Guillermo A., *ob. cit.*, t. I, ap. 623, pág. 568 y sigs., sostiene que en la doctrina más corriente y en la jurisprudencia "personas de existencia ideal" y "personas jurídicas" se usan indistintamente y designan un mismo concepto y que esta terminología ha concluido por imponerse definitivamente en la nueva redacción del art. 33, que involucra bajo la denominación de personas jurídicas a todos los entes que no son personas humanas, excepción de las simples asociaciones del art. 46, respecto de las cuales, estima, conviene reservar el nombre de personas de existencia ideal; en contra, LLAMBIAS, Jorge J., *ob. cit.*, t. II, ap. 1089 bis, pág. 34.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

civiles; 4) Las sociedades comerciales, y 5) otras entidades que no requieran autorización estatal.

En lo que concierne al reconocimiento como personas de derecho público que formula el Código Civil, con respecto al Estado Nacional, provincias y entidades autárquicas (art. 33) corresponde precisar algunas aclaraciones indispensables para la comprensión del fenómeno de la personalidad estatal. Así, en el plano público externo o de la comunidad internacional (el Estado argentino o "Nación Argentina" como lo denomina la Constitución) la actuación estatal se singulariza en una sola persona: el Estado federal. En el ámbito del derecho interno, la personalidad jurídica estatal aparece atribuida a varias personas jurídicas públicas; Estado Nacional, provincias, municipalidades, entidades autárquicas institucionales, empresas del Estado, etcétera, cada una de las cuales entra en vinculación con los particulares como sujeto de derecho.

8. PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS Y PRIVADAS. CRITERIOS DE DISTINCIÓN

En virtud de que el artículo 33 del Código Civil sólo contiene una enumeración de personas jurídicas y privadas, resulta necesario precisar cuál es el criterio de distinción entre ambas categorías.

Cabe señalar que son varios los criterios elaborados por la doctrina nacional y extranjera, cuya importancia práctica es indudable, en atención al diferente régimen, predominantemente público y privado, aplicable a dichas categorías, según la naturaleza jurídica que corresponde aplicar en cada caso.

Los principales criterios tienen en cuenta estos aspectos:

A) La creación estatal del ente

Se sostiene que, como principio, los entes públicos son creados por el Estado, en tanto que los privados lo son por los particulares, aun cuando su voluntad requiera ser integrada por el reconocimiento estatal. La excepción a esta regla la constituiría la Iglesia [27].

27 Entre nuestros civilistas: BORDA, Guillermo A., *ob. cit.*, t. I, ap. 624, pág. 570 y sigs.; SPOTA, Alberto G., *Tratado de Derecho Civil*, t. I, vol. 34, nro. 1310, ap. d), pág. 132, Buenos Aires, 1963.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Este criterio, aunque indicativo en algunos casos, resulta insuficiente, atento la posible existencia de entidades públicas no creadas por el Estado y de entidades privadas creadas por éste [28].

Estas últimas, no sólo en el derecho comparado sino también en nuestro derecho, si se acepta la creación de entidades del Estado, con personería jurídica del derecho privado.

B) El fin público

Según este criterio son personas jurídicas públicas las que persiguen un fin público, o de interés público o de utilidad general, en tanto que las personas jurídicas privadas persiguen fines privados, de interés o utilidad particular [29].

Esta postura, si bien resulta también insuficiente dado que hay personas privadas, como las fundaciones, que persiguen fines de interés público, proporciona una pauta importante a los efectos de decidir el encuadramiento del ente. Adviértase que, no obstante, según las épocas y los lugares, varían los fines que pueden considerarse de interés público pero, ante el caso concreto, no es tan difícil su distinción con los fines o intereses puramente particulares, presentes en las entidades privadas.

C) La existencia de prerrogativas de poder público

Conforme con esta tesis, los entes públicos se caracterizan por el ejercicio de prerrogativas de poder público, de las cuales no gozan las entidades privadas. Así, por ejemplo, la facultad de recabar contribuciones o de imponer la asociación compulsiva de los miembros de una determinada profesión u oficio o la obligación de contribuir a la formación de su patrimonio (v.gr. el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal creado por ley 23.187).

28 GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 361, Madrid, 1980; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 341 y sigs., Buenos Aires, 1970.

29 Algunos autores señalan la coincidencia con los fines esenciales del Estado, criterio que resulta criticable teniendo en cuenta la existencia de entidades públicas no estatales. Así, ZANOBINI, si bien distingue la situación de la Iglesia Católica, señalando que el Estado reconoce simplemente a los entes públicos de la Iglesia con los mismos caracteres que tienen en el ordenamiento del cual forman parte de manera inmediata (*Curso de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 151 y sigs., trad. del italiano, Buenos Aires, 1954).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Si bien es cierto que el principio señalado tiene aplicación en un gran número de supuestos, el mismo no es absoluto, ya que pueden existir entidades privadas con prerrogativas de poder público (v.gr. concesionarios de servicios públicos), y entidades públicas sin esas prerrogativas (caso de algunas que cumplen fines comerciales) [30].

D) El grado de control estatal

La distinción se apoya en el tipo o grado de vigilancia que el Estado ejercite sobre el ente. En razón de la importancia o fuerza de este contralor, la entidad será pública o privada [31].

Es éste otro elemento de juicio importante para decidir el carácter del ente. No obstante advertirse que el mayor o menor control es consecuencia y no causa de la naturaleza de la entidad [32], lo cierto es que, ante una determinada regulación legal, esta circunstancia dará una pauta de aquélla.

Luego del análisis realizado cabe concluir que los distintos criterios expuestos, aunque insuficientes de por sí, suministran —en conjunto— importantes elementos de valoración para llegar a caracterizar a una persona jurídica como pública o privada [33]. Sin desconocer, por cierto, que en primer término, habrá que atenerse a la norma contenida en el artículo 33 del Código Civil.

30 Cfr. GARRIDO FALLA, Fernando, *ob. cit.*, págs. 360-361; MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, pág. 342.

31 GARRIDO FALLA, Fernando: atribuye gran importancia a este principio, aunque corresponde hacer la salvedad que, en su postura, no quedan diferenciadas las entidades públicas estatales y no estatales, ya que, ante todo, sostiene que son entidades públicas las encuadradas en la organización estatal, *ob. cit.*, pág. 363.

32 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 342.

33 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 350 y sigs. Sostiene este autor "que los datos que revelarán que el ente actúa bajo el derecho público y que dispone de prerrogativas de poder público deben responder al siguiente criterio: a) Obligación del ente hacia el Estado de cumplir con sus fines propios, que han de ser de "interés general", pero sin que sea necesario que coincidan en todo o en parte con los fines específicos del Estado; b) Otorgamiento al ente de ciertos derechos de poder público; c) Control constante del Estado sobre el ente; d) La creación del ente no es indispensable que provenga del Estado; e) El patrimonio de la entidad puede pertenecer total o parcialmente a las personas que la integran".

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

9. PERSONAS PÚBLICAS ESTATALES Y NO ESTATALES. PRINCIPALES CONCEPCIONES FORMULADAS PARA ASIGNAR CARÁCTER ESTATAL A UNA ENTIDAD

La elaboración doctrinaria de esta clasificación pertenece a Sayagués Laso, quien sostuvo que: "además de las personas públicas territoriales clásicas... existe un conjunto de personas jurídicas... que no pueden considerarse privadas, con características muy diversas:

a) El mayor número de dichas personas jurídicas son indudablemente estatales, en el sentido de que integran la organización jurídica de la Nación. Su patrimonio pertenece a la colectividad y los fines que cumplen son propios de ésta...;

b) Pero, además de estas entidades, existen otras personas colectivas que indudablemente no son estatales, que no pertenecen a la colectividad ni integran la Administración Pública, sea porque el legislador las creó en ese carácter, sea porque su propia naturaleza resulta incompatible con la calidad estatal. No obstante, dichas instituciones, en todo o en parte, se regulan por normas de derecho público..." [34].

Frente al concepto tradicional o clásico que identificaba entidad pública con entidad estatal, se reconoce actualmente la existencia de entidades públicas no estatales [35].

Aunque nuestro Código Civil no reconoció —no obstante la reforma de 1968— en forma expresa esta clasificación, cabe concluir que no la excluye, desde el momento que menciona a la Iglesia entre las personas jurídicas públicas, es decir, a una persona jurídica pública que no es estatal.

En cuanto a los criterios de diferenciación entre ambas categorías, expuestos por nuestra doctrina, pueden señalarse:

A) Satisfacción de fines específicos del Estado

Se ha sostenido que una persona pública ha de ser tenida por persona "estatal", vale decir, encuadrada en la organización estatal, cuando concurran, en forma conjunta o separada, los siguientes elementos: "1°) Potestad de imperio ejercida en nombre propio para el

34 SAYAGUES LASO, Enrique, *ob. cit.*, t. I, pág. 173 y sigs. Esta distinción había sido advertida por Michoud, en la doctrina francesa.

35 Cfr. *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, vol. 3, pág. 9 y sigs., vol. 5, pág. 30 y sigs.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

cumplimiento total de su actividad; 2°) Creación directa del ente por el Estado; 3°) Obligación del ente, para con el Estado, de cumplir sus fines propios; 4°) Tutela o control del Estado sobre el ente, a efectos de asegurar que éste cumpla con sus fines; 5°) Satisfacer fines específicos del Estado y no fines comerciales o industriales..." [36].

Si se compara esta enunciación con la de los elementos que se estima pueden caracterizar como pública a una entidad [37], resulta que, para esta doctrina, la verdadera distinción radica en la finalidad perseguida por el ente, ya que las entidades públicas estatales son las que satisfacen fines específicos del Estado y no fines comerciales o industriales, mientras que las otras entidades públicas —no estatales— basta que cumplan fines "de interés general", sin que sea necesario que coincidan en todo o en partes con los fines específicos del Estado.

En realidad, el criterio de la finalidad específica del Estado, considerado como opuesto a la actividad industrial o comercial, no puede erigirse en condición *sine qua non* para atribuir carácter estatal a una entidad, porque tal criterio puede no guardar correspondencia con las circunstancias que pueden generar la intervención del Estado, que lo han llevado muchas veces a encarar la realización de actividades reservadas tradicionalmente a la iniciativa de los particulares [38].

B) Capital estatal

En un enfoque doctrinario diferente se arguye que el carácter estatal del ente radica en que el capital sea íntegramente de propiedad estatal [39].

Este criterio resulta, con relación a las personas jurídicas públicas, cuando menos impreciso, teniendo en cuenta la dificultad para caracterizar como estatal el capital de la entidad y las posibles trans-

36 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 348 y sigs.

37 MARIENHOFF Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 350.

38 CASSAGNE, Juan Carlos, "Las entidades estatales descentralizadas y el carácter público o privado de los actos que celebran", *L.L.*, t. 143, pág. 1172 y sigs.; GORDILLO, Agustín A., *Empresas del Estado*, pág. 39 y sigs., Buenos. Aires., 1966.

39 Es el criterio que propugna GORDILLO; anteriormente había sostenido este autor que, "como excepción creemos que puede admitirse que si una entidad pertenece en su casi totalidad al Estado, pero hay un pequeño aporte de capital privado de tan poca magnitud como para poder ser considerado meramente formal, deba considerársela, a pesar de todo, estatal; ello por el aludido carácter formal más que intrínseco de la participación no estatal" (Cfr. *Empresas del Estado*, pág. 45).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ferencias accionarias que puedan realizarse durante la vida de la entidad, cuando se trata de una sociedad anónima, lo cual supone la configuración de un régimen cambiante e inorgánico. Por lo demás, no es un criterio suficiente de distinción, si se advierte que un mismo procedimiento de integración de capital o de provisión de los recursos puede darse en entidades públicas y privadas. En tal sentido, a título ejemplificativo, puede señalarse que si bien es cierto que, en general, el capital de las personas públicas no estatales se integra fundamentalmente con aportaciones directas o indirectas de las personas que están afiliadas o incorporadas a ellas, no lo es menos que si tales entidades —no obstante esa circunstancia— se encuentran en la Administración Pública, constituyen entes estatales. Tal es el caso de las Cajas Nacionales de Previsión [40].

C) Encuadramiento del ente en la Administración Pública

En nuestra opinión, las personas jurídicas públicas son o no estatales según que pertenezcan o no a los cuadros de la Administración Pública, conforme a las normas vigentes sobre organización administrativa [41].

A los efectos de verificar dicho encuadramiento será fundamental analizar la naturaleza de las relaciones o vínculos que ligan a la entidad con la Administración Central y la amplitud de la injerencia o control de ésta sobre aquélla [42].

Completando dicho criterio básico, puede señalarse que esas entidades ineludiblemente han de ser creación estatal, persiguen fines de bien común y, en principio, gozan de ciertas prerrogativas de poder público, además de hallarse sujetas a un control estatal de cierta intensidad.

40 Ver leyes 18.257 y 18.290. *Dictámenes de la Procuración del Tesoro*, vol. 5, pág. 30 y sigs.

41 CASSAGNE, Juan Carlos, *ob. cit.*, *L.L.*, t. 143, pág. 1172 y sigs.

42 CASSAGNE, Juan Carlos, "Condición y Régimen Jurídico de la Empresa Ferrocarriles Argentinos", *E.D.*, t. 31, pág. 1048, *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, vol. 3, pág. 9 y sigs., con relación al Departamento de Obra Social, vol. 5, pág. 30 y sigs., respecto del Instituto de Servicios Sociales para el Personal de la Industria de la Carne y Afines; y dictamen del 2 de setiembre de 1971, relativo al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

10. EL CARÁCTER PÚBLICO O PRIVADO DE LOS ACTOS QUE CELEBRAN LAS ENTIDADES ESTATALES

Un sector de la doctrina niega la existencia de la categoría de "actos privados" de la Administración.

Se funda tal postura en que ciertos elementos del acto, como la competencia del sujeto o del órgano administrativo, siempre aparecerían reglados por el derecho público. Y que, por otra parte, la superación de la teoría de la doble personalidad del Estado deja sin fundamento tal clasificación, porque el derecho administrativo debe regir y aplicarse para todos los actos que sean producto de la función administrativa estatal [43].

A nuestro juicio, debe reputarse acertada la posición de quienes aceptan la existencia de esta categoría de actos, a los cuales se aplica en forma prevaleciente el derecho civil o comercial [44].

Ello, por cuanto la cuestión esencial en esta materia no se centra en el hecho de que algunos elementos del acto aparezcan reglados por el Derecho Administrativo y el objeto por el derecho privado, como en la configuración de un régimen jurídico distinto, caracterizado por la ausencia de prerrogativas públicas en el acto privado de la Administración (al menos en principio), y en la aplicación directa del Código Civil o Comercial para reglar èl contenido y forma del acto.

Por lo demás, el abandono de la tesis de la doble personalidad del Estado no conduce necesariamente a la desaparición de ambas categorías de actos (actos civiles de la administración y actos administrativos), puesto que el reconocimiento de una sola personalidad estatal admite la posibilidad de que el Estado o sus entes actúen en el campo del derecho privado, en forma similar a lo que acontece respecto de las personas jurídicas privadas, que pueden celebrar indistintamente tanto contratos civiles como administrativos, sin desdo-

43 Cfr. SAYAGUES LASO, Enrique, *ob. cit.*, t. I, pág. 387; FIORINI, Bartolomé, A., *Teoría Jurídica del Acto Administrativo*, pág. 38, y *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 277, Buenos Aires, 1968; GORDILLO, Agustín A., *El Acto Administrativo*, pág. 67, 2ª ed., Buenos Aires, 1969. Cfr. *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, vol. 4. pág. 20 y sigs.

44 LAUBADERE, André de, *Traité Elémentaire de Droit Administratif*, t. I, pág. 302 y sigs.; RIVERO, Jean, *Droit Administratif*, pág. 98; BENOIT, Francis Paul, *Le Droit Administratif Français*, pág. 586, Toulouse, 1968; BREWER CARIAS, Allan Randolph, *Las Empresas Públicas en el Derecho Comparado*, págs. 56, 57 y 72, Caracas, 1967, con particulares referencias a la doctrina comparada. Cfr. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 254, pág. 585, t. 270, pág. 446, entre otros.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

blar su personalidad [45]. De este tema nos ocuparemos más adelante, al tratar la teoría de los actos estatales, regidos en parte por el derecho administrativo y parcialmente por el derecho privado [46].

11. ENTIDADES PÚBLICAS NO ESTATALES. CARACTERES GENERALES

Las personas públicas no estatales no integran la estructura estatal y no pertenecen a la Administración Pública, pudiendo señalarse como sus principales características las siguientes [47]:

a) Generalmente, aunque no siempre, su creación se efectúa por ley;
b) Persiguen fines de interés público.
c) Gozan, en principio, de ciertas prerrogativas de poder público. Así, la obligación para las personas por ellas alcanzadas de afiliarse o incorporarse a la entidad creada o contribuir a la integración de su patrimonio;
d) Las autoridades estatales ejercen un contralor intenso sobre su actividad. En cierta medida, el Estado controla su dirección y administración. Esa injerencia puede hacerse efectiva mediante la designación por aquélla de uno o más miembros de sus órganos directivos;
e) Por lo general, su capital o recursos provienen principalmente de aportaciones directas o indirectas de las personas afiliadas o incorporadas a ellas;
f) Como no son personas públicas estatales, quienes trabajan para esas entidades no son funcionarios públicos;
g) Por idéntica razón, las decisiones que dictan sus órganos no constituyen actos administrativos, lo cual no excluye la aplicación de las normas y principios del derecho público para reglar determinados aspectos de la actividad de estos entes (v.gr. régimen de contralor y de impugnación ante la Administración Pública).

45 CASSAGNE, Juan Carlos, *El Acto Administrativo*, pág. 121 y sigs.

46 CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. II, pág. 97 y sigs., Buenos Aires, 1982.

47 Cfr. SAYAGUES LASO, Enrique, *ob. cit.*, t. II, pág. 234 y sigs.; *Dictámenes de la Procuración del Tesoro*, vol. 5, pág. 32 y sigs., entre otros.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

12. PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS DEL ESTADO

Un fenómeno con peculiaridades atípicas se perfila con la aparición juntamente con las entidades descentralizadas (personas públicas estatales), de entes privados de propiedad estatal, cuya condición y régimen jurídico se rigen por el derecho civil o comercial. Así acontece cuando el Estado se somete a figuras jurídicas del derecho privado (formas societarias) dando lugar a la creación de un nuevo ente, dotado de personalidad jurídica propia del derecho privado.

Tal postura no implica contradecir el principio de que el Estado —como tal— tiene una única personalidad de derecho público, sino admitir que aquél, en su accionar con miras al logro del bien común, puede recurrir a la creación de nuevos entes dotados de una personalidad jurídica distinta de la estatal asumiendo, recurriendo o sometiéndose a figuras jurídicas del derecho público o del derecho privado.

En el primer caso, las entidades por él creadas se encuadran en su organización administrativa y son las típicas personas jurídicas públicas estatales. En el segundo supuesto, cuando se adopta una forma del derecho privado, se produce la creación de un nuevo ente con personalidad propia del derecho privado, si bien sujeto a un determinado contralor. Este es el caso de las ex "Sociedades del Estado", regidas por la ley 20.705 y el de cualquier otra sociedad del derecho privado, constituida exclusivamente por entes o capitales estatales.

Cabe distinguir los supuestos de participación exclusiva del Estado en el capital de la entidad, de aquellos en los cuales el Estado participa en el capital de un sujeto concurriendo a la formación de un ente privado no enteramente estatal (sociedades "mixtas"). Así ocurre en materia de sociedades de economía mixta constituidas por el Estado —o entes o capitales estatales— y personas o capitales no estatales con fines comerciales o industriales y en el caso de las sociedades anónimas con participación estatal, sea ésta mayoritaria o no.

Creemos que ningún obstáculo lógico se opone a la conclusión expuesta admitida ampliamente en la doctrina española [48]. Se ad-

48 GARRIDO FALLA, Fernando, *ob. cit.*, t. I, pág. 360 y sigs., quien admite la creación estatal de sociedades y empresas con personalidad jurídica pero de carácter privado, ya que sostiene que a las entidades que adoptan la forma de sociedad no se les reconoce el carácter de personalidad jurídica pública, porque no forman parte de la organización del Estado. Y agrega que las entidades que el Estado crea en forma de sociedades privadas son cabalmente aquellas que quiere desplazar de su propia organización administrativa.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

vierte, por lo demás, que también el ser humano, sin perder su único carácter de persona de existencia visible o natural, puede llegar a constituir personas jurídicas de derecho público o de derecho privado [49], sirviéndose de ciertas formas instrumentadas por el derecho.

49 SAYAGUES LASO, Enrique, *ob. cit.*, t. I, pág. 175 y sigs., sostiene que, además de las personas públicas territoriales clásicas hay otras personas "indudablemente estatales en el sentido que integran la organización jurídica de la Nación"..."pero que además de esas entidades existen otras personas colectivas que indudablemente no son estatales...No obstante, se regulan por normas de derecho público..." "...y hasta puede haber instituciones estatales que adopten formas y regímenes de actividad propios del derecho privado".

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS JURIDICOS DE LA ORGANIZACION ADMINISTRATIVA

SUMARIO

1. Introducción.
2. La jerarquía: concepto y consecuencias.
3. El *principio* de la *competencia*. *Diferentes concepciones. Crítica.*
4. Competencia y capacidad.
5. Naturaleza jurídica y caracteres.
6. Origen o fuente de la competencia.
7. Clases de competencia.
   A) En razón de la materia.
   B) En razón del grado o jerarquía.
   C) En razón del lugar o del *territorio.*
   D) En razón del tiempo.
8. La delegación. Distintas especies. Su procedencia.
   A) Delegación interorgánica.
   B) Delegación entre entes públicos.
9. Las figuras de la suplencia y la sustitución.
10. La intervención.
11. Lo atinente a la denominada delegación de firma. La subdelegación.
12. Avocación de competencia. Régimen legal.
13. Centralización y descentralización administrativas.
14. Autonomía, autarquía y descentralización.
15. Descentralización y recentralización.
16. Tipos de descentralización: funcional y territorial.
17. Los principios de concentración y desconcentración.
18. Delegación, descentralización y desconcentración. La llamada imputación funcional.
19. Conveniencia o inconveniencia de la centralización.
20. Ventajas e inconvenientes de la desconcentración.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS JURIDICOS DE LA ORGANIZACION ADMINISTRATIVA

1. INTRODUCCIÓN

Los principios jurídicos esenciales de la organización administrativa constituyen una consecuencia lógica de cualquier sistema que procure instaurar una organización jurídico-pública [1]. Habremos de analizar aquí los cuatro principios jurídicos que estimamos fundamentales: jerarquía, competencia, centralización y descentralización.

En la doctrina no existe acuerdo, en general, acerca de algunos otros principios como el de unidad [2] y el de coordinación. La unidad suele ser consecuencia de la jerarquía, o al menos, se subsume en ella, aunque puede aparecer como un principio de organización entre órganos jerárquicamente independientes. En nuestro derecho administrativo, el principio de la unidad no ha merecido aún una recepción adecuada, aunque ha sido reconocido expresa e implícitamente por el derecho positivo y la jurisprudencia en reiteradas ocasiones, al abordar el tratamiento de los conflictos inter-orgánicos [3] e inter-administrativos [4].

1 GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Derecho General de Organización*, pág. 96, Madrid, 1971.

2 JORDANA DE POZAS, Luis, "El principio de unidad y sus consecuencias políticas y administrativas", *Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas*, t. I, pág. 25 y sigs., Madrid, 1961.

3 L.N.P.A., art. 4°.

4 Ley 19.983.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

En cuanto al llamado principio de coordinación, él constituye en realidad un requisito de toda organización y su base, no revistiendo carácter jurídico [5].

2. LA JERARQUÍA: CONCEPTO Y CONSECUENCIAS

La jerarquía ha sido definida en el siglo pasado como "el conjunto de órganos armónicamente subordinados y coordinados" [6] aunque en realidad se trata del principio que los reduce a unidad y la recíproca situación en que están los órganos en una entidad [7].

Su noción difiere de la de autarquía y de la autonomía, pues mientras éstas implican una relación entre sujetos, la jerarquía constituye una relación entre órganos de una misma persona jurídica [8].

Si bien la jerarquía implica siempre una relación, ella se basa en la preexistencia de una serie de órganos, caracterizados por dos figuras típicas de toda organización: la línea y el grado. La línea jerárquica se forma por el conjunto de órganos en sentido vertical, mientras que el grado es la posición o situación jurídica que cada uno de los órganos ocupa en dicha línea. Sin embargo, existen también en la organización administrativa órganos fuera de las líneas jerárquicas, que por lo común desarrollan actividades de asesoramiento en el planea-

5 GARCIA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 380, Madrid, 1967.

6 SANTAMARIA DE PAREDES, Vicente, *Curso de Derecho Administrativo*, 4ª ed., pág. 91, Madrid, 1894; COLMEIRO, Manuel, *Derecho Administrativo Español*, 3ª ed., pág. 62, Madrid, 1865.

7 JORDANA DE POZAS, Luis, cit. por GALLEGO ANABITARTE, *ob. cit.*, pág. 95. En sentido similar, VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. II, pág. 265, quien la define como una relación de superioridad de los órganos superiores respecto de los inferiores; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 563, Buenos Aires, 1965; DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, t. II, pág. 52, Buenos Aires, 1965; MENDEZ, Aparicio, *La Jerarquía*, pág. 19 y sigs., Montevideo, 1950.

8 GARCIA TREVIJANO FOS, José Antonio, *ob. cit.*, t. II, pág. 416, "El vínculo jerárquico se da sólo en la actividad administrativa. En la legislativa y en la judicial no existe la relación jerárquica. Los órganos que forman el Poder Legislativo en sus múltiples relaciones, se vinculan por procedimientos distintos en los que no media la subordinación. Lo mismo ocurre en el orden judicial. Los jueces actuando como tales no se vinculan jerárquicamente. La revisión de un proceso por un órgano de instancia superior es un examen técnico completamente ajeno a una primacía de naturaleza jerárquica; es sólo una garantía de justicia". (HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, pág. 107, nota 58, Buenos Aires, 1985).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

miento general [9]. Este tipo de órganos constituye una institución que en la ciencia administrativa se denomina *staff and line* [10].

Los principales efectos que se derivan de la relación jerárquica trasuntan para los órganos superiores el reconocimiento de importantes facultades, tales como:

1) Dirigir e impulsar la actividad del órgano inferior, dictando normas de carácter interno, de organización o de actuación y órdenes particulares.
2) Vigilar y controlar la actividad de los órganos inferiores a través de diversos actos [11] (ej.: pedidos de informes, rendición de cuentas, inventarios, investigaciones, etc.) y del sistema de recursos administrativos.
3) Avocarse al dictado de los actos que corresponden a la competencia del órgano inferior.
4) Delegar la facultad de emitir determinados actos que correspondan a su competencia.
5) Resolver los conflictos inter-orgánicos de competencia que se suscitan entre órganos inferiores.
6) Designación de los funcionarios que ejerzan la titularidad de los órganos inferiores.

Uno de los problemas más importantes que plantea la relación jerárquica es el relativo al deber de obediencia que tienen los órganos inferiores, que se origina precisamente en el vínculo de subordinación que los une con los órganos superiores de la Administración Pública.

El deber de obediencia reconoce sus limitaciones y varias son las teorías que se han ocupado de precisar sus cotos. Por de pronto, y sin perjuicio de abordar el tema con mayor detenimiento al estudiar la función pública, habida cuenta de la responsabilidad que emerge para el subordinado, puede señalarse que existen dos orientaciones distintas: a) la doctrina de la reiteración, por cuyo mérito el inferior tiene la obligación de observar el acto si éste fuera ilegal, quedando

9 Entre nosotros, en el orden nacional, tal sería la actividad de los asesores de Gabinete de los ministerios.

10 Sobre la articulación de los órganos activos con el *staff and line*, DROMI, José Roberto, "El dictamen y la formación de la voluntad administrativa", *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, nro. 2, pág. 48, Buenos Aires, 1971.

11 DI MALTA, Pierre, *Essai sur la Notion du Pouvoir Hiérarchique*, pág. 143 y sigs., Paris, 1961, quien sostiene que el control comprende todas las prerrogativas necesarias para corregir el acto del subordinado desde la simple modificación parcial hasta la invalidación total.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

desligado de responsabilidad si el superior reitera el acto frente a su observación; y b) la doctrina que afirma el derecho de control material (violación evidente de la ley) [12] que se ubica dentro de aquellas posturas que admiten el derecho de examen del inferior respecto de la orden del superior.

3. EL PRINCIPIO DE LA COMPETENCIA. DIFERENTES CONCEPCIONES. CRÍTICA

Si bien el fundamento de la competencia puede hallarse tanto en la idea de eficacia (que conlleva la necesidad de distribuir las tareas entre órganos y entes diferenciados) como en una garantía para los derechos individuales [13], cierto es que esta institución se encuentra erigida fundamentalmente para preservar y proteger —de una manera objetiva y muchas veces genérica— el cumplimiento de las finalidades públicas o de bien común que la Administración persigue [14].

La competencia puede considerarse desde muchos puntos de vista y su significado ha originado grandes desacuerdos doctrinarios [15]. Ella puede analizarse en su condición de principio jurídico fundamental de toda organización pública del Estado y, también, en su faz dinámica y concreta, como uno de los elementos esenciales del acto administrativo.

En el plano de las organizaciones públicas estatales constituye el principio que predetermina, articula y delimita [16] la función administrativa que desarrollan los órganos y las entidades públicas del Estado con personalidad jurídica.

12 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, págs. 567-570; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *ob. cit.*, t. II, págs. 270-272, se ha señalado que el órgano subordinado tiene el deber de controlar la legitimidad de la orden que se le imparta a los efectos de verificar si adolece de vicios jurídicos muy graves. Comprobada la concurrencia de tales vicios, el inferior queda exceptuado de la obediencia debida. El cumplimiento de la orden jurídicamente inexistente hace pasible de responsabilidad al órgano ejecutante. (DROMI, José Roberto, *El acto administrativo*, pág. 34, Madrid, 1985).

13 ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo*, pág. 178, Madrid, 1970.

14 ALESSI, Renato, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, págs. 179-183, 2ª ed., Milano, 1958.

15 ARNANZ, Rafael A., *De la Competencia Administrativa*, pág. 21 y sigs., Madrid, 1967.

16 Forsthoff entiende que la competencia traduce al mismo tiempo una autorización y una delimitación (FORSTHOFF, Ernest, *Tratado de Derecho Administrativo*, pág. 573, trad. del alemán, Madrid, 1958).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Desde otra perspectiva, la competencia puede ser definida como el conjunto o círculo de atribuciones que corresponden a los órganos y sujetos públicos estatales [17] o bien con un alcance jurídico más preciso, como la aptitud de obrar o legal de un órgano o ente del Estado [18].

En la doctrina italiana predomina, en cambio, un criterio similar al que utiliza la ciencia procesalista para circunscribir la competencia del juez; así se ha sostenido que la idea de competencia se define como aquella medida de la potestad de un oficio [19].

Al propio tiempo otro sector doctrinario ha intentado distinguir entre competencia y atribución, sosteniendo que, mientras la primera se refiere a la emanación de los actos como una derivación directa del principio de articulación, la segunda se relaciona con el poder genéricamente considerado e implica el otorgamiento con carácter necesario y único de una determinada facultad a un órgano [20].

En lo que puede considerarse la antípoda doctrinaria se ubican algunos autores españoles que propician exactamente el criterio opuesto caracterizando a la competencia por su sentido genérico y objetivo y ser predicada en las diversas administraciones como figura opuesta a la atribución, resultando esta última de las manifestaciones específicas y concretas de los propios órganos que la ejercen [21].

También hay quienes, siguiendo a Bonnard, piensan que las atribuciones que configuran la materia constituyen las "tareas o prestaciones" que desarrollan los órganos [22].

17 CASSAGNE, Juan Carlos, *El Acto Administrativo*, pág. 189; ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, pág. 44, *in fine*, Buenos Aires, 1973. La mayoría de la doctrina limita los alcances del principio a los órganos, excluyendo a los sujetos; GARCIA TREVIJANO FOS, José Antonio, *ob. cit.*, t. II, pág. 380 y sigs.; FIORINI, Bartolomé A., *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 230, Buenos Aires, 1968; DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. II, pág. 29.

18 SAYAGUES LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 191, Montevideo, 1963; ARNANZ, Rafael A., *ob. cit.*, pág. 26, en el mismo sentido: HUTCHINSON, Tomás, *ob. cit.*, t. I, pág. 87.

19 D'ALESSIO, Francesco, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, t. I, pág. 230, Torino, 1932; ALESSI, Renato, *ob. cit.*, ed. italiana, pág. 99; la clasificación de órganos y oficios es peculiar en la doctrina italiana, *ob. cit.*, pág. 75; GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo*, t. I, pág. 219 y sigs., Milano, 1970.

20 GIANNINI, Massimo Severo, *Lezione di Diritto Amministrativo*, t. I, pág. 96, Milano, 1950, y del mismo autor, *Diritto Amministrativo*, t. I, págs. 220-221, Milano, 1970, postura que entre nosotros ha seguido Fiorini (*Manual de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 125).

21 ARCE MONZON, cit. por GALLEGO ANABITARTE, *ob. cit.*, pág. 117.

22 MENDEZ, Aparicio, *La Teoría del Organo*, pág. 128, Montevideo, 1971; SAYAGUES LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 49, quien considera más

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Para Sayagués Laso la idea de atribución se vincula más bien a las facultades que derivan del cargo público, tratándose de un concepto cercano al de poderes o potestades de los órganos administrativos, siendo preferible reservar el término "cometidos" para designar las tareas estatales [23].

El panorama doctrinario expuesto demuestra hasta qué punto la búsqueda de una distinción convencional entre competencia y atribución puede conducir a resultados radicalmente opuestos ante la inexistencia de algún mecanismo que permita diferenciar —con una precisión tan siquiera elemental— dos etapas de un mismo proceso: el reconocimiento de la atribución y ejercicio de la misma, cualquiera fuere la nominación que convencionalmente se les asigne.

El error en que incurren los partidarios de la distinción deriva de definir la competencia como la medida de la potestad de un órgano, siguiendo un criterio similar a la doctrina procesalista que caracteriza a la competencia como la medida de la jurisdicción [24], mientras que la competencia consiste en la aptitud legal para ejercer dichas potestades y ser titular de ellas.

Esa competencia tiene, ante todo, una raíz objetiva, en el sentido de que a partir de la formulación del régimen administrativo napoleónico, ella no surge más de la sola voluntad del monarca o funcionario, sino que se hallará predeterminada por la norma. Este principio de objetivación de la competencia no implica, empero, la eliminación de la actuación discrecional en la elección del criterio o de la oportunidad para dictar el pertinente acto administrativo, pero exige que la aptitud legal del ente o del órgano de la Administración se base en una norma objetiva.

4. COMPETENCIA Y CAPACIDAD

En la doctrina del derecho administrativo suele afirmarse que la competencia se distingue de la capacidad del derecho privado (donde constituye la regla o principio general) por constituir la ex-

---

exacta la palabra cometidos, que significa "comisión", "encargo", y "expresa bien el concepto de tarea o actividad asignada a la entidad estatal", *ob. cit.*, t. I, pág. 49, nota 1.

23 SAYAGUES LASO, Enrique, t. I, pág. 49.

24 ALESSI, Renato, *ob. cit.*, t. I, pág. 99.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

cepción a la regla, que es la incompetencia [25]. Es lo que se ha denominado el postulado de la permisión expresa [26].

Pero la comparación no puede realizarse —tratándose de entidades— con la capacidad de las personas físicas sino con la correspondiente a las personas jurídicas y, en tal sentido, existe cierta semejanza entre ambas instituciones, en la medida en que sus criterios rectores se encuentran regulados por el principio de la especialidad [27]. La aplicación del principio de la especialidad para la interpretación de los alcances de la competencia de entes y órganos no debe entenderse como un retorno al criterio de la competencia subjetiva. Ello es así, porque la especialidad del órgano de que se trate no va a surgir de su propia voluntad sino de la norma objetiva que establezca las finalidades para las cuales el órgano fue creado, o bien, de su objeto institucional.

De ese modo, el ámbito de libertad del órgano administrativo va a estar acotado por el fin que emana de la norma y no por el que surja de la voluntad del funcionario.

Una vez determinada la especialidad, y dentro de sus límites, la competencia es la regla. Fuera de ello, la competencia es la excepción.

Este principio de la especialidad, que supera la necesidad de que la competencia esté expresa o razonablemente implícita en una norma, no se verifica con relación a los actos de gravamen ni respecto de la materia sancionatoria, habida cuenta de la prevalencia, en su caso, de los principios del derecho penal (*nullum crimen nulla poena sine lege*, la tipicidad y las garantías sustantivas y adjetivas), no rigiendo, en esos casos, la analogía ni la interpretación extensiva.

Sin embargo, el principio de la especialidad no desplaza la posibilidad de que la aptitud del órgano o ente surja, en forma expresa o implícita [28], de una norma completa atributiva de competencia y ello es conveniente en cuanto reduce el margen de actuación discrecional de la Administración, brindando mayores garantías a los administrados.

25 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit*, t. I, pág. 544; DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, 2ª ed., t. II, pág. 40, Buenos Aires, 1976; WALINE, Marcel, *Droit Administratif*, pág. 452, Paris, 1963.

26 LINARES, Juan Francisco, "La Competencia y los Postulados de la Permisión", *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, nro. 2, pág. 14 y sigs., Buenos Aires, 1971.

27 CASSAGNE, Juan Carlos, *El Acto Administrativo*, pág. 191.

28 S.C.Buenos Aires, "Sciammarella Alfredo c/ Prov. de Buenos Aires", *E.D.*, t. 99, pág. 214.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Pero la especialidad sigue siendo siempre la regla ya que la finalidad puede surgir no sólo de una norma completa sino también de un principio de normación o de un principio general del derecho.

En definitiva, el principio de la especialidad se vincula con el fin de la competencia de cada órgano u ente, el cual surge no sólo de las atribuciones expresas o implícitas (que suponen siempre un desarrollo o interpretación extensiva de las facultades expresas) sino, fundamentalmente, de la enunciación de objetivos, principios de normación (como las atribuciones genéricas) y de las facultades inherentes, que son aquellas que, por su naturaleza, fundamentan la creación y subsistencia del órgano y sin las cuales, carecen de sentido [29].

Con todo existe una diferencia fundamental entre capacidad y competencia, pues, mientras el ejercicio de la primera cae dentro del arbitrio de su titular, el ejercicio de la competencia puede ser obligatorio [30].

5. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERES

La competencia configura jurídicamente un deber-facultad no existiendo realmente un derecho subjetivo a su ejercicio cuando ella es desarrollada por órganos; excepcionalmente tal derecho existirá si ella es invocada por sujetos o personas jurídicas públicas estatales [31], con las limitaciones propias de las normas que resuelven los llamados conflictos inter-administrativos [32].

El análisis de la institución en la doctrina y en el derecho positivo permite deducir sus caracteres fundamentales, que son los siguientes:

a) Es objetiva, en cuanto surge de una norma que determina la aptitud legal en base al principio de la especialidad [33].

29 Para Comadira el principio de especialidad sirve para definir el contenido de lo implícito (Conf. *Acto Administrativo Municipal*, Buenos Aires, 1992, pág. 24). En un trabajo posterior y superando la crítica que en su momento formulamos, dicho autor acepta que el principio de la especialidad también define el contenido de lo inherente (Conf. "Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes reguladores", *E.D.*, t. 162, pág. 1134), con lo que su postura en ese aspecto al ser prácticamente similar a la nuestra no puede considerarse totalmente como una tercera posición entre las dos corrientes fundamentales (permisión y especialidad).

30 Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 544.

31 FORSTHOFF, Ernst, *ob. cit.*, pág. 575.

32 Ley 19.983, art. 1°, ADLA XXXII, pág. 5216.

33 HUTCHINSON, Tomás, *La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, pág. 92 y sigs., Buenos Aires, 1985, quien postula en definitiva la tesis de que la competencia debe surgir del ordenamiento expreso o en forma razonablemente implícita (nota 27).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

b) En principio, resulta obligatoria, cuando el órgano o ente tenga el deber de efectuar la actividad, dentro de las atribuciones conferidas;
c) Es improrrogable, lo cual se funda en la circunstancia de hallarse establecida en interés público por una norma estatal [34].
d) Es irrenunciable, perteneciendo al órgano y no a la persona física que lo integra [35].

Los principios de obligatoriedad e improrrogabilidad han sido recogidos en nuestro país por la ley nacional de procedimientos administrativos [36].

6. ORIGEN O FUENTE DE LA COMPETENCIA

Si la competencia de un ente u órgano para dictar un acto administrativo debía emanar de una ley formal [37] o si podía aceptarse que la misma se fundara originariamente también en un reglamento [38] era una cuestión asaz debatida.

De aceptarse que las diferentes especies de reglamentos —inclusive los denominados "autónomos"— integran el llamado "bloque de legalidad", es evidente que la competencia puede tener su fuente en el reglamento. Tal es el criterio que surge de la L.N.P.A. [39] y de la jurisprudencia anterior [40].

34 VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, t. II, pág. 259, Buenos Aires, 1950; ALESSI, Renato, *ob. cit.*, t. I, págs. 100-101.

35 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 546; ley 5350, art. 3°, de la Pcia. de Córdoba.

36 L.N.P.A., art. 3°, que expresa "...Su ejercicio constituye una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente y es improrrogable...".

37 DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, t. II, pág. 30, 1ª ed., Buenos Aires, 1965.

38 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. II, pág. 359.

39 Art. 3° de la ley nro. 19.549, que prescribe: "La competencia de los órganos administrativos será la que resulte, según los casos, de la Constitución Nacional, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia". Véase, además, ley 7647 de la Pcia. de Buenos Aires, art. 3°, ley 5350 de la Pcia. de Córdoba, art. 3°.

40 CSJN, 5/11/29, "Comité Radical de Acción", *Fallos* 156:81; *idem*, 17/11/41, "Arjones" *Fallos* 191:197. En los dos fallos, después de reconocer el carácter constitucional del derecho de reunión, la CSJN señaló que de la falta de regulación legal no podía deducirse que la autoridad más directamente responsable del orden público estuviera desarmada para la defensa de ese orden y la protección de derechos de terceros. Observó que la reglamentación se dictaba con autorización del Poder Ejecutivo y "con la anuencia del legislativo que no ha dictado Código de Faltas ni ley orgánica de la policía...".

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

7. CLASES DE COMPETENCIA

La clasificación de la competencia responde a la diferente manera como ella se atribuye y ejerce, teniendo una significación especial en cuanto se vincula con los criterios que determinarán el grado de invalidez de un acto emitido en violación de las reglas sobre competencia.

Las distintas clases que admitían la doctrina y la jurisprudencia —y actualmente la legislación— [41] permiten separar distintas especies de competencia:

A) En razón de la materia

Su clasificación reposa en la substancia o naturaleza del acto conforme al derecho objetivo (Constitución, ley y reglamento) que confiere una serie de atribuciones a los órganos y sujetos estatales para la realización de sus cometidos propios. Rige, en esta cuestión, el principio de la especialidad que permite a los órganos y sujetos estatales realizar todos aquellos actos que se encuentren vinculados a los fines que motivaron su creación, es decir, a sus cometidos específicos.

La violación de la competencia en razón de la materia, admite cierta discriminación según que el acto emanado del órgano administrativo constituya una materia propia de la ley formal (Organo Legislativo) o del Organo Judicial. En ambos casos se habla de incompetencia "radical" [42].

Pero siempre, tanto en el supuesto de la incompetencia llamada "radical" como en el de la autoridad que invade la competencia de otra de la misma esfera administrativa, se está en presencia de una incompetencia en razón de la materia [43].

41 Ley 19.549, art. 14, inc. b.

42 BIELSA, Rafael, *ob. cit.*, t. II, pág. 29.

43 "Alice, Alberto Vicente c/ UBA, Facultad de Ingeniería s/ ordinario", 26 de julio de 1988, CNApel. Fed. Cont. Adm., Sala III, causa nro. 16.804: "En principio el nombramiento anticipado para funciones y empleos cuya vacante no se ha producido, ni es inminente, resulta inválido por carecer de *competencia ratione temporis* el funcionario que lo emite... La competencia para revocar designaciones inválidas corresponde en principio a la autoridad que lo dispuso, pero sin perjuicio del *derecho de avocación* del superior (art. 9°, ley 22.140 y su reglamentación dec. 1797/80)".

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

B) En razón del grado o jerarquía

Se denomina también "vertical" y se encuentra vinculada a la jerarquía. La organización administrativa se integra generalmente en base a una estructura piramidal, en cuya cúspide se ubica el órgano superior, constituyéndose además por un conjunto de escalones jerárquicos cuyo rango decrece a medida que se alejan del órgano superior. El grado es así la posición que cada órgano tiene en la estructura jerárquica [44].

C) En razón del lugar o del territorio

Se refiere a la determinación de la competencia en base a circunscripciones territoriales, que limitan geográficamente el campo de acción de los órganos y sujetos. Puede ocurrir que dos entidades (v.gr. provincias) tengan atribuidas idénticas competencias constitucionales respecto a la materia, pero distinta en razón del lugar.

D) En razón del tiempo

Se relaciona con el período de duración de la competencia o del plazo o situación a partir del cual ella corresponda [45] prescribiéndose en la Constitución Nacional algunos supuestos, tal como surge del artículo 99, incisos 13, 16 y 19 [46].

8. LA DELEGACIÓN. DISTINTAS ESPECIES. SU PROCEDENCIA

Como excepción al principio de la improrrogabilidad de la competencia aparece la figura jurídica denominada "delegación". Trátase, en substancia, de una técnica que traduce la posibilidad de producir el desprendimiento de una facultad por parte de un órgano que transfiere su ejercicio a otro [47].

44 SAYAGUES LASO, Enrique, *ob. cit.*, t. I, pág. 197.

45 LAUBADERE, André de, *Traité Elémentaire de Droit Administratif*, t. I, 5ª ed., pág. 256, Paris, 1970, señala que el funcionario público carece de competencia antes de la publicación de su nombramiento.

46 DROMI, José Roberto, *El Acto Administrativo*, pág. 39, Madrid, 1985. Este autor ha señalado que la competencia es por regla general *permanente*, en cuanto el órgano puede ejercer en cualquier tiempo las atribuciones que le han sido conferidas. Pero en ciertos casos el órgano puede ejercer la atribución sólo por un lapso determinado. Se dice entonces que la competencia es *temporaria*.

47 FRANCHINI, Flaminio, *La Delegazione Amministrativa*, pág. 12, Milano, 1950; FAZIO, Giuseppe, *La Delega Amministrativa e i Rapporti de Delegazione*, págs. 7-9, Milano,

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

No obstante no habérselas distinguido debidamente por la doctrina, si nos atenemos a la realidad existente, hay que discriminar dos especies fundamentales: a) delegación legislativa, y b) delegación administrativa [48].

La primera es totalmente extraña a la relación jerárquica. Se opera cuando el Organo Legislativo delega, dentro de los límites que le marca la correcta interpretación constitucional, el ejercicio de facultades en el Ejecutivo. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que "es jurisprudencia conocida de esta Corte la que admite tal delegación de las facultades del Congreso para que las ejerza más allá de las ordinarias de reglamentación que le otorga el artículo 86 (actualmente art. 99), inciso 2° de la ley fundamental, aunque dentro de los límites previstos en su artículo 28" [49].

La segunda especie de delegación, que puede o no darse en el terreno de la relación jerárquica, admite a su vez dos subespecies: 1) delegación interorgánica, y 2) delegación intersubjetiva.

A) Delegación interorgánica

La delegación interorgánica consiste en la transferencia de facultades, por parte del órgano superior al órgano inferior, que pertenecen a la competencia del primero. Se trata de una técnica transitoria de distribución de atribuciones, en cuanto no produce una creación orgánica ni impide el dictado del acto por el delegante, sin que sea necesario acudir por ello a la avocación, pues la competencia le sigue perteneciendo al delegante, pero en concurrencia con el delegado.

Como la delegación es un instituto de excepción [50] que crea una competencia nueva [51] en el delegado, ella requiere el dictado de una

1964; DE LA VALLINA y VELARDE, Juan Luis, *Transferencia de Funciones Administrativas*, pág. 14 y sigs., Madrid, 1964; MORELL OCAÑA, Luis, *La Delegación entre Entes en el Derecho Español*, págs. 39-41, Madrid, 1972.

48 FAZIO, Giuseppe, *ob. cit.*, págs. 9-10. La clasificación, si bien responde a un criterio orgánico, se justifica por la diversidad casi total de sus regímenes jurídicos. Así, por ejemplo, la llamada delegación legislativa no requiere norma que la autorice, siempre que se acepte, desde luego, su constitucionalidad. El sistema de responsabilidad también difiere.

49 *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 283, pág. 443 y sigs.

50 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 550; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. II, pág. 263; ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 187.

51 Cfr. DE LA VALLINA y VELARDE, Juan Luis, *ob. cit.*, pág. 101.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

norma que la autorice, principio que recoge el artículo 3° de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos [52].

¿Cuál debe ser la naturaleza de la norma que autoriza la delegación? Si bien con anterioridad al dictado de la ley 19.549 se había sostenido que la norma autorizativa debía ser una ley (en sentido formal) [53] tal postura ya no puede sostenerse si se tiene en cuenta que el reglamento también es fuente de la competencia, como se ha visto. Por ello, la norma que autoriza la delegación puede revestir naturaleza legal o reglamentaria. En concordancia con esta interpretación, el propio R.N.L.P.A. autoriza a los ministros y a los órganos directivos de entes descentralizados a delegar facultades en los inferiores jerárquicos [54].

En el sistema nacional, al no hallarse prevista la facultad de delegar respecto de los superiores de los órganos descentralizados, éstos se encuentran sometidos al nivel de delegación que estatuyan los ministros [55].

B) Delegación entre entes públicos

Partiendo de la idea de que la separación absoluta entre el Estado y los entes locales ha sido totalmente superada [56], la doctrina española contemporánea [57] postula su procedencia y efectiva existencia como figura propia, reconociendo no obstante la escasa aplicación que de ella se hace en aquellos países que han seguido los lineamientos del régimen local vigente en Francia [58].

En Italia, esta modalidad de delegación, que en un principio había sido rechazada por la doctrina [59], ha sido expresamente reconocida en el artículo 118 de la Constitución de 1947, que la consagra en forma amplia, lo cual ha operado el cambio de criterios que se advier-

52 GONZALEZ ARZAC, Rafael M., "La competencia de los órganos administrativos", *E.D.*, t. 49, pág. 886.

53 FIORINI, Bartolomé A., *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 131.

54 Art. 2°, dec. 1759/72 (t.o. por decreto 1883/91).

55 Cfr. GONZALEZ ARZAC, Rafael M., *ob. cit.*, pág. 886.

56 GARCIA TREVIJANO FOS, José Antonio, "Titularidad y afectación en el ordenamiento jurídico español", *Revista de la Administración Pública*, nro. 29, pág. 57.

57 MORELL OCAÑA, Luis, *La Delegación entre entes en el Derecho Público Español*, pág. 121, Madrid, 1961.

58 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, "Administración local y administración periférica del Estado: problemas de articulación", en *La Administración Española*, pág. 121, Madrid, 1961.

59 ROMANO, Santi, "Il Comune", *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, t. II-I, pág. 602 y sigs., Milano, 1932.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

te en las obras de autores que con posterioridad se han ocupado de analizar esta institución [60].

Aunque todavía esta figura no ha sido recogida orgánicamente por el derecho público argentino en el orden nacional, creemos que, si bien debería ser objeto de regulación legislativa a los efectos de una determinación precisa de su régimen jurídico, nada se opone a su aceptación en nuestro sistema constitucional [61]. En tal caso, la norma que autorice la delegación deberá tener igual rango que la norma que atribuya al ente la competencia [62].

9. LAS FIGURAS DE LA SUPLENCIA Y LA SUSTITUCIÓN

La diferenciación entre la suplencia y la delegación viene caracterizada por la circunstancia de que en la primera no existe propiamente una transferencia de competencia de un órgano a otro sino que consiste en una modificación de la titularidad del órgano, en razón de que el titular del mismo se halla en la imposibilidad de ejercer la competencia. La suplencia, en principio, no repercute en la competencia del órgano cuyo titular no pueda ejercerla (v.gr. en caso de enfermedad) [63]. Ella se efectúa *ope legis*, en forma automática, siendo total, a diferencia de la delegación, que sólo puede referirse a competencias concretas [64] y requiere una declaración de voluntad del delegante.

La sustitución se funda, en cambio, en las prerrogativas de control que tiene el órgano superior sobre el inferior y procede en supuestos de deficiente administración o abandono de funciones en que incurra el órgano que es sustituido. La sustitución configura una excepción al principio de la improrrogabilidad de la competencia siendo necesario que una norma expresa la autorice [65].

60 FAZIO, Giuseppe, *ob. cit.*, pág. 219 y sigs.

61 Sobre la delegación en las Constituciones provinciales HUTCHINSON, Tomás, *ob. cit.*, t. I, pág. 102 y sigs.

62 V.gr.: si la entidad descentralizada ha sido creada por el Congreso, en ejercicio de sus propias facultades constitucionales, la norma autorizativa ha de ser una ley formal.

63 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, págs. 554-555; GARCIA TREVIJANO FOS, José Antonio, *ob. cit.*, t. II, págs. 388-389.

64 FRANCHINI, Flaminio, *ob. cit.*, pág. 21.

65 Principio que recoge el art. 3° de la L.N.P.A.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

10. LA INTERVENCIÓN

El control represivo que ejercen los superiores jerárquicos, como consecuencia del poder de vigilancia, puede acarrear que aquellos dispongan la intervención administrativa de un órgano o de una entidad jurídicamente descentralizada. Este tipo de intervención, que no siempre implica la sustitución o reemplazo del órgano intervenido, se distingue de la llamada intervención política (v.gr. intervención federal a las provincias), de la que más adelante nos ocuparemos.

Su procedencia no requiere de norma expresa, aun cuando se trate de un poder que emana de la zona de reserva del Poder Ejecutivo (art. 99, inc. 1°, Const. Nac.). Empero, la decisión de intervenir un órgano o entidad no puede ser arbitraria ni discrecional, debiendo obedecer a causas graves [66] que originen una situación anormal que no sea posible corregir con el empleo de los medios ordinarios y propios del poder jerárquico.

11. LO ATINENTE A LA DENOMINADA DELEGACIÓN DE FIRMA. LA SUB-DELEGACIÓN

La llamada delegación de firma no importa una verdadera delegación, en sentido jurídico, en virtud de que no opera una real transferencia de competencia, sino que tan sólo tiende a descargar una porción de la tarea material del delegante. En este caso, el órgano delegado carece de atribuciones para dictar actos administrativos por sí, limitándose su facultades a la firma de los actos que le ordene el delegante, quien en definitiva asume la responsabilidad por su contenido.

La delegación de firma constituye un instituto de excepción que requiere para su justificación y procedencia el cumplimiento conjunto de dos condiciones: a) debe tratarse de actos producidos en serie o en cantidad considerable; b) el objeto del acto ha de estar predominantemente reglado, sin perjuicio de que reviste carácter discrecional la oportunidad de emitirlo y la elección de la alternativa escogida.

En España, la delegación de firma se halla regulada en la Ley de Procedimiento Administrativo, donde se distingue la delegación de

66 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 665, 2ª ed.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

la firma para competencias decisorias de aquellas delegaciones referidas a simples trámites de naturaleza interna [67].

En lo que concierne a la sub-delegación hay que advertir que constituyendo el instituto de la delegación una excepción al principio de la improrrogabilidad de la competencia no resulta lógico aceptar que la transferencia de funciones pueda ser nuevamente objeto de una segunda delegación por parte del delegado, la cual, extendiendo el proceso, podría llegar hasta el órgano de inferior jerarquía de la organización administrativa. Por esa causa, la sub-delegación es, en principio, improcedente, salvo autorización expresa de la norma o del delegante originario [68].

12. AVOCACIÓN DE COMPETENCIA. RÉGIMEN LEGAL

La avocación, que funciona en un plano opuesto a la delegación [69] es una técnica que hace a la dinámica de toda organización y que, por tanto, asume un carácter transitorio y para actuaciones determinadas. Ella consiste en la asunción por parte del órgano superior de la competencia para conocer y decidir en un acto o asunto que correspondía a las facultades atribuidas al órgano inferior.

Su razón de ser radica en la conveniencia de armonizar el principio de la improrrogabilidad con la eficacia y celeridad que debe caracterizar en ciertos casos a la acción administrativa.

En cuanto a su fundamento jurídico cabe considerar que se trata de una institución que proviene de la potestad jerárquica [70]. Resulta a nuestro juicio, una obligada consecuencia de dicha fundamentación jurídica la imposibilidad de admitir la avocación en las relaciones entre las entidades descentralizadas y el jefe de la Administración, por cuanto allí no hay técnicamente una completa jerarquía

67 Art. 41, aps. 2° y 3° de la Ley de Procedimiento Administrativo de España.

68 La jurisprudencia de la Corte ha declarado que no existe óbice constitucional para que el P.E. pueda subdelegar en organismos inferiores de la administración las facultades atribuidas por el Congreso para integrar la ley en aquellos supuestos en que la propia ley atribuye al Poder Ejecutivo la posibilidad de transferir la función delegada por el Congreso ("Verónica S.R.L.", C.J.S.N., 17/11/88). Similar posición adoptó en "Cerámica San Lorenzo", 1/12/88, donde rechazó objeciones sustentadas en el argumento de que la ley 20.680 delegaba facultades sólo en el Presidente de la Nación, pero no en sus secretarios de Estado.

69 GARCIA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Principios Jurídicos de la Organización Administrativa*, pág. 203, Madrid, 1957.

70 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 547; DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, 2ª ed., t. II, pág. 45.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

sino tan sólo control administrativo o de tutela [71]. Se trata, entonces, de una relación entre órganos de una misma persona pública estatal, cuya procedencia, si bien no requiere norma que expresamente la autorice —como la delegación— no obsta a reconocerle un carácter excepcional [72].

¿En qué casos no procede la avocación? Al respecto, el artículo 3° de la L.N.P.A. prescribe que ella es procedente salvo que una norma expresa dispusiera lo contrario.

En doctrina se ha planteado además otro supuesto en que la avocación no procede: cuando la competencia hubiera sido atribuida al órgano inferior en virtud de una idoneidad especial [73], ya que en tal caso la fundamentación de esta figura no puede justificar la emisión de actos por parte de quienes carecen precisamente de esa idoneidad específicamente reconocida (v.gr.: si un ministro se avoca a la emisión del dictamen del servicio jurídico permanente). El propio reglamento de la L.N.P.A. prohíbe a los ministros y órganos directivos de los entes descentralizados avocarse al conocimiento y decisión de un asunto cuando una norma le hubiera atribuido una competencia exclusiva al inferior [74].

Se ha sostenido [75] que el dictado de una norma general posterior que estatuye la competencia de los ministros del Poder Ejecutivo Na-

71 Aunque, en el fondo, pueda sostenerse que la tutela administrativa constituye substancialmente una relación jerárquica atenuada.

72 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. II, pág. 547, la jurisprudencia ha señalado (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, causa nro. 11.374 "Pastor Ana María c/ Universidad de Buenos Aires s/ nulidad de resolución" del 17 de junio de 1986) que: "En principio, el nombramiento anticipado para funciones y empleos cuya vacante no se ha producido, ni es inminente, resulta inválido por carecer de competencia *ratione temporis* (VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, t. III, pág. 310; MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-B, nro. 877; SAYAGUES LASO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, nro. 159; CANASI, *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 581)..."La competencia de los órganos administrativos debe ser ejercida en tiempo propio, sin que ningún funcionario pueda sustraer atribuciones correspondientes a quien lo haya de suceder en el cargo"... La competencia para revocar designaciones inválidas corresponde en principio a la autoridad que lo dispuso, pero sin perjuicio del *derecho de avocación* del superior (art. 9°, ley 22.140 y su reglamentación dec. 1797/80, de aplicación supletoria conforme al art. 1° de dicha ley). Esta facultad de avocación procede siempre "a menos que una norma expresa disponga lo contrario". (art. 3°, ley 19.549).

73 VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *ob. cit.*, t. II, pág. 262; CASSAGNE, Juan Carlos, "La ley nacional de procedimientos administrativos", *E.D.*, t. 42, pág. 839.

74 Dec. 1759/72, art. 2° (t.o. por decreto 1883/91), v.gr., cuando la competencia hubiese sido atribuida exclusivamente a un órgano desconcentrado.

75 GONZALEZ ARZAC, Rafael M., "La competencia de los órganos administrativos", *Estudios de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 92, nota 20 c), Buenos Aires, 1975.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

cional para resolver en última instancia los recursos jerárquicos y de alzada [76] conduce a interpretar que ha desaparecido la limitación, para los ministros y órganos directivos de los entes descentralizados, que respecto de la avocación establece el reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.

Nos parece que se trata de cosas diferentes, no debiendo confundirse la competencia para resolver un recurso administrativo en último grado con la prohibición o limitación para el ejercicio de la facultad de avocarse que tiene todo superior, en principio. Por otra parte, los fundamentos que inspiran las limitaciones en la avocación responden a garantías substanciales, tanto expresas como implícitas: (ej.: competencia atribuida en función a una idoneidad especial) del ordenamiento jurídico [77].

13. CENTRALIZACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVAS

Se puede afirmar que un país adopta el principio de la centralización como su rasgo predominante, cuando todas las cuestiones de importancia son resueltas por los órganos centrales de la Administración [78], mientras que, por el contrario, cuando las facultades decisorias se encuentran también adjudicadas a entidades que constituyen la llamada administración descentralizada o indirecta [79] del Estado, la técnica utilizada se denomina descentralización.

Tanto el principio de la centralización como el de la descentralización admiten distintos enfoques de acuerdo a la rama científica en que se analicen, ya que son susceptibles de utilizarse en su significación política (relacionados con la libertad de los ciudadanos e independencia o autonomía de los entes), desde el punto de vista de su eficacia (Ciencia de la Administración) o bien, en el encuadre estrictamente jurídico de la organización administrativa. Sin embargo, to-

76 Dec. 1774/73.

77 R.N.L.P.A., art. 7°, inc. d).

78 GUAITA, Aurelio, *División Territorial y Descentralización*, pág. 262, Madrid, 1975; VILLAGRA MAFFIODO, Salvador, *Principios de Derecho Administrativo*, pág. 137, Asunción, 1981, quien juzga como inadecuada al actual momento histórico la centralización de la personalidad como forma exclusiva para la actuación de toda la Administración Pública. Véase además: TAFUR GALVIS, Alvaro, *Las Entidades Descentralizadas*, págs. 11-12, Bogotá, 1977.

79 FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, pág. 585, Madrid, 1958; GARRIDO FALLA, Fernando, *Administración Indirecta del Estado y Descentralización Funcional*, pág. 15, Madrid, 1950.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

das sus aplicaciones responden al interrogante común acerca de si las competencias para cumplir los cometidos estatales deben agruparse sólo en los órganos de la persona jurídica pública Estado (Administración Central o directa), o si, en cambio, ellas deben ser adjudicadas a otras entidades estatales con personalidad jurídica [80].

La existencia de personalidad jurídica en el organismo estatal, al cual se le encomiendan nuevas actividades o simplemente se le transfieren las competencias ya existentes, constituye un presupuesto de la descentralización administrativa, mientras que en la centralización las facultades decisorias se encuentran reunidas en los órganos de la Administración Central.

Esta terminología es utilizada por la doctrina argentina [81] y comparada [82] tiene la ventaja de que permite distinguir la descentralización de otra forma de transferencia de facultades, que es el instituto de la desconcentración, donde la atribución de facultades decisorias no lleva consigo la creación de una entidad con personalidad jurídica propia.

En Francia, país de una gran tradición por el centralismo administrativo, el concepto de descentralización se utiliza para significar la transferencia de competencias por parte de la Administración Central hacia entes locales, independientes y representativos [83].

Resulta peculiar la clasificación que existe en la doctrina italiana, donde la descentralización y la desconcentración son dos especies de una misma institución: "el descentramiento". Si la competencia se halla asignada a la administración directa del Estado, la descentralización recibe, en tal caso, el nombre de jerárquica o burocrática, mientras que cuando las facultades decisorias se encuentran atribuidas a la administración indirecta del Estado, es decir, a una entidad

80 CASSAGNE, Juan Carlos, "Las entidades estatales descentralizadas y el carácter público o privado de los actos que celebran", *L.L.*, t. 143, pág. 1173.

81 DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. II, 2ª ed., págs. 80-88; DROMI, José Roberto, *Instituciones de Derecho Administrativo*, pág. 444 y sigs.; GORDILLO, Agustín A., *Empresas del Estado*, pág. 25, Buenos Aires, 1965.

82 BUTTGENBACH, André, *Manuel de Droit Administratif*, pág. 88, Bruselas, 1954; GARRIDO FALLA, Fernando, *ob. cit.*, pág. 103; DE LA VALLINA y VELARDE, Juan Luis, *ob. cit.*, pág. 23 y sigs.; GARCIA TREVIJANO FOS, José Antonio, *ob. cit.*, t. II, pág. 437; ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Descentralización y Planificación*, pág. 53 y sigs., Madrid, 1972.

83 SIWEK POUYDESSEAU, Jeanne, "Antecedentes de la Desconcentración Administrativa de Francia", en la publicación *Desconcentración Administrativa*, que recopila las conferencias pronunciadas en el Seminario Franco-Mexicano realizado en 1974, pág. 19, México, 1976.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

con personalidad jurídica propia que asume los fines específicos del Estado [84], se habla de descentralización autárquica.

La influencia de la concepción italiana también ha gravitado entre un sector de nuestros autores que han seguido sus aguas [85].

En realidad, el empleo de un mismo término genérico para aludir a conceptos que versan sobre distintos contenidos reales dificulta en gran medida la comprensión de todo el complejo de principios de la organización administrativa, especialmente cuando deba interpretarse la naturaleza y régimen de un órgano o ente cuyo acto de creación no proporcione los datos indispensables para ubicarlo en una y otra especie de descentralización.

La descentralización plantea siempre una relación entre sujetos estatales, es decir, se trata de una relación interadministrativa, a diferencia de la desconcentración que implica siempre la configuración de una relación interorgánica.

Aparte de ello, si se identifica, en el plano de las entidades, ente autárquico con ente descentralizado, quedan fuera del grupo de las personas públicas estatales las empresas del Estado, que no son típicamente entidades autárquicas, excepto que se amplíe el alcance de estas últimas.

La ausencia de una legislación nacional en la materia, que sistematice los distintos tipos de entidades descentralizadas y establezca su régimen jurídico, junto a la diversidad de opiniones doctrinarias, ha provocado una gran confusión, cuando no contradicción, en las leyes y decretos que disponen la creación de entidades descentralizadas y órganos desconcentrados [86].

84 LUCIFREDI, Roberto - COLLETTI, Giuseppe, *Descentramento Amministrativo*, pág. 4 y sigs., Torino, 1956; ZANOBINI, Guido, *Corso di Diritto Amministrativo*, t. III, pág. 74, 6ª ed., Milano, 1958; LANDI, Guido - POTENZA, Giuseppe, *Manuale di Diritto Amministrativo*, pág. 79, Milano, 1971; VITA, Cino, *Diritto Amministrativo*, t. I, 5ª ed., págs. 517, 585 y sigs., Torino, 1962, autor este último que critica la utilización en Italia del término "burocrática" por tratarse de un galicismo.

85 BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 236 y sigs., Buenos Aires, 1964; MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 588 y sigs.

86 Cfr. ESTRADA, Juan Ramón de, "Atribución de los Poderes Legislativo y Ejecutivo para crear Entidades Autárquicas", *Estudios de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 44, Buenos Aires, 1975.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

14. AUTONOMÍA, AUTARQUÍA Y DESCENTRALIZACIÓN

La distinción entre "autonomía" y "autarquía" vincúlase con las dos formas de descentralización conocidas: la política y la administrativa.

En su acepción etimológica, la autonomía constituye una forma superior de descentralización política en cuanto traduce el reconocimiento a la entidad autónoma de la facultad de darse sus propias normas fundamentales e implica una potestad normativa originaria.

La autarquía consiste en la atribución que tienen las personas públicas estatales de administrarse por sí mismas, lo cual no es óbice para que, en sentido lato, se consideren las mismas como componentes del Estado [87]. Es un concepto eminentemente administrativo [88].

En nuestro régimen constitucional las provincias son entidades autónomas, mientras que las municipalidades que carezcan de potestades normativas originarias posee una autonomía tan restringida que, prácticamente, equivale a una autarquía administrativa.

Desde el punto de vista exclusivamente terminológico, si la descentralización consiste en la asignación de funciones estatales a entidades con personalidad jurídica propia, separadas de la Administración Central (administración estatal indirecta), toda descentralización de naturaleza administrativa lleva ínsita la autarquía o facultad de autoadministrarse.

Sin embargo, en el plano técnico, el concepto de entidad autárquica, que históricamente ha sido una de las primeras formas de descentralización administrativa, se apoya en un conjunto de notas peculiares que tipifican la entidad y configuran un régimen jurídico diferenciado respecto de otras entidades descentralizadas (v.gr.: empresas del Estado).

La autarquía, en este último sentido, constituye una especie de la descentralización, que no es ni será la única, dada la contingencia que caracteriza a las situaciones y necesidades que el Estado debe resolver y satisfacer a través de sus entidades.

87 GARRIDO FALLA, Fernando, *Administración Indirecta del Estado y Descentralización Funcional*, pág. 35, Madrid, 1950.

88 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 371.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

15. DESCENTRALIZACIÓN Y RECENTRALIZACIÓN

La recentralización es un proceso inverso al de la descentralización [89] que consiste en la absorción o atracción por parte de los entes superiores de competencia asignada a entes inferiores [90].

Para precisar mejor el concepto de recentralización pensamos que no debe hacerse referencia a la relación superior-inferior, que es una relación típicamente jerárquica o interorgánica, sino a la devolución o transferencia de facultades a la Administración Central.

En lo atinente al acto que dispone la recentralización ha de observarse el principio del paralelismo de las formas y de las competencias por cuyo mérito, si la descentralización fue dispuesta por ley, la recentralización debe estatuirse mediante normas del mismo rango.

La recentralización puede ser total o parcial [91] y a diferencia de la avocación —que se refiere siempre a un acto determinado— tiene un carácter general respecto de la materia para la cual se ha establecido.

16. TIPOS DE DESCENTRALIZACIÓN: FUNCIONAL Y TERRITORIAL

La descentralización, en sus inicios y durante el transcurso del siglo XIX, fue concebida exclusivamente como la transferencia de funciones de la Administración Central a las entidades locales (con base en el territorio). Era la descentralización territorial.

Su característica esencial la configuraba la presencia del principio de elección de las autoridades por parte de los administrados [92], no obstante que en algunos períodos de la historia los cargos fueron cubiertos por el gobierno central.

Como opuesta a la descentralización territorial y sin la carga política que ella trasuntaba, aparece en Francia y en España, a fines

89 HERNANDEZ, Belisario, "La Recentralización Administrativa en materia de competencia para designar personal", *L.L.*, t. 143, pág. 1192.

90 GARCIA TREVIJANO FOS, José Antonio, *ob. cit.*, t. II, pág. 454, criterio que entre nosotros sigue Dromi; *Instituciones de Derecho Administrativo*, pág. 444, Buenos Aires, 1973.

91 Un ejemplo de recentralización en materia de designación de personal es, entre nosotros, el de la ley 17.063 (*Adla* XXVI, C, 1639) que recentralizó en el Presidente de la República la competencia para designar a los agentes de las entidades descentralizadas (HERNANDEZ, Belisario, *ob. cit.*, pág. 1192 y sigs.).

92 MARTIN, Mateo Ramón, *El Horizonte de la Descentralización*, pág. 66 y sigs., Madrid, 1969.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

del siglo pasado, la denominada descentralización por servicios (*décentralisation par établissements publics*) [93] o descentralización funcional [94] o institucional [95].

La descentralización funcional comprende no sólo a los órganos que se separan de la Administración Central mediante la técnica jurídica de atribución de personalidad a entidades institucionales de carácter fundacional [96], sino que incluye también la creación *ex novo* de personas jurídicas públicas estatales a la cual se le asignan cometidos que no estaban reconocidos anteriormente a los órganos de la administración directa [97].

Esta nueva forma de descentralización trasunta en la realidad una manera encubierta de mantener la unidad del poder estatal, en la medida que existen vínculos entre la entidad y la Administración Central, que aunque revisten una relación jerárquica típica entre órganos permiten desplegar un control bastante intenso sobre la entidad descentralizada, llamado control administrativo o de tutela [98].

17. LOS PRINCIPIOS DE CONCENTRACIÓN Y DESCONCENTRACIÓN

En un plano distinto a la centralización y descentralización, aparecen también como técnicas de agrupación o distribución permanente de competencias la concentración y la desconcentración. Mientras la descentralización tiene como presupuesto la idea de atribución de personalidad jurídica y una relación intersubjetiva, la desconcentración entraña una típica relación interorgánica en el marco de la propia entidad estatal.

Tanto la concentración como la desconcentración constituyen principios organizativos que se dan en el marco de una misma persona pública estatal, por lo que bien pueden tener lugar en la Adminis-

93 VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, págs. 561-562, Paris, 1968. Sobre esta forma de descentralización en Uruguay, SILVA CENCIO, Jorge, *La Descentralización por Servicios en la Constitución de 1967*, 2ª ed., pág. 20 y sigs., Montevideo, 1971.

94 GARRIDO FALLA, Fernando, *ob. cit.*, pág. 102, aunque este autor separa luego ambos conceptos.

95 MARIENHOFF, Miguel, *ob. cit.*, t. I, pág. 588.

96 Como lo postula GARRIDO FALLA, *Administración Indirecta del Estado y Descentralización Funcional*, pág. 189.

97 Cfr. BAENA DEL ALCAZAR, Mariano, "Los Entes Funcionalmente Descentralizados y su Relación con la Administración Central", *Revista de Administración Pública*, nro. 44, pág. 81, Madrid, 1964.

98 RIVERO, Jean, *Droit Administratif*, págs. 283-287, Paris, 1968; VEDEL, Georges, *ob. cit.*, pág. 563 y sigs.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

tración Central como dentro de algunas de las entidades descentralizadas.

Existirá concentración siempre que las facultades decisorias se encuentren reunidas en los órganos superiores de la Administración Central, o bien, cuando esa agrupación de facultades se opera en los órganos directivos de las entidades que integran la llamada Administración indirecta.

A la inversa, cuando las competencias decisorias se asignan a órganos inferiores de la Administración centralizada o descentralizada (en el sentido que asignamos a este vocablo) el fenómeno recibe el nombre técnico de "desconcentración" [99].

La posición de la doctrina francesa [100], caracterizada aquí por una ausencia de rigor metodológico, ha conducido a algunos autores a asimilar la concentración a la centralización [101] considerando que —como expresa Rivero— la desconcentración implica una modalidad de la descentralización [102], cuya utilidad reposa en la conveniencia de descongestionar el poder central [103].

Quizás el origen del desacuerdo provenga de las peculiaridades del sistema francés, caracterizado por una Administración unitaria y centralista, donde el fenómeno de la desconcentración se relaciona predominantemente con la Administración Central francesa, cuyas distintas atribuciones le cuesta transferir ni aun teniendo una gran acumulación o carga en las tareas administrativas [104].

99 DE LA VALLINA y VELARDE, Juan Luis, *ob. cit.*, pag. 30; WIGNY, Pierre, *Droit Administratif*, pág. 43, Bruselas, 1962; DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. II, 2ª ed., pág. 80 y sigs. En Suiza, como equivalente del concepto de desconcentración que hemos adoptado se habla de *services non personnalisés*, pero como una modalidad de la descentralización (Cfr. GRISEL, André, *Droit Administratif Suisse*, págs. 105-106, Neuchatel, Suiza, 1970).

100 BONNARD, Roger, *Précis de Droit Administratif*, págs. 271-272, Paris, 1935; BENOIT, Francis Paul, *Le Droit Administratif Français*, págs. 98-99, Toulouse, 1968; RIVERO, Jean, *ob. cit.*, pág. 279; LAUBADERE, André de, *Traité Elémentaire de Droit Administratif*, t. I, pág. 95, Paris, 1970. Este último autor señala que la desconcentración se sitúa dentro del cuadro mismo de la centralización siendo totalmente opuesta a la descentralización.

101 Tal como ocurre con el criterio que adopta GORDILLO, *Empresas del Estado*, pág. 25, al definir la centralización como equivalente a la concentración.

102 RIVERO, Jean, *ob. cit.*, pág. 279.

103 LAUBADERE, André de, *Traité Elémentaire de Droit Administratif*, t. I, pág. 95.

104 BILLAUDOT, Françoise, "Evaluación de la Desconcentración", *Desconcentración Administrativa*, pág. 203, México, 1976.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

18. DELEGACIÓN, DESCENTRALIZACIÓN Y DESCONCENTRACIÓN. LA LLAMADA IMPUTACIÓN FUNCIONAL

Una primera distinción entre estas figuras se apoya en que la delegación constituye en lo esencial una técnica transitoria de transferencia de facultades de los órganos superiores hacia los inferiores. Ella hace, por lo tanto, a la dinámica de la organización y no implica la creación de un nuevo organismo.

En la descentralización y desconcentración, en cambio, la técnica de transferencia o asignación de nuevas competencias se opera en forma permanente, teniendo el respectivo acto que las dispone un carácter constitutivo, ya que produce el nacimiento de un ente (dotado de personalidad jurídica propia) o de un órgano (en la desconcentración) con facultades decisorias, que antes no existía.

Otra diferencia puede advertirse en lo siguiente: una vez producida la delegación, el delegante puede retomar la facultad de la que se ha desprendido temporalmente, mientras que en la desconcentración se genera una asignación de competencia propia en un órgano inferior, que excepcionalmente podrá corresponder al superior mediante el instituto de la avocación, la cual no procede en la descentralización.

De todo ello se sigue que en materia de responsabilidad existen también reglas diferentes. En la delegación, el superior es responsable respecto a la manera en que sea realizada por el inferior. Por el contrario, en la descentralización y desconcentración hay una verdadera limitación a la responsabilidad del superior que queda restringida al campo de supervisión en que pueda ejercitar un contralor normal y razonable sobre los actos del ente descentralizado y órgano desconcentrado.

En la doctrina también se hace referencia a la imputación funcional como una institución distinta a la delegación. Se afirma que ella consiste en la distribución de funciones que hace el Poder Ejecutivo a órganos administrativos, que se encuentren vinculados a él a través del "control administrativo", según los casos [105].

La llamada imputación funcional va siempre ligada a la creación de un ente u órgano y, en este sentido, puede considerarse como una de las consecuencias tanto de la descentralización como de la desconcentración.

105 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, págs. 392-393 y 558; MENDEZ, Aparicio, *La Jerarquía*, págs. 142-143, Montevideo, 1950.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

En materia de desconcentración, la facultad de distribuir cometidos o imputar funciones es una facultad propia del Poder Ejecutivo (por extensión también de cada persona pública estatal dentro de sus competencias) integrante de la zona de reserva de la Administración [106].

Respecto de la descentralización, dicha facultad se vincula con las atribuciones para crear la entidad descentralizada, que puede pertenecer al Poder Legislativo o al Poder Ejecutivo, de acuerdo a lo que determinen los textos constitucionales y la interpretación que de ellos se realice.

19. CONVENIENCIA O INCONVENIENCIA DE LA CENTRALIZACIÓN

Los regímenes de descentralización y desconcentración son susceptibles de ser analizados desde una perspectiva no jurídica, propia de la denominada ciencia de la Administración, que pone el acento en la eficacia del obrar administrativo y en los procesos técnicos que lo llevan a cabo.

Como ventajas de la centralización administrativa se señalan:

a) La unidad de acción en la gestión estatal, al eliminarse las contradicciones que pueden presentarse en un régimen de descentralización, donde otras entidades pueden actuar con similares prerrogativas que la Administración Central sin la necesaria regularidad y uniformidad de procedimientos ni la adecuada coordinación;

b) Mejoramiento de las condiciones de prestación de aquellos servicios públicos que satisfacen una necesidad más general, dividiendo la retribución entre todos los administrados del país. En el mismo sentido, al adecuarse el factor de escala de la actividad prestacional, se pueden producir mayores economías presupuestarias;

c) Se asegura el cumplimiento y celeridad de las decisiones a través del control jerárquico y, consecuentemente, de las prerrogativas que derivan del mismo: avocación, impartir instrucciones, órdenes, etcétera.

La centralización presenta también serias inconveniencias, tales como:

a) Lleva a un "centralismo burocrático" impropio de un buen régimen político administrativo, que se traduce en la extensión

106 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 558.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

de un verdadero formalismo procesal que retarda la acción expeditiva que puede alcanzarse dentro de la práctica administrativa [107].

b) Se dificulta el llamado "acceso externo" que consiste en la posibilidad de que los administrados puedan acceder a la estructura jerárquicamente centralizada para obtener o brindar información, propiciar decisiones administrativas e impugnarlas [108].

20. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA DESCONCENTRACIÓN

La desconcentración tiene en la doctrina administrativa partidarios y detractores que han adoptado diferentes posturas en torno a su conveniencia. En general, se reconoce que la desconcentración favorece a la organización administrativa en cuanto permite:

a) Descongestionar el poder, originando una mayor celeridad en la resolución de los asuntos administrativos [109].

b) Acercar la Administración a los administrados adecuando la actuación de los órganos a las necesidades que debe satisfacer la acción administrativa [110];

c) Afirmar la idea de responsabilidad y la iniciativa de los cuadros intermedios de la burocracia al atribuírseles la resolución o dirección de asuntos importantes [111], haciendo posible que quien deba decidir posea un conocimiento más profundo, específico y directo de los problemas que se trata de resolver y las necesidades que debe satisfacer la Administración [112].

Sin embargo, no dejan de advertirse algunos inconvenientes que puede presentar su práctica generalizada:

a) Si muchas cuestiones de la misma naturaleza pudieran ser resueltas en forma conjunta se operaría una mejor racionalización de recursos humanos y presupuestarios [113];

107 BIELSA, Rafael, *Ciencia de la Administración*, pág. 228, Buenos Aires, 1955.

108 MOSHER, Frederick C. - CIMMINO, Salvatore, *Ciencia de la Administración*, pág. 162 y sigs., trad. española, Madrid, 1961.

109 LAUBADERE, André de, *ob. cit.*, t. I, pág. 95.

110 DE LA VALLINA y VELARDE, Juan Luis, *ob. cit.*, pág. 35.

111 DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. II, pág. 86.

112 LUCIFREDI, Roberto - COLETTI, Giuseppe, *ob. cit.*, pág. 2.

113 DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. II, pág. 87.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

b) Pérdida de la unidad de criterio en la resolución de cuestiones administrativas, acentuando el favoritismo al dejarse influir por las condiciones particulares de cada asunto [114].

En conclusión, puede reconocerse que el sistema de la desconcentración administrativa resulta ventajoso, cuando se lo utiliza en forma racional y su necesidad se encuentra justificada, no discutiéndose su conveniencia en aquellos casos en que por ella se asignan funciones de importancia secundaria, en forma predominantemente reglada [115].

114 FORSTHOFF, Ernst, *ob. cit.*, pág. 592, quien se refiere a las autoridades locales desconcentradas.

115 DE LA VALLINA y VELARDE, Juan Luis, *ob. cit.*, pág. 37.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CAPÍTULO III

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LOS AGENTES PUBLICOS

SUMARIO

Sección 1ª

TEORIA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

1. Ubicación del tema y dificultades que se plantean.
2. El dogma de la irresponsabilidad del Estado.
3. El proceso hacia el reconocimiento de la responsabilidad del Estado.
4. La evolución posterior y el predominio de las ideas publicistas.
5. Clasificación de la responsabilidad patrimonial del Estado: A) Civil o de Derecho Privado. B) De Derecho Administrativo.
6. Especies de responsabilidad del Estado regidas por el Derecho Administrativo: A) contractual; B) extracontractual.
7. La llamada teoría de la indemnización y el fundamento de la responsabilidad del Estado.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Sección 2ª

LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO EN EL CAMPO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

I. *La responsabilidad extracontractual proveniente de la actividad ilegítima del Estado*

1. Diferentes clases de responsabilidad según la función que cumplen los órganos que ocasionan el daño.
2. La responsabilidad estatal por hechos y actos administrativos ilegítimos. Soluciones de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación hasta el caso "Devoto".
3. Interpretación sustentada por la Corte Suprema en el caso "S.A. Tomás Devoto y compañía c/ Gobierno Nacional". Jurisprudencia posterior.
4. Aplicación del artículo 1112 del Código Civil para determinar la responsabilidad del Estado.
5. Presupuestos de la responsabilidad por hechos y actos administrativos ilegítimos.
6. La responsabilidad del Estado por actos normativos o legislativos declarados ilegítimos por sentencia judicial firme:
   A) Leyes inconstitucionales;
   B) Reglamentos inconstitucionales o ilegales. Remisión.
7. Diversas cuestiones que suscita el ejercicio de la acción tendiente a hacer
   efectiva la responsabilidad del Estado proveniente de su actividad ilegítima:
   A) La restitución: el criterio para establecer la medida de la indemnización.
   B) Acumulación de la responsabilidad extracontractual con la derivada del incumplimiento de contratos administrativos.
   C) Plazo de prescripción de las acciones vinculadas a la responsabilidad extracontractual.
   D) Relaciones entre la acción de nulidad y la de daños y perjuicios.

II. *La responsabilidad extracontractual del Estado proveniente de su actuación legítima*

1. Distintas especies de responsabilidad.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

2. Presupuestos determinantes de la responsabilidad del Estado por sus actos legítimos. Remisión.
3. Algunos supuestos de responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad legítima.
   A) Por hechos y actos administrativos legítimos.
   B) Por leyes o reglamentos.
4. Reglas que gobiernan la restitución en la responsabilidad del Estado por acto legítimo.
5. Prescripción de las acciones tendientes a obtener el resarcimiento de los daños causados por la actividad legítima.

Sección 3ª

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISION

Sección 4ª

SITUACIONES ESPECIALES QUE DETERMINAN LA RESPONSABILIDAD ESTATAL

1. Responsabilidad del Estado por actos jurisdiccionales. Su carácter excepcional.
2. Distintos supuestos de responsabilidad por acto jurisdiccional. Principio y normas aplicables.
3. La responsabilidad emergente del ejercicio de los poderes de guerra. Su alcance sobre la propiedad enemiga y la responsabilidad por los hechos de guerra.
4. La responsabilidad internacional del Estado. Remisión.

Sección 5ª

LA RESPONSABILIDAD DE LOS AGENTES PUBLICOS

1. Breves consideraciones metodológicas.
2. La interpretación del artículo 1112 del Código Civil según la doctrina y la jurisprudencia.
3. Conclusiones sobre la justicia de la interpretación del sistema que rige la responsabilidad del agente público.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CAPÍTULO III

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LOS AGENTES PUBLICOS

Sección 1ª

TEORIA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

1. UBICACIÓN DEL TEMA Y DIFICULTADES QUE SE PLANTEAN

El tema de la responsabilidad estatal constituye una cuestión que concierne a la llamada parte general del derecho administrativo [1] por su conexión con la idea que atribuye al Estado una personalidad moral o jurídica y por la necesaria vinculación que existe entre los principios que rigen los modos de actuación estatal y las consecuencias que se desprenden de ellos, en el plano de la responsabilidad, tanto frente a los terceros o administrados, como respecto de los propios agentes públicos [2].

1 En las obras generales sobre derecho administrativo argentino el tema de la responsabilidad del Estado suele abordarse —probablemente por una costumbre doctrinaria— al final del desarrollo de las distintas materias, no obstante que en los albores del derecho administrativo vernáculo esta cuestión aparecía tratada a continuación de las autoridades y personas administrativas (cfr. LOPEZ, Lucio V., *Derecho Administrativo Argentino*, pág. 209 y sigs., Buenos Aires, 1902).

2 Son responsables —de acuerdo al sentido verdadero de la palabra, que deriva de la lengua romana (donde el *responsor* era la garantía y *respondere* significaba la idea de constituirse en garantes en el curso de acontecimientos por venir)— "todos aquellos que pueden ser convocados ante un tribunal, porque pesa sobre ellos cierta obligación, proceda o no su deuda de un acto derivado de su voluntad libre" (VILLEY, Michel, *En torno al contrato, la propiedad y la obligación*, trad. del francés, pág. 80, Buenos Aires, 1981).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Las dificultades que se plantean en torno a la responsabilidad del Estado y sus agentes son, en nuestro derecho, de índole muy diversa, agravadas en gran parte por la tendencia jurisprudencial a mantener los esquemas y soluciones provenientes del derecho civil, aun cuando ello aparece matizado con el reconocimiento de algunos principios sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que permiten responsabilizar al Estado por sus actos legítimos.

Si bien el Código Civil trata sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, la materia de la responsabilidad del Estado por su actuación en el ámbito del derecho público pertenece al derecho administrativo, que en principio es local o provincial (art. 104 de la Const. Nac.). Pero esta circunstancia no veda el recurso a la analogía, como método de interpretación válido también en el derecho público, ni la posibilidad de que algunas prescripciones contenidas en el Código Civil puedan aplicarse, además, tanto a la Nación, en cuanto persona jurídica, como a las demás personas públicas estatales de carácter nacional.

Al propio tiempo, a efectos de determinar el régimen aplicable, resulta necesario distinguir, dentro de la responsabilidad patrimonial del Estado y sus entidades, aquellas situaciones reguladas por el derecho civil, es decir, cuando la Administración actúa en el campo del derecho privado (v.gr. gestión de bienes del dominio privado del Estado) dado que la responsabilidad emergente de esas actuaciones es extraña al derecho administrativo.

Eso no significa —como se verá más adelante— que todo daño que ocasione la Administración sobre el patrimonio de los particulares deba regirse por las reglas del derecho civil, como se ha pretendido en el campo de la doctrina privatista de nuestro país apegada a la idea —tan cara al pensamiento del siglo pasado— que concibe al derecho civil como derecho común y al concepto de culpa como presupuesto de la responsabilidad por actos ilícitos.

Pero tampoco significa que las soluciones del derecho civil no se apliquen en ningún caso a la actuación del Estado y sus entidades. Se trata, en definitiva, de encerrar al Código Civil en sus límites naturales, dejando a cada disciplina la regulación de su ámbito propio, en la medida que consagren soluciones justas.

Las ideas positivistas que en el ámbito del derecho público propugnaron la necesidad de que hubiera una ley general o especial para responsabilizar al Estado han sido superadas hoy día por los distintos sistemas de responsabilidad que, sobre la base de los principios generales del derecho administrativo, han remozado las con-

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

cepciones tradicionales, traduciendo, en definitiva, un retorno a la idea perenne de la justicia.

2. EL DOGMA DE LA IRRESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Es indudable que la idea de soberanía jugó un papel fundamental en el mantenimiento, durante varios siglos, del principio de la irresponsabilidad del Estado, porque si bien la teoría del Fisco amenguó de algún modo ese dogma, lo cierto es que recién en el siglo XIX se llegó a reconocer la responsabilidad del Estado, cuando actuaba en ejercicio de sus prerrogativas de poder público.

No debe olvidarse que aun cuando en la Edad Media se recibió la influencia de las concepciones cristianas que proclamaron la necesidad de que los gobernantes rigieran los destinos de una comunidad respetando las leyes de Dios y dando a cada uno lo suyo [3], lo cierto es que, de otra parte, ese período de la historia fue también tributario de las ideas políticas de los griegos, para quienes la ciudad era la entidad suprema, con una soberanía sin restricciones [4]. Ambas ideas eran antitéticas y provocaban una tensión permanente, no obstante que la soberanía no se realizó, en esa época, de un modo absoluto ni excluyente.

A partir del siglo XVI el triunfo del absolutismo agudizó la tensión antes descripta, originando un retorno a las concepciones imperantes durante la antigüedad que inauguró una de las épocas más inmorales del derecho público. El modelo de Estado que preconiza esta teoría es aquel que posee poder absoluto en el interior e independencia absoluta en el exterior, cuya finalidad está en él mismo: la omnipotencia y la razón de Estado.

Con este esquema ideológico es fácil comprender —aun cuando no es en modo alguno justificable— de qué manera el absolutismo consolidó la irresponsabilidad estatal, al sostener que el monarca o rey no podía causar perjuicios, sobre la base de la idea de soberanía.

Ese estado de cosas no cambió con la Revolución Francesa, que sustituyó la soberanía del rey por la soberanía del pueblo, articulada sobre la idea del predominio de la voluntad general, considerada so-

[3] Lo cual constituye —según SAN AGUSTIN— el oficio primario de la justicia, que mantiene en el hombre un orden justo de la naturaleza (cfr. *La ciudad de Dios*, pág. 473, Porrúa, México, 1979).

[4] A dicha concepción que fue la antesala de las nacionalidades, el cristianismo opuso la tesis de la sociedad universal (la cristiandad), idea que se vio reforzada por la tradición del Imperio Romano, que había unificado al mundo civilizado.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

berana e infalible (Rousseau) y no obstante que (al menos teóricamente) los hombres se vinculan y unen sus voluntades en un contrato social, la soberanía del pueblo no reconoce limitaciones, acentuándose así el despotismo y la irresponsabilidad del Estado.

La justicia y el progreso de la ciencia jurídica no podrían permitir por más tiempo el mantenimiento de un principio tan lesivo a los derechos del hombre, en cuanto que sin el reconocimiento de la responsabilidad del Estado carecían de sentido las garantías que los ordenamientos constitucionales o supremos de cada país estatuían, precisamente, para la protección de tales derechos.

El proceso se inicia y consolida en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, comenzando primero con la consagración de la responsabilidad del Estado por faltas objetivas en la prestación de servicios públicos y culminando luego con la aceptación de la responsabilidad del Estado por actos judiciales y legislativos.

De nada sirve el argumento según el cual si "la voluntad general es justa y tiende a la utilidad pública" (Rousseau) no podría aceptarse nunca la responsabilidad del Estado por acto legislativo dado que la ley (formal) es expresión de esa voluntad general.

Pero esta última vigencia de la concepción rousseauniana sobre la voluntad general fue felizmente atemperada por obra del llamado Estado de Derecho, que no reconoce poderes jurídicos absolutos e ilimitados a favor del Estado, aun cuando esta teoría no abandonó totalmente la raíz filosófica nominalista y positivista que ha animado a sus principales teorías.

Esta concepción, extendida en el siglo actual al llamado Estado Social de Derecho o Estado de Justicia, procura armonizar los derechos de los miembros de la comunidad con el interés general o bien común, de modo que cuando un particular tenga que sacrificar su derecho individual por el bien de aquélla, o por soportar una carga pública especial, sea objeto de una justa reparación, se trate de actividad legítima o de una falta de servicio que lo afecte en su patrimonio [5].

5 La falta de servicio implica —como se verá más adelante— la alteración de la igualdad, al soportar el particular un sacrificio especial que traduce la realización irregular de la función administrativa, debida por igual a todos los habitantes en forma regular y permanente.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

3. EL PROCESO HACIA EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

A comienzos del siglo XIX podía vislumbrarse que el principio jurídico de la irresponsabilidad del Estado no iba a subsistir mucho tiempo más. Por una parte, siguiendo la clasificación montada por la teoría del Fisco, se seguía admitiendo, aunque conforme a las reglas del Código Civil, la responsabilidad del Estado por los llamados actos de gestión considerados de naturaleza civil. Por otro lado, los particulares que resultaban víctimas de los daños causados por la Administración dejaron de aceptar ese dogma, demandando una reparación pecuniaria, primero ante la autoridad administrativa y luego, frente a la denegatoria de ésta, ante los tribunales judiciales, invocando las prescripciones de los artículos 1382 y siguientes del Código Civil francés.

En tales casos, se argumentaba que los textos civiles tenían un alcance general, asimilando la posición jurídica del Estado a la de un comitente, que debe responsabilizarse por los actos de las personas que de él dependen [6]. Lo curioso es que no obstante la vigencia del principio de la separación de los poderes (en la versión francesa) los tribunales judiciales se declararon competentes para entender en las causas en las que se perseguía la responsabilidad de la Administración, aun actuando en ejercicio del poder público.

La reacción contra esa tendencia vino por la acción del Consejo de Estado que comenzó a sostener la inaplicabilidad de los textos del Código Civil para regir la materia de la responsabilidad del Estado [7] en base a sostener que el problema que debía resolverse, en cada caso, no es el mismo que la materia de responsabilidad de las personas privadas.

[6] Tal es el origen de las erróneas concepciones que pretendieron sostener la existencia —entre nosotros— de la responsabilidad indirecta del Estado, sobre la base de lo dispuesto en el art. 1113 del Cód. Civ.

[7] El Tribunal de Conflictos consolidó ese punto de vista en el conocido caso "Blanco", fallado en el mes de febrero de 1873, donde expresó: "la responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por acto de las personas que emplea en el servicio público, no puede estar regida por los principios que están establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular, esta responsabilidad no es ni general ni absoluta, tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los intereses privados".

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

4. LA EVOLUCIÓN POSTERIOR Y EL PREDOMINIO DE LAS IDEAS PUBLICISTAS

A partir del caso "Blanco" y más precisamente del *arrêt Pelletier* (ambos resueltos en el año 1873) se perfiló una concepción publicista sobre la responsabilidad del Estado montada sobre la distinción entre falta de servicio y falta personal, que desembocó en el abandono de la noción de culpa, como presupuesto inexcusable de la responsabilidad de la persona jurídica Estado, para hacerlo responsable siempre por la ejecución irregular o defectuosa de la función administrativa, cuando ello ocasione perjuicios a los administrados.

La idea de "falta de servicio" es radicalmente extraña al derecho civil, donde la noción de responsabilidad extracontractual por daños aparece configurada por la noción de culpa. El derecho administrativo produce, en cambio, un desplazamiento y sustitución de la noción de culpa, poniendo el acento más que en el autor del hecho ilícito, en el desequilibrio que produce el daño, y en el servicio público. La expresión *faute de service* traduce un significado más amplio y objetivo que el término culpa, refiriéndose fundamentalmente al criterio para delimitar los daños imputables, separando la responsabilidad de la administración de la del funcionario, *faute personnelle détachable*, sin perjuicio de la posibilidad de acumular ambas responsabilidades, tal como lo reconoció la jurisprudencia posterior del Consejo de Estado francés en el *arrêt Lemonnier*, siempre que la falta personal "no esté desprovista de toda relación con el servicio" [8].

La responsabilidad del Estado basada en la *faute de service*, se construye alrededor de la noción de servicio público, frente a la necesidad de conceder la reparación patrimonial por los daños causados a los particulares por el funcionamiento irregular o defectuoso del servicio. Pero por servicio público no se entiende el concepto estrictamente técnico que hace a una de las clasificaciones de las formas o modos de la actuación administrativa, sino una idea más amplia que comprende toda la actividad jurídica o material emanada de los poderes públicos que constituye la función administrativa. De ese modo, la *faute de service* es, en Francia, un concepto autónomo respecto de la actividad lesiva, siendo de aplicación tanto en materia de reglamentos como respecto de actos y hechos administrativos [9].

8 VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, págs. 297-298, Paris, 1968.
9 RIVERO, Jean, *Droit Administratif*, pág. 276, Paris, 1977.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

En forma correlativa, la jurisprudencia francesa ha construido la noción de "falta personal" para responsabilizar a los agentes públicos frente a los administrados y delimitar así la responsabilidad del Estado. La falta personal es aquella que excede el margen de mal o irregular funcionamiento del servicio (Hauriou) y para su configuración se tiene en cuenta la culpa o el dolo del agente público, dándose tanto en el caso en que la falta de servicio se excluye como cuando la falta tenga alguna vinculación con el servicio [10].

En su posterior evolución, la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, a partir de 1919, admitió la llamada responsabilidad sin falta en el campo de la teoría general de la responsabilidad administrativa. Pero se trata de una teoría excepcional y circunscripta a supuestos muy particulares (v.gr. explosión de municiones en razón del riesgo excepcional de vecindad, daños causados por las leyes cuando el daño es anormal o especial, etc.). Si bien se había considerado que al término de esta evolución era posible que se consagre como principio general en Francia la responsabilidad del Estado por los daños causados a terceros, según el sistema de la responsabilidad por daño anormal [11] (reservando la responsabilidad por *faute* para los usuarios del servicio) lo cierto es que tanto la doctrina como la jurisprudencia han sustentado la responsabilidad del Estado en el principio de la igualdad ante las cargas públicas, corolario del principio general de igualdad frente a la ley, aplicable aun en ausencia de texto positivo [12].

En síntesis, puede decirse que la concepción francesa sobre la responsabilidad del Estado por actos y hechos administrativos se apoya en la idea de falta, concebida como el funcionamiento irregular o defectuoso de la función administrativa, debiendo apreciarse la misma no en relación a la culpa del agente sino de acuerdo a las leyes y reglamentos que rigen la función (el servicio) y al daño causado al

10 VEDEL, Georges, *ob. cit.*, pág. 315. En este último caso (falta no desconectada totalmente del servicio) la jurisprudencia del Consejo de Estado francés exige que el agente persiga un fin doloso o malévolo, puramente personal. La desviación de poder que vicia a un acto administrativo no configura, salvo que el agente obre con intención maliciosa, una falta personal. La noción de culpa no es tampoco el verdadero fundamento de la responsabilidad civil, sino la afectación de la igualdad que cuando es imputable a una persona, hecho del dependiente o riesgo de la cosa, obliga a la restitución.

11 BENOIT, Francis Paul, *Droit Administratif*, pág. 712, Toulouse, 1968.

12 CHAPUIS, René, *Droit Administratif général*, t. I, pág. 927, Paris, 1986, quien cita jurisprudencia del Consejo de Estado (caso: *Féderation algerienne de syndicats de défense des irrigants* del año 1960).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

administrado (v.gr. intervenciones no justificadas, ilegalidades, funcionamiento defectuoso, inacciones injustificadas, retrasos, etc.) [13].

En lo que concierne a los caracteres que deben reunirse respecto del daño se exige no sólo que el perjuicio pueda ser atribuido al funcionamiento defectuoso del servicio sino que, además, se requiere que el daño revista los caracteres de certeza, especialidad y anormalidad [14]. Pero todo ello siempre se circunscribió a la responsabilidad extracontractual [15].

Ahora bien, al desprenderse del derecho civil el fundamento de la reparación debida a los particulares por el Estado, se inició un proceso marcado por el predominio de diversas concepciones publicistas, que comenzando por la responsabilidad por actos y hechos administrativos culminó con el reconocimiento de la responsabilidad emergente de la actividad legislativa y judicial.

De ese modo, nacieron en el derecho público una gama variada de teorías que basándose en principios generales del derecho administrativo (algunos de ellos con base constitucional o legal) fueron ampliando progresivamente el ámbito de la responsabilidad del Estado. Entre esas concepciones pueden mencionarse aquellas que se fundamentan en [16]: a) la expropiación por causa de utilidad pública; b) el sacrificio especial [17]; c) la igualdad ante las cargas públicas; d) el enriquecimiento sin causa; e) los derechos adquiridos; f) el riesgo; g)

13 BENOIT, Francis Paul, *ob. cit.*, pág. 709. VILLEY, Michel, *ob. cit.*, pág. 81 y sigs., quien expone una acertada crítica a la teoría de la culpa para fundar la responsabilidad en general. Según este autor la culpa no constituye más que uno de los factores del problema jurídico, debiendo computarse a los efectos de la reparación, los intereses de la víctima, el tipo de daño causado, la naturaleza del asunto y el conjunto del problema; *ob. cit.*, págs. 79-80.

14 LAUBADERE, André de, *Traité elémentaire de Droit Administratif*, t. I, pág. 654, Paris, 1970.

15 La responsabilidad contractual del Estado que al principio se regía por el derecho civil fue siempre reconocida, aun cuando haya sólo variado en su fundamentación, por el desarrollo autónomo que adquirió la teoría del contrato administrativo.

16 ALTAMIRA GIGENA, Julio I., *Responsabilidad del Estado*, pág. 74 y sigs., Buenos Aires, 1973; REIRIZ, María Graciela, *Responsabilidad del Estado*, pág. 26 y sigs., Buenos Aires, 1969.

17 Es la tesis de Mayer que ha tenido y aún tiene considerable influencia en el derecho administrativo, véase MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, t. IV, pág. 215 y sigs., especialmente págs. 224-233, Buenos Aires, 1954. En rigor, la teoría de Mayer, conocida como "del sacrificio especial" se apoya en la idea de equidad (*ob. cit.*, t. IV, pág. 216) que conlleva la obligación de reparar todo daño injusto causado por la administración de un modo desigual, *ob. cit.*, pág. 226. El sacrificio especial juega como una de las condiciones de la responsabilidad (*ob. cit.*, pág. 228).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

los principios del Estado de Derecho [18]; h) el principio de la restitución proveniente de un deber impuesto por la justicia distributiva [19]; i) de la lesión antijurídica resarcible [20].

5. CLASIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO: A) CIVIL O DE DERECHO PRIVADO B) DE DERECHO ADMINISTRATIVO

En el ámbito de vigencia del derecho interno [21], la reparación que debe satisfacer el Estado cuando fuera declarado responsable por la realización de un acto o hecho dañoso al patrimonio de los particulares o el incumplimiento de un contrato puede obedecer a una relación de derecho civil o de derecho administrativo.

Cuando los daños provengan de la actuación del Estado en el campo del derecho civil o mercantil (v.gr. bienes del dominio privado del Estado, actos de comercio de los bancos oficiales, etc.) la responsabilidad se rige según las reglas del derecho privado que en nuestro país se hallan en el Código Civil. Se trata de una responsabilidad directa, basada principalmente en la noción de culpa, siendo aplicables, entre otros, el artículo 43 y las disposiciones de los artículos 512 y 1109 del Código Civil, según se trate de responsabilidad contractual o extracontractual [22].

En cambio, cuando la causa generadora de la responsabilidad fuera la actuación estatal dentro del campo de la función administrativa o en ocasión de la misma, la reparación se regirá por los principios del derecho público, aun cuando pueda aplicarse para uno de los tipos específicos de responsabilidad, el artículo 1112 del Código Civil,

18 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, pág. 698 y sigs., Buenos Aires, 1973.

19 SOTO KLOS, Eduardo, "La idea de reparación de un daño como restitución de una situación injusta sufrida por una víctima", pág. 19 y sigs., en la publicación titulada *Responsabilidad del Estado*, Tucumán, 1982, edición de la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino-Católica de Tucumán; BARRA, Rodolfo Carlos, "Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos", *E.D.*, t. 122, pág. 861. La idea de la restitución expuesta en forma embrionaria y sin reconocer la responsabilidad del Estado puede verse en la obra de ORLANDO, *Principios de Derecho Administrativo*, pág. 286, trad. de la 2ª ed. italiana, Madrid, 1978.

20 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 335 y sigs., Madrid, 1981.

21 Si bien existe la responsabilidad internacional del Estado, este tema pertenece al derecho internacional público.

22 No obstante las críticas que nos merece la adopción del sistema civilista en cuanto se apoya fundamentalmente en la noción de culpa.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

que nada tiene que ver con la responsabilidad del agente público, como erróneamente han pretendido algunos sectores de la doctrina y se advertía en cierta jurisprudencia de nuestros tribunales. A esta clase de responsabilidad la denominamos de derecho administrativo y ella puede, a su vez, subdividirse en varias especies y subclasificaciones.

6. Especies de responsabilidad del Estado regidas por el Derecho Administrativo: A) contractual; B) extracontractual

La división de la responsabilidad en dos grandes especies, contractual y extracontractual, que tiene un gran arraigo en el derecho civil, también puede formularse en el derecho administrativo, aunque sobre bases diferentes, ya que en ambos casos la restitución debe regirse por las reglas de la llamada justicia conmutativa (la igualdad se realiza de objeto a objeto, salvo que la condición personal sea causa de distinciones reales). La distinción no está en la fuente de la responsabilidad sino que en el hecho de aplicarse la responsabilidad a un vínculo contractual o extracontractual. Se trata de una clasificación que responde sobre todo a fines didácticos, pues si la restitución es siempre un acto de la justicia conmutativa (que obliga a reparar en proporción a la cosa, restableciendo la igualdad alterada por la producción del daño) la reparación debida guarda conformidad con un principio de justicia legal o general, por cuyo mérito el deber del administrado a soportar las cargas públicas (en sentido lato, este concepto comprende todo acto o hecho estatal que produce un perjuicio) exige que todo sacrificio se imponga en forma igualitaria, porque sería injusto que un particular debiera soportar, de un modo desigual, la actividad administrativa dañosa. Pero la restitución siempre será un acto de la justicia conmutativa porque ella, en sí misma, no es de justicia legal o general sino que es de justicia particular, donde se restituye algo a un individuo en proporción a la cosa y no a la posición o participación que ese individuo tenga como parte en la comunidad.

De otra parte, debe advertirse que el hecho de haberse descartado la noción del acto ilícito culposo no implica que la extensión de la reparación deba diferenciarse en todos los casos de las reglas civiles, aun cuando haya matices y sustanciales diferencias, sobre todo en la responsabilidad por acto legítimo.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Tampoco toda la responsabilidad extracontractual tiene idéntica naturaleza y régimen jurídico, debiendo distinguirse los supuestos en que la actuación del Estado sea ilegítima, de aquellos otros casos en que se trate de actuaciones legítimas.

Desde luego que este concepto de ilegitimidad —que comprende tanto la ilegalidad objetiva como la irrazonabilidad o injusticia— no lleva como presupuesto la noción de culpa, sino la de incumplimiento irregular de la función administrativa conforme a una idea similar a la *faute de service* del derecho francés, donde se sustituye el dato de la culpa por el relativo al funcionamiento defectuoso del servicio, juzgado de acuerdo a las leyes y reglamentos administrativos. Este funcionamiento defectuoso puede configurarse por acción u omisión del Estado; esta última en tanto sea antijurídica, lo que significa que, aunque no exista norma expresa, debe existir un deber jurídico que consagre la garantía o la obligación de obrar del Estado en determinado sentido [23]. En tales casos, la reparación debe ser integral, ya sea que se trate de la actuación de la Administración Pública como de los daños ocasionados por la actividad legislativa (v.gr. ley inconstitucional) o judicial (v.gr. condena dictada por error). La razón de ello es muy simple: no es justo obligar a los administrados a que soporten todas las consecuencias perjudiciales de la actividad ilegítima del Estado (v.gr. no indemnización del lucro cesante). No hay ningún principio de justicia que sustente la improcedencia de indemnizar los perjuicios resultantes, directos o indirectos [24].

Las cosas cambian cuando se trata de daños causados por una actuación estatal que se reputa legítima (ya sea de naturaleza administrativa, legislativa o judicial) pues allí es posible sustentar que si bien existe en tal caso el deber de los administrados de soportar sacrificios patrimoniales por razones de interés público o bien común, es justo que la reparación deba limitarse al valor objetivo del derecho sacrificado y a todos los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actuación estatal, con exclusión del lucro cesante, de las circunstancias personales y de las ganancias hipotéticas [25].

23 Vide Suprema Corte de Mendoza 4-4-89 *in re* "Torres Francisco c/ Prov. de Mendoza", *L.L.* del 17/7/89, con nuestro comentario.

24 Cuando un acto o hecho es voluntariamente ilegítimo "es más grave que la simple injusticia y equivale a un daño mayor". SANTO TOMAS, *Tratado de la Justicia*, Cap. V, art. 4°, *in fine* (II-II, q. 67).

25 Es el criterio establecido en el art. 10 de la Ley Nacional de Expropiaciones nro. 21.499.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Esta solución se justifica en virtud a que no parece justo que la restitución de los demás conceptos deba ser soportada por la comunidad, produciendo un beneficio para el particular por causa de la utilidad pública, porque si el interés público no debe ser objeto de ventajas para los particulares, la indemnización acordada para restaurar el equilibrio patrimonial debe limitarse al daño emergente [26].

Por el contrario, la indemnización tiene que ser integral en los supuestos de responsabilidad del Estado por actividad ilegítima, ya que es el modo de compensar un sacrificio impuesto por una actuación que el administrado no está obligado a soportar y cuyo daño no se origina en una razón de utilidad pública (interés público o bien común) sino en el ejercicio irregular de la función administrativa.

7. LA LLAMADA TEORÍA DE LA INDEMNIZACIÓN Y EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Para explicar la responsabilidad del Estado por su actuación legítima, el derecho alemán ha construido la llamada teoría de la indemnización, que procede respecto de las "intervenciones conforme a

26 La Corte Suprema de Justicia de la Nación consagró expresamente esta tesis en el caso "Cantón, Mario Elbio c/ Gobierno Nacional" (*Fallos*, t. 301, pág. 405 y sigs.). Allí se sostuvo que el resarcimiento debía comprender el daño emergente para restaurar el equilibrio patrimonial alterado por el accionar legítimo de la administración. Se trató de una demanda donde se perseguía la reparación de los perjuicios provocados por el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional nro. 2118/71 que prohibió la importación de determinados productos con el objeto de nivelar la balanza de pagos y proteger la industria nacional que afectó contratos concluidos y en vías de ejecución. Luego de admitir que esa actividad lícita del Estado podía ser "la causa eficiente de daños a particulares y generar la responsabilidad consiguiente cuando afecte derechos amparados por garantías constitucionales" (art. 17, Const. Nac.) la Corte aplicó, por analogía, para establecer la medida de la indemnización, el criterio estatuido en el artículo 10 de la ley 21.499. Al respecto, resulta ilustrativo destacar lo expuesto en el considerando 8° de dicho precedente, como una demostración más del carácter justo y novedoso que presenta la evolución de las instituciones administrativas en la realidad de la jurisprudencia. Dijo la Corte que, admitida la procedencia del resarcimiento del particular por los daños provocados por la actividad lícita (nosotros preferimos decir legítima) del Estado, "la reparación debe atender, ante la falta de normas expresas sobre el punto, al modo de responder establecido en instituciones análogas (art. 16 del Cód. Civ.), debiendo aceptarse en la especie que la expropiación es la que guarda mayor semejanza con el supuesto planteado, por el ámbito en que se desenvuelve, la finalidad que persigue y la garantía que protege. De ahí que sus normas resultan viables para determinar el perjuicio sufrido por la demandante, no siendo procedente las propias del derecho común relativo a la responsabilidad civil" (*Fallos*, t. 301, pág. 407).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

derecho" que permiten responsabilizar al Estado con prescindencia de la noción de culpa. Esta teoría, seguida en Italia por Alessi [27] y en España por Garrido Falla [28], divide la reparación por los daños provocados por el Estado según que la causa se atribuya a responsabilidad por acto ilícito (montada en la noción de culpa) o que la misma se relacione con una indemnización de derecho público que prescinde del dato de la culpa y se fundamenta en la igualdad de los administrados ante las cargas públicas, principio éste que torna odioso todo sacrificio especial que ellos sufran sin indemnización [29].

A esta tesis se ha contrapuesto la concepción de la lesión antijurídica resarcible, postulada por García de Enterría, que básicamente intenta construir un sistema unitario de responsabilidad partiendo de prescripciones positivas del derecho español (art. 121 de la Ley de Expropiación Forzosa). Según este autor, la ley de expropiación ha eliminado, al legislar sobre responsabilidad, los elementos ilicitud y culpa, para basarse en el criterio de la lesión, que concibe a ésta como todo perjuicio antijurídico [30]. El fundamento de esta concepción, que no requiere otro requisito que la relación de causalidad entre el acto y el daño, reposa en un principio de garantía patrimonial, con fundamento en el derecho positivo español, por el cual la responsabilidad se basa en un mecanismo objetivo de reparación que funciona independientemente que haya o no culpa del agente, siempre que se produzca una lesión al patrimonio privado por la actuación de la Administración [31].

No obstante reconocer que la teoría de la indemnización posee rigor lógico y que se halla animada, en líneas generales, por la idea de justicia, en las relaciones entre el Estado y los particulares, ella es pasible de una crítica sustancial.

En efecto, si se logra un fundamento común y unitario para hacer responsable al Estado por su actuación en el ámbito del derecho público, no se justifica la distinción sustancial entre responsabilidad

27 ALESSI, Renato, *Sistema Istituzionale del Diritto Ammnistrativo Italiano*, pág. 519 y sigs., Milano, 1958.

28 GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 238 y sigs., Madrid, 1980.

29 Cfr. GARRIDO FALLA, Fernando, *ob. cit.*, t. II, pág. 241.

30 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*, pág. 1977, Madrid, 1956. En el caso de la actividad legítima, esa antijuridicidad proviene de que si bien hay obligación de soportar el sacrificio, no hay obligación de soportar el daño patrimonial.

31 Vide: GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, *ob. cit.*, t. II, pág. 337, Madrid, 1981.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

e indemnización, ya que ambas figuras pretenden explicar los supuestos en que el Estado restituye un desequilibrio causado por un daño en el patrimonio de los administrados. A lo sumo, si hay distinciones y matices en punto a la medida de la reparación, sea que se trate de actividad legítima o ilegítima, no se justifica una diferencia sustancial en el fundamento de ambos tipos de responsabilidad.

En cuanto a la tesis de la lesión resarcible, si bien coincidimos en cuanto a la necesidad de proporcionar un fundamento común para la responsabilidad del Estado, esa búsqueda debe orientarse al fin del Estado que no es otro que la realización del bien común a través de la justicia, la consecuente reparación del desequilibrio causado y el grado en que la comunidad debe satisfacer el daño. No se trata sólo de hallar un fundamento estrictamente positivo sino de establecer cuál es el principio general de derecho público en que se funda la responsabilidad estatal, se halle él incorporado o no al ordenamiento. Ese principio no es otro que el restablecimiento del equilibrio a fin de mantener la igualdad ante los daños causados por el Estado [32].

De este principio, que se relaciona tanto con la justicia legal o general como con la justicia conmutativa, deriva que toda lesión o daño provocado por la actuación extracontractual del Estado deba ser reparado, en función a la naturaleza de la actividad (legítima o ilegítima), el desequilibrio producido y los intereses de la comunidad.

La obligación de reparar tiene como fundamento el principio de la corrección del desequilibrio causado al administrado que soporta un daño, desigualdad que requiere una justa restitución que, si bien se gradúa de un modo distinto según que provenga de la actuación legítima o ilegítima del Estado, responde a la necesidad esencial de reparar la injusticia que provoca la violación de la igualdad, de impedir la subsistencia del desequilibrio. La obligación de resarcir el perjuicio cometido no nace del daño sino de la alteración del principio de igualdad [33], aun cuando se requiera la ocurrencia del daño. Todos los

32 En algunos supuestos, el administrado tiene la obligación de soportar tanto el sacrificio como el daño, a condición de que se respete el principio de la igualdad y no se desnaturalice el derecho de propiedad (v.gr.: restricciones administrativas).

33 Para SOTO KLOS, (*ob. cit.*, pág. 22), la obligación de reparar nace del daño. Aunque compartimos en general el fundamento de su postura nos parece que tal opinión es inaceptable, por las razones que damos en el texto, aparte de que puede haber perjuicios causados por la actividad legítima del Estado que no violan el principio de igualdad (v.gr. restricciones administrativas) y que no generan restitución alguna en tanto no se desnaturalice el derecho de propiedad, porque la restricción es indebida —en caso de hacerlo—, al violar un derecho garantizado por la ley positiva (art. 17 de la Const. Nac.). En

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

demás fundamentos o son derivaciones del mismo, o bien, constituyen principios complementarios, tal como el enriquecimiento sin causa.

Se trata, por lo demás, de un principio reconocido por el derecho constitucional argentino, que estatuye que la igualdad es la base de las cargas públicas (art. 16 de la *Const. Nac.*).

Desde luego que uno de los requisitos que deben darse para que juegue la responsabilidad del Estado ha de ser el de la especialidad del daño, pero el mismo no significa otra cosa que una condición del desequilibrio y comprende también los perjuicios causados a varios individuos, donde si bien puede haber una cierta generalidad, el daño es soportado de un modo desigual respecto de otros miembros de la comunidad.

Las ideas expuestas tornan necesario formular un replanteo de las clasificaciones tradicionales sobre la responsabilidad del Estado (administrativa, legislativa y judicial) para centrar la cuestión sobre nuevas bases, pues según se trate de la actuación legítima o ilegítima del Estado (y en ambas situaciones es responsable de los daños causados injustamente a los particulares) va a diferir el alcance y la medida de la reparación, habida cuenta que el sacrificio que soporta el administrado por el perjuicio causado por el Estado presenta una diferencia específica importante, pues mientras en la actuación legítima él tiene el deber de aceptar el sacrificio (aun cuando no el de soportar el daño) [34], en la responsabilidad por actuación ilegítima o defectuosa de la actividad del Estado, no le es impuesta la obligación de soportarla, ni menos aún, de padecer el daño sin indemnización.

---

el primer caso, hay una carga no indemnizable, impuesta por una razón de justicia legal o general pero en el segundo sería injusto no indemnizar a quien es privado de todo o parte de su propiedad en aras del bien común, ya que ese derecho se ha concedido al hombre para atender, por su intermedio, las necesidades de la comunidad, aparte del fin inmediato de satisfacer sus requerimientos esenciales. En consecuencia, si bien la restitución para reestablecer el desequilibrio causado en el patrimonio individual, tiene una finalidad social mediata, obedece, en cambio, a una finalidad inmediata respecto de la persona afectada.

34 Para González Pérez: "si el sacrificio que se exige del particular propietario de la cosa no obtuviese una justa compensación, se habría roto el principio de igualdad ante las cargas públicas. Pues un ciudadano concreto habría contribuido exclusivamente a las mismas en beneficio de los demás miembros de la comunidad" (cfr. GONZALEZ PEREZ, Jesús, *Administración Pública y Libertad*, pág. 51, México, 1971). Dicha opinión coincide totalmente con el fundamento unitario que dejamos atribuido a la responsabilidad del Estado en general.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Sección 2ª

LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO EN EL CAMPO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

I. *LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL PROVENIENTE DE LA ACTIVIDAD ILEGÍTIMA DEL ESTADO*

1. DIFERENTES CLASES DE RESPONSABILIDAD SEGÚN LA FUNCIÓN QUE CUMPLEN LOS ÓRGANOS QUE OCASIONAN EL DAÑO

Si bien —como se ha visto— el fundamento de la responsabilidad del Estado es unitario, ella presenta ciertas modalidades específicas que permiten efectuar —dentro de las grandes clasificaciones que se han expuesto— una subdivisión que tenga en cuenta la función que desarrolla el órgano que ocasiona el daño.

De ese modo, tanto la responsabilidad del Estado por actividad ilegítima como la responsabilidad por la actuación estatal legítima son susceptibles, cada una de ellas, de subdividirse a su vez, en base a la función material o actividad objetiva que desenvuelven los órganos estatales.

En consecuencia, corresponde distinguir en la actuación ilegítima del Estado dos ámbitos de responsabilidad estatal, según que el daño provocado al patrimonio del particular provenga de la función administrativa o de la legislativa o normativa, conforme a la concepción material u objetiva, lo que implica desplazar el criterio orgánico utilizado por la doctrina clásica, a fin de circunscribir las diferentes especies de responsabilidad, para clasificar toda la problemática en torno a los datos de ilegitimidad o legitimidad, que exhibe cada una de esas funciones estatales objetivamente consideradas (administrativa y legislativa o normativa). Por su parte, la responsabilidad por el ejercicio de la función jurisdiccional asume un carácter pe-

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

culiar y de excepción que justifica un tratamiento separado. La distinción que se formula aparece fundada en la circunstancia de que la restitución tiene un mayor alcance en la reparación del acto ilegítimo, donde al administrado que sufre el perjuicio no le ha sido impuesto la obligación de soportar la actividad ilegítima (que comprende las llamadas faltas de servicio) ni sus consecuencias dañosas.

2. LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR HECHOS Y ACTOS ADMINISTRATIVOS ILEGÍTIMOS. SOLUCIONES DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN HASTA EL CASO "DEVOTO"

Suele afirmarse que la responsabilidad extracontractual por los actos y hechos ilegítimos del Estado que causan daños sobre el patrimonio o persona de los administrados no fue reconocida sino a partir del caso "S. A. Tomás Devoto c/ Gobierno Nacional s/ daños y perjuicios" fallado el 22 de septiembre de 1933 [35] por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Pero lo cierto es que tanto la doctrina como la jurisprudencia [36] habían reconocido antes la responsabilidad extracontractual por los llamados actos de gestión en la intendencia de los servicios públicos, y que siempre se reconoció la responsabilidad del Estado en los actos de gestión de su patrimonio privado [37], es decir, cuando se consideraba que el Estado actuaba como persona jurídica, según la objetable expresión entonces utilizada.

La irresponsabilidad del Estado era sostenida, en cambio, respecto de los actos que se denominan puros actos de autoridad o de imperio, por aplicación de la doctrina alemana de la doble personalidad [38] o de la versión francesa de la personalidad única de doble faz (pública y privada, a la vez) propugnada, entre otros, por Hauriou [39].

35 *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 169, pág. 11 y sigs. Véase REIRIZ, María Graciela, *La responsabilidad del Estado*, pág. 81 y sigs. La afirmación del texto es particularmente cierta en cuanto se trate de responsabilidad por hechos ilícitos (responsabilidad aquiliana) pero no comprende los otros supuestos de responsabilidad extracontractual (actos inválidos) ni daños causados por actos administrativos legítimos.

36 BULLRICH, Rodolfo, *Responsabilidad del Estado*, pág. 141 y sigs., Buenos Aires, 1920.

37 BULLRICH, Rodolfo, *ob. cit.*, pág. 89 y sigs.

38 MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, t. I, pág. 61 y sigs., traducción del original francés, Buenos Aires, 1949.

39 HAURIOU, Maurice, *Precis de Droit Administratif*, pág. 332, Paris, 1897, escribió

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

A esta doble faz corresponde un doble sistema de actos: a) el de los llamados "actos de gestión", que son aquellos que pertenecen al ámbito de la igualdad de derechos entre las partes, o sea en el campo del derecho privado, porque la administración no los realiza como depositaria de la soberanía sino en calidad de "intendente de los servicios públicos" (Laferrière); y b) la de los "actos de imperio" o de autoridad, que caen en el campo de las relaciones de poder, de subordinación, de desigualdad de derechos, es decir, en la esfera del derecho público.

De ese modo, mientras se aceptaba la responsabilidad del Estado por los actos de gestión, se establecía el principio inverso en materia de daños provocados por actos de imperio o de autoridad, con fundamento, sobre todo, en la idea de soberanía, heredada del absolutismo y de la Revolución Francesa.

Hasta el año 1933 el estado de la cuestión puede resumirse de esta manera:

a) se aceptaba la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones convencionales, aplicándose, por lo general, las normas y principios del Código Civil;

b) se consideraba también que el Estado era responsable por los actos de gestión, sea que se tratare de actos de gestión de su patrimonio privado como de los referentes a la intendencia de los servicios públicos (v.gr. responsabilidad por los actos de los agentes que en ejercicio de su misión clausuran un establecimiento industrial por error o negligencia) [40];

c) en cambio, no se reconocía la responsabilidad aquiliana del Estado por delitos o cuasidelitos, en la inteligencia de que los artículos 36 y 43 del Código Civil impedían que personas jurídicas estuvieran obligadas a responder por los actos ilícitos de sus representantes;

d) sin embargo, toda esta construcción se dejaba de lado frente al dictado de una ley especial que acordase indemnización

---

que: "La personalidad administrativa es a doble faz, a la vez privada y pública. En tanto que privada ella implica el goce de todos los derechos privados de que puede beneficiarse una persona moral... En tanto que pública, la personalidad administrativa implica el goce de los derechos propiamente administrativos, más o menos teñidos de poder público". Como se advierte, Hauriou de algún modo intuyó la posibilidad de que el Estado actuara en el campo del derecho privado y en la esfera pública como una sola persona. Su error consistió en atribuir a una única persona dos personalidades distintas.

40 Caso "Sáenz Peña c/ Gobierno Nacional", *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 124, pág. 22.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

por los daños causados por el Estado, ya sea que esa responsabilidad se vinculare con actos de imperio o actos de gestión [41].

3. INTERPRETACIÓN SUSTENTADA POR LA CORTE SUPREMA EN EL CASO "S. A. TOMÁS DEVOTO Y COMPAÑÍA C/ GOBIERNO NACIONAL". JURISPRUDENCIA POSTERIOR

En el año 1933 la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de resolver una controversia que habría de tener resonancia en el futuro desarrollo de la corriente hacia el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado. En el campo que locaba la "S. A. Tomás Devoto" en la provincia de Entre Ríos, ocurrió un gran incendio ocasionado por las chispas de un brasero que utilizaban unos empleados del Telégrafo Nacional que tenían el encargo de unir los hilos de la línea telegráfica que pasaba por el campo. El incendio provocó daños de considerable magnitud que llevaron a la sociedad perjudicada a entablar una demanda de daños y perjuicios contra el Gobierno Nacional.

Para reconocer la responsabilidad extracontractual del Estado la Corte elaboró una construcción verdaderamente pretoriana [42] sobre la base de la configuración de una responsabilidad indirecta, aplicando los artículos 1109 y 1113 del Código Civil.

De ese modo, el Alto Tribunal intentó sortear la valla que representaba el artículo 43 del Código Civil [43] para el reconocimiento de la responsabilidad aquiliana de las personas jurídicas, ya que la doctrina de la ficción sólo aceptaba que las personas físicas podían cometer delitos o cuasidelitos, en la inteligencia que no cabía suponer que un ser abstracto pudiera incurrir en dolo o culpa.

41 BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. V, pág. 67 y sigs., Buenos Aires, 1957. El fundamento no era otro que la ley, lo cual traducía una franca postura positivista.

42 REIRIZ, María Graciela, *La responsabilidad del Estado*, págs. 86-87, Buenos Aires, 1969.

43 El art. 43 del Cód. Civ. prescribía, antes de la reforma introducida en el año 1968, lo siguiente: "No se pueden ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administrados individualmente, hubieran cometido delitos que redundaran en beneficio de ellas".

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Este fallo de la Corte [44], que motivó la crítica de Bielsa [45], contenía el error de fundar la responsabilidad en los artículos 1109 y 1113 del Código Civil, normas enteramente inaplicables al derecho administrativo, máxime cuando podía haber acudido al precepto contenido en el artículo 1112 del Código Civil que regla la responsabilidad del Estado por las llamadas "faltas de servicio" [46]. En efecto, si bien la invocación al artículo 1113 del Código Civil puede justificarse en orden a la responsabilidad de las personas jurídicas privadas (eludiendo así el art. 43 de dicho Código) carece de sentido tratándose del Estado, al cual no se lo puede equiparar al *dominus* o patrón, dado que los agentes públicos son órganos de la persona pública estatal. Claro está que en esa época la teoría del órgano todavía no había encontrado recepción en la jurisprudencia de la Corte y que pudo interpretarse que la fuente del artículo fue el comentario de Aubry y Rau al inciso 3° del artículo 1384 del Código Civil francés, relati-

44 Sostuvo la Corte en el caso "Devoto" que "en nada influye para definir la responsabilidad por el desempeño negligente de sus empleados, que aquellos en el caso de autos no hayan procedido intencionalmente, o que la causa generadora del incendio haya sido casual, desde que la casualidad sólo puede equipararse al caso fortuito en cuanto en ambas circunstancias han ocurrido sucesos que no han podido preverse ni evitarse (art. 514, Cód. Civ.). Pero el estrago de autos ha podido ser previsto y evitado desde que él ha ocurrido por falta de atención de los agentes del gobierno y en tanto éstos ejecutaban trabajos bajo su dependencia (reparación de la línea telegráfica nacional). Esta Corte ha dicho en casos análogos que el incendio —como acto reprobado por la ley— impone al que lo ocasione por culpa o negligencia, obligación de reparar los daños ocasionados a terceros, extendiéndose esta responsabilidad a la persona bajo cuya dependencia se encuentra el autor del daño o por las cosas de que se sirve o tiene a su cuidado (arts. 1109 y 1113, Cód. Civ.; *Fallos*, 129-306; 130-143; 146-249; 156-246)".

45 BIELSA, Rafael, "Responsabilidad del Estado como Poder Administrador", *J.A.*, t. 43, pág. 416, quien criticó el fundamento civilista de la responsabilidad, diciendo que no obstante el buen propósito de la decisión era necesario el dictado de una ley para consagrar la responsabilidad del Estado.

46 Cfr. LINARES, Juan Francisco, "En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público", *L.L.*, t. 153, sec. doctrina, pág. 601 y sigs. Observa este autor que en la cita de Vélez Sarsfield correspondiente a la fuente del art. 1112 del Cód. Civ. (comentario de Aubry y Rau al art. 1384 del Código Civil francés) "no existe una sola palabra sobre el asunto responsabilidad propia del agente por falta personal. Se refiere a la del Estado exclusivamente", y agrega: "No cabe así duda de que lo que Vélez quiso reglar, con su artículo 1112, era la responsabilidad del Estado por faltas de servicios del funcionario, que corre a cargo del Estado. Con ello se quiso introducir una excepción a la irresponsabilidad total del Estado establecida en el artículo 43, pero nada se dijo sobre la responsabilidad directa del funcionario frente al administrado". Lo realmente notable es que la solución del art. 1112 de nuestro Cód. Civ., que no se halla prescripta en el Código Civil francés, se adelantó en muchos años a la jurisprudencia del Consejo de Estado de ese país que reconoció la noción de falta de servicio.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

vo a la responsabilidad de patrones y comitentes por actos de sus subordinados [47].

Pero el error más grande está en haber acudido al artículo 1109 del Código Civil, que consigna la responsabilidad sobre la base de la noción de culpa [48] en lugar de utilizar la figura de "falta de servicio", con fundamento en un principio del derecho administrativo, de base constitucional, cual es el de que no es justo que los administrados soporten los daños causados por el funcionamiento irregular o defectuoso del servicio o función pública, dado que de lo contrario se alteraría la igualdad ante las cargas públicas.

En el caso "Ferrocarril Oeste" [49] del año 1938, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció la responsabilidad de la provincia de Buenos Aires por los perjuicios causados por la prestación defectuosa o irregular del servicio de expedición de los certificados registrales, indispensables para realizar la escrituración de inmuebles. Si bien este precedente acusa algunos errores [50] tiene el mérito de apoyarse, fundamentalmente, en el artículo 1112 del Código Civil y en su fuente doctrinaria para establecer la responsabilidad de la provincia demandada por falta de servicio [51], aun cuando soslaya el fun-

47 *Cours de Droit Civil Français*, t. III, pág. 551, Paris, 1856. Dicen estos autores que "El Estado representado por los diversos ministerios y administraciones o entidades públicas es, como todo comitente, responsable de los daños causados por sus empleados, agentes o servidores en el ejercicio de sus funciones o de su servicio". Este comentario es igual al que figura en la 4ª ed. de 1871, no siendo significativo el cambio de numeración en las notas. Es más, en esta última edición se agrega en la nota 16 que el principio señalado en el texto es constante y ha sido establecido por leyes especiales.

48 La culpa no es un presupuesto de la responsabilidad extracontractual del Estado y si bien durante el siglo pasado gozó de los favores de la jurisprudencia administrativa francesa, ella fue pronto abandonada para ser sustituida por la responsabilidad por los daños causados por falta de servicio (idea objetiva). Sobre los orígenes de la culpa como condición de la responsabilidad véase: VILLEY, Michel, *En torno al contrato, la propiedad y la obligación* trad. del francés, pág. 77 y sigs., Buenos Aires, 1981.

49 *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 182, pág. 5, publicado también en *L.L.*, t. 12, pág. 122.

50 El defecto más grande es nuevamente aquí la invocación al art. 1113 del Cód. Civ. y la consecuente construcción de la responsabilidad indirecta que presupone una suerte de presunción de culpa del Estado por la responsabilidad en la elección de los agentes que desempeñan las funciones públicas. La idea de falta de servicio es objetiva, se independiza de la culpa y permite responsabilizar al Estado aun cuando no se individualice al autor del daño. Esto último lo reconoció la Corte más tarde, particularmente en el caso "Lucena" (*Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 250, pág. 138).

51 Dijo la Corte: "Que la disposición del artículo 1112, Código Civil, correlacionada con el artículo 1113, significa la aceptación del principio de la responsabilidad del Estado, cuando concurren las condiciones anteriormente indicadas, tanto por lo que se desprende de su texto mismo, cuanto porque interpretada así concuerda con la teoría expuesta por

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

damento de derecho público que anida siempre en la responsabilidad estatal por actos y hechos administrativos.

Pero nos parece también que, no obstante haberse fundado en el artículo 1113 del Código Civil, este precedente exhibe algunos principios de riqueza doctrinaria indiscutible —no suficientemente destacados por la doctrina [52] y jurisprudencia posterior—. En tal sentido pueden señalarse:

a) cuando una provincia impone el deber de obtener un certificado registral como requisito para la escrituración de inmuebles, ello presupone la obligación de prestar un servicio regular que responda a las garantías que se procuran asegurar;

b) en tales casos, la entidad no actúa en el campo del derecho privado sino dentro del derecho público [53], no siendo aplicable el artículo 43 del Código Civil;

c) la regla según la cual quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecida, siendo responsable de los perjuicios que causara su incumplimiento o su irregular ejecución (doctrina de los arts. 625 y 630 del Cód. Civ.) constituye una regla "fundada en razones de justicia y de equidad" [54] que debe tener también aplicación en las relaciones entre el Estado y los administrados.

La tesis de la responsabilidad indirecta se siguió aplicando, prácticamente sin interrupciones, hasta 1985 respecto de aquellos actos y hechos administrativos considerados ilícitos [55].

Aubry y Rau, citada por el Codificador en su nota al artículo 1112". En realidad aun cuando Vélez, cita como fuente del art. 1112, en la nota 7 de la edición de 1856 existe una evidente conexión con el comentario de Aubry y Rau al art. 1384, inc. 3° (nota 15), y una distinción muy significativa en cuanto eliminó la referencia a las disposiciones legislativas especiales.

52 Sobre todo por la doctrina que siguió apegada a la primitiva interpretación del art. 1112 del Cód. Civ., que circunscribía su ámbito de aplicación a los funcionarios públicos.

53 El fallo alude a que la provincia actúa como persona de derecho público, expresión que hemos corregido en el texto, pues aparte de configurar un error y hallarse desactualizada, su reemplazo no quita sentido al principio enunciado en esta causa respecto a la inaplicabilidad al Estado del art. 43 del Cód. Civ.

54 Esta afirmación del fallo constituye en realidad el reconocimiento de que el derecho administrativo es un derecho de equidad.

55 *Fallos de la Corte Suprema Justicia de la Nación*, t. 300, pág. 639 (caso "Zezza c/Provincia de Buenos Aires") y t. 300, pág. 867 (*in re*, "Serú, Liliana Esther c/ Provincia de Buenos Aires") donde volvió a invocar el art. 1113 del Cód. Civ. para hacer responsable a una provincia por los daños causados por un agente de la policía provincial declarado

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

4. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1112 DEL CÓDIGO CIVIL PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Se ha visto que la prescripción contenida en el artículo 1112 del Código Civil regula la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio. Se trata, evidentemente, de una norma de derecho público, puesto que prescribe la responsabilidad de las personas públicas estatales por el ejercicio irregular de la función pública y ella puede invocarse como fundamento legal positivo de esta clase de responsabilidad sin conectarla con la responsabilidad indirecta del artículo 1113 de dicho Código. En tal sentido, la responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos (agentes con competencia para realizar los hechos o actos pertinentes que dan origen a los daños) es siempre una responsabilidad directa, fundada en la idea objetiva de la falta de servicio, aun cuando no excluye la posibilidad de que se configure la falta personal del agente público [56].

Desde luego que el fundamento esencial de la responsabilidad extracontractual por la actuación ilegítima del Estado es siempre de derecho público y consiste en la necesidad de restablecer el equilibrio a fin de mantener la igualdad ante los daños causados por el Estado. Se trata, en suma, de un principio de derecho público, reconocido por el artículo 16 de la Constitución Nacional: el de la igualdad antes las cargas públicas [57].

---

responsable de un homicidio culposo cometido mientras desempeñaba un acto de servicio.

[56] En el año 1985 la Corte Suprema de Justicia de la Nación abandonó su anterior postura en el sentido de fundamentar la responsabilidad extracontractual del Estado en el art. 1113 del Cód. Civ., siguiendo el criterio que propiciamos en el texto ("Vadell c/ Provincia de Buenos Aires", publicada en diario *L.L.* de fecha 25/2/85, en el mismo sentido "Pardini Juan C. c/ Servicio Penitenciario Federal y otro" C. N. Fed. Civ. y Com. Sala III de fecha 16/12/88, publicado en *L.L.* del 12/4/89). Véase también: BARRA, Rodolfo C., "Cometidos administrativos en la actividad notarial y responsabilidad del Estado", *E.D.*, t. 117, pág. 925.

[57] FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo*, t. II, pág. 715 y sigs., Buenos Aires, 1976; señala que el estudio integral del problema exige la transformación de los conceptos a la luz del derecho administrativo y puntualiza que ello "no excluye que se utilicen los principios provenientes de la ciencia del derecho aunque se encuentren en el Código Civil", (pág. 718). Sostiene Fiorini, que "la Constitución consagra la organización nacional para 'afianzar la Justicia', que es el dar a cada uno lo que le corresponde y reparar aquello que se le sustrae o se le vulnera" (pág. 720).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

5. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD POR HECHOS Y ACTOS ADMINISTRATIVOS ILEGÍTIMOS

Para que se configure la responsabilidad del Estado por actos y hechos administrativos ilegítimos en el ámbito extracontractual es menester la ocurrencia de ciertos presupuestos que condicionan esa responsabilidad, a saber: a) la imputabilidad material del acto o hecho administrativo a un órgano del Estado en ejercicio u ocasión de sus funciones; b) falta de servicio por cumplir de manera irregular los deberes y obligaciones impuestos por la Constitución, la ley o el reglamento o por el funcionamiento defectuoso del servicio (ilegitimidad objetiva) sea el incumplimiento derivado de acción u omisión; c) la existencia de un daño cierto en los derechos del administrado; d) la conexión causal entre el hecho o acto administrativo y el daño ocasionado al particular.

a) El primer presupuesto lo constituye la imputabilidad material del acto o hecho a un órgano del Estado. Se trata de una imputación objetiva que prescinde del requisito de la voluntariedad, al contrario de la solución positiva prescripta en el ámbito del Código Civil donde "los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad no producen por sí obligación alguna" [58]. De ese modo, la Administración será responsable por los hechos ejecutados por un funcionario público demente cuando su actuación genere una falta de servicio y también lo será aun cuando no pudiera individualizarse el responsable, siempre que pueda atribuirse materialmente el acto o el hecho a la actuación de un órgano del Estado en ejercicio u ocasión de las funciones [59].

Como se ha visto, el Estado responderá siempre que exista una falta de servicio determinada por no cumplir de una manera regular los deberes u obligaciones impuestos a los órganos del Estado por la Constitución, la ley o el reglamento o, simplemente, por el funcionamiento irregular del servicio. Este concepto —que denominamos ilegitimidad objetiva— traduce la disconformidad del acto o del hecho con el ordenamiento jurídico administrativo [60], incluyendo en el mismo los principios generales del derecho administrativo.

58 Art. 900 del Cód. Civ.

59 La regla del art. 43 del Cód. Civ. se aplica por analogía al derecho administrativo, pero extendiendo sus alcances a todos los órganos del Estado, ya que en el mismo no cabe la distinción civilista entre representantes legales o administradores y dependientes.

60 Sobre el concepto de ilicitud objetiva en el derecho civil, véase: ALTERINI, Atilio Aníbal, *La responsabilidad civil*, pág. 65 y sigs., Buenos Aires, 1972.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

b) El concepto de falta de servicio, que prescinde de la noción de culpa, aparece estructurado positivamente en el artículo 1112 del Código Civil, pero su fundamento es el principio unitario que rige la responsabilidad estatal que exige "afianzar la justicia" a través de la restitución que procede para restablecer la igualdad alterada por el daño ocasionado al particular por un acto o hecho administrativo.

c) La existencia de un daño o perjuicio en el patrimonio del administrado constituye también un presupuesto esencial para determinar la responsabilidad del Estado [61]. Ese daño necesita reunir ciertos caracteres: 1) puede ser actual o futuro, pero tiene que ser cierto, lo cual excluye los daños puramente eventuales [62]; 2) debe hallarse individualizado, no afectando por igual a todos los administrados, lo cual no excluye la responsabilidad por aquellos perjuicios que aun impuestos por normas generales excedan la medida normal de los inconvenientes de vecindad y los causados por las obras públicas [63]; 3) el derecho afectado puede ser tanto un derecho subjetivo como un interés legítimo [64], debe tratarse de un perjuicio apreciable en dinero, que comprende tanto al daño patrimonial estricto como al daño moral [65].

d) No menos importante es la relación de causalidad que debe existir entre el hecho o el acto administrativo y el daño causado al particular. Se trata de indagar la causa eficiente que origina el daño, lo que responde al principio lógico de razón suficiente, conforme al cual todo lo que es, tiene su causa en alguna razón. No se trata aquí de la imputabilidad material del hecho o acto administrativo al órgano del Estado sino de determinar si las consecuencias dañosas de ese hecho o acto derivan necesariamente de éstos u obedecen a otra causa. En consecuencia, puede haber relación causal entre un hecho y el

61 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, pág. 708 y sigs., Buenos Aires, 1973. Véase: BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la Responsabilidad Civil*, pág. 145 y sigs., Buenos Aires, 1983.

62 VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, pág. 348, Paris, 1968. Señala este autor cómo este carácter ha sido dejado de lado por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, que ha concedido una imdemnización a un candidato ilegalmente eliminado de un concurso. La Corte Suprema ha dicho que el daño ha de ser cierto (*Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 300, pág. 639).

63 Cfr. VEDEL, Georges, *ob. cit.*, pág. 349.

64 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.* t. IV, págs. 710-711.

65 VEDEL, Georges, *ob. cit.*, págs. 350-352, quien anota la evolución de la Jurisprudencia del Consejo de Estado hasta culminar con el reconocimiento de la responsabilidad del daño moral, aun cuando no revista carácter excepcional. Véase ORTIZ RODRIGUEZ, Celso, "Los daños morales en la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública", *Revista La Ley de Madrid*, publicado el 22/11/85.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

daño ocasionado aun cuando no se hubiera podido individualizar al autor del perjuicio, ya que la imputabilidad subjetiva no es presupuesto de la causalidad, que se basa en una relación objetiva, tendiendo a la realización de lo justo, sin atender al reproche moral o culpa del agente.

6. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS NORMATIVOS O LEGISLATIVOS DECLARADOS ILEGÍTIMOS POR SENTENCIA JUDICIAL FIRME. A) LEYES INCONSTITUCIONALES; B) REGLAMENTOS INCONSTITUCIONALES O ILEGALES. REMISIÓN

Tanto la doctrina [66], como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación han aceptado la posibilidad de hacer responsable al Estado por los daños causados a los particulares por los actos normativos (leyes o reglamentos) declarados ilegítimos por sentencia judicial firme.

El Alto Tribunal ha reconocido la responsabilidad estatal por los perjuicios provocados por leyes o decretos-leyes que se declararon inconstitucionales [67], y el mismo criterio ha seguido respecto de reglamentos considerados ilegítimos [68]. La responsabilidad por los daños causados por la actividad reglamentaria ilegítima —que un sector de la doctrina asimila a la proveniente de actos o hechos administrativos— [69] puede provenir de una transgresión constitucional, de una

66 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. IV, pág. 738; REIRIZ, María Graciela, *ob. cit.*, págs. 71-72.

67 *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 262, pág. 22, y t. 297, pág. 161.

68 *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 252, pág. 39, en el caso "Acuña c/ Provincia de Santiago del Estero", donde sobre la base de inconstitucionalidad de un decreto que violaba el principio de la libre circulación, el derecho de propiedad y los derechos de libertad de comerciar y ejercer industrias, se condenó a la provincia demandada al pago del resarcimiento por los daños provocados por el actor. En el caso "Azucarera de Buenos Aires S.A. c/ la Nación s/ cobro de pesos", del 22/11/72, la Corte declaró la responsabilidad del Estado Nacional por los daños causados por el dec. 563/66, que adolecía de irrazonabilidad, por haber establecido un régimen de cupos en función a la caña entregada a los ingenios en años anteriores, sin tener en cuenta las plantaciones reales de los productos (considerando 21).

69 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. IV, pág. 741, lo que es una consecuencia forzosa de la postura que adopta en lo que concierne a la naturaleza jurídica de los reglamentos, a los cuales concibe como actos administrativos de alcance general. Empero, esta divergencia no suscita distinciones en punto al régimen de la responsabilidad por actos normativos ilegítimos que se rige por los mismos principios que la correspondiente a los actos administrativos ilegítimos.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

violación de la ley que es su causa eficiente (v.gr. en los reglamentos de ejecución) o de un vicio de ilegitimidad que transgrede el ordenamiento administrativo general (v.gr. en un reglamento autónomo un vicio en la finalidad).

En todos esos casos el Estado debe responder cuando exista una sentencia judicial firme que declare la ilegitimidad de la respectiva ley o reglamento, rigiendo los requisitos establecidos como presupuesto de la responsabilidad estatal por acto y hecho administrativo en punto al daño resarcible y a la conexión causal, sin perjuicio de que el juez acuda para determinar la responsabilidad —con las adaptaciones necesarias— a los requisitos que conciernen a la imputabilidad material e ilegitimidad objetiva (sin tener que analizar la culpa del órgano u órganos que dictaron el acto normativo).

7. DIVERSAS CUESTIONES QUE SUSCITA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN TENDIENTE A HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO PROVENIENTE DE SU ACTIVIDAD ILEGÍTIMA

A) La restitución: el criterio para establecer la medida de la indemnización

En principio, todo comportamiento ilegítimo de los órganos del Estado en ejercicio de la función administrativa y legislativa o normativa (ambas en sentido material u objetivo) que provoca daños al particular, engendra la obligación de restablecer la igualdad. Esa obligación se lleva a cabo a través de un acto de restitución —propio de la justicia conmutativa— que consiste básicamente en la igualación de las cosas aun cuando se está obligado a reparar también según la condición de las personas y según las circunstancias [70].

El particular puede pretender que la restitución consista en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si ello no fuera posible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También puede el administrado optar por la indemnización pecuniaria [71].

70 De este aspecto de la restitución se ocupa SANTO TOMAS en el *Tratado de Justicia*, II q. 62, a. 4.

71 El derecho del acreedor a pretender la reposición del *status quo ante* está ahora reconocida en el texto del art. 1083 del Cód. Civ. (según la reforma introducida por la ley 17.711) aplicable analógicamente al derecho administrativo. Esta norma es sólo aplicable a la restitución de cosas, en los términos del art. 2311 del Cód. Civ. (cfr. ALTERINI, Atilio Aníbal, *ob. cit.*, pág. 186).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

En lo que concierne al criterio para fijar la indemnización cabe señalar que deben resarcirse integralmente los daños, actuales o futuros, siempre que sean ciertos y no eventuales hipotéticos. Tratándose de la reparación de las consecuencias de los actos o hechos ilegítimos la indemnización debe ser integral y comprende todos los perjuicios patrimoniales (daño emergente y lucro cesante), ya sea que deriven de una consecuencia inmediata o mediata [72], como el daño moral, cuando éste fuera procedente. En el caso de acreditarse la existencia de dolo cometido por un órgano del Estado, la indemnización debe comprender también los daños provenientes de las consecuencias causales cuando ellas debieron producirse según las miras del autor del hecho o acto administrativo [73], sólo que, en tal caso, se tratará de una falta personal del funcionario, porque aparte que no es dable suponer la existencia de ese dolo específico en los órganos del Estado que actúan dentro de las funciones o en ocasión de las mismas, no resulta justo que la comunidad cargue con este dolo especial del agente público, que configura algo más grave aun que la desviación de poder (delito civil o criminal).

B) Acumulación de la responsabilidad extracontractual con la derivada del incumplimiento de contratos administrativos

A este respecto el Código Civil ha estatuido un sistema basado en la separación de las dos órbitas de responsabilidad (contractual y extracontractual) estructurado en el artículo 1107, que, sin embargo, admite, en ciertos supuestos, la compatibilidad entre ambos tipos de responsabilidad (cuando el incumplimiento contractual configura, al propio tiempo, un delito de derecho criminal) [74].

Dicho sistema no es aplicable al derecho administrativo, en el cual muchas veces el daño proviene del "hecho del príncipe" de una persona pública estatal (Estado Nacional), que puede no ser parte del contrato administrativo celebrado por otra entidad pública estatal (v.gr. entidad autárquica nacional) y donde, a su vez, ese mismo

72 Se aplican aquí los principios que rigen en el Cód. Civ. la reparación de los daños causados por actos ilícitos: arts. 903, 904, 1069 del Cód. Civ. Cuadra advertir, no obstante, que siendo la responsabilidad del Estado de carácter objetivo (prescindiendo por ende de la culpa) la aplicación de tales textos requiere adaptarlos a ese principio, de modo que el Estado debe siempre responder por su actividad ilegítima, tanto si las consecuencias nacen de un acto culposo o no culposo.

73 Principio que recoge el art. 905 del Cód. Civ.

74 ALTERINI, Atilio Aníbal, *ob. cit.*, págs. 43-44.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

hecho puede provocar el incumplimiento contractual del cocontratante público.

La inaplicabilidad de ese sistema, propio del derecho civil, que impide acumular ambas responsabilidades (contractual y extracontractual) se apoya en estas razones: a) en el derecho administrativo la responsabilidad no se funda en la culpa sino que tiene naturaleza objetiva [75]; b) de ello se sigue que no es necesario formular distinciones en punto a la prueba, pues en ambos casos hay que demostrar el incumplimiento material, la ilegitimidad objetiva y el daño cierto; c) los plazos de prescripción son, en ambos casos, similares para las acciones tendientes a hacer efectiva la responsabilidad, aplicándose, como norma genérica, el precepto contenido en el artículo 4023 del Código Civil, para las acciones de carácter personal.

C) Plazo de prescripción de las acciones vinculadas a la responsabilidad extracontractual

No habiendo precepto expreso en el derecho administrativo nacional para regir lo atinente al plazo de prescripción de las acciones por responsabilidad extracontractual del Estado, derivada de su actuación ilegítima, es menester la recurrencia al Código Civil, el que será aplicable por analogía, es decir, como lo sostuvo nuestro más Alto Tribunal en el caso "Los Lagos", con las salvedades de lo que es propio de la substancia o naturaleza de aquel derecho.

De ese modo resulta aplicable la norma contenida en el artículo 4023 del Código Civil que establece un plazo de prescripción de diez años para las acciones personales por deudas exigibles y para las acciones de nulidad, salvo que disposiciones especiales establezcan un plazo menor.

En cambio, la prescripción del artículo 4037, si bien se refiere después de la reforma a la responsabilidad extracontractual, no es de aplicación al derecho administrativo, pues ella regula la responsabilidad civil (como lo sostiene categóricamente el propio texto) y es sabido que ella se basa, primordialmente, en la ilicitud subjetiva mientras que en el derecho administrativo la responsabilidad extracontractual no se vincula con la idea de culpa sino con la ilegitimidad objetiva.

75 RISOLIA, Marco Aurelio, "Un peligroso avance de la responsabilidad objetiva", en *Revista de la Universidad de Buenos Aires*, t. IV, pág. 325 y sigs., formula una meditada crítica al fundamento objetivo de la responsabilidad.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

En materia del plazo de prescripción de una acción de nulidad tendiente a hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado, el artículo 4030 del Código Civil sólo se aplica respecto del vicio del error (siempre que no sea un error excluyente) porque en demás defectos contemplados en dicha norma generan siempre una nulidad absoluta, cuya acción, como tal, es imprescriptible [76].

Debe advertirse, al propio tiempo, que las actuaciones administrativas practicadas con intervención de órganos que posean competencia producen la suspensión de los plazos de prescripción, cuyo cómputo se reinicia a partir del momento en que queda firme el acto que declara la caducidad del pertinente procedimiento administrativo [77].

D) Relaciones entre la acción de nulidad y la de daños y perjuicios

En el sistema del Código Civil la acción de nulidad tiene autonomía respecto de la acción de daños y perjuicios, según lo ha sostenido la doctrina [78] que postula que, en esos casos, se trata de perseguir sanciones diferentes, de finalidad y régimen diversos, teniendo, inclusive, distintos términos de prescripción.

Esta situación —aparte de lo criticable e injusta que puede resultar como interpretación civilista— no se da en el derecho administrativo con similares alcances, pues, ambas acciones tienen un régimen común [79] y fundamentalmente, porque no se justifica una autonomía tan estricta, en virtud de la presunción de legitimidad del acto administrativo [80] por cuyo mérito se presume que toda la actividad de la Administración o de los otros órganos del Estado que ejerzan la función administrativa guarda conformidad con el ordenamiento jurídico.

Si el administrado debe cumplir el acto administrativo [81] aceptando que el mismo cuenta con esa presunción de legitimidad, va de

76 En efecto, de acuerdo al art. 14, inc. a) de la ley 19.549, los vicios de error excluyentes, dolo, falsa causa y violencia física o moral, provocan siempre la nulidad absoluta, dado que afectan el derecho público administrativo.

77 Ley 19.549, art. 1°, inc. e), ap. 9°.

78 Arts. 1056 y 1057 del Cód. Civ.; LLAMBIAS, Jorge Joaquín; *Código Civil Anotado*, t. II-B, págs. 249-250, con la colaboración de RAFFO BENEGAS, Buenos Aires, 1979.

79 Salvo el caso ya señalado antes de la acción de nulidad por vicio de error (siempre que no sea excluyente) que prescribe a los dos años.

80 Art. 12 de la ley 19.549.

81 El principio no es, desde luego, absoluto, pero si bien cede frente a la existencia de una nulidad manifiesta, esa disminución de la prerrogativa estatal se opera para compensar la protección debida al administrado a los efectos de impedir la ejecución del acto, mediante la suspensión en sede administrativa, o en el orden judicial, a través de una medida cautelar como objeto central de la acción de amparo de la ley 16.986.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

suyo que cualquier acción de daños y perjuicios puede tener carácter accesorio respecto de la sanción de nulidad, que es lógico suponer iniciará cuando esa presunción haya cesado, al declararse la invalidez, por acto administrativo o por sentencia judicial firme. Es recién a partir de ese momento, el instante en que debe comenzar a computarse el plazo para promover la acción de daños y perjuicios. Por lo demás, como los derechos y obligaciones emergentes de los actos administrativos son, en principio, intransmisibles (principio que tiene mayor rigidez para el Estado en cuanto persigue la realización del interés público) el efecto de la nulidad repercutirá siempre entre las partes del acto (Estado y destinatarios particulares) llevando consigo la obligación de restituir lo que aquellas hubieran percibido o recibido en virtud o por consecuencia del acto anulado [82]. En suma nada impide acumular tampoco ambas pretensiones procesales aunque la acción de daños y perjuicios contra el Estado derivada de un acto declarado inválido resulta, en principio, accesoria respecto de la restitución en sentido estricto.

De otra parte, la acción de daños y perjuicios tendrá, excepcionalmente, autonomía respecto de la acción de nulidad, cuando haya caducado el derecho a demandar directamente al Estado [83] lo que no impediría promover después una acción tendiente al resarcimiento de los daños causados por el acto que se reputa ilegítimo [84] aun cuando la acción se funde en las consecuencias perjudiciales de una invalidez absoluta o de una nulidad relativa, cuya acción aún no hubiere prescripto [85]. La jurisprudencia no ha seguido, en general, este criterio, lo cual obedece al mantenimiento del antiguo dogma del carácter revisor que se atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa,

82 Art. 1052 del Cód. Civ.

83 Art. 23 de la ley 19.549; CASSAGNE, Juan Carlos, "Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado", *E.D.*, t. 45, pág. 829 y sigs.

84 MARIENHOFF, Miguel S., "Demandas contra el Estado Nacional. Los artículos 25 y 30 de la ley nacional de procedimientos administrativos", *L.L.*, t. 1980-B, pág. 1082, quien opina lo contrario, aunque admite la responsabilidad por la ejecución material negligente o irregular del acto. La Corte ha resuelto lo contrario de lo que propiciamos en el texto aplicando el plazo de caducidad del art. 25, de la L.N.P.A. a una acción de daños fundada en la ilegitimidad de un acto administrativo (caso "Alcántara" publicado en *L.L.*, t. 1997-A, pág. 70, con comentario de María Cristina Caputti y Estela B. Sacristán.

85 Este principio aparece expresamente reconocido en el Proyecto de Código Procesal en lo Contencioso-Administrativo para la Nación del año 1981, que elaboramos con los doctores Marienhoff y Linares, en el art. 28, respecto de los daños causados por un acto afectado de nulidad absoluta. En el derecho de la C.E.E. la acción de indemnización puede deducirse aun cuando no se promueva la nulidad del respectivo acto; véase: *Tratado de Derecho Comunitario Europeo desde la perspectiva del Derecho Español*, t. 1, Cap. VII, Civitas, Madrid, 1986.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

exigiendo la existencia de un acto previo para la habilitación de la instancia, lo que constituye un privilegio inadmisible que contradice el principio de la tutela judicial efectiva.

II. *LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO PROVENIENTE DE SU ACTUACIÓN LEGÍTIMA*

1. DISTINTAS ESPECIES DE RESPONSABILIDAD

Al igual que lo que acontece respecto de la actividad ilegítima, se hace necesario distinguir aquí las diferentes clases de responsabilidad, según que la actividad responda al ejercicio de la función administrativa o de la actividad normativa o legislativa, de acuerdo siempre a la concepción objetiva o material, que utilizamos como criterio real de sistematización, con la única excepción de la responsabilidad atinente a los actos propios de la función jurisdiccional, no tanto por el fundamento de la responsabilidad sino por las peculiaridades específicas que aquélla presenta.

De ese modo, luego de abordar lo inherente a las condiciones generales que determinan la responsabilidad extracontractual del Estado por los daños causados a los particulares en ejercicio de su actividad legítima, se tratarán, separadamente, tanto los supuestos que conciernen a perjuicios provocados por hechos y actos administrativos, como aquellos derivados de leyes y reglamentos.

2. PRESUPUESTOS DETERMINANTES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SUS ACTOS LEGÍTIMOS. REMISIÓN

Existen algunas condiciones que, por ser comunes a la responsabilidad estatal por acto ilegítimo, han sido ya analizadas al tratar los presupuestos que determinan esa clase de responsabilidad, y que se refieren a: 1) la imputabilidad material del acto (hecho, acto administrativo, reglamento o ley) a un órgano del Estado; 2) la existencia de un daño cierto en los derechos del particular afectado; y 3) la conexión causal entre el acto (individual o general) y el daño hecho al administrado [86]. Con posterioridad, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha agregado dos requisitos, a saber: a) la necesaria verificación

86 Vid. "Tejedurías Magallanes S.A. c/ Administración Nacional de Aduanas", de fecha 19/09/89, *E.D.*, diario del 10/08/90, resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

de un perjuicio especial en el afectado y b) ausencia de un deber jurídico de soportar el daño [87].

El presupuesto que completa esa serie es aquí, obviamente, el que atañe a la "legitimidad" del acto administrativo, reglamento o ley, lo cual supone que el respectivo acto no adolece de algún vicio o defecto, por cuanto ha sido emitido de conformidad con todos los requisitos formales y sustanciales impuestos por el ordenamiento jurídico.

Se concibe que también constituyen actos legítimos aquellos que sean portadores de alguna irregularidad intranscendente, la cual nunca da origen a la invalidez o ilegitimidad del respectivo acto [88].

3. ALGUNOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD LEGÍTIMA

A) Por hechos y actos administrativos legítimos

Los casos que determinan la responsabilidad estatal por los daños que origina la actividad administrativa legítima son numerosos y muchos de ellos encuentran fundamento en una ley formal. Sin el propósito de formular una sistematización de ellos, vamos a enunciar algunos supuestos que originan perjuicios, según que sean provocados por:

1) la ocupación temporánea de un bien perteneciente a particulares [89];
2) la expropiación de bienes privados por causa de utilidad pública o bien común [90];
3) la requisición de bienes en tiempo de guerra [91];

87 En la causa "Columbia S.A. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/ Banco Central de la República Argentina", publicada en *R.E.D.A.*, nro. 9/10, págs. 139 y sigs., Buenos Aires, 1993, con comentario de Pedro José Jorge Coviello. El requisito de la especialidad del daño ha sido objeto de la crítica de Marienhoff (ver al respecto, "Cambios en el derecho objetivo y responsabilidad patrimonial del Estado", en la *Separata de Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Segunda Epoca, nro. 30, págs. 11 a 15, Buenos Aires, 1992).

88 Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. 2, pág. 491, Buenos Aires, 1966.

89 Ley 21.499, arts. 59 y 62. Véase MAIORANO, Jorge Luis, "La ocupación temporánea como fundamento jurídico de la responsabilidad estatal por un obrar legítimo", *L.L.*, 1980, t. C, pág. 468 y sigs. Véase al respecto la disidencia del doctor FAYT en los considerandos 21 y 22 del fallo "Jucalán" citado precedentemente.

90 Ley 21.499, art. 10 y sigs.

91 Ley 16.970, art. 37. La requisición puede ser a título de uso o consumo, o a título de dominio; en todos los casos da derecho a indemnización.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

4) la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, cuando ella fuere procedente y siempre que se observen las garantías constitucionales [92];

5) la realización de obras públicas que impliquen una disminución en el valor de los inmuebles linderos de particulares, ya sea que provengan o no de una obra autorizada por ley [93].

En todos esos supuestos la responsabilidad del Estado es objetiva, con total prescindencia de la noción de culpa, pero también sin vinculación con la idea de falta de servicio, pues la responsabilidad deriva de un acto legítimo del Estado. El fundamento de ella es, como en los demás casos, el principio de la justicia legal o general, que demanda la igualdad ante las cargas públicas, con base en nuestro ordenamiento constitucional (art. 16, Const. Nac.) que ha reconocido este trascendente principio de derecho natural, no siendo necesario que exista una ley que reconozca el derecho a la indemnización. Sin embargo, como se verá seguidamente, las reglas que gobiernan el régimen de la restitución difieren de las aplicables a la responsabilidad del Estado por los daños causados por sus hechos o actos ilegítimos.

B) Por leyes o reglamentos

El mismo fundamento e idénticas reglas rigen la responsabilidad del Estado por los perjuicios que causan los actos normativos o legislativos [94], ya sea que éstos posean la forma de ley o de reglamento, siempre que se reúnan los presupuestos determinantes de la citada responsabilidad.

Entre los supuestos que pueden citarse a título meramente ejemplificativo, reconocidos según el caso por la doctrina [95] o por la jurisprudencia cabe señalar:

a) leyes que consagran el monopolio estatal de actividades, lesionando el derecho de los particulares que tenían a su cargo dichas actividades y que debieron cesar en la fabricación o comercialización de los respectivos bienes [96];

92 CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. II, págs. 358-361, Buenos Aires, 1982; art. 18. *in fine*, de la L.N.P.A.

93 Cfr. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 185, pág. 137, y t. 211, pág. 53.

94 ESTRADA, Juan Ramón de, "Responsabilidad del Estado por los actos legislativos y discrecionales", *E.D.*, t. 102, pág. 838 y sigs. Ver el caso "Promenade S.R.L. c/ Municipalidad de San Isidro" resuelto por la Corte Suprema con fecha 24/09/89, publicado en *Revista de Derecho Administrativo*, nro. 2, pág. 377 y sigs., con nota de Alberto B. BIANCHI.

95 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. IV, pág. 734 y sigs., Buenos Aires, 1973.

96 SAYAGUES LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, págs. 598-599, Montevideo, 1963.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

b) leyes que consagran la prohibición de fabricar o comercializar determinados productos en beneficio de otros intereses particulares [97] o de un interés general [98];

c) reglamentos que estatuyen la prohibición de importar determinadas mercaderías [99] con el objeto de desnivelar la balanza de pagos y de proteger a la industria nacional.

Se trata, en todos estos casos, de un daño que sobrepasa los sacrificios normales que puede imponer una ley o un reglamento o la fijación de precios mínimos [100].

4. REGLAS QUE GOBIERNAN LA RESTITUCIÓN EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTO LEGÍTIMO

Para determinar la medida de la restitución se aplican, en esta materia, las reglas atinentes a la indemnización debida por los daños provocados por los actos ilegítimos, con exclusión del lucro cesante.

La razón de esta exclusión —que tiene fundamento analógico en la ley nacional de expropiaciones— [101] radica en la circunstancia de que la situación del administrado no es igual en ambos casos. En efecto, mientras en la responsabilidad por acto legítimo el particular

97 VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, págs. 360-373, Paris, 1968. La sentencia básica del Consejo de Estado francés en esta materia fue dictada en el caso "Societé La Fleurette" del año 1938. Para favorecer el mercado de productos lácteos, una ley había prohibido la fabricación de algunos productos derivados de la leche, que podían perjudicar la comercialización de los productos lácteos. Esta ley afectó principalmente a la Sociedad La Fleurette, la cual demandó al Consejo de Estado el pago de una indemnización. Este le dio plena satisfacción a su reclamo apoyándose en cuatro consideraciones fundamentales: la actividad prohibida por la ley no tenía carácter nocivo; el perjuicio sufrido era específico de la empresa requiriente; el legislador había considerado la protección de otros intereses profesionales; se trataba de una carga que no le incumbía normalmente al administrado.

98 Con posterioridad, en el caso "Bovero" del año 1963, el Consejo de Estado Francés amplió el principio de la responsabilidad del Estado por acto legislativo admitiendo la responsabilidad en un supuesto de que la legislación perjudicial se había dictado, no con la finalidad de proteger intereses particulares (como en el caso "La Fleurette"), sino con una finalidad de interés público. Además, estableció condiciones menos restrictivas en punto a la especialidad del perjuicio.

99 Cfr. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 301, pág. 405 y sigs., *in re*, "Cantón, Mario Elbio c/ Gobierno Nacional"; ver también: TAWIL, Guido S., "Una nueva aplicación de la doctrina 'Cantón'", en *E.D.*, t. 131, pág. 455.

100 MORELLO, Augusto Mario, "Compensación del Estado por daños originados en su accionar lícito", *E.D.*, t. 120, pág. 887 y sigs.

101 Ley 21.499, art. 10; cfr. ESTRADA, Juan Ramón de, "Responsabilidad del Estado por actos legislativos y discrecionales (Fundamento y límites de la responsabilidad estatal conforme a Derecho)" en *E.D.*, t. 102, págs. 845-846.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

soporta un daño en virtud de los deberes o cargas impuestos por la justicia legal o general, en la responsabilidad por acto legítimo, él no debe contribución o servicio alguno al Estado, ya que nadie está obligado a soportar la actividad dañosa ilegítima y menos aún sin indemnización. Por esa causa, el Estado le debe al particular perjudicado por un acto ilegítimo una reparación integral mientras que en la responsabilidad por acto legítimo la restitución no comprende el lucro cesante, aunque no por ello deja de regirse por la justicia conmutativa, que realiza la igualdad de objeto a objeto [102].

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no había seguido una línea uniforme pues si bien en algunos fallos consideró que la indemnización no comprendía al lucro cesante [103] en otros casos consagró el principio de la responsabilidad integral [104], lo que se ha considerado que no permitía extraer conclusiones definitivas [105]. Sin embargo, con posterioridad al caso "Incalán" el Alto Tribunal ha mantenido el criterio de la responsabilidad integral (comprensiva del daño emergente y del lucro cesante) en varios precedentes, al igual que la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires [106]

Con todo, en los fallos en que la Corte ha reconocido la responsabilidad del Estado (en el caso, la provincia de Buenos Aires) por actos

102 SANTO TOMAS, *Suma Teológica*, 2-2, q. 62, a. 1, en el Tratado de Justicia.

103 En el caso "Motor Once S.A. c/ Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires" del 9/5/89, *L.L.* del 25/07/89, y comentado en el t. 1989-D de dicha revista por Macarel bajo el título "Una vuelta de tuerca en la jurisprudencia de la Corte: el alcance de la doctrina del caso 'Sánchez Granel'". La doctrina, por su parte, se ha manifestado contraria a la aplicación analógica del art. 10 de la Ley de Expropiaciones para fundar la exclusión del lucro cesante de la indemnización; véase GUASTAVINO, Elías P., "Indemnizaciones por la actividad lícita del Estado", en *E.D.*, t. 118, pág. 190.

104 En el fallo "Jucalán" (*Fallos*, t. 312, pág. 2266) y en el caso "Sánchez Granel" de fecha 20/09/84, publicado en *E.D.*, t. 111, pág. 551 *y sigs. con comentario* de Alberto B. Bianchi.

105 Cfr. ALTERINI, Atilio A., *Lesión al crédito y responsabilidad del Estado*, pág. 84, Buenos Aires, 1990, quien sostiene que el punto de equilibrio actual de la cuestión en el criterio de la Corte sería este: (i) la responsabilidad estatal por actos lícitos abarca únicamente a las consecuencias inmediatas; (ii) dentro de las categorías de daños resarcibles, el lucro cesante queda excluido cuando se trata de actos estatales *imperativos*, de carácter general; pero esa exclusión —en tanto el daño sea consecuencia inmediata— no rige en el caso de relaciones especiales de índole *convencional* del Estado con el particular.

106 Entre otros en los casos "Fernández Badie" (*E.D.*, t. 61, pág. 98). Con respecto a la jurisprudencia provincial hay que destacar, por su importancia, el caso "Divertimientos Acuáticos S.A.", publicado en *E.D.*, suplemento de Derecho Administrativo de fecha 19/05/98 con comentario de Carlos Alberto Andreucci; "Derecho Administrativo; responsabilidad del Estado por acto lícito y seguridad jurídica. Análisis para una mejor interpretación y legislación".

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

que provocaron inundaciones en establecimientos de campo propiedad de particulares, el criterio se funda más bien en la idea de falta de servicio y, consecuentemente, en el artículo 1112 del Código Civil (donde el Estado responde por los daños ocasionados por su actividad ilegítima) que en las razones que hacen a la responsabilidad por acto legítimo o lícito [107].

5. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES TENDIENTES A OBTENER EL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LA ACTIVIDAD LEGÍTIMA

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Laplacette" [108] había sentado el criterio de que la prescripción de las acciones que podía ejercer el perjudicado por un acto legítimo (se trataba de una obra pública autorizada por ley) no es la que se aplica a la responsabilidad proveniente de los hechos ilícitos prescripta en el artículo 4037 del Código Civil.

Esta jurisprudencia de la Corte ha variado *a posteriori* aplicando el plazo de dos años del artículo 4037 del Código Civil [109] lo cual traduce una tendencia contraria al reconocimiento de indemnización

107 En el caso "Prada, Iván Roberto c/ Buenos Aires, Provincia de, s/daños y perjuicios", de fecha 16/6/93 (P-405-XIX), el Alto Tribunal condenó a la provincia de Buenos Aires a pagar al actor el importe de los perjuicios (daño emergente y lucro cesante) ocasionados por los actos de órganos de la provincia que ocasionaron la inundación de su establecimiento de campo, si bien limitando el lucro cesante futuro (a diferencia de lo resuelto en el caso "Jucalán"). Entre los fundamentos se señaló el prescripto por el art. 1112 del Cód. Civ.

108 *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 195, pág. 66, *in re*, "Juan Laplacette s/ Suc. y otros c/ Provincia de Buenos Aires", fallado en el año 1943, donde se consideró que la prescripción del art. 4037 del Cód. Civ. no podía ser invocada válidamente por ser notorio que la acción deducida no nacía de un acto ilícito sino del ejercicio legítimo del poder público en la realización de una obra de interés general.

109 *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 300, pág. 143; en el caso "Cipollini, Juan Silvano c/ Dirección Nacional de Vialidad". Allí sostuvo el Alto Tribunal que el texto actual del art. 4037 del Cód. Civ. (luego de la reforma introducida por la ley 17.711) es más amplio que el anterior, pues abarca no solo la responsabilidad civil extracontractual. Lo que no dice el Tribunal es que los otros supuestos de responsabilidad extracontractual del derecho civil también presuponen una ilicitud, aunque ésta se determine objetivamente, es decir, sin culpa (v.gr., art. 1113 del Cód. Civ.). Tampoco advierte que el derecho civil no regula la responsabilidad por acto legítimo, lo cual constituye una regla en el derecho administrativo. Estas consideraciones nos llevan a sostener la improcedencia de aplicar, en estos casos, el art. 4037 del Cód. Civ., lo que además es injusto, habida cuenta que en el orden de la realidad, el particular considera que el Estado va a resarcirle a través de la Administración, ante quien inicia y realiza gestiones muchas veces en forma verbal y sin efecto interruptivo de la prescripción.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

debida a los particulares que muchas veces aguardan, sin interrumpir ni suspender la prescripción, la realización de gestiones que realizan en sede administrativa.

El error de esta tendencia jurisprudencial estriba en no haber advertido en que la responsabilidad extracontractual del Código Civil se basa, primordialmente, en la ilicitud subjetiva mientras que el derecho administrativo ha estructurado una responsabilidad totalmente objetiva, que, en este caso, procede respecto de los actos legítimos del Estado. Por lo demás, el propio texto del artículo 4037 del Código Civil indica expresamente que la prescripción allí regulada es la referente al ejercicio de acciones tendientes a consagrar la responsabilidad civil [110].

Por esa causa, la norma que debe aplicarse por analogía es la contenida en el artículo 4023 del Código Civil, en cuanto posee una mayor generalidad, permitiendo la realización de la justicia sin cortapisas formales.

Sección 3ª

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISION

Hasta qué punto el Estado y sus entidades se encuentran obligados a responder por los daños que ocasiona la omisión de sus órganos en adoptar las medidas que impidan la generación de perjuicios en la vida o patrimonio de los particulares constituye una cuestión que ha suscitado, últimamente, el interés de la doctrina y de la jurisprudencia.

La cuestión de la responsabilidad se ha planteado, especialmente, a raíz de no haberse adoptado ciertas decisiones en ejercicio de la

110 La doctrina expuesta en el caso "Cipollini", fallado por la Corte el año 1978, fue extendida posteriormente a una acción de daños y perjuicios promovida por los padres de un conscripto, fallecido en un accidente, sin culpa del Estado, mientras cumplía con el servicio militar —donde la Sala I Civil y Comercial de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contencioso Administrativo, había confirmado la excepción de prescripción opuesta por el Estado Nacional, con fundamento en el art. 4037 del Cód. Civ. En el respectivo fallo, no obstante reconocer la Corte un fundamento de derecho público en la responsabilidad del Estado por daños causados sin culpa a los particulares —sosteniendo que ella nace de la garantía consagrada en los arts. 14 y 17 de la Const. Nac.—, aplicó el plazo de prescripción de dos años del art. 4037 que se refiere a la responsabilidad civil extracontractual (*in re*, "Heredia de Morales, Justiniana, c/ Estado Nacional s/ ordinario", fallado el 11 de marzo de 1980).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

policía administrativa de naturaleza preventiva o de fiscalización, susceptibles de evitar la producción de un evento dañoso [111].

Como se trata de una responsabilidad objetiva [112] cuyo fundamento radica en el principio de igualdad (extensivo a todo el ámbito de la responsabilidad estatal) se aplican los requisitos generales que determinan la responsabilidad del Estado por acción, sobre la base de la noción de falta de servicio que, según se ha visto, acoge el precepto contenido en el artículo 1112 del Código Civil.

La clave para determinar la falta de servicio y, consecuentemente, la procedencia de la responsabilidad estatal por un acto omisivo se encuentra en la configuración o no de una omisión antijurídica. Esta última se perfila sólo cuando sea razonable esperar que el Estado actúe en determinado sentido para evitar los daños en la persona o en los bienes de los particulares [113]. Ahora bien, la configuración de dicha omisión antijurídica requiere que el Estado o sus entidades incumplan una obligación legal expresa o implícita (art. 1074, Cód. Civ.) tal como son las vinculadas con el ejercicio de la policía administrativa [114], incumplimiento que pueda hallarse impuesto también por otras fuentes jurígenas (v.gr. la costumbre y los principios generales del derecho).

Además, para que se genere la obligación de responder, resulta necesario que se trate de una obligación (o sea de un deber concreto) y no de un deber que opere en dirección genérica y difusa [115], es decir, en definitiva, de una obligación a cuyo cumplimiento pueda ser compelida la Administración, aun cuando para ello fuera menester cumplimentar determinadas cargas procesales (v.gr. habilitar la instancia). El límite de la responsabilidad está dado por las condiciones

111 Vide entre otros los casos: "Ruiz Mirta E. y otros c/ Provincia de Buenos Aires", resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *L.L.*, t. 1990-C, pág. 430, con nota de BUSTAMANTE ALSINA; "Torres, Francisco c/ Provincia de Mendoza". *L.L.*, t. 1989-C, pág. 518; "Sykes, Violeta y otros c/ Banco Central de la República Argentina", causa nro. 8809, de fecha 2 de julio de 1985, fallada por la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

112 BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "La responsabilidad del Estado en el ejercicio del poder de policía", *L.L.*, t. 1990-C, pág. 430; GAMBIER BELTRAN, "Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado por omisión, a la luz de la jurisprudencia", *L.L.*, t. 1990-E, pág. 617.

113 Cfr. GAMBIER BELTRAN, *ob. cit.*

114 BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *ob. cit.*, pág. 430, afirma que el ejercicio del poder de policía de preservar la seguridad pública se encuentra impuesto por la Constitución en forma implícita.

115 CASSAGNE, Juan Carlos, "La responsabilidad del Estado por omisión", *L.L.*, t. 1989-C, págs. 512-514.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

generales de exclusión de la obligación de responder que se configure por la ocurrencia de los supuestos jurídicos de caso fortuito o fuerza mayor [116].

Sección 4ª

SITUACIONES ESPECIALES QUE DETERMINAN LA RESPONSABILIDAD ESTATAL

1. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS JURISDICCIONALES. SU CARÁCTER EXCEPCIONAL

El ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los órganos del Estado —ya fuere que éstos pertenezcan al Poder Judicial o que sean tribunales administrativos— puede también dar origen a la responsabilidad estatal, cuando ocasionen daños a los particulares.

Pero la admisión de tal tipo de responsabilidad en el Estado de Justicia —que recién fue admitida en el último tramo de la evolución

116 En el caso "Ruiz" la Corte Suprema de Justicia consideró que el Estado no era responsable por los daños causados (muerte de los familiares) a raíz de la colisión producida en una ruta provincial, entre el automóvil que conducía el actor y un caballo. La Corte adujo, para eximir de responsabilidad a la provincia, que ésta no era la guardiana ni propietaria del animal que provocó la tragedia y que el hecho no había ocurrido por su intervención directa. Para BUSTAMANTE ALSINA, (*ob. cit.*, pág. 430), la sentencia contiene una equivocada fundamentación, al no aplicar los principios de la responsabilidad objetiva y porque el incumplimiento del deber de custodia y vigilancia "omitiendo hacer aquello que es indispensable para preservar la seguridad pública, convierte en ilícita esa abstención (art. 1074, Cód. Civ.)". Según GAMBIER, quien tampoco comparte, en su lúcido trabajo, el fundamento que esgrime la Corte para destacar la responsabilidad de la provincia demandada, igualmente ésta no sería responsable por tratarse de un supuesto de caso fortuito (*ob. cit.*, pág. 3). En nuestra opinión —y aun cuando se trata de una cuestión de hecho de naturaleza opinable— no se configura el caso fortuito por cuanto el hecho dañoso no se habría producido de haber adoptado la provincia las medidas necesarias de vigilancia y de seguridad en las rutas. Si el hecho era susceptible de ser previsto y, si además, la provincia no demostró que se encontraba en situación de impotencia para impedirlo ni tampoco en la imposibilidad relativa de hacerlo, no se dan las condiciones de imprevisibilidad e inevitabilidad que requiere el art. 514 del Cód. Civ. En definitiva, creemos que, en el caso, la provincia debió ser condenada a reparar los perjuicios ocasionados por no haber dispuesto los providencias mínimas e indispensables para hacer efectiva la vigilancia de las rutas, lo que resulta exigible por cualquier particular que invoque un interés legítimo, no obstante las dificultades procesales que pudieran presentarse en la práctica (v.gr. la distancia de los tribunales donde tramita la causa y la ejecución material de la decisión judicial). De este modo, comparto la opinión expuesta por Bustamante Alsina al comentar el fallo "Ruiz", sin dejar de reconocer el valor de la construcción que realiza Gambier, en punto al concepto de omisión antijurídica que hemos acogido.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

de las tendencias doctrinarias que postularon el reconocimiento, en general, de la responsabilidad estatal— pese a participar del fundamento unitario de esta última, no tiene el mismo alcance.

Se trata de una responsabilidad de carácter excepcional dado que en toda comunidad jurídicamente organizada todos sus componentes tienen el deber o carga genérica de someterse a las decisiones que se adopten en los procesos jurisdiccionales, lo cual lleva consigo la carga de soportar los daños ocasionados por una sentencia desfavorable. Este deber se concreta, muchas veces, en el sacrificio que tiene que aceptar todo particular —sin indemnización— de soportar los daños que le provoca el sometimiento al proceso, hasta tanto obtenga una sentencia que haga lugar a su pretensión. Ello constituye un principio general del derecho cuyo fundamento reposa en la justicia legal o general, que es la especie de la justicia que establece los deberes de las partes con el todo social.

Por esta causa, la restitución, de haber daños a los particulares, no puede sino constituir un supuesto excepcional, aun cuando el ejercicio de la actividad jurisdiccional cause perjuicios especiales a los particulares, ya sea que éstos provengan de la actividad jurisdiccional legítima como de sentencias judiciales que después son anuladas por otro tribunal de instancia superior.

Lo que ocurre —y en esto radica la diferencia de régimen en punto al alcance de la responsabilidad— es que a contrario de lo que acontece en otras especies (por actividad administrativa o normativa) existe aquí el deber genérico de soportar los daños causados por la actividad legítima o ilegítima, como consecuencia de la necesidad de someterse al proceso jurisdiccional por parte de los particulares, como modo de dirimir el sometimiento, en principio, a soportar todas la consecuencias perjudiciales que ese proceso provoque en sus derechos de propiedad y de libertad.

Sin embargo, esa carga de contribuir al bien común, representado por la realización de la justicia en el seno de la comunidad, genera, en algunos supuestos excepcionales, el deber de la comunidad de reparar los daños ocasionados por esa actividad cuando la misma sea ilegítima, a fin de restablecer la igualdad a través de la restitución.

2. DISTINTOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD POR ACTO JURISDICCIONAL. PRINCIPIO Y NORMAS APLICABLES

La responsabilidad del Estado por sus actos jurisdiccionales puede darse tanto en el proceso penal (donde es aceptada general-

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

mente por la doctrina) como en el proceso civil o comercial [117], sin que sea necesario el dictado de una ley especial que la consagre, en virtud de su fundamento constitucional (art. 16, Const. Nac.).

En ambas clases de proceso, la responsabilidad del Estado se justifica cuando por error o dolo de los órganos que ejercen el poder jurisdiccional y mediante la revisión del respectivo proceso, se obtiene la modificación de la cosa juzgada formal y material de una sentencia definitiva. El caso típico, que reconoce tanto la doctrina como la jurisprudencia francesa y argentina, es el de la revisión de la condena por error judicial [118] en un proceso criminal o correccional [119].

En tal sentido, la Corte Suprema ha sentado la doctrina de que para la procedencia de la responsabilidad del Estado por error judicial es indispensable que la sentencia que origina el daño sea declarada ilegítima y dejada sin efecto [120].

Pero también, excepcionalmente, debe admitirse la responsabilidad del Estado, aun cuando no exista revisión de la cosa juzgada formal y material de una sentencia definitiva, si se dispone una detención indebida —por un plazo que exceda el razonable— de una persona que después resulta absuelta al dictarse la sentencia definitiva [121], cuando la respectiva detención pueda calificarse de arbitraria [122].

Lo propio parece justo cuando a raíz de medidas cautelares y otras similares trabadas en los procesos (v.gr. embargos, inhibiciones, secuestros, prohibición de innovar, etc.) se ocasionan daños en el

117 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, págs. 761-762, Buenos Aires, 1973.

118 VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, pág. 379 y sigs., Paris, 1968.

119 ALTAMIRA GIGENA, Julio I., *Responsabilidad del Estado*, pág. 156 y sigs., Buenos Aires, 1973; CUETO RUA, Julio, "La responsabilidad del Estado por errores judiciales en las causas criminales", en la publicación titulada *Jurisprudencia sobre responsabilidad extracontractual en el derecho público y privado* de la Universidad Nacional de La Plata, año 1943.

120 En el caso "Vignoni, Antonio S. c/ Estado de la Nación Argentina", de fecha 14/5/88, publicado en *E.D.*, t. 129, pág. 521, con nota de BIDART CAMPOS.

121 VEDEL, Georges, *ob. cit.*, págs. 381-382, quien funda la responsabilidad del Estado, en estos casos, en el principio de igualdad ante las cargas públicas, donde la privación de libertad del particular está impuesta en interés del buen funcionamiento del sistema judicial.

122 En contra: MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. IV, págs. 764-766, quien funda su postura en que ello constituye un "tributo debido por todos los integrantes de la comunidad a la institucionalización de la justicia, al afianzamiento de ésta". Nos parece que ese tributo o carga que pesa sobre todos los ciudadanos no debe impedir el resarcimiento cuando la detención sea arbitraria y por tiempo irrazonable.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

patrimonio de los particulares (según el caso) siempre que las medidas respectivas no se hubieran decretado bajo la responsabilidad de alguna de las partes del proceso, en tanto la medida pertinente adolezca de arbitrariedad y sea dejada sin efecto por sentencia definitiva o equiparable a definitiva [123].

Dado que la nota común de estos supuestos de responsabilidad es el error judicial o la arbitrariedad de la medida, la restitución debe ser integral, aplicándose para el resarcimiento los criterios que rigen en materia de responsabilidad del Estado por su actividad ilegítima.

En las provincias, a contrario de lo que acontece en el orden nacional, se han dictado numerosas disposiciones que reconocen la responsabilidad del Estado por los actos jurisdiccionales, que tienen su fuente tanto en la Constitución provincial [124] como en los preceptos de los Códigos de Procedimientos Penales [125].

3. LA RESPONSABILIDAD EMERGENTE DEL EJERCICIO DE LOS PODERES DE GUERRA. SU ALCANCE SOBRE LA PROPIEDAD ENEMIGA Y LA RESPONSABILIDAD POR LOS HECHOS DE GUERRA

Entre las situaciones de emergencia constitucional —que derivan de la declaración de guerra que puede autorizar el Congreso (art. 75, inc. 25, Const. Nac.) y declarar el Presidente de la República (art. 99, inc. 15, Const. Nac.)— se encuentra la relativa al ejercicio de los poderes de guerra. Se trata de poderes que resultan implícitos de la Constitución escrita, que no tienen rango superior a la Constitución [126] y que se justifican en la medida en que exista razonabilidad y, por ende, adecuada proporcionalidad entre el medio elegido y los fi-

123 REIRIZ, María Graciela, *Responsabilidad del Estado*, págs. 77-80, Buenos Aires, 1969, quien reconoce la responsabilidad del Estado en los supuestos que hemos mencionado en el texto.

124 Constituciones de Chubut (art. 28); de Neuquén (art. 9°) del Chaco (art. 22); de Misiones (art. 27); de Santa Fe (art. 9°); de La Pampa (art. 11) y de Santa Cruz (art. 29). Importa destacar que este último precepto dispone que: "Una ley establecerá indemnizaciones para quienes habiendo estado detenido por más de setenta días fueran absueltos o sobreseídos definitivamente".

125 Códigos de Procedimientos Penales de las provincias de: Córdoba (art. 520); La Pampa (art. 458); Salta (art. 528); Catamarca (art. 440); La Rioja (art. 522); Santiago del Estero (art. 443), entre otros.

126 BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Constitucional*, t. I, pág. 625, Buenos Aires, 1968.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

nes de bien común que se pretenden tutelar, a través del ejercicio de los poderes de guerra.

La justificación que pueda merecer el reconocimiento de los poderes de guerra no lleva al extremo de privar a los perjudicados por esta clase de actos o hechos del Estado de la garantía de la defensa, y menos, del derecho a reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios, sin perjuicio de la restitución en especie del bien, cuando éste hubiera salido de su posesión o dominio.

Uno de los problemas inherentes a la responsabilidad del Estado que aquí se plantea es el que se vincula con la llamada "propiedad enemiga", donde nuestra República exhibe antecedentes legales [127], la mayor parte de los cuales han sido interpretados tanto por la jurisprudencia como por la doctrina de nuestro país [128]. Se trataba de prescripciones que se referían al ejercicio de los poderes de guerra sobre bienes pertenecientes tanto a un país enemigo como a los nacionales de ese país o personas jurídicas consideradas de capital extranjero de propiedad de aquéllos.

En el caso "S. A. Merck Química Argentina c/ Nación Argentina" [129] la Corte Suprema de Justicia de la Nación —con la disidencia bien fundada de Casares— elaboró una doctrina que consagró la naturaleza absoluta e insusceptible de contralor de los actos que derivan del ejercicio de los poderes de guerra sobre la llamada "propiedad enemiga".

No obstante que la derivación de esa concepción parece sentar la regla de la irresponsabilidad del Estado por los perjuicios causados a la propiedad enemiga, como lo sostuvo más tarde [130], hay que desta-

127 Dec. 7032/43; 7058/45; 10.935/45 y 11.599/46 dictados con motivo de la guerra a Alemania y Japón. Con motivo de la guerra no declarada con Inglaterra por la recuperación de las Islas Malvinas y Georgias del Sud, se dictó la ley 22.591.

128 La doctrina había sostenido, en los comienzos, la constitucionalidad de las medidas de ocupación, liquidación y confiscación de la propiedad enemiga (ADROGUE, Carlos A., *La propiedad enemiga y la Constitución Nacional*, Buenos Aires, 1946), pero últimamente se aprecia una tendencia en la mayoría de la doctrina a admitir el control judicial de los poderes de guerra a fin de impedir su ejercicio abusivo por parte del Poder Ejecutivo y garantizar el derecho de defensa de los perjudicados (BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Constitucional*, t. I, págs. 583 y 603, y t. II, pág. 339 y sigs., Buenos Aires, 1968).

129 *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 211, pág. 162 y sigs., resuelto el 9 de junio de 1948.

130 *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 245, pág. 146 y sigs., en el caso "Asociación Escuela Popular Germana Argentina Belgrano c/ Nación Argentina", fallado el 9 de noviembre de 1959, donde se declaró que el ejercicio legítimo de los poderes de guerra no podía ser fuente de indemnización para los particulares. Sin embargo, admitió la responsabilidad cuando la afectación de la propiedad privada se realizó para fines extraños al conflicto bélico y cuando ello benefició al Estado.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

car que, en este fallo, se dejó también sentado que las personas alcanzadas por tales medidas que se consideraran agraviadas en sus derechos, podían promover, una vez finalizada la guerra, las acciones ante la justicia necesarias "para reducir a sus justos límites los efectos producidos".

El ejercicio de los poderes de guerra sobre la propiedad enemiga, puede generar la responsabilidad del Estado, porque tales poderes no se hallan por encima de la Constitución ni su ejercicio puede ser abusivo o irrazonable, hallándose siempre sometidos a contralor judicial; a diferencia de la declaración de guerra [131] no son actos institucionales.

La doctrina correcta es la formulada en la disidencia de Casares al expresar que: "la definitiva apropiación por parte del Estado Argentino, a consecuencia de la guerra, de bienes pertenecientes a una nación enemiga o puestos al servicio de sus hostilidades, pero que se hallan en el país bajo el régimen de sus instituciones, no puede consumarse sin violación a las garantías constitucionales, como no sea dando a quienes por las leyes nacionales son dueños de ellos, posibilidades de debatir judicialmente la calificación en virtud de la cual el Estado se considera con derecho de aprobación a su respecto".

Las reglas que rigen la responsabilidad del Estado por los daños causados por el ejercicio de los poderes de guerra en lo que concierne a la reparación de los perjuicios difieren según que se trate de daños causados por la actividad legítima o ilegítima de los órganos estatales, aplicándose las soluciones establecidas para la responsabilidad derivada de la actividad administrativa y/o la normativa o legislativa.

Ahora bien, el ejercicio de los poderes de guerra puede causar otros daños, tanto a los ciudadanos de nacionalidad argentina o de otras nacionalidades, inclusive de aquellos países considerados enemigos [132], ya sea que se trate de requisiciones militares o de los propios hechos de guerra.

En caso de guerra, y cuando la necesidad lo imponga, el Presidente de la República se halla facultado a disponer requisiciones de bienes, medida que en tal caso es ejecutada por el Comandante del Teatro de Operaciones, si se lleva a cabo en esa jurisdicción, o por el Ministro de Defensa o las autoridades militares que él designe, si la

131 MARIENHOFF, Miguel S., *ob.cit.*, t. II, pág. 759, Buenos Aires, 1966.

132 Lo expuesto en el texto se extiende también a las personas jurídicas nacionales o extranjeras, sin distinciones.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

requisición se realiza fuera del llamado Teatro de Operaciones [133]. La propia Ley de Defensa Nacional se encarga de prescribir que "toda requisición da derecho a indemnización", aun cuando no incluye el lucro cesante [134], lo cual es un corolario lógico de la aplicación a esta materia de los principios que rigen en la expropiación por causa de utilidad pública.

En lo que concierne a la responsabilidad del Estado por los perjuicios que ocasionen los hechos de guerra (v.gr. destrucción de inmuebles por la artillería, incendios de campos, etc.) es evidente que tratándose de actividad administrativa deben aplicarse en esta materia todas las reglas y principios que se refieren a la responsabilidad extracontractual del Estado por el ejercicio de esa función [135].

La jurisprudencia de la Cámara Federal en lo Civil y Comercial Federal ha declarado que si bien los administrados carecen de acción para cuestionar los llamados poderes de guerra, ello "no enerva la posibilidad de que ataquen las consecuencias..." entre las que se incluyen los daños y perjuicios ocasionados a particulares a raíz del ejercicio de dicho poderes [136].

4. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. REMISIÓN

Cuando por la actuación del Estado se causa lesión a los derechos de otro Estado o a los nacionales de un Estado extranjero, puede aquél incurrir en responsabilidad ante estos últimos, la cual se halla regida por el derecho internacional público [137].

Aun cuando el abandono de la concepción absoluta de la soberanía ha conducido al reconocimiento de la responsabilidad del Estado en el plano internacional, puede decirse que ella se presenta todavía sin una regulación orgánica y sometida predominantemente a acuer-

133 Ley 16.970. La requisición puede ser a título de uso o de dominio.

134 Art. 37 de la ley 16.970.

135 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. IV, págs. 779-782.

136 CNCiv. y Com. Fed., Sala II, *in re*: "Astilleros Hernán Cortés S.A. c/ Estado Nacional", del 5/6/88, *E.D.*, t. 131, pág. 468 y sigs., con nota nuestra titulada: "La responsabilidad del Estado por su actividad legítima". La postura acogida en el fallo sigue doctrina de MARIENHOFF (*ob. cit.*, t. IV, págs. 775-776, nro. 1673.)

137 RUIZ MORENO, Isidoro, *Derecho Internacional Público*, t. II, pág. 278 y sigs., Buenos Aires, 1940; ROUSSEAU, Charles, *Derecho Internacional Público*, pág. 346 y sigs., trad. del francés, Barcelona, 1961; VERDROSS, Alfred, *Derecho Internacional Público*, pág. 272 y sigs., trad. del alemán, Madrid, 1957; DIAZ CISNEROS, César, *Derecho Internacional Público*, t. II, pág. 135 y sigs., Buenos Aires, 1966; PODESTA COSTA, Luis A., t. I, pág. 419 y sigs., Buenos Aires, 1960.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

dos bilaterales de orden práctico [138] que, más que los principios, tienen en cuenta el interés económico de los respectivos Estados.

Habida cuenta del principio que proclama la igualdad jurídica de los Estados en el ámbito internacional, sería injusto que un Estado o sus nacionales o empresas no respondan por los actos legítimos o ilegítimos que han causado daño a otro Estado o a los ciudadanos de este último, máxime cuando el Estado causante del perjuicio ha experimentado un beneficio o un enriquecimiento patrimonial (v.gr. una nacionalización sin abonar las indemnizaciones correspondientes).

En el terreno de los principios no existen inconvenientes para aplicar, a esta clase de responsabilidad, las reglas que gobiernan la responsabilidad del Estado en el derecho interno.

Pero lo cierto es que no existiendo consenso en la comunidad internacional sobre el régimen de esta responsabilidad e inclusive sobre la obligación de indemnizar, esta materia seguirá regulándose en forma inorgánica, a través de los tratados que celebren en cada caso los países afectados.

Sección 5ª

LA RESPONSABILIDAD DE LOS AGENTES PUBLICOS

1. BREVES CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS

No obstante que la responsabilidad de los agentes públicos corresponde que sea abordada al tratar lo atinente a la relación que rige la función pública [139] vamos a formular en este capítulo sobre la responsabilidad del Estado algunas consideraciones generales acerca de aquélla, cuando la misma es de tipo patrimonial o civil, es decir, frente a terceros.

138 REIRIZ, María Graciela, *ob. cit.*, pág.166, respecto de la responsabilidad por expropiación y nacionalizaciones.

139 Existen distintos tipos de responsabilidad de los agentes públicos, a saber: 1) administrativa, que se subdivide en: a) disciplinaria; y b) patrimonial, frente al Estado; 2) penal; y 3) civil o patrimonial, frente a terceros (particulares). La responsabilidad patrimonial, frente al Estado y sus entidades o jurisdicciones, se rige, actualmente, por los arts. 130 y 131 de la ley 24.156.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

La causa de ello obedece a la conexión existente con determinados temas fundamentales que hacen tanto a la interpretación que cabe asignar al artículo 1112 del Código Civil, como a la posibilidad de acumular la responsabilidad del Estado a la del agente público.

A ese fin, se utilizarán los conceptos de "falta de servicio" y de "falta personal", expuestos precedentemente [140].

2. La interpretación del artículo 1112 del Código Civil según la doctrina y la jurisprudencia

En la doctrina nacional, tanto los autores que se han dedicado al derecho civil [141] como los administrativistas [142], han postulado, prácticamente sin excepciones, una interpretación del artículo 1112 del Código Civil según la cual este precepto se aplica, exclusivamente, para regir la responsabilidad directa de los funcionarios frente al Estado por el desempeño irregular de la función que les ha sido atribuida.

La jurisprudencia, sin embargo, registra interpretaciones bastante discordantes, ya que mientras en algunos fallos se ha sostenido que el artículo 1112 del Código Civil prescribe la responsabilidad del Estado frente a los terceros por los hechos y las omisiones provocados por los agentes públicos por cumplir de un modo irregular las obligaciones que le han sido impuestas [143], en otros casos se ha interpreta-

140 Sección 1ª de este Capítulo, punto 4.

141 LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Código Civil Anotado*, t. II-B, págs. 449-450, Buenos Aires, 1979; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho Civil Argentino - Obligaciones*, t. II, pág. 452, Buenos Aires, 1967; DIAZ DE GUIJARRO, Enrique, "Inaplicabilidad del artículo 1112 C.C. a las relaciones, entre sí, de los funcionarios públicos", *J.A.*, t. LXI, pág. 531.

142 VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. III, pág. 356 y sigs., Buenos Aires, 1951; BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. III, pág. 271 y sigs., Buenos Aires, 1956; MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. IV, pág. 381 y sigs.; FIORINI, Bartolomé A., *Derecho Administrativo*, pág. 872 y sigs., Buenos Aires, 1976. La excepción a toda esta corriente doctrinaria está representada por LINARES en un meditado trabajo titulado "En torno de la llamada responsabilidad civil del funcionario público", *L.L.*, t. 153, sec. doctrina, pág. 602.

143 Caso "Torres Blanco c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", fallado por la Cámara Federal de la Capital en el año 1928, *J.A.*, t. 27, pág. 1180. Se trataba de la responsabilidad del Municipio por los daños ocasionados a un propietario a quien le obligó a subir el nivel de construcción, después de haberle aprobado, por error, los planos. En ese caso, no obstante que la sentencia de 1° Instancia había condenado a la Municipalidad por aplicación del art. 1109 del Cód. Civ., la responsabilidad se fundó en el art. 1112 de dicho Código. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Ferrocarril Oeste c/ Provincia de Buenos Aires" (*Fallos*, t. 182, pág. 5, y *L.L.*, t. 12, pág. 122) se apoyó en el art. 1112 del Cód. Civ., para establecer la responsabilidad de la provincia demandada por falta de servicio.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

do que esa disposición se refería a la responsabilidad de los agentes frente a los terceros, al admitir, erróneamente, sobre la base de la configuración de una responsabilidad indirecta, que la responsabilidad del Estado por los actos ilegítimos se regía por los artículos 1109 y 1113 del Código Civil [144]. Ya se ha visto, al tratar esa especie de responsabilidad, cómo esa teoría era errónea en sus fundamentos y conclusiones fundamentales.

En nuestra opinión el problema que plantea la interpretación del artículo 1112 del Código Civil y la posibilidad de que el funcionario o agente público sea declarado responsable por los daños que causa a los administrados, debe regirse por estos criterios:

a) El artículo 1112 del Código Civil consagra un sistema de responsabilidad especial directa del Estado por los actos y omisiones de los agentes públicos en ejercicio de las funciones, cuando su desempeño provoca funcionamiento irregular o defectuoso de la respectiva función. No es necesario para ello individualizar a los agentes culpables, pues cuando la responsabilidad es objetiva, no hay culpa personal sino falta de servicio. No se aplican, tampoco, los principios que rigen la culpa en la responsabilidad refleja o indirecta, cuya temática resulta ajena al derecho administrativo [145].

b) El funcionario público no responde directamente por las faltas del servicio. Frente al tercero o administrado la responsabilidad es sólo del Estado. En caso de que el Estado deba

144 Esta es la tendencia que se inaugura en la Jurisprudencia de la Corte a partir del caso "Devoto" del año 1933, que se aparta de la tesis de Bielsa según la cual el Estado era irresponsable extracontractualmente, por su actuación en el campo del derecho público, salvo que hubiera una ley que así lo reconociera. Para este autor, había una gran similitud entre el art. 1112 y el art. 839 del Código Civil alemán. Sin embargo, como lo destaca la Corte en el caso "Ferrocarril Oeste", la fuente del codificador fue Aubry y Rau, en su comentario al art. 1184 del Código francés, que bajo el título "De los casos en los cuales una persona es, en virtud de disposiciones especiales de la ley, responsable del daño causado", se refiere a la responsabilidad de patrones y comitentes por los actos de sus subordinados. Como bien anota Linares "no existe una sola palabra en la cita del codificador sobre el asunto de responsabilidad propia del agente por falta personal. Se refiere a la del Estado exclusivamente" (*ob. cit.*, pág. 604). La norma de Vélez, no obstante haberse aplicado por la Corte recién, en forma correcta, en el año 1938 en el caso "Ferrocarril Oeste", se adelantó muchos años a la noción de falta de servicio, creada por el Consejo de Estado de Francia a raíz de la ausencia de una norma de contenido similar en el Cód. Civ. de ese país.

145 CASSAGNE, Juan Carlos, "La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la Corte", *E.D.*, t. 114, pág. 215, donde el Alto Tribunal acoge el criterio del texto.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

responder por una falta de servicio podrá después hacer efectiva la responsabilidad de este último.

c) El agente público responde directamente frente al tercero en caso de falta personal. Se aplica aquí —igual que en Francia— el artículo 1109 del Código Civil, salvo que hubiera concurrencia de faltas (personal y de servicio) en cuyo caso también concurre el artículo 1112 del Código Civil. Tal coexistencia aparece cuando la falta personal no está desprovista de toda relación con el servicio. Por su parte, la vía de hecho y el delito de derecho criminal se rigen por las reglas inherentes a la responsabilidad por falta personal.

En cuanto al concepto de "falta personal" ella existirá siempre que los hechos reprochados a un agente público se aparten de lo que puede considerarse atinente al servicio, incluso en su funcionamiento defectuoso.

Las circunstancias que admiten la jurisprudencia y la doctrina francesa son:

1) hechos de la vida privada del agente;
2) dolo;
3) lucro personal;
4) falta grave inexcusable, tal que no se puede tolerar en un funcionario mediocre.

3. CONCLUSIONES SOBRE LA JUSTICIA DE LA INTERPRETACIÓN DEL SISTEMA QUE RIGE LA RESPONSABILIDAD DEL AGENTE PÚBLICO

La interpretación que se ha formulado acerca de los preceptos del Código Civil, en lo que respecta a la sistematización y regulación de la responsabilidad del Estado y la correspondiente al funcionario o empleado público, permite señalar algunas conclusiones que hacen a la justicia de los principios sustentados.

Entre ellas podemos señalar las siguientes:

1) Es evidente que si se restringe en demasía la admisión de la falta personal se corre el riesgo de que el agente público, seguro de no tener (o casi nunca) que soportar las consecuencias de sus faltas, será proclive a incurrir en un ejercicio abusivo de funciones e —inclusive— actuar fuera de su esfera de competencia y sin vinculación con el servicio. Pero este riesgo no ha de exagerarse, habida cuenta que el funcionario o empleado público se encuentra, por una parte, sometido a un régimen

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

disciplinario específico y, por otro lado, se encuentra también alcanzado por el Código Penal;

2) De admitirse, por el contrario, demasiado fácilmente que las faltas cometidas por los agentes públicos tienen naturaleza personal, ello conduce ineludiblemente a la parálisis de la propia función administrativa, donde los funcionarios tenderán a abstenerse de dictar actos administrativos, como medio de defensa personal;

3) La interpretación más justa del artículo 1112 del Código Civil, que tiene en cuenta no sólo su fuente doctrinaria sino la realidad en la cual opera, es aquella que postula su aplicación para regir la responsabilidad del Estado por faltas de servicio al no existir en el Código Civil prescripciones especiales para determinar la responsabilidad del agente público por falta personal, ésta se rige, básicamente, por el artículo 1109 del citado Código.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CAPÍTULO IV

LA ADMINISTRACION CENTRAL

SUMARIO

1. Introducción.
2. El Gobierno Federal y la distribución de la competencia según la Constitución Nacional.
3. El Poder Ejecutivo Nacional.
4. Competencia del Poder Ejecutivo.
5. El Jefe de Gabinete
   A) La atenuación del poder presidencial
   B) Articulación de los poderes del Jefe de Gabinete con los Ministros
   C) La asignación constitucional de facultades privativas al Jefe de Gabinete
6. El órgano ministerial: naturaleza y atribuciones.
7. Las Secretarías de Estado y sus Subsecretarías. La organización burocrática.
8. La organización consultiva de carácter jurídico.
9. La organización de control.
10. La Ley de Administración Financiera y los sistemas de control.
11. Continuación. Ambito de aplicación.
12. El control interno de la Administración Pública.
13. El control externo del Sector Público Nacional.
14. El control parlamentario.
15. El Defensor del Pueblo.
16. De la acción de responsabilidad contra los funcionarios y personas que se desempeñan en las jurisdicciones y entidades controladas.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CAPÍTULO IV

LA ADMINISTRACION CENTRAL

1. INTRODUCCIÓN

El conjunto de órganos y entes estatales estructurados orgánicamente para desempeñar con carácter predominante la función administrativa conforma la Administración Pública, considerada desde el punto de vista orgánico [1].

Su organización se encuentra condicionada por el sistema político de cada país. La separación de poderes determina que el Poder Ejecutivo tenga a su cargo fundamentalmente la función administrativa, si bien también ejerce funciones o actividades legislativas o normativas y jurisdiccionales, su estructura se encuentra preparada esencialmente para el ejercicio de aquella función.

Los otros poderes del Estado —Legislativo y Judicial— no obstante que desempeñan también funciones administrativas, tienen como misión principal legislar o juzgar, respectivamente, contando con una organización apta para el ejercicio de su función principal.

Al abordar la organización administrativa se analizará primordialmente la correspondiente al Poder Ejecutivo, aun cuando también los otros poderes del Estado posean una organización, necesaria no sólo para el desempeño de la función administrativa que puedan desarrollar sino fundamentalmente para el ejercicio de su actividad específica o predominante.

[1] Lo apuntado en el texto no implica contradecir la concepción institucionalista sobre la Administración que hemos sostenido antes y que permite visualizar la existencia de un conjunto de órganos permanentes que se diferencian del Gobierno. Ello demuestra que el concepto de Administración es una idea análoga en el sentido de que se aplica a varios objetos de un modo que no es del todo idéntico ni del todo diferente. El sentido subjetivo que usamos en el texto es meramente descriptivo o formal.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Nuestro país ha adoptado el sistema federal de gobierno, el cual supone la coexistencia de dos órdenes de autoridades y distintas organizaciones administrativas. Cada una de las provincias conserva todo el poder no delegado (art. 121 de la Const. Nac.), dándose sus propias instituciones y rigiéndose por ellas (arts. 5° y 122 de la Const. Nac.).

El sistema federal estructura, en consecuencia, la organización del Estado. Esa circunstancia torna necesario realizar el análisis de los distintos órdenes organizativos que lo integran (Nación, provincias y municipios) de acuerdo a las normas y principios que estatuye la Constitución Nacional.

En la organización administrativa nacional, cuya titularidad corresponde al Poder Ejecutivo, existen dos estructuras básicas: la administración central y la administración descentralizada, ambas bajo la dirección de aquel Poder (art. 99, inc. 1° de la Const. Nac.). La administración central no implica la institución de una nueva persona jurídica y su principio organizativo esencial, es el de la jerarquía que, en algunos casos, se encuentra atenuada (administración jurisdiccional o de contralor). En cambio, la administración descentralizada supone la creación de nuevas entidades con personalidad jurídica propia vinculadas al Poder Ejecutivo mediante las llamadas relaciones de "tutela" o de "control administrativo".

Análoga situación se reproduce en los ámbitos provinciales y municipales.

2. EL GOBIERNO FEDERAL Y LA DISTRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA SEGÚN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

La Constitución Nacional distribuye el poder del Estado entre la Nación y las provincias.

Para la distribución de poderes o atribuciones existen tres técnicas constitucionales: a) fijar la competencia del Estado Federal y reservar las facultades no enumeradas taxativamente a las provincias, tal como lo hace el artículo 104 de la Constitución Nacional; b) establecer en forma rígida las competencias de las provincias, atribuyendo al Estado Nacional las facultades no asignadas a aquéllas; y c) enumerar los poderes de ambos gobiernos [2].

2 BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Constitucional*, t. I, pág. 490, Buenos Aires, 1968.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Si nos atenemos al ámbito y al modo como han sido asignadas las atribuciones estatales, ellas pueden clasificarse de la siguiente forma [3].

a) delegadas al gobierno federal (arts. 75, 99 y 100 de la Const. Nac.);
b) conservadas por las provincias (arts. 5° y 122 de la Const. Nac.);
c) concurrentes, atribuidas a ambos gobiernos (arts. 75, inc. 18 y 125 de la Const. Nac.).

Un criterio similar puede aplicarse respecto de las prohibiciones que estatuye la ley suprema, clasificándolas del siguiente modo:

a) concernientes al gobierno federal (art. 32 de la Const. Nac.);
b) relativos a las provincias (arts. 126 y 127 de la Const. Nac. y todas las demás atribuciones delegadas en la Nación);
c) atinentes a ambos gobiernos (arts. 28 y 29 de la Const. Nac.).

La competencia que la Constitución atribuye al Gobierno Federal se delimita, en general, teniendo en cuenta la índole de las actividades; es decir, se trata de una competencia asignada en razón de la materia. Pero también se atribuyen al Estado Nacional, en determinados supuestos, competencias en razón del territorio y de las personas.

En lo que concierne a la competencia atribuida, las provincias sólo han conservado poderes de guerra en caso de invasión exterior o peligro tan inminente que no admita dilación debiendo dar cuenta luego al gobierno federal (art. 126), en razón de la materia, ella puede distinguirse [4] de esta forma:

a) poderes de gobierno interior: dicta los códigos de fondo (art. 75, inc. 12); reglamenta la libre navegación de los ríos (art. 75, inc. 10); regla el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí (art. 75, inc. 13); provee lo conducente a la prosperidad, adelanto y bienestar del país (art. 75, inc. 18); etcétera.
b) poderes relativos al gobierno exterior: celebra tratados (arts. 75, inc. 22 y 99, inc. 11), arregla definitivamente los límites del territorio de la Nación (art. 75, inc. 15), etcétera.

[3] GONZALEZ CALDERON, Juan A., *Curso de Derecho Constitucional*, págs. 147-148, Buenos Aires, 1943.

[4] DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. II, pág. 144, Buenos Aires, quien recoge la clasificación que formulara Alberdi.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

c) poderes de guerra: tiene a su cargo la seguridad de las fronteras (art. 75, inc. 16), declara la guerra y hace la paz (arts. 75, inc. 25, y 99, inc. 16), organiza y conduce los ejércitos (arts. 75, incs. 23 y 24, 99, incs. 12, 13 y 14) y permite la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Nación y autoriza la salida de las fuerzas nacionales (art. 75, inc. 28).

d) poderes concernientes a la hacienda: provee a los gastos de la Nación con el producido de los derechos de importación y exportación, la venta o locación de tierras de propiedad nacional, la renta de correos y con los impuestos, empréstitos y demás operaciones de crédito (arts. 4° y 75, incs. 1°, 2°, 3°, 4° y 5°). Respecto al poder impositivo debe señalarse que el Gobierno Nacional sólo puede establecer impuestos directos por tiempo determinado proporcionalmente iguales en todo el territorio nacional y siempre que la defensa, seguridad común y bienestar general lo exijan; la concurrente potestad tributaria ha dado lugar a que la Nación y las provincias hayan llegado a un acuerdo sobre el cobro de los impuestos directos e internos encomendando a la Nación su percepción y repartiendo el producido conforme a un sistema de índices;

e) poderes concernientes a la administración de justicia: la Constitución ha organizado un doble sistema de administración de justicia, estableciendo un Poder Judicial en el ámbito nacional (art. 108) y determinando que las provincias deben asegurar la administración local de justicia (art. 5°).

La Nación, para lograr sus objetivos, pueden legislar incluso sobre actividades propias de las provincias, en la medida en que sea necesario [5], razón que ha determinado en la práctica un avance del gobierno federal, ya que en caso de conflicto entre las normas nacionales y locales debe reconocerse la supremacía de las normas federales [6].

La competencia del gobierno federal también se ha atribuido teniendo en cuenta el territorio. Así, sobre la Capital Federal sólo la Nación tiene competencia. El artículo 75, inciso 30, de la Constitución Nacional establece que la Nación ejerce "legislación exclusiva... sobre los demás lugares adquiridos por compra o cesión en cualquiera de las provincias, para establecer fortalezas, arsenales, almace-

5 *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 239, pág. 343 y t. 257, pág. 159.

6 Art. 31 de la Contitución Nacional.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

nes u otros establecimientos de utilidad nacional". Esta norma fue interpretada por una ley [7] a fin de restringir la competencia federal y permitir en algunos supuestos que las provincias tuvieran atribuciones sobre algunos establecimientos nacionales ubicados en ella. No obstante, esa ley fue declarada al poco tiempo inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia, considerándose que la competencia del gobierno federal sobre esos lugares era exclusiva y excluyente [8], doctrina que varió en los fallos posteriores del Alto Tribunal [9] al admitir la subsistencia de los poderes provinciales, en tanto su ejercicio no interfiera en la finalidad del establecimiento de utilidad nacional, fórmula que prescribe la Constitución reformada en 1994 (art. 75, inc. 30).

3. EL PODER EJECUTIVO NACIONAL

De acuerdo a la Constitución Nacional el Poder Ejecutivo se halla desempeñado por un ciudadano que ostenta el título de Presidente de la Nación Argentina, quien es el Jefe Supremo de la Nación y responsable político de la administración general del país (Const. Nac., arts. 87 y 99, inc. 1°).

Para comprender cabalmente la naturaleza del Poder Ejecutivo y sus atribuciones resulta necesario advertir que se trata del núcleo originario del cual, por aplicación de la doctrina de separación de poderes, fueron desprendiéndose funciones legislativas y jurisdiccionales que se atribuyeron a otros órganos especializados [10]. Aun cuando inicialmente se pretendió reconocerle sólo la función administrativa, sus funciones no se limitan, como su nombre lo parece sugerir, a la mera ejecución de las leyes; por el contrario, él es quien tiene a su cargo el impulso de la actividad estatal [11].

En este aspecto, nuestra organización constitucional se apartó del modelo norteamericano para que el Poder Ejecutivo tuviera el vi-

7 Ley 18.310.

8 *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 127, pág. 186, en el caso "Marconeti Ltda. S.A.", publicado con nota de BOSCH, Jorge Tristán, *L.L.*, t. 131, pág. 987.

9 *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 301, pág. 1122 y sigs., *in re*, "S.A. Vialco contra Nación Argentina"; t. 302, pág. 1223; y sentencia del 11/2/88 en la causa "Irazú Margarita c/ Copetro o quien corresponda s/ indemnización de daños y perjuicios".

10 BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Constitucional del Poder*, t. II, pág. 12 y sigs., Buenos Aires, 1967.

11 BIDART CAMPOS, Germán J., *ob. cit.*, t. II, pag. 12 y sigs.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

gor y la estabilidad que la realidad del país y su historia aconsejaban, teniendo en cuenta, en cierto modo, la figura de los virreyes españoles [12]. Alberdi, inspirador de este criterio, resumió su tesis del siguiente modo: "Dad al Poder Ejecutivo todo el poder posible, pero dádselo por medio de una Constitución" [13].

Con el transcurso del tiempo el liderazgo del Poder Ejecutivo fue acentuándose como resultado de diversas causas. El Estado ha asumido nuevos cometidos, tomando a su cargo asuntos librados a la actividad de los particulares, interviniendo, incluso, en la economía y fijando hasta la política en materia de población y educativa. Como se ha afirmado [14], el Estado llegó a convertirse en el máximo protagonista de la sociedad. Esta tendencia crece o disminuye en virtud de la influencia que ejercen las entidades intermedias existentes entre el individuo y el Estado, pese a que en la actualidad el Estado ha comenzado a reconocer esas entidades, encomendándoles el desempeño de funciones públicas [15].

Las nuevas funciones que el Estado debió asumir fueron mayoritariamente tomadas por el Poder Ejecutivo, ya que, por su estructura y dinamismo, es quien esta en mejores condiciones para llevarlas a cabo.

La doctrina ha debatido intensamente el significado de la expresión utilizada por la Constitución Nacional al afirmar que el Poder Ejecutivo es el "Jefe Supremo de la Nación", entendiéndose que ello no significa que esté por encima de los otros poderes ya que, necesariamente, debe haber un equilibrio entre ellos; el término indica que es cabeza del Ejecutivo [16].

En cambio, hay quienes consideran que la actividad política o gubernamental que se origina y se limita en la propia Constitución le confiere el liderazgo del poder político [17], lo que resulta expresamente prescripto en la Constitución reformada (art. 99, inc. 1°). En consecuencia, el Presidente de la República es el más alto magistrado, es el que ejerce la representación de la soberanía del Estado ante los

12 AZZARINI, José Luis, "El Poder Ejecutivo fuerte Alberdiano", *J.A.*, diario de fecha 30/8/73.

13 ALBERDI, Juan Bautista, *Obras Completas*, t. III, pág. 491.

14 VILLAR PALASI, José Luis, *La Intervención Administrativa en la Industria*, t. I, pág. 31, Madrid, 1964.

15 Ver al respecto GARRIDO FALLA, Fernando, *Las Transformaciones del Régimen Administrativo*, 2ª ed., pág. 44 y sigs., Madrid, 1962.

16 DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. II, pág. 75.

17 BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Constitucional del Poder*, t. I, pág. 737.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Estados extranjeros y es quien debe impulsar la actividad política. Asimismo, es el comandante en jefe de las fuerzas armadas y provee a la formación de todos los poderes del Estado, ya sea por medio de la convocatoria electoral o por medio de su nombramiento [18].

Su liderazgo, en la práctica, también se ve afirmado por tratarse de un órgano unipersonal; en definitiva, ello determina que en una sola persona física se reúne toda la potestad pública atribuida a un poder del Estado [19].

Si bien el artículo 87 de la Constitución Nacional establece que el Poder Ejecutivo será desempeñado por un ciudadano, teniendo en cuenta que el artículo 100 dispone que el Jefe de Gabinete y los Ministros "refrendarán y legalizarán los actos del Presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia", es objeto de controversia si el Poder Ejecutivo es unipersonal o colegiado.

4. COMPETENCIA DEL PODER EJECUTIVO

Las atribuciones del Poder Ejecutivo se encuentran expresamente previstas en los distintos incisos del artículo 99 de la Constitución Nacional, aun cuando esta enumeración no es taxativa, ya que la misma se completa con otras disposiciones de la propia Constitución. En tal sentido, no se requiere norma expresa para asignar funciones al Ejecutivo por cuanto las funciones estatales no asignadas a otros poderes le pertenecen [20].

En una sistematización de sus atribuciones, teniendo en cuenta la índole de la actividad material desarrollada, ellas pueden clasificarse en [21]:

a) facultades de gobierno o políticas: adjudicadas por el artículo 99, inciso 1°, de la Constitución Nacional y en otros incisos del mismo artículo (4°, 11 y 15) se ejercen en un marco de discrecionalidad en cuanto al poder de iniciativa, no obstante que se trata siempre de una actividad vinculada a la Constitución Nacional [22];

b) facultades normativas: se encuentran atribuidas básicamente por el inciso 1° del artículo 99 de la Constitución. Por dicha norma "expide las instrucciones y reglamentos", asignándose-

18 SARRIA, Félix, *Derecho Administrativo*, pág. 203, Buenos Aires, 1961.

19 SARRIA, Félix, *ob. cit.*, pág. 203.

20 BIDART CAMPOS, Germán J., *ob. cit.*, t. II, pág. 73.

21 VALIENTE NOAILLES, Carlos, *Manual de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. I, pág. 3 y sigs., Buenos Aires, 1970.

22 BIDART CAMPOS, Germán J., *ob. cit.*, t. II, pág. 73.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

le potestad para el dictado de reglamentos de ejecución. La potestad para dictar reglamentos delegados surge del artículo 76 de la Constitución Nacional;

c) facultades colegislativas: participa de la actividad tendiente al dictado de leyes por el Congreso. El artículo 99, inciso 3°, establece que "participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución las sanciona y promulga"; puede presentar al Congreso proyectos de leyes, teniendo el derecho de iniciativa [23] En circunstancias de excepción dicta decretos de necesidad y urgencia.

Al propio tiempo, el Poder Ejecutivo hace anualmente la apertura de las sesiones del Congreso, recomendando las medidas que juzgue necesarias y convenientes (art. 99, inc. 8°, Const. Nac.); prorroga las sesiones ordinarias del Congreso y convoca a extraordinarias (art. 99, inc. 9°, Const. Nac.).

d) facultades administrativas: como jefe supremo de la Nación y responsable político de la administración general del país le corresponde la titularidad de la función administrativa (art. 99, inc. 1° de la Const. Nac.).

Hay que diferenciar aquellas facultades administrativas que el Poder Ejecutivo posee en su carácter de ejecutor de las leyes, de las funciones administrativas que le corresponden por sí, atribuidas directamente por la Constitución, integrando la "zona de reserva de la administración" [24]. La función administrativa la desempeña en su carácter de órgano encargado de la aplicación de las leyes cuando concede jubilaciones "conforme a las leyes de la Nación" o hace recaudar las rentas de la Nación o decreta su inversión también con arreglo a las leyes (art. 99, incs. 6° y 10). Además realiza función administrativa, pero en este caso no derivada de la ley, cuando imparte órdenes a los órganos administrativos, los controla o resuelve conflictos suscitados entre ellos [25], o cuando nombra o remueve empleados (art. 99, inc. 7°) [26] o cuando solicita informes a los empleados de la administración (art. 99, inc. 17).

23 BIDART CAMPOS, Germán J., *ob. cit.*, t. II, pág. 91, señala que la publicación y promulgación de las leyes no constituyen funciones legislativas.

24 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 497.

25 FIORINI, Bartolomé A., *ob. cit.*, t. I, pág. 177.

26 La facultad que tiene el Poder Ejecutivo para remover sus empleados debe ejercerse en armonía con las leyes que dicte el Congreso al reglamentar el art. 14 bis de la Const. Nac. (que consagra el derecho a la estabilidad en el empleo público).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Algunas actividades administrativas atribuidas al Poder Ejecutivo deben ser ejercidas conjuntamente con otros poderes del Estado: el nombramiento de jueces, embajadores y oficiales superiores de las fuerzas armadas requieren el acuerdo del Senado (art. 99. incs. 5°, 7° y 13), siempre que el Congreso no estuviese en receso, supuesto en el que es procedente la designación "en comisión" que expira al finalizar las sesiones ordinarias de la próxima legislatura (art. 99, inc. 19) [27]. El acuerdo no le quita al acto carácter administrativo, ya que se trata de una función administrativa atribuida por la Constitución al Senado.

Pertenecen a este grupo la declaración de guerra o de estado de sitio, que son funciones administrativas que requieren la intervención del Congreso (art. 99, incs. 15 y 16);

e) facultades jurisdiccionales: las funciones jurisdiccionales de los órganos del Poder Ejecutivo han sido aceptadas por nuestro más alto tribunal a condición de que exista un control judicial posterior suficiente [28], con amplitud de debate y prueba.

En el ejercicio de las potestades que hacen a su jerarquía constitucional el Poder Ejecutivo ejerce tres jefaturas [29]:

1) Es el Jefe del Estado y como tal representa a la nación en el ámbito internacional (art. 99, inc. 1°);
2) Es el jefe del Gobierno y cabeza de la Administración (art. 99, inc. 1°), y por ello es el superior jerárquico de todos los órganos creados en el ámbito del Poder Ejecutivo, y ejerce la supremacía de tutela, a los efectos de la dirección de sus actividades y el control sobre las entidades descentralizadas;
3) Es el Comandante en Jefe de todas las fuerzas armadas (art. 99, inc. 12) sin que ello excluya los poderes militares del Congreso (art. 75, incs. 25, 26, 27 y 28).

La Constitución Argentina atribuye al Poder Ejecutivo el ejercicio de algunas facultades excepcionales, como es la relativa al indulto y conmutación de penas (art. 99, inc. 5°, Const. Nac.).

27 LOUSTEAU HEGUY, Guillermo A., "El nombramiento de jueces sin acuerdo previo", *L.L.*, t. 112, pág. 870, sostiene que el inc. 22 del art. 86 de la Const. Nac. no es aplicable a la designación de jueces, sino para los cargos que dependen jerárquicamente del Poder Ejecutivo.

28 *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 247, pág. 646, *in re*, "Fernández Arias, Elena contra Poggio, José s/ sucesión"; VALIENTE NOAILLES, Carlos, *ob. cit.*, págs. 33-34.

29 BIDART CAMPOS, Germán J., *ob. cit.*, t. II, pág. 74 y sigs.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

El indulto no puede ser calificado como acto jurisdiccional [30] ya que no resuelve una controversia sino que supone, por razones de interés público, eliminar la aplicación de la pena correspondiente a una conducta delictiva. Al respecto, si bien una parte de la doctrina los conceptúa dentro de la categoría de los actos políticos o de gobierno [31], consideramos que si, en definitiva, vienen a repercutir directamente sobre la esfera de los particulares no se justifica su sujeción a un régimen distinto del que rige a los actos administrativos.

Se ha debatido si el indulto puede decretarse respecto de un proceso o si, por el contrario, sólo procede respecto de quienes hubieran sido condenados.

Esta última postura encuentra apoyo en una interpretación literal del precepto constitucional y en la situación injusta en que quedaría el imputado al no poder hacer efectiva su presunción de inocencia [32].

Sin embargo, desde el punto de vista del beneficiario del indulto nada se opondría a su admisión antes de la condena cuando fuese por él pedido o aceptado; no sería legítimo, en cambio, decretarlo frente a su oposición puesto que, en tal caso, se conculcaría el derecho de defensa (art. 18, Const. Nac.).

5. EL JEFE DE GABINETE

La idea de incorporar este órgano a la Constitución ha surgido de tendencias partidarias del sistema parlamentario que piensan que al atenuar el poder del Presidente se van a superar las crisis políticas que hemos padecido. Se ha pretendido así, sin lograrlo, la aproximación de nuestro sistema a aquellos que adjudican la función de gobernar y de administrar a un Primer Ministro y que, correlativamente reservan la jefatura del Estado al Presidente, o al Monarca según los casos [33].

30 BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. V, pág. 727, Buenos Aires, 1964; MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. II, pág. 710, Buenos Aires, 1981.

31 BIDART CAMPOS, Germán J., *El Derecho Constitucional del Poder*, t. II, pág. 127, Buenos Aires, 1967 y los autores citados en la nota precedente.

32 BIDART CAMPOS, Germán J., *ob. cit.*, t. II, pág. 126; LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, t. IX, pág. 358, Buenos Aires, 1962 y CAJARAVILLE, Esteban, "La facultad de indultar del Poder Ejecutivo y su alcance con relación al art. 86, inc. 6° de la Constitución Nacional", *L.L.*, t. 113, pág. 959. Por su parte, es jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (aunque abandonada en una época) que la potestad de indultar del Presidente sólo procede después del dictado de la sentencia definitiva condenatoria (*Fallos* t. 6, pág. 227.

33 La idea plasmada en la Constitución Nacional (art. 100) reconoce como anteceden-

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Entre los antecedentes de la reforma de 1994 se invocaron, en su momento, tres causales para justificar el abandono del presidencialismo o, al menos, atenuarlo. La primera concierne a razones típicas de la teoría de la organización y reposa en la idea de que una descarga de la labor presidencial en un órgano inferior introduce un factor de mayor eficacia [34]. Y mientras el segundo de los argumentos versa sobre la conveniencia de acentuar el control del Parlamento sobre la Administración Pública, el restante apunta a la necesidad de hacer más flexibles las relaciones entre el Ejecutivo y el Parlamento [35].

Gran parte de las desventajas que genera el hecho de injertar en un sistema presidencialista la figura de un Primer Ministro o de un Jefe de Gabinete, con similares atribuciones, se relacionan con aquel principio que hace al buen gobierno del Estado: la unidad del Poder Ejecutivo en el régimen presidencialista. En efecto, en un sistema semi-parlamentario o mixto (que algunos califican como presidencialista atenuado) —a diferencia de los sistemas más puros (sean presidencialistas o parlamentarios)— se coloca en el vértice del poder constitucional-administrativo a dos magistrados, generándose en algunas circunstancias, una fragmentación en el poder político que gobierna la administración pública.

La historia ha demostrado la absoluta ineficacia de los gobiernos de dos o tres cabezas que terminan siempre produciendo conflictos prácticamente insolubles. Las mayores dificultades que generan estos sistemas mixtos consisten en: a) determinar el tipo de relación que vincula a las dos cabezas del Ejecutivo; b) cuál será el órgano prevaleciente en caso de conflicto de poderes; c) la articulación entre el Poder del Ejecutivo y el que se le asigne al Congreso para remover al Primer Ministro.

La vinculación entre el Presidente y el Jefe de Gabinete se encuentra determinada con fórmulas que suponen la existencia de una relación jerárquica entre ambos [36]. Esta relación encuentra apoyo en

---

tes los trabajos producidos por el Consejo para la Consejo para la Consolidación de la Democracia, creado por decreto 2446/85.

34 Sobre la distinción entre eficacia y eficiencia véase: GONZALEZ PEREZ, Jesús y GONZALEZ NAVARRO, Francisco, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, págs. 161-165, Madrid, 1993.

35 Cfr. *Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, págs. 49-57, Buenos Aires, 1986; ver también ALFONSIN, Raúl, "Núcleo de coincidencias básicas", en *L.L.* del 26 de agosto de 1994.

36 Barra considera que el Presidente puede, en circunstancias concretas, retomar la competencia para el ejercicio de su responsabilidad política con relación a la administración general del país (cfr. BARRA, Rodolfo Carlos, *El Jefe de Gabinete en la Constitución Nacional*, Buenos Aires, 1995, pág. 75 y sigs. y nota 50).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

varias prescripciones constitucionales, a saber: a) la facultad de nombrar y remover discrecionalmente ("por sí solo" prescribe el art. 99, inc. 7° de la Const. Nac.) al Jefe de Gabinete; b) el poder de impartirle instrucciones (art. 99, inc. 2°, Const. Nac.); c) las delegaciones administrativas expresamente previstas (art. 100, incs. 2° y 4°, Const. Nac.). A todo ello se añade la facultad de mando, que lo habilita a impartir indicaciones para resolver sobre determinadas materias en los acuerdos de Gabinete (art. 100, inc. 4°, Const. Nac.).

Algunos creen que la relación entre el Presidente y el Jefe de Gabinete traduce un vínculo de coordinación y no de jerarquía. Pero es evidente que si el poder de dar órdenes o instrucciones sólo se concibe en el marco de una relación jerárquica o de mandato, la relación entre ambos no puede ser de coordinación pues las voluntades jurídicas no se encuentran en el mismo plano sino en un nivel respectivo de superioridad y subordinación. Un precepto que reconoce dicha jerarquía es, también, la facultad de supervisar el ejercicio de las funciones que debe cumplir el Jefe de Gabinete (art. 99, inc. 10, Const. Nac.). A su vez, entre los poderes implícitos [37], puede asumir las competencias atribuidas al Jefe de Gabinete, salvo que ellas le hubieren sido adjudicadas a este último en forma exclusiva.

Por lo demás, el Presidente como Jefe del Gobierno conserva la Jefatura de la Administración, esta interpretación armoniza con la conducta seguida por los constituyentes quienes, al tratar las funciones del Jefe de Gabinete, no incorporaron la fórmula utilizada en el Pacto de Olivos que, refiriéndose a dicho órgano repetía la prescripta con respecto al Presidente por la Constitución de 1853/60 ("tiene a su cargo la administración general del país"), atribuyéndole la función de ejercer la Administración, más no su Jefatura.

En ese sentido, resulta forzoso distinguir, después de la reforma, el ejercicio de la competencia de su titularidad porque no es lo mismo tener a su cargo una competencia constitucional que ejercerla dentro de un marco jerárquico, en cuyo caso, será una facultad que el Presidente está habilitado a ejercer en forma concurrente, como propia de su titularidad (salvo que se trate de facultades inherentes o exclusivas del jefe de Gabinete) [38].

37 Sobre los poderes implícitos e inherentes en el sistema constitucional argentino véase: AJA ESPIL, Jorge A., *Constitución y Poder. Historia de los poderes implícitos y de los poderes inherentes*, Buenos Aires, 1987, especialmente págs. 140 y sigs.

38 V.gr. la facultad del Jefe de Gabinete concerniente al refrendo de los decretos de necesidad y urgencia (arts. 99, inc. 3° y 100, inc. 13, Const. Nac.).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

A) La atenuación del poder presidencial

La atribución al Congreso para remover al Jefe de Gabinete por el voto de la mayoría absoluta de cualquiera de las Cámaras (art. 101, Const. Nac.), traduce una atenuación del presidencialismo ya que se trata de un órgano que goza de la confianza del presidente, que actúa bajo su dirección política y administrativa y que es posible remover discrecionalmente por el Congreso a través de una moción de censura. Y también, en este contexto de atenuación se ubica el deber del Jefe de Gabinete de concurrir al menos una vez por mes al Congreso para informar sobre la marcha del gobierno.

Otro de los aspectos en que se ha atenuado el presidencialismo, radica en el procedimiento que ha introducido el artículo 99, inciso 3° de la Constitución Nacional para que la emisión de los decretos de necesidad y urgencia sea constitucionalmente legítima (v.gr. aprobación en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, juntamente con el Jefe de Gabinete).

B) Articulación de los poderes del Jefe de Gabinete con los Ministros

La relación que vincula al Jefe de Gabinete con los Ministros constituye uno de los principales problemas interpretativos que plantea la Constitución reformada, habida cuenta que no ha sido resuelto expresamente y que existen normas que abonan una u otra interpretación constitucional.

A favor de la configuración de una relación jerárquica entre el Jefe de Gabinete y los Ministros se encuentran las siguientes facultades: 1) la presidencia de las reuniones de Gabinete en caso de ausencia del Presidente (art. 100, inc. 5°, Const. Nac.); 2) la de hacer recaudar las rentas de la Nación y de ejecutar la ley de presupuesto (art. 100, inc. 7°, Const. Nac.) y 3) la más genérica que la atribuye la de "ejercer la administración general del país" (art. 100, inc. 1°, Const. Nac.) lo que le permite ejercer el poder de avocarse.

En sentido contrario a la existencia de una relación jerárquica el encabezamiento que figura en el Capítulo IV, de la Sección II, equipara al Jefe de Gabinete con los Ministros al igual que los preceptos concernientes al refrendo de los actos del Poder Ejecutivo (art. 100, primera parte, Const. Nac.) a lo que cabe añadir la atribución de coordinar las reuniones de los Ministros.

A la luz de las razones señaladas precedentemente, creemos que el vínculo que lo une al Presidente no es otro que el derivado de una relación de jerarquía pues, de lo contrario, carecería de todo sentido

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

la facultad que le atribuye el artículo 100, inciso 1° para "ejercer la administración general del país" habida cuenta que, en tal caso, el poder del Jefe de Gabinete sustituiría la función inherente y esencial del Presidente de la República, lo que alteraría radicalmente el sistema constitucional histórico (ex art. 86, inc. 1°) y convertiría en letra muerta el precepto básico que consagra el presidencialismo en cabeza de un poder ejecutivo unipersonal (art. 87).

C). La asignación constitucional de facultades privativas al Jefe de Gabinete

Entre las facultades que el artículo 100 de la Constitución Nacional prescribe que le corresponde ejercer al Jefe de Gabinete, hay algunas que resultan privativas de este funcionario constitucional en cuanto le han sido asignadas en forma exclusiva. Sin embargo, la exclusividad de tales facultades no afecta la relación jerárquica que mantiene con el Presidente, así como los Ministros en la Constitución anterior (art. 97, Const. Nac.) y en la reformada (art. 103, Const. Nac.) podían y pueden tomar por sí solos resoluciones en lo que concierne "al régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos".

Pero mientras en las demás facultades (concurrentes o delegadas) el Presidente siempre puede asumir la competencia a través de la figura de la avocación (que emana de su potestad de mando o jerárquica) en las facultades privativas hay una razón de especialidad que hace que sólo el Jefe de Gabinete sea el órgano con idoneidad constitucional específica para participar con su voluntad en el acto administrativo presidencial o para ejercer la función asignada por la Constitución.

Con todo, esta calidad privativa de los poderes del Jefe de Gabinete se revela en escasas normas constitucionales, a saber: a) presidir las reuniones del Gabinete en caso de ausencia del Presidente (art. 100, inc. 7°, Const. Nac.); b) refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso (art. 100, inc. 12, Const. Nac.); c) la intervención y el refrendo en el procedimiento previsto para el dictado de los reglamentos de necesidad y urgencia.

6. EL ÓRGANO MINISTERIAL: NATURALEZA Y ATRIBUCIONES

En el plano constitucional la institución de mayor jerarquía después del Presidente y Jefe de Gabinete es la ministerial. Se trata de un órgano de órgano, ya que por ser el Poder Ejecutivo unipersonal,

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

los Ministros no integran el órgano presidencial, al cual, sin embargo, se hallan jerárquicamente subordinados [39].

El artículo 100 de la Constitución Nacional prescribe que los ministros-secretarios tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación y refrendarán y legalizarán los actos del Presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia. Su número y competencia se establecen por una ley especial" [40].

Los Ministros, en el régimen constitucional argentino, no constituyen un cuerpo de consejeros o un órgano colegiado. El llamado gabinete —reunión de todos los Ministros— no es un cuerpo que posea unidad, como en el caso del gabinete parlamentario existente en otros países [41], sin perjuicio a que algunas decisiones deban adoptarse en acuerdo de gabinete (art. 100, inc. 4°). Cada uno de los Ministros constituye un órgano diferenciado con individualidad y poderes propios, aun cuando en determinados asuntos de competencia de varios Ministros el acto sea refrendado por más de uno de ellos [42] o por el Jefe de Gabinete, según los casos expresamente previstos en el artículo 100.

Son nombrados y removidos por el Poder Ejecutivo, y es objeto de controversia si para ello es necesario el refrendo ministerial [43]. El artículo 99, inciso 7°, de la Constitución Nacional estatuye que el presidente por sí solo nombra y remueve los Ministros del despacho, aunque la expresión "por sí solo" puede interpretarse dentro del contexto general del inciso que, en su primera parte, se refiere a las designaciones que se realizan con acuerdo del Senado. Creemos que no se precisa el refrendo ministerial.

Las atribuciones de cada uno de los Ministros difieren de acuerdo con la competencia en razón de la materia que la ley les atribuye. Existe, no obstante, un régimen jurídico común aplicable a todos ellos y que tiene su fuente principal en los artículos 102 a 107 de la Constitución Nacional.

39 Cfr. DIAZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. II, pág. 158; BIDART CAMPOS, Germán J., *ob. cit.*, t. II, pág. 145; ZUANICH, Alfredo R., *La Institución Ministerial*, págs. 61 y 73, Buenos Aires, 1951.

40 Conforme a la reforma constitucional del año 1994.

41 SARRIA, Félix, *ob. cit.*, pág. 209.

42 SARRIA, Félix, *ob. cit.*, pág. 209, interpreta que la necesidad de firma de varios Ministros no convierte el acto en colegiado o plural.

43 En contra de la necesidad del refrendo: BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Constitucional del Poder*, t. II, pág. 147.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Ejercen la jefatura de cada una de las ramas de la administración (ministerios) debiéndose diferenciar la competencia en tal carácter de la que tienen como secretarios del Poder Ejecutivo [44].

Cuando actúan como secretarios del Poder Ejecutivo refrendan y legalizan los actos del Presidente de la república, sin cuyo requisito carecen de eficacia, siendo responsables de los actos que legalizan (arts. 102 de la Const. Nac.).

El refrendo no significa que los actos del Poder Ejecutivo sean complejos ni se trata tampoco de un acuerdo de dos voluntades iguales [45]. Los actos que el Ministro refrenda pertenecen al Presidente, sin perjuicio de la responsabilidad ministerial.

En nuestro concepto el refrendo es un acto de autenticación [46] o legalización, necesario y esencial para atribuir validez al acto o reglamento administrativo pertinente, el que, desde el punto de vista formal, recibe el nombre de decreto.

Los Ministros, en su condición de colaboradores del Poder Ejecutivo, no pueden por sí solos adoptar resoluciones. En ese carácter, además de refrendar y legalizar los actos del Presidente o del Jefe de Gabinete, en su caso, preparan y someten a su consideración proyectos de decretos y leyes, intervienen en todos los actos que involucren materias de su competencia, etcétera.

Como jefes de los respectivos departamentos dictan todas las medidas que hacen al régimen económico y administrativo y ejercen la dirección y fiscalización de las actividades que realizan los órganos que les están subordinados. Incluso, pueden delegar funciones en los órganos inferiores [47] y resolver los conflictos de competencia que puedan promoverse entre los órganos subordinados o entre las entidades que actúan en su ámbito [48].

Los actos que dictan los Ministros en lo concerniente al régimen económico y administrativo de sus departamentos no sólo pueden tener eficacia interna (órdenes, instrucciones, circulares, etc.) sino que también pueden producir efectos jurídicos directos respecto a terceros, constituyendo actos administrativos [49].

44 BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 320.

45 DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. II, págs. 158 y 161.

46 CASSAGNE, Juan Carlos, "Sobre la Condición de Instrumentos Públicos de las Actuaciones Administrativas y su Valor Probatorio", *E.D.*, t. 63, pág. 901.

47 Dec. 1759/72, art. 2° del R.L.N.P.A. (t.o. por decreto 1883/91).

48 Ley 19.549, arts. 4° y 5°.

49 *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 253, pág. 171, y t. 259, pág. 165.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

En la medida de sus atribuciones, pueden dictar normas jurídicas, o sea reglamentos. La potestad reglamentaria les corresponde, como a todos los órganos administrativos, cuando se les hubiere atribuido competencia para ello [50].

Además de las funciones que tienen acordadas por la Constitución y por la Ley de Ministerios, el Poder Ejecutivo puede delegarles sus propias funciones. Si bien la Constitución no prevé la posibilidad de delegación a los ministros, la doctrina no cuestiona su posibilidad [51], siempre que se trate de las atribuciones del Presidente como cabeza de la administración general del país.

En nuestra opinión, la redacción del artículo 103 de la Constitución Nacional, no constituye impedimento jurídico para que el Poder Ejecutivo, en su carácter de responsable máximo de la administración general del país, delegue funciones en sus órganos subordinados jerárquicamente, entre los cuales se encuentran los Ministros [52].

En ese sentido, el Reglamento de Procedimientos Administrativos [53] delega en los Ministros determinadas funciones del Presidente de la República.

En cuanto a su responsabilidad, los Ministros se encuentran sujetos a diferentes tipos de responsabilidad: administrativa o civil, penal, disciplinaria y contable o patrimonial, hallándose sometidos a la acción de responsabilidad [54].

De conformidad a lo prescripto en el artículo 100 de la Constitución Nacional, el deslinde de las competencias de los distintos Ministros se establece por ley del Congreso, la cual recibe el nombre de Ley de Ministerios [55].

7. LAS SECRETARÍAS DE ESTADO Y SUS SUB-SECRETARÍAS. LA ORGANIZACIÓN BUROCRÁTICA

En el ámbito de la Presidencia de la Nación se han creado Secretarías —con sus respectivas Sub-secretarías— bajo la dependencia

50 Ley 19.549, art. 3°.

51 DOCOBO, Jorge José, "Delegación a los Ministros y Secretarios de Estado", *J.A.*, 1975, sec. doctrina, pág. 708.

52 FIORINI, Bartolomé A., *ob. cit.*, t. I, pág. 188.

53 R.L.N.P.A., art. 90 (t.o. por decreto 1883/91).

54 Ley 24.156, art. 130.

55 Al actualizar este libro, la ley vigente es la 22.520, con las modificaciones introducidas por las leyes 22.641 y 23.023, cuyo texto fue ordenado en 1983 por el dec. 132, pero será necesario dictar una nueva Ley de Ministerios para adaptar la competencia a la Constitución reformada.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

directa del Poder Ejecutivo. Ese órgano determina al Ministro o los ministros que suscriben y refrendan los Decretos, mensajes y proyectos de leyes originados en las Secretarías del área presidencial, conforme a la naturaleza de la medida de que se trate [56]. En la línea jerárquica inmediata inferior a los ministros, el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de creación de otros órganos, que se denominan Secretarías Ministeriales y Sub-secretarías. Su origen es legal y sus competencias se encuentran atribuidas por reglamentos [57].

A su vez, descendiendo aún más en la escala jerárquica se hallan otros órganos, que también integran la persona jurídica Estado Nacional.

Se trata de órganos de distinto tipo y que desempeñan las más variadas funciones: órganos que ejercen funciones activas, de contralor y consultivas; órganos con mayor poder de decisión que otros; órganos concentrados y desconcentrados o descentralizados burocráticamente, etcétera. Pero la estructuración de los órganos está sujeta a un régimen jurídico común.

Cada una de las ramas de la administración, si bien tiene una competencia en razón de la materia diferente, tiene órganos que cumplen idénticas funciones: son los llamados órganos de apoyo o instrumentales, tales como las Direcciones Generales de Administración y las oficinas de personal. Estos órganos, que cumplen funciones instrumentales, permiten a los órganos denominados sustantivos ejercer la competencia específica atribuida a cada uno de los Ministerios o Secretarías de Estado.

La estructuración de los Ministerios es similar en cuanto a la denominación que se da a los distintos órganos ubicados en línea jerárquica. De acuerdo al grado que ocupan se denominan Dirección Nacional o General los órganos ubicados en el grado inmediato inferior al órgano Ministro, Secretario o Subsecretario; le siguen en la graduación jerárquica los departamentos, divisiones, secciones y oficinas [58].

La creación de órganos y su estructuración se realiza por reglamentos de organización del Poder Ejecutivo. Las estructuras, de acuerdo al régimen vigente, contienen un organigrama, o sea un grá-

56 Ver Ley de Ministerios 22.520 (t.o. dec. 132/83) especialmente art. 12; véase también dec. 15/83 y dec. 134/83 y sus modificatorios.

57 Cfr. dec. 15/83 y modif. y dec. 134/83 y sus modificaciones. DOCOBO, Jorge José, "Funciones de los Subsecretarios", *J.A.*, doctrina, 1972, pág. 878; ver también normas citadas en nota anterior.

58 Dec. 10.975/58, que unificó las terminologías, estableciendo las que figuran en el texto.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

fico en el que se detalla la ubicación jerárquica de cada órgano, la misión y funciones de cada uno de los órganos que se crean, el agrupamiento funcional en el que se determinan los cargos previstos para cada órgano y un memorando descripto de tareas y carga de trabajo en el que figuran las funciones de cada cargo [59].

8. LA ORGANIZACIÓN CONSULTIVA DE CARÁCTER JURÍDICO

En el ámbito de la Administración Central y Descentralizada, cuya dirección ejerce el Poder Ejecutivo Nacional, la Procuración del Tesoro de la Nación desempeña la función de asesoramiento jurídico más importante, cuya existencia resulta imprescindible en todo Estado que quiera encuadrarse en un régimen de justicia [60].

Los órganos de asesoramiento jurídico tienen su origen en una institución de raigambre española: el Fiscal de Estado. En el ámbito nacional se designó en el año 1862 al primer Fiscal General de la Nación y en la organización provincial aún se conserva la institución de los fiscales de Estado, incluso, en la mayoría de las provincias, es un órgano constitucional.

La Procuración del Tesoro fue creada en el año 1865 [61] como órgano dependiente del Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Hacienda. Su competencia se limitaba a la percepción judicial de créditos fiscales, coexistiendo al mismo tiempo el procurador fiscal —actualmente el Procurador General de la Nación y los fiscales de primera y segunda instancia— como órganos que, en el ámbito del Poder Judicial [62], tenían a su cargo la representación del Estado y la defensa de los intereses públicos.

El nombre —Procuración del Tesoro— se debe a una traducción literal de una institución de los Estados Unidos de América, el *Solicitor of the Treasury*, departamento del *Attorney General* [63]. Actual-

59 En el orden nacional existen normas que establecen la manera cómo deben prepararse las estructuras orgánicas; véase dec. 1437/82 y dec. 1748/88.

60 CASSAGNE, Juan Carlos, "Función y Organización de los Asesores Jurídicos del Estado", *E.D.*, t. 57, pág. 861.

61 DOCOBO, Jorge José, "La Procuración del Tesoro de la Nación", *Boletín del Instituto de Derecho Administrativo Profesor Rafael Bielsa*, nro. 6, pág. 8, Buenos Aires, 1972; PICCONE, Francisco Humberto, "Doctrina de la Procuración del Tesoro", separata de la revista *Jus*, nro. 22, quien entiende, en cambio, que se creó en el año 1863.

62 Aunque es objeto de controversia si el Ministerio Público es órgano del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial.

63 BOSCH, Jorge Tristán, "La institución del *Attorney General* de los Estados Unidos de América", *L.L.*, t. 80, pág. 934.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

mente, el nombre no se adecua a su competencia, pues a través del tiempo se le han ido asignando nuevas funciones, transformando el órgano recaudador judicial de impuestos en asesor jurídico de la Administración Pública Nacional [64].

El Procurador del Tesoro de la Nación es un órgano que, con rango equivalente al de Secretario Ministerial actúa en la órbita de la secretaría de Justicia, siendo sus funciones principales:

a) Asesora jurídicamente al Poder Ejecutivo, Ministros, Secretarios, Subsecretarios y titulares de entidades descentralizadas;

b) Es representante del Estado Nacional en juicio, cuando así lo disponga el Poder Ejecutivo; lleva el control y dirección de todos los juicios en que el Estado es parte y da instrucciones a los Procuradores Fiscales o a los abogados del Estado cuando éstos representan a la Nación [65];

c) Resuelve los conflictos patrimoniales entre órganos o entes nacionales, siempre que las cuestiones no excedan de un determinado monto, en cuyo caso la decisión corresponde al Poder Ejecutivo [66];

d) Asesora, con carácter obligatorio, en los recursos que se interpongan contra actos que emanen de Ministros o Secretarios de la Presidencia de la Nación o cuando se trate de cuestiones jurídicas complejas o en aquellas cuestiones en las que sea necesario establecer jurisprudencia uniforme o la índole del interés económico comprometido requiera su atención [67];

e) Instruye los sumarios de carácter disciplinario a los agentes de las dos máximas categorías del Escalafón para el Personal Civil o a los que les fuera ordenado por el Poder Ejecutivo Nacional o el Ministerio de Educación y Justicia [68];

f) Dirige el Cuerpo de Abogados del Estado [69].

El Cuerpo de Abogados del Estado fue creado en el año 1947 [70] estando integrado por todos los servicios de asesoramiento jurídico

64 Esta surge de la Resolución nro. 837/84 M.E. y J.; la ley 12.954 lo considera asesor del Poder Ejecutivo.

65 Ley 17.516, modificada por la ley 17.539 y dec. 411/80, modificado por dec. 969/81, t.o. por dec. 1265/87, que reglamentan la representación del Estado en juicio.

66 Ley 19.983.

67 Art. 92, R.L.N.P.A. (t.o. por decreto 1883/91).

68 Ver Resolución M.E. y J. nro. 837/84.

69 CASSAGNE, Juan Carlos, *ob. cit.*, *E.D.*, t. 57, pág. 861 y sigs.

70 Ley 12.954, reglamentada por dec. 34.952/47.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

del Estado Nacional y de sus entidades descentralizadas. Los servicios, conservando su dependencia administrativa originaria, dependen, técnica y profesionalmente, del Jefe del Cuerpo de Abogados del Estado que es el Procurador del Tesoro.

Para lograr la unidad en el accionar administrativo, la Procuración del Tesoro puede dar directivas de carácter general a los distintos servicios jurídicos. Al propio tiempo, los abogados del Cuerpo están obligados a seguir la doctrina o jurisprudencia que emana de los dictámenes de la Procuración, quien posee también competencia para dictaminar en los asuntos cuando sea necesario establecer doctrina uniforme.

Las funciones de los abogados del Cuerpo exceden el simple asesoramiento; deben velar por el recto procedimiento administrativo, intervienen en la celebración de contratos administrativos y representan y patrocinan al Estado en juicio. La Ley de Procedimientos Administrativos exige la intervención previa de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico antes de la emisión de cualquier acto administrativo que pueda ser susceptible de afectar derechos subjetivos o intereses legítimos [71].

El sistema estructurado en la práctica no funciona como legalmente está previsto; incluso es desconocido por los propios servicios jurídicos, en algunos casos. Las fallas del sistema se agravan dada la falta de publicidad de los dictámenes de la Procuración del Tesoro [72].

La actividad consultiva que realizan los abogados del Estado se traduce en dictámenes de requerimiento facultativo u obligatorio, según los casos, pero nunca vinculantes para el órgano que tiene a su cargo la administración activa. Por ello, la responsabilidad por los actos que se dictan como consecuencia de los dictámenes es del órgano activo que emite el acto, siendo responsable el órgano consultivo cuando su parecer hubiere sido malicioso o ilícito [73].

Los dictámenes no son actos administrativos sino actos internos de la administración, pues no producen efectos jurídicos directos con relación a los particulares. En consecuencia, no pueden ser, en ningún caso, impugnados por los particulares mediante recursos.

71 Ley 19.549, art. 7°, inc. d).

72 DOCOBO, Jorge José, "La Publicidad de los Dictámenes de la Procuración del Tesoro", *Boletín del Instituto de Derecho Administrativo Profesor Rafael Bielsa*, nro. 4, pág. 107, Buenos Aires, 1971.

73 DROMI, José Roberto, "El Dictamen y la Formación de la Voluntad Administrativa", *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, nro. 2, pág. 33.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

9. LA ORGANIZACIÓN DE CONTROL

Como toda persona jurídica que posee un patrimonio, el Estado, para poder cumplir con sus funciones, necesita llevar una contabilidad de esos bienes que le permita registrar las diversas operaciones que efectúa (v.gr. recaudación de fondos) [74].

El ordenamiento jurídico constitucional estatuye cómo se forma el patrimonio del Estado y cuáles constituyen sus ingresos: "El Gobierno Federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro Nacional formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General y de los empréstitos y operaciones de crédito que decrete el mismo Congreso para urgencias de la Nación y para empresas de utilidad nacional" (art. 4° de la Const. Nac.). El artículo 75, incisos 1° al 6°, complementa esta norma atribuyendo al Congreso competencia para establecer los derechos o impuestos, contraer empréstitos y emitir moneda, encomendando al Poder Ejecutivo la supervisión de la recaudación de las rentas de la Nación, con arreglo a las leyes (art. 99, inc. 10).

En lo relativo a los gastos del Estado, la Constitución Nacional establece que el Congreso fijará anualmente el presupuesto de gastos de la Nación y aprobará o desechará la cuenta de inversión (art. 75, inc. 8°), siendo atribución del Poder Ejecutivo decretar su inversión de acuerdo con la ley o presupuesto de gastos (art. 99, inc. 10).

El funcionamiento de la hacienda pública supone la existencia de una organización administrativa-contable, la realización de procedimientos administrativos con arreglo a los cuales se recaudarán las rentas o se realizarán los gastos y el dictado de actos administrativos; todo ello bajo un régimen de control administrativo [75].

El estudio jurídico de la hacienda pública y de la actividad financiera del Estado, dado el objeto que trata, corresponde al derecho financiero, sin embargo, no obstante la especialidad y autonomía didáctica del derecho financiero, corresponde al Derecho Administrativo todo lo concerniente al estudio de la organización administrativa contable.

74 COLLAZO, Oscar Juan, *Administración Pública*, pág. 38, Buenos Aires, 1974.
75 FIORINI, Bartolomé A., *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, págs. 207-208.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Las normas jurídicas sobre la organización contable del Estado Nacional se hallan establecidas en la Constitución, en la Ley de Ministerios y en la Ley de "Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional", sin perjuicio de que cada una de las provincias dicte sus normas específicas sobre la materia, por tratarse de cuestiones que conciernen a la competencia local.

La reforma constitucional de 1994 prescribe que el control externo del sector público nacional (en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos) constituye una atribución propia del Poder Legislativo, quien debe ejercerla con sustento en los dictámenes emanados de la Auditoría General de Gobierno (art. 15).

El citado precepto, al darle jerarquía constitucional a la Auditoría General de la Nación, circunscribe su competencia "al control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la Administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización y las demás funciones que la ley le otorgue". Estas funciones no pueden extenderse más allá del fin que presupuesta la creación de este órgano de control que está acotado por la actividad de la administración pública (centralizada y descentralizada) por lo que su extensión a personas privadas sería inconstitucional.

A su vez, el artículo 85 de la Constitución reformada atribuye también competencia preceptiva a la Auditoría General de la Nación para intervenir en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de fondos públicos.

10. La Ley de Administración Financiera y los sistemas de control

El proceso de reforma del Estado, iniciado con la sanción de la ley 23.696 y 23.697, ha generado innovaciones de trascendencia en materia de la Administración Financiera y los sistemas de control del sector público nacional mediante la sanción, en 1992, de la ley 24.156 (en adelante L.A.F.).

Dichas reformas, volcadas en un cuerpo orgánico y uniforme, vienen a recoger y adaptar la legislación y principales experiencias de algunos países que hablan establecido una similar estructura y metodología para los sistemas de control [76].

76 CHAPMAN, William Leslie, "Crónica resumida del proceso de control gubernamen-

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

La L.A.F. constituye, por lo demás, una reforma integral de las estructuras y sistemas de la administración financiera del Estado que, lejos de implicar una mera reformulación del régimen anterior establecido básicamente en la Ley de Contabilidad, traduce una profunda transformación del sistema de control del sector público.

Desde hace tiempo venimos señalando la necesidad de unificar los sistemas de control existentes en la Administración Pública [77], lo cual, al llevarse a la práctica, conduce a una separación nítida entre el control interno y el externo, que el régimen sustituido no contemplaba [78]. En este sentido, la nueva ley crea dos órganos rectores de los sistemas de control interno y externo que son, respectivamente, la Sindicatura General de la Nación y la Auditoría General de la Nación.

Entre los objetivos que persigue la ley 24.156 —en lo que se refiere al control interno— se destacan los siguientes:

"a) Garantizar la aplicación de los principios de regularidad financiera, legalidad, economicidad, eficiencia y eficacia en la obtención y aplicación de los recursos públicos; b) Sistematizar las operaciones de programación, gestión y evaluación de los recursos del sector público nacional; c) Desarrollar sistemas que proporcionen información oportuna y confiable sobre el comportamiento financiero del sector público nacional útil para la dirección de las jurisdicciones y entidades para evaluar la gestión de los responsables de cada una de las áreas administrativas; d) Establecer como responsabilidad propia de la administración superior de cada jurisdicción o entidad del sector público nacional la implantación y mantenimiento de: i) Un sistema contable adecuado a las necesidades del registro e información y acorde con su naturaleza jurídica y características operativas; ii) Un eficiente y eficaz sistema de control interno normativo, financiero, económico y de gestión sobre sus propias operaciones, comprendiendo la práctica del control previo y posterior y de la auditoría interna; iii) Procedimientos adecuados que aseguren la conduc-

tal y comentarios sobre la nueva ley de reforma del régimen de control de la Administración Financiera del Estado Nacional", *Rev. de Administración Pública*, sec. doctrina, nro. 169, pág. 8, anota que la ley 24.156 se inspira en los antecedentes legislativos y experiencias de los régimenes vigentes en EE.UU., México y España.

77 Entre otros trabajos, refleja esta idea el publicado en *La Nación*, con fecha 29/X/87, bajo el título "La responsabilidad de los funcionarios públicos".

78 Por ejemplo, la ex-Sindicatura General de Empresas Públicas, que era un órgano dependiente del Poder Ejecutivo, realizaba controles típicamente externos sobre las empresas estatales. A su vez, el Tribunal de Cuentas tenía, entre sus facultades, algunas que eran propias de la gestión administrativa (ej.: art. 46, decreto-ley 23.354/56).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ción económica y eficiente de las actividades institucionales y la evaluación de los resultados de los programas, proyectos y operaciones de los que es responsable la jurisdicción o entidad" (cfr. art. 8°, ley 24.156).

Cuatro son los sistemas que integran la Administración Financiera del Estado, a saber: presupuestario, de crédito público, de tesorería y de contabilidad, los que deberán hallarse interrelacionados y funcionar en forma coordinada (art. 50, ley cit.).

La dirección de estos sistemas en la L.A.F. se ha atribuido a cuatro órganos rectores: a) la Oficina Nacional de Presupuesto (para el sistema presupuestario); b) la Oficina Nacional de Crédito Público (que rige el sistema de crédito público); c) la Tesorería General de la Nación (respecto del sistema de tesorería) y d) la Contaduría General de la Nación (para el sistema de contabilidad).

11. CONTINUACIÓN. AMBITO DE APLICACIÓN

Todo el "sector público", sin excepción, se encuentra regido por las prescripciones de la Ley de Administración Financiera. Este concepto jurídico indeterminado se encuentra definido con amplitud en el artículo 80 de la ley 24.156 al prescribir que dicho sector público se integra por:

"a) Administración nacional, conformada por la administración central y los organismos descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las instituciones de seguridad social; b) Empresas y sociedades del Estado, que abarca a las empresas del Estado, las sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias".

12. EL CONTROL INTERNO DE LA ADMINISTRACIÓN PUBLICA

De acuerdo a los preceptos contenidos en la L.A.F., la Sindicatura General de la Nación (en adelante S.I.G.E.N.) ha sido creada como órgano rector de control interno del Poder Ejecutivo Nacional (arts. 70 y 96 de la L.A.F.), quien constitucionalmente ejerce la jefatura de la Administración Pública Nacional y tiene a su cargo la administración general del país (art. 99, inc. 7°, Const. Nac.).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

El sistema de control interno que dirige la S.I.G.E.N. se completa con unidades de auditoría interna a crearse en cada jurisdicción y en las entidades que dependen del Poder Ejecutivo Nacional. Estas unidades, aunque se hallan diseñadas para actuar bajo la dependencia jerárquica de la autoridad de cada organismo, deben hacerlo bajo la coordinación técnica de la S.I.G.E.N. [79].

A su vez, las autoridades superiores que ejerzan la dirección de las unidades de auditoría interna son responsables del mantenimiento de un adecuado sistema de control que incluye los instrumentos de "control previo y posterior", dado que se considera que "las fallas de control interno son evidencias de defectuosa administración" [80] cuyas consecuencias se imputan siempre a las autoridades superiores.

Pese a que la L.A.F. caracteriza a la auditoría interna como un servicio posterior de las actividades financieras y administrativas sujetas a control [81], es evidente que los auditores precisan conocer previamente la planificación y el ordenamiento de las decisiones así como realizar el seguimiento de los actos al tiempo de su ejecución [82].

En lo que concierne al alcance del control interno, la L.A.F. considera fiscalizable tanto los aspectos legales (contables y financieros) como los de mérito o de gestión, e incluye "la evaluación de programas, proyectos y operaciones". Se trata de un control integral que —como lo prescribe la propia ley— ha de fundarse en criterios de "economía, eficiencia y eficacia" [83]. La legalidad, en consecuencia, no es la única condición para la habilitación de la potestad fiscalizadora [84].

A diferencia del anterior sistema (que atribuía la respectiva facultad a la ex-Sindicatura General de Empresas Públicas) [85], la S.I.G.E.N. no se encuentra facultada para observar los actos de los organismos sobre los que advierta incumplimiento de las normas y criterios que rigen el control interno. Su función se circunscribe a informar las correspondientes transgresiones al Poder Ejecutivo Nacional y a la Auditoría General de la Nación, lo que se prescribe en

79 Art. 100, *in fine*, de la L.A.F.

80 Cfr. CHAPMAN, William Leslie, *ob. cit.*, pág. 15.

81 L.A.F., art. 102.

82 Cfr. CHAPMAN, William Leslie, *ob. cit.*, pág. 16.

83 L.A.F., art. 102.

84 Aspecto que destaca MERTEHIKIAN, Eduardo, en su trabajo "La reforma del Estado y el nuevo sistema de control gubernamental", en *R.A.P.*, nro. 169, pág. 7.

85 Las funciones que ejerció la S.I.G.E.P. estaban asignadas al Tribunal de Cuentas de la Nación (art. 80, inc. f] de la Ley de Contabilidad). El control interno de la hacienda pública se encontraba atribuido a la Contaduría General de la Nación (art. 73, inc. b] de la Ley de Contabilidad).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

forma imperativa, junto al deber de informar, periódicamente, a la opinión pública [86].

Este órgano de control interno se encuentra a cargo de un funcionario denominado Síndico General de la Nación, cuya designación compete al Poder Ejecutivo, previéndose la asistencia de tres Síndicos Generales Adjuntos, quienes lo sustituyen en caso de ausencia, licencia o impedimento [87].

13. EL CONTROL EXTERNO DEL SECTOR PÚBLICO NACIONAL

Bajo la dependencia orgánica del Congreso Nacional, la L.A.F. ha creado una nueva entidad: la Auditoría General de la Nación (en adelante A.G.N.), con el objeto de atribuirle la función de realizar el control externo de todo el sector público. Empero, esa dependencia no configura una vinculación jerárquica, ya que la propia ley prescribe que se trata de una entidad con personería jurídica propia que posee independencia funcional y financiera [88].

En su primera etapa, la estructura orgánica, las normas básicas internas, la distribución de sus funciones y las reglas de funcionamiento de la A.G.N. serán establecidas mediante resoluciones conjuntas de las Comisiones Mixta Revisora de Cuentas y de Presupuesto y Hacienda de ambas Cámaras del Congreso de la Nación. Posteriormente, las modificaciones a esas normas, serán sometidas, por la propia A.G.N., a la aprobación de las comisiones legislativas.

El contenido del control externo que lleva a cabo la A.G.N. guarda simetría con el alcance del control que ejerce la S.I.G.E.N., ya que comprende los aspectos presupuestarios, patrimoniales, económicos, financieros, legales y de gestión [89].

Sin embargo, resulta obvio que todo lo que constituya un control de mérito (vgr. control de gestión) constituye una función de colaboración con el Poder Ejecutivo (típica relación inter-poderes), por cuanto la fiscalización que, en definitiva, haga el Congreso, se tiene

86 L.A.F., art. 107. La información periódica a la opinión pública hace al principio de transparencia sustentado por primera vez en la ley de reforma del Estado, si bien limitado allí al procedimiento de privatizaciones (art.18, ley 23.696); véase al respecto: LASERRE BRUNO, Lenoir Noella y STRIN, Bernard, *La transparence administrative*, Paris, 1987.

87 L.A.F., arts. 108 y 109.

88 L.A.F., art. 118, 1a. y 2a. parte.

89 L.A.F., art. 117.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

que circunscribir a los aspectos inherentes a la legitimidad, ya que no se concibe que exista un control parlamentario sobre aspectos relativos a la oportunidad o conveniencia económica, eficacia y eficiencia de los actos controlados [90] que son privativas del Poder Ejecutivo como administrador general del país y jefe de la Administración (art. 99, inc. 7°, Const. Nac.).

El control que realiza la A.G.N. es siempre posterior a la emisión y ejecución de los actos, lo que si bien ha sido criticado por un sector de la doctrina [91] persigue el objetivo de no obstaculizar ni paralizar la actividad administrativa, como acontecía en el sistema derogado [92].

Con todo, hubiera sido mejor, aun manteniendo el control *a posteriori*, atribuirle a la A.G.N. la facultad de formular observaciones con efecto suspensivo a fin de asegurar la eficacia del control [93]. En cambio, no obstante la opinión contraria de CHAPMAN [94], pensamos que la A.G.N. posee amplia competencia para promover sumarios administrativos, a pesar de que la redacción de la norma emplea el término "investigaciones de contenido patrimonial". En tales casos, si bien el Poder Ejecutivo no se encuentra habilitado legalmente para aplicar las sanciones previstas en el régimen jurídico de la función pública, nada le impide formular las respectivas propuestas sancionatorias.

En la asignación de funciones que prescribe la L.A.F. se destacan tanto la facultad genérica de "fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias", la de realizar auditorías financieras, de legalidad y de gestión respecto de órganos y entes estatales como la más específica de dictaminar sobre los estados contables-financieros de "los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización" [95]. Esta última facultad, implica un grado mayor de intervencionismo que el proclamado por las leyes de reforma del Estado, y aunque se halla circunscripta a "las obligaciones emergentes de los respectivos contratos", y ha devenido en una norma inconstitu-

90 Cfr. CHAPMAN, William Leslie, *ob. cit.*, pág. 17.

91 ABERASTURY, Pedro, "El control de legalidad en el anteproyecto de ley de administración financiera y control de gestión del sector público nacional", *L.L.*, t. 1991-D, sección doctrina, pág. 1281.

92 Donde tanto el Tribunal de Cuentas como la S.I.G.E.P. se hallaban facultados para observar previamente los respectivos actos, con efectos suspensivos.

93 CHAPMAN, William Leslie, *ob. cit.*, pág. 17.

94 *Ob. y lugar cit.* en nota anterior.

95 L.A.F., art. 118, incs. a) y b) y art. 117, 1ª parte.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

cional por exeder el marco material de competencia previsto en el artículo 85 (que es la administración pública centralizada o descentralizada) aparte de duplicar el control en los casos en que éste se hubiera atribuido por ley a otros entes jurídicos (v.gr. entes reguladores del gas y electricidad).

Igual crítica nos merece la norma que permite extender el control externo a las personas públicas no estatales [96] ya que estas se encuentran bajo la fiscalización del Ministerio de Justicia.

En lo que atañe a su composición, la dirección de la A.G.N. se encuentra a cargo de un órgano colectivo integrado por siete (7) auditores generales quienes duran (excepto tres de ellos en el primer período) ocho (8) años en sus funciones, pudiendo, sin embargo, ser removidos en caso de inconducta grave o manifiesto incumplimiento de sus deberes por el procedimiento establecido para su designación [97].

El Presidente es el órgano que ejerce la representación de la entidad y quien tiene a su cargo la ejecución de sus decisiones [98] siendo designada a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso (art. 85).

14. EL CONTROL PARLAMENTARIO

La L.A.F. ha reglamentado también un control parlamentario que será ejercido por la Comisión Mixta Revisora de Cuentas, órgano del Congreso Nacional integrado por seis (6) senadores y seis (6) diputados, quienes permanecen en sus funciones el tiempo que duran sus mandatos en las comisiones permanentes (art. 98, L.A.F.).

El artículo 129 de la L.A.F. le impone a dicha Comisión una serie de deberes bajo la fórmula de atribuciones funcionales, a saber: "Art.

96 Al referirse a esta facultad, el art. 120 de la L.A.F. la centra en el Congreso de la Nación, lo que es una redundancia legislativa pues una ley no debe disponer lo que se puede hacer por otra ley posterior.

97 El art. 122 de la L.A.F. prescribe que: "seis de dichos auditores generales serán designados por resoluciones de las dos Cámaras del Congreso Nacional, correspondiendo la designación de tres (3) a la Cámara de Senadores y tres (3) a la Cámara de Diputados, observando la composición de cada Cámara. Al nombrarse los primeros auditores generales se determinará, por sorteo, los tres (3) que permanecerán en sus cargos durante cuatro (4) años, correspondiéndoles ocho (8) años a los cuatro (4) restantes". A su vez el art. 123 estatuye lo siguiente: "El séptimo auditor general será designado por resolución conjunta de los presidentes de las Cámaras de Senadores y de Diputados y será el presidente del ente.

98 L.A.F., art. 123, *in fine*.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

129: Para el desempeño de sus funciones la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas debe:

a) Aprobar juntamente con las Comisiones de Presupuesto y Hacienda de ambas Cámaras el programa de acción anual de control externo a desarrollar por la Auditoría General de la Nación;
b) Analizar el proyecto de presupuesto anual de la Auditoría General de la Nación y remitirlo al Poder Ejecutivo para su incorporación en el presupuesto general de la Nación;
c) Encomendar a la Auditoría General de la Nación la realización de estudios, investigaciones y dictámenes especiales sobre materias de su competencia, fijando los plazos para su realización;
d) Requerir de la Auditoría General de la Nación toda la información que estime oportuno sobre las actividades realizadas por dicho ente;
e) Analizar los informes periódicos de cumplimiento del programa de trabajo aprobado, efectuar las observaciones que pueden merecer e indicar las modificaciones que estime conveniente introducir;
f) Analizar la memoria anual que la Auditoría General de la Nación deberá elevarle antes del 1° de mayo de cada año".
g) Aprobar o desechar la cuenta de inversión, conjuntamente con la Auditoria General de la Nación (art. 85, *in fine*, de la Const. Nac.).

15. EL DEFENSOR DEL PUEBLO

La reforma constitucional de 1994 ha incorporado la figura del Defensor del Pueblo, en el ámbito del Congreso, como órgano independiente de control, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad (art. 86).

Dicha cláusula constitucional prescribe que su misión consiste —además del control de las funciones administrativas públicas— en la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución y las leyes, frente a hechos, actos u omisiones de la Administración.

El funcionario que ocupa ese cargo —cuya duración es de cinco años, con posibilidad de una única reelección— es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

miembros presentes de cada una de las Cámaras (art. 86, 2da. parte).

La Constitución reformada, con la idea de atribuirle efectividad y reafirmar la independencia del organismo mientras, por una parte, le reconoce una determinada legitimación procesal, por la otra, le extiende el régimen de inmunidades y privilegios que gozan los legisladores (art. 86, 2da. parte) remitiendo a la ley los detalles inherentes a su organización y funcionamiento [99].

16. DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS FUNCIONARIOS Y PERSONAS QUE SE DESEMPEÑAN EN LAS JURISDICCIONES Y ENTIDADES CONTROLADAS

La L.A.F. se ha ocupado también de legislar en materia de la llamada responsabilidad patrimonial de "toda persona física que se desempeñe en las jurisdicciones o entidades" [100] sujetas a la competencia de la Auditoría General de la Nación", como reza la primera parte de su artículo 130.

Se trata de la responsabilidad que contraen dichas personas frente al Estado o los entes jurídicos respectivos por el hecho de su desempeño en los órganos y entidades que componen el denominado sector público sujetas a la competencia de la A.G.N., donde el factor de atribución es eminentemente subjetivo. Para que proceda dicha responsabilidad se requiere: a) la imputabilidad material del acto o hecho realizado en ejercicio de las funciones [101]; b) la existencia de dolo, culpa o negligencia; c) el daño económico; d) la relación de causalidad entre el hecho y el daño; e) que no exista otro régimen especial de responsabilidad patrimonial [102].

Esta clase de responsabilidad pertenecerá al derecho administrativo cuando la relación jurídica que vincula a la persona con el ente sea de derecho público. A la inversa, si la relación es propia de aquellas re-

99 En la actualidad, rige la ley 24.384 (con las modificaciones de la ley 24.379) anterior a la reforma constitucional.

100 La propia L.A.F. prescribe en su art. 90 las definiciones legales de entidad y de jurisdicción en los siguientes términos; en el contexto de esta ley se entenderá por entidad a toda organización pública con personalidad jurídica y patrimonio propio; y, por jurisdicción a cada una de las siguientes unidades institucionales: a) Poder Legislativo; b) Poder Judicial; c) Presidencia de la Nación, los ministerios y secretarías del Poder Ejecutivo nacional.

101 Si el daño es provocado fuera del ejercicio de las funciones la persona que lo provoca también será responsable (art. 1809, Cód. Civ.).

102 L.A.F., art. 130.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

gidas por el derecho civil o comercial, el régimen de la responsabilidad corresponde al derecho privado. Con todo, en materia de prescripción, la L.A.F. ha unificado el régimen de responsabilidad remitiéndose, en ambos casos, a las reglas del Código Civil, lo que se ha hecho, seguramente, con el fin de eliminar las dudas interpretativas que pudieran existir acerca de la naturaleza de determinadas relaciones.

Esta responsabilidad no excluye la de tipo contable que en la L.A.F. no se encuentra legislada, ni tampoco la responsabilidad de naturaleza disciplinaria que emerge de la relación de empleo público, donde el bien jurídico tutelado es el "buen orden administrativo" [103].

El ejercicio de la acción de responsabilidad, ante el silencio de la L.A.F., corresponde a la entidad o jurisdicción perjudicada por el acto o hecho respectivo. Ella prescribe en los plazos establecidos en el Código Civil "contados desde el momento de la omisión del hecho generador del daño o de producido éste si es posterior, cualquiera sea el régimen jurídico de responsabilidad patrimonial aplicable con estas personas" [104].

103 PEREZ COLMAN, José Luis, al comentar la "Ley de Contabilidad", suplemento de la rev. *Régimen de la Administración Pública*, pág. 217, Buenos Aires, 1986.

104 L.A.F., art. 131.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CAPÍTULO V

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS Y EMPRESAS ESTATALES

SUMARIO

1. Aspectos terminológicos. Inconveniencia en utilizar la expresión "empresa pública".
2. Distintas formas jurídicas que puede revestir la descentralización administrativa.
   A) Descentralización territorial.
   B) Descentralización institucional.
      a) Entidades autárquicas.
      b) Empresas del Estado.
      c) Entidades descentralizadas atípicas.
3. Organo competente para disponer la creación de entidades descentralizadas.
4. La tesis de las facultades concurrentes.
5. El régimen jurídico de los actos de las entidades descentralizadas y la posibilidad de emitir actos de objeto privado.
6. La intervención del Estado en el campo de la gestión económica.
7. El llamado proceso de las "nacionalizaciones".
8. Las actividades industriales y comerciales realizadas por el Estado bajo formas jurídicas privadas.
9. El control administrativo sobre las entidades descentralizadas y sociedades comerciales del Estado.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CAPÍTULO V

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS Y EMPRESAS ESTATALES

1. ASPECTOS TERMINOLÓGICOS. INCONVENIENCIA EN UTILIZAR LA EXPRESIÓN "EMPRESA PÚBLICA"

Uno de los temas hacia donde confluyen las más variadas concepciones terminologías es el que versa sobre las entidades administrativamente descentralizadas y las empresas estatales que actúan bajo distintas formas jurídicas.

En este proceso puede advertirse como, una vez más, la fuerza de la realidad ha desplazado todo el rigorismo de la concepción tradicional que se caracterizaba por formas puras de organización administrativa, con regímenes jurídicos netos.

Han surgido así formas jurídicas nuevas que no respondían a categorías conceptuales preestablecidas, con regímenes jurídicos heterogéneos [1], caracterizadas por la presencia simultánea de ordenamientos público y privado.

Las actividades que lleva a cabo el Estado a través de entidades que asumen distintas formas jurídicas pueden discriminarse en dos grupos relativamente delimitados: a) personas jurídicas públicas; b) personas jurídicas privadas.

Dentro de las entidades públicas estatales (Administración Descentralizada) coexisten tanto las formas jurídicas llamadas puras —con un régimen típico de derecho público— (v.gr. entidades autárquicas) con aquellas entidades descentralizadas que realizan actividades industriales y comerciales —dotadas de un régimen jurídico mixto de

[1] LANGROD, Georges, "L'Enterprise Publique en Droit Administratif Comparé", *Revue Internationale de Droit Comparé*, nro. 2, Paris, 1956, pág. 217.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

derecho público y privado— (por ej.: las Empresas del Estado que tipifica la ley 13.653). Los rasgos característicos de estas entidades son la creación estatal y la pertenencia a la organización administrativa.

A su vez, el Estado actúa también con estructuras jurídicas propias del derecho privado, a través de empresas de su propiedad o participando en el capital de las mismas. Aquí si bien la nota común está dada por la aplicabilidad predominante —casi exclusiva— del derecho civil y comercial [2] la intervención estatal genera o ha producido distintas formas jurídicas: sociedades de economía mixta, sociedades anónimas de participación estatal mayoritaria, etcétera. También puede ocurrir que la respectiva actividad se lleve a cabo por una empresa, sin personalidad jurídica [3].

Se comprende, por lo tanto, como el criterio de "empresa pública" no sirve para manifestar toda la gama posible de empresas en sentido económico (actividades civiles, industriales o comerciales) ante la falta de coincidencia entre los conceptos público y estatal.

Resulta de ese modo impropio definir como "empresas públicas" ni siquiera en su acepción más estricta [4] a las sociedades anónimas de propiedad total del estado o de participación estatal mayoritaria.

2. DISTINTAS FORMAS JURÍDICAS QUE PUEDE REVESTIR LA DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA

En nuestra organización administrativa el fenómeno de la descentralización da origen a distintas especies de entidades públicas estatales según los fines que éstas persigan y el régimen jurídico que la tipifica.

Por su parte, si nos atenemos a la clasificación tradicional de la descentralización administrativa observamos que el panorama de la llamada descentralización "institucional o funcional" [5] es más rico en materia de formas y regímenes jurídicos, que el existente en la descentralización "territorial".

2 BAENA DEL ALCAZAR, Mariano, *Régimen Jurídico de la Intervención Administrativa en la Economía*, Madrid, 1966, pág. 328.

3 Son las llamadas explotaciones *en regie*, administradas directamente por la Administración Central; VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, págs. 694-695.

4 GORDILLO, Agustín A., *Empresas del Estado*, págs. 75-78, para quien el concepto restringido de "empresa pública" sólo comprende a nuestras "Empresas del Estado".

5 GARRIDO FALLA, Fernando, *Administración Indirecta del Estado y Descentralización Funcional*, pág. 105 y sigs.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

A) Descentralización territorial

El caso típico de entidad descentralizada territorial lo constituye, en nuestro sistema, el Municipio. Su competencia no se extiende más allá del territorio que delimita el ámbito geográfico de validez de las normas generales y actos administrativos que emanan de sus órganos. En otros países, como en Italia, se considera también que la región configura una una entidad descentralizada, de base territorial [6], pero nuestro ordenamiento no les atribuye personalidad, no obstante hallarse esta figura recogida en la legislación positiva, a efectos de la planificación de los regímenes de promoción industrial [7].

Las entidades descentralizadas territoriales ostentan, por lo común, dentro de la circunscripción en que desenvuelven su accionar, una competencia general para conocer en asuntos administrativos de carácter local [8].

B) Descentralización institucional

Si se parte de la teoría de las personas jurídicas públicas y del dato central y común de su pertenencia o encuadramiento en la organización administrativa [9] se advierte principalmente la existencia de las siguientes entidades:

a) *Entidades autárquicas*

Son aquellas que se caracterizan por llevar a cabo cometidos típicamente administrativos (no industriales y comerciales) con un régimen esencial de derecho público. Tal es el supuesto, entre nosotros, de las universidades [10].

6 LANDI, Guido - POTENZA, Giuseppe, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Ed. Giuffre, Milano, 1971, págs. 374-384.

7 CASSAGNE, Juan Carlos, "Problemática y aspectos administrativos de la regionalización industrial", *L.L.*, t. 155, pág. 1096 y sigs.

8 VITTA, Cino, *Diritto Amministrativo*, Ed. U.T.H.E., Torino, 1962, t. I, pág. 164, quien señala que este tipo de entidades se caracterizan por su pluralidad de fines, a contrario de lo que acontece con las de carácter "institucional" que se constituyen para un fin exclusivo o al menos principal.

9 Nota que por otra parte había señalado, hace ya medio siglo, el gran jurista francés HAURIOU (cfr. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Paris, 1906, pág. 105).

10 LUQUI, Juan Carlos, *Régimen Jurídico de la Universidad Oficial*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1968.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

b) *Empresas del Estado*

Se trata de una especie peculiar de entidad estatal, llamada por algunos también "empresa pública", que desarrolla una actividad comercial o industrial con un régimen jurídico entremezclado que combina el derecho público con el derecho privado [11]. Sin desconocer que la finalidad comercial e industrial a cumplir por la entidad constituye la razón de ser que justifica el nacimiento de esta figura jurídica, nuestra legislación ha previsto también la posibilidad de que las actividades comerciales o industriales puedan, a su vez, configurar un servicio público [12].

La denominación de "Empresas del Estado" constituye entre nosotros un tipo jurídico especial instituido por la ley. En Francia, la crisis que se produce en la concepción de establecimiento público, condujo a la introducción, en el marco de la organización administrativa, de una nueva entidad que recibió el nombre de "establecimiento público comercial e industrial" [13] y que guarda similitud con nuestra "Empresa del Estado".

c) *Entidades descentralizadas atípicas*

La realidad demuestra también que en casi todos los países (y el nuestro no ha escapado a este proceso) junto a los dos tipos jurídicos indicados precedentemente coexisten también formas jurídicas intermedias o entidades que ostentan una regulación normativa específica para la entidad que el Estado funda o crea [14].

3. ORGANO COMPETENTE PARA DISPONER LA CREACIÓN DE ENTIDADES DESCENTRALIZADAS

En la doctrina uruguaya [15] y nacional [16] ha sido una cuestión asaz debatida la referente a cuál es el órgano que conserva el poder o

11 BREWER CARIAS, Allan Randolph, *Las Empresas Públicas en el Derecho Comparado*, Caracas, 1967, pág. 65 y sigs., especialmente 73 y 74.

12 Art. 1°, ley 13.653, modificada por las leyes 14.380 y 15.023. En este caso (servicio público de naturaleza comercial o industrial) la norma prescribe que todo lo atinente al "servicio público" se rige por el derecho público.

13 VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, Paris, 1968, pág. 641 y sigs.

14 CASSAGNE, Juan Carlos, "Condición y Régimen Jurídico de la Empresa Ferrocarriles Argentinos" (F.A.), *E.D.*, t. 31, pág. 1048 y sigs.

15 En Uruguay, mientras rigió la Constitución de 1830; SAYAGUES LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. del autor, Montevideo, 1959, t. II, págs. 144-146.

16 BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. I, 6ª ed., pág. 234 y sigs.; MARIENHOFF,

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

atribución residual para crear una entidad descentralizada (aunque el problema se ha planteado con respecto a las entidades autárquicas). Empleamos la expresión "poder o atribución residual" porque si la respectiva atribución hubiera sido otorgada por la Constitución a alguno de los órganos (v.gr. la facultad del Congreso para crear universidades) no existiría propiamente una carencia normativa que admita diferentes interpretaciones jurídicas.

Si bien el tema será abordado al analizar cada una de las especies de entidades descentralizadas descriptas, el mismo se circunscribe en mayor medida a las entidades autárquicas y a las que hemos denominado "descentralizadas atípicas", por cuanto en materia de Empresas del Estado, la ley que las rige dispuso la posibilidad de su creación por parte del Poder Ejecutivo [17].

Con diferentes fundamentos, la mayoría de nuestros autores se pronuncia por el criterio de reconocer que la respectiva facultad para disponer la creación del ente autárquico pertenece al Congreso.

El principal argumento [18] que se esgrime a favor de la exigencia de la ley formal para fundar una entidad autárquica, es que la atribución del Parlamento tiene su apoyo en lo dispuesto en el artículo 75, inciso 20, de la Constitución Nacional, que estatuye que corresponde al Congreso "crear y suprimir empleos, fijar sus atribuciones".

Esta postura ha sido refutada alegando que entre "entidad autárquica y empleo hay una manifiesta disociación conceptual... por de pronto, el empleo en cuestión no presupone personalidad jurídica, ni presupone la existencia de un patrimonio, elementos, éstos, fundamentales para la existencia de una entidad autárquica" [19].

Pero la razón que impedirá aceptar la tesis de la atribución exclusiva del Congreso parte de una consideración esencialmente doctrinaria: si la creación de una entidad autárquica supone una limitación en las facultades de contralor del Ejecutivo (que quedaría restringido a la ilegitimidad y excluida la oportunidad) ello no podría hacerse sin alterar lo prescripto en el artículo 99, inciso 1°, de la

Miguel S., pág. 381 y sigs.; DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, t. II, 1ª ed., pág. 74 y sigs.; GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1974, t. I, pág. XI-5; LUQUI, Roberto Enrique, "Algunas Consideraciones sobre el concepto de Administración Pública", *L.L.*, t. 151, pág. 1069.

17 Ley 13.653, modificadas por las leyes 14.380 y 15.023, art. 7°. Sin embargo, tal facultad, se restringe "a los servicios actualmente a su cargo", es decir a la fecha de las citadas leyes.

18 BIELSA, Rafael, *ob. cit.* t. I, págs. 247-248; DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. II, 1ª ed., pág. 90.

19 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 385.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Constitución Nacional, ya que, en tal supuesto, la plenitud de la relación jerárquica aparecería afectada [20] por un acto del órgano legislativo.

Un punto de vista opuesto sostienen aquellos que postulan la tesis de la competencia del Ejecutivo, lo cual, indudablemente, tiene en cuenta el fortalecimiento que a este órgano le atribuye el sistema presidencialista de la Constitución Nacional y la tradición histórica [21].

Para este sector doctrinario la creación de entidades descentralizadas pertenece al ámbito de la llamada zona de reserva de la Administración (o del Poder Ejecutivo, después de la reforma constitucional) enmarcada por el artículo 99, inciso 1°, de la Constitución Nacional [22].

4. LA TESIS DE LAS FACULTADES CONCURRENTES

Una posición intermedia entre ambas posturas doctrinarias es la tesis de las facultades concurrentes para resolver las dificultades interpretativas, la que tiende a evitar la inconstitucionalidad de los actos de creación de las entidades autárquicas, según se aplique al caso alguna de las tesis que se han reseñado en el punto anterior.

Se parte de la existencia de un "acuerdo" entre el Legislativo y el Ejecutivo que, en tanto se mantenga por parte de ambos, legitima el acto de creación de la entidad [23].

Si ninguna duda cabe que el llamado proceso de descentralización no fue previsto por los constituyentes de 1853, ni en las posteriores reformas, estamos ante la denominada "carencia histórica de normas" que se produce cuando las fuentes formales presentan vacíos o lagunas. Esta situación se opera tanto cuando se cuenta con un principio de normación como cuando se dispone de un mero criterio negativo, donde al creador de la norma no lo anima ninguna voluntad (completa o incompleta) [24].

20 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 386.

21 ESTRADA, Juan Ramón de, *ob.cit.*, *Estudios de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 55.

22 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 382 y sigs.; BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Constitucional del Poder*, Buenos Aires, E.D.I.A.R., 1967, t. II, pág. 86 y sigs.

23 ESTRADA, Juan Ramón de, *ob. cit.*, págs. 58-59, quien señala que "quizás no sea la solución ideal, pero entendemos que es una 'salida' posible en tanto se mantengan las divergencias de interpretación".

24 GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción al Derecho*, 3ª ed., págs. 258-262, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1967.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Esa carencia histórica de normas nos inclina a postular la tesis de las facultades concurrentes del Legislativo y del Ejecutivo, en materia de creación de entidades descentralizadas.

Ello ocurre en virtud a que si bien cada órgano del poder estatal tiene reconocida su propia esfera de acción, su ejercicio debe ser coordinado y ninguno tiene una función o atribución exclusiva, a menos que la Constitución así lo prescriba en forma expresa [25].

Pero aunque se trate de un caso no previsto, la creación de una entidad por el Congreso (excepto cuando la Constitución Nacional le hubiere atribuido la pertinente facultad en forma expresa) debe dejar incólume el control jerárquico que el Ejecutivo tiene reconocido como Jefe del Gobierno y cabeza de la Administración (art. 99, inc. 1°, Const. Nac.).

En esta línea interpretativa se ubica el Reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos al reconocer un amplio control por parte del Ejecutivo, sobre los actos de los entes descentralizados, cuando éstos no fueren creados por el Congreso en ejercicio de sus expresas facultades constitucionales [26].

Ateniéndonos a la tesis de las "facultades concurrentes", la descentralización que dispusiera el Poder Ejecutivo podría operarse sin que ello implique la necesaria organización y actuación de la entidad que puede quedar postergada hasta tanto se aprueba su presupuesto por el Parlamento. En este último caso no habrá acto de creación legislativa sino de aprobación presupuestaria, conforme a las facultades que el Congreso tiene en esta materia (art. 75, inc. 8°, Const. Nac.).

5. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ACTOS DE LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS Y LA POSIBILIDAD DE EMITIR ACTOS DE OBJETO PRIVADO

Según cual fuere el tipo jurídico de la entidad estatal, el régimen de sus actos pertenecerá casi exclusivamente al derecho público o tendrá carácter entremezclado (público y privado). En cualquiera de ambas situaciones la preeminencia o gravitación del derecho público

25 GONZALEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, pág. 311, Buenos Aires, Ed. Estrada, 1951.

26 Dec. 1759/72, art. 97. Conforme con esta interpretación, ESTRADA, Juan Ramón de, *ob.cit.*, págs. 59-60, quien recuerda que se trata de una postura reiteradamente sostenida por la Procuración del Tesoro de la Nación.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

en algunos de los requisitos del acto (v.gr. competencia) no excluye la posibilidad de que la entidad descentralizada celebre actos cuyo objeto puede aparecer regulado por el derecho civil y comercial (por ej.: la actividad de los bancos oficiales).

Esta concepción "dualista" de los actos de las entidades estatales, que es aceptada por la legislación positiva [27], la mayoría de nuestra doctrina [28] y de la comparada [29] constituye la orientación que fluye de diferentes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación [30].

En el planteo opuesto se ha sostenido —en favor de la concepción unitaria— que ello implica revivir una consecuencia de la suprema doctrina llamada de la doble personalidad del Estado [31].

Como hemos señalado [32] dicho enfoque resulta erróneo porque significa confundir el problema de la personalidad con el régimen jurídico de los actos de la entidad que actúa bajo dicha personalidad de derecho público que, como siempre, es única e inescindible. Si se llevase esta doctrina al campo del derecho privado resultaría que todo acto de una persona jurídica (cuya personalidad es obviamente privada) debería ser de naturaleza civil o comercial, excluyendo la posibilidad de celebrar contratos administrativos.

27 Ley 13.653, art. 1°, inc. a); ley 16.824, art. 1° (Caja Federal de Ahorro y Préstamo para la Vivienda); ley 14.878 (Instituto Nacional de Vitivinicultura), etc. En el derecho positivo español, la ley de Bases de Contratos del Estado (arts. 18-19) recogió esta orientación.

28 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. II, págs. 255-256; BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1964, t. I, pág. 136 y sigs.; DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. II, pág. 440 y sigs.; CASSAGNE, Juan Carlos, *El Acto Administrativo*, pág. 121 y sigs. Recientemente, LINARES, ha refutado la postura aunque creemos que arriba a similares consecuencias, pues postula la aceptación del "acto de objeto, privado" como categoría autónoma dentro del acto administrativo (*Fundamentos de Derecho Administrativo*, págs. 210-211, Buenos Aires, 1975), lo cual no había sido reconocido por los partidarios estrictos de la concepción unitaria que omitían resolver este punto capital.

29 BENOIT, Francis Paul, *Le Droit Administratif Français*, Toulouse, 1968; pág. 586, RIVERO, Jean, *ob. cit.*, pág. 98; ALESSI, Renato, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, Milano, pág. 213, 1958, y los autores que cita en la nota 4 (RANELLETTI, TREVES, CAMMEO, AMORTH, etc.); BREWER CARIAS, Allan Randolph, *ob. cit.*, págs. 56, 57 y 72.

30 *Fallos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, t. 254, pág. 585; t. 270, pág. 446.

31 GORDILLO, Agustín A., *El Acto Administrativo*, 2ª ed., págs. 67-68, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969; FIORINI, Bartolomé A., *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 277, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968.

32 CASSAGNE, Juan Carlos, "Las Entidades Estatales Descentralizadas y el Carácter Público o Privado de los Actos que Celebran", *L.L.*, t. 143, pág. 1172 y sigs.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

En el fondo, lo que se discute es la existencia de una categoría de acto distinta al acto administrativo típico (con un régimen jurídico fundamentalmente de derecho público), que se denomina acto privado de la Administración o acto de objeto privado (con un régimen jurídico mixto).

La existencia de este "acto de objeto privado" aparece con mayor gravitación precisamente en aquellas personas públicas estatales que llevan a cabo actividades industriales o comerciales, como las Empresas del Estado, que pueden desarrollar una actividad de intermediación, a semejanza de los particulares. Aquí es donde la concepción "unitaria" resulta realmente impracticable [33].

6. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN EL CAMPO DE LA GESTIÓN ECONÓMICA

Si se dejan de lado aquellos sistemas que se caracterizaron por su adhesión al estatismo varios de los países enrolados en el modelo occidental acusaron la presencia —en mayor o menor grado— del intervencionismo estatal como fenómeno generalizado [34] donde se llegó a desplazar el acto aislado de injerencia, por la intervención como sistema, en aquellos casos en que ella se justificaba.

Se discutió, en cambio, dentro de este último sistema cuáles eran las causas que provocaban la intervención estatal, los campos en los cuales ella debe proceder y los límites que marcaban su actuación.

No parece pues, que la problemática que se desenvuelve en torno a la justificación de la intervención del Estado se ha superado como algunos sostuvieron [35], antes bien, pensamos que para que el Estado no crezca desmesuradamente deben analizarse en cada caso los principios por cuyo mérito se admite su injerencia en el plano del derecho natural.

Aparte de todas las construcciones doctrinarias que se han esbozado [36], la intervención del Estado en la vida económica aparece reco-

33 Puesto que sería imposible trasladar todo el rigorismo del derecho público en bloque, para regular una actividad que por su naturaleza y la normativa vigente se encuentra regulada en el derecho civil o comercial.

34 BAENA DEL ALCAZAR, Mariano, *Régimen Jurídico de la Intervención Administrativa en la Economía*, pág. 27 y sigs., Madrid, 1966.

35 BREWER CARIAS, Allan Randolph, *ob. cit.*, pág. 23, citando la opinión de Katzarov.

36 FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, pág. 61 y sigs.; MARTIN RETORTILLO, Lorenzo, "La Configuración de la Administración Pública y el Concepto de

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

nocida en las encíclicas papales. En este sentido, la encíclica *Quadragesimo Anno*, ha expresado que "existen bienes respecto a los cuales se puede sostener con razón que deben ser reservados a la colectividad en tanto que vienen a conferir un poder tal que no pueden dejarse en manos de personas privadas sin peligro para el bien público", doctrina que se reitera en la encíclica *Mater et Magistra* [37].

Sin embargo, como principio la intromisión del Estado en el campo reservado a la actividad individual debe ajustarse al llamado principio de la suplencia o subsidiariedad, por cuyo mérito la intervención estatal sólo procede ante la ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada.

Este principio —que ha sido considerado básico en la doctrina del derecho natural [38]— encuentra su explicación en que si el fin del Estado consiste en procurar el bien común de la sociedad, resulta conveniente reservar a ésta el bien que por sí sola pueda realizar. Para ello, el Estado —como señala Guaita— "debe estimular, encauzar la iniciativa privada y sólo cuando ésta carezca de capacidad y decisión necesarias debe ser suplida por la acción directa estatal" [39]. La intervención no consiste, pues, nunca en un fin en sí misma sino en una sustitución o suplencia de la iniciativa privada y actualmente muchos países han iniciado procesos de reversión al privatizar empresas estatales.

Muchas son las causas que originaron, en su momento, la intervención del Estado, desde aquellas fundadas en una ideología típicamente estatista [40] hasta aquellas que se vinculan en las condiciones económicas y sociológicas que se presentan en la época actual, tales como el hecho de las aglomeraciones, la aceleración histórica, la elevación del nivel de vida, los adelantos tecnológicos, etcétera.

Una de las fases de la intervención estatal se configura por la participación del Estado directamente en el campo de la gestión económica o, como también se le ha denominado, la asunción (parcial) de la administración de los medios de producción y cambio [41].

Desenivorsorge", *Revista de Administración Pública*, nro. 38, pág. 35 y sigs., Madrid, 1962.

37 Cfr. encíclica *Mater et Magistra*, párrafos 52-58, en *Ocho grandes Mensajes*, págs. 144-146, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1973.

38 MESSNER, Johannes, *Etica Social, Política y Económica a la Luz del Derecho Natural*, pág. 336, Madrid, 1967.

39 GUAITA, Aurelio, *Derecho Administrativo Especial*, t. I, págs. 13-14, Zaragoza, 1965.

40 En contra, JORDANA DE POZAS, Luis, "El Problema de los Fines de la Actividad Administrativa", *Revista de Administración Pública*, nro. 4, pág. 16.

41 BAENA DEL ALCAZAR, Mariano, *ob. cit.*, pág. 101 y sigs.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

En casi todos los países ha existido una gran variedad y multiplicidad de sujetos activos de la intervención estatal en la gestión económica. Así, entre nosotros, desde la Empresa del Estado, que se halla encuadrada dentro de la Administración Pública y pertenece por tanto a la organización estatal, hasta las meras sociedades mercantiles de propiedad o control del Estado, que constituyen entidades de derecho privado, tienen en común la realización de actividades de carácter industrial o comercial en forma de empresa, que en principio corresponderían a los particulares pero que, excepcionalmente, toma a cargo el Estado para la satisfacción del bien común frente a la ausencia, insuficiencia, prestación defectuosa o inconveniente de la iniciativa privada.

Como técnicas de la intervención estatal en este campo pueden básicamente señalarse:

a) La adquisición o expropiación de empresas de propiedad privada;
b) Constitución de nuevas empresas estatales sin personalidad jurídica (las llamadas *régie* en Francia y Bélgica) [42];
c) Creación de nuevas empresas por parte del Estado dotadas de personalidad jurídica, como entidades pertenecientes a la organización estatal;
d) Constitución de sociedades mercantiles de propiedad total o mayoritaria del Estado [43];
e) Participación accionaria, en minoría, en sociedades mercantiles.

7. EL LLAMADO PROCESO DE LAS "NACIONALIZACIONES"

El estudio y desarrollo de la intervención estatal lleva forzosamente al análisis del llamado proceso de "nacionalización" de empresas, que constituyó una de las técnicas más utilizadas hasta la primera mitad de este siglo.

Si bien el empleo del concepto "nacionalización" no resulta del todo apropiado en nuestro idioma, su uso constante ha creado ya un significado convencional del cual resultará difícil desprenderse. En

42 RIVERO, Jean, *ob. cit.*, págs. 397-398, aunque su procedencia se juzga excepcional para llevar a cabo actividades industriales o comerciales.

43 AUBY, Jean Marie, y DUCOS - ADER, Robert, *Droit Public*, págs. 209-211, Paris, 1966, quienes en general designan a estas entidades "establecimientos privados de la Administración", incluyendo también las asociaciones mutualistas y profesionales.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

general, se entiende por nacionalización el proceso por el cual el Estado toma a su cargo la explotación y los bienes de una empresa privada, asumiendo su titularidad, ya sea por su adquisición o compra del paquete mayoritario de acciones (si fuese, por ej., una sociedad anónima) o bien, a través del procedimiento de la expropiación.

Teniendo en cuenta que la entidad privada que se transfiere al Estado puede asumir forma pública estatal o forma privada (aunque de propiedad estatal) y que si asume la primera condición, es decir, si integra la administración, puede tanto incorporar la empresa sin dotarla de subjetividad (administración centralizada) como crear una nueva entidad pública estatal con personalidad jurídica distinta (administración descentralizada) sometiéndola parcialmente al derecho privado, se impone —según algunos— la necesidad de discriminar entre "nacionalización" y "estatización o estatificación" [44].

Nadie puede pretender tampoco que el fenómeno de la nacionalización pueda implicar que se atribuya una cierta subjetividad a la Nación (en su concepto político) [45]. La nacionalización —en el sentido convencional que cabe atribuirle— alude a la idea de transferencia de una empresa privada al Estado (en sentido lato) ya sea que pase a integrar la administración o continúe como empresa bajo el mismo régimen pero de propiedad estatal.

No debe confundirse, por tanto, el régimen jurídico que el Estado asigne a esa empresa privada (que puede seguir siendo básicamente el mismo) con la técnica de traspaso, que traduce una de las formas más extremas de la intervención.

Un examen comparativo acerca de las nacionalizaciones llevadas a cabo en los países occidentales permite advertir que si bien el proceso se acentúa al finalizar la segunda guerra mundial, el mismo no se ha realizado nunca como sistema, respondiendo más bien a circunstanciales motivos de política partidista (tal como aconteció en Inglaterra) o de interés nacional, como en el caso de aquellas empresas acusadas de haber colaborado con un país enemigo (v.gr. en Francia, el caso de las fábricas Renault y Guome et Rhome) o para establecer un orden o racionalización en una determinada rama industrial [46].

44 KATZAROV, Konstantín, *Teoría de las Nacionalizaciones*, trad. española, México, 1963; pág. 270 y sigs., GUAITA, Aurelio, *ob. cit.*, Zaragoza, 1964, t. III, pág. 62; BAENA DEL ALCAZAR, Mariano, *ob. cit.*, págs. 112-113.

45 GORDILLO, Agustín A., *Empresas del Estado*, págs. 59-60.

46 BAENA DEL ALCAZAR, Mariano, *ob. cit.*, pág. 107.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

En Inglaterra, se adujo también que la propiedad estatal de un grupo importante de industrias básicas podía contribuir en gran medida a la eficacia de la planificación económica central, al colocar en manos del Estado las riendas que pueden controlar toda la economía [47]. No se nos escapa la influencia que tiene dentro de este criterio la llamada concepción socialista de la economía, lo que da pie a un jurista de Europa oriental para sostener que "las nacionalizaciones llevadas a cabo en la Europa occidental se inspiran en la idea común a toda socialización y a toda nacionalización, a saber, la transferencia a la sociedad de los medios de producción y circulación y su utilización en el interés general" [48].

Sin embargo, la realidad apuntada sobre los motivos que generan las nacionalizaciones, unida al hecho de operarse un retroceso de la orientación mundial en muchos países, demuestra que la tendencia a la nacionalización se ha detenido, al menos en Europa occidental, realizándose actualmente la intervención estatal por otros instrumentos, tales como la creación de nuevas entidades organizadas en forma de empresas comerciales o industriales [49].

El criterio rector que debe guiar al Estado en esta cuestión es el de que la economía tiene que ser obra ante todo de la iniciativa privada, sin perjuicio de la acción complementaria estatal para fomentar, estimular, ordenar y suplir, fundamentada en el principio de la subsidiariedad [50].

En mérito a ello, si existe la razonable posibilidad ulterior de que una industria nacionalizada pueda retornar a la propiedad de los particulares —y la historia reciente así lo demuestra— [51] será conveniente mantenerla bajo el mismo régimen y personalidad del derecho privado, para favorecer, en el futuro, su transferencia.

47 ROBSON, William A., *Industria Nacionalizada y Propiedad Pública*, pág. 45, trad. española, Madrid, 1964.

48 KATZAROV, Konstantín, *ob. cit.*, pág. 170.

49 FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomás Ramón, "Notas para un Planteamiento de los Problemas Actuales de la Empresa Pública", *Revista de Administración Pública*, nro. 46, Madrid, 1965, pág. 113.

50 Cfr. encíclica *Mater et Magistra*, párrafos 51-53.

51 ROBSON, William A., *ob. cit.*, pág. 50 y sigs.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

8. LAS ACTIVIDADES INDUSTRIALES Y COMERCIALES REALIZADAS POR EL ESTADO BAJO FORMAS JURÍDICAS PRIVADAS

Paralelamente a la realización de actividades de naturaleza industrial o comercial por personas jurídicas de derecho público —establecimientos públicos en Francia y Empresas del Estado en Argentina— en algunos países de Europa occidental y en América latina se utilizan las figuras societarias del derecho mercantil para llevar a cabo tales actividades económicas [52].

Los fines que persigue el Estado al acudir a las formas jurídicas del derecho privado son bastante concretos y ellos consisten básicamente en dotar de una gestión ágil a la empresa, sometiéndola a las leyes y usos mercantiles, escapando de la aplicación del derecho administrativo y otorgándole mayores posibilidades de financiación en cuanto a los créditos de terceros [53].

Se ha juzgado también que uno de los objetivos fundamentales de la recurrencia a figuras jurídicas mercantiles es la limitación de responsabilidad propia de algunas formas societarias (v.gr. sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada) [54].

Aparte de lo cuestionable que resulta en el plano de nuestro sistema jurídico eliminar —en tales supuestos— la responsabilidad del Estado por los actos de una sociedad mercantil de su propiedad (o que administra) creemos que el Estado, en cuanto asociación perfecta o soberana, no puede guiarse en este aspecto por finalidades propias de quienes privadamente unen sus capitales para la realización de un negocio o negocios mercantiles. El Estado debe procurar siempre —aun a través de estas formas jurídicas privadas— la concreción del bien común [55] y es evidente que éste no resulta compatible con la

52 VILLAR PALASI, José Luis, "La Actividad Industrial del Estado en el Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública*, nro. 3, pág. 94 y sigs.; FORSTHOFF, Ernst, *ob. cit.*, pág. 660.

53 Cfr. BREWER CARIAS, Allan Randolph, *ob. cit.*, pág. 114.

54 Así lo sostienen, entre otros, FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomás Ramón, *Notas para un Planeamiento de los Problemas Actuales de la Empresa Pública*, pág. 119, y STROMBERG, Hakan, *La Empresa Pública en Suecia*, pág. 148, cit. por BREWER CARIAS, *ob. cit.*, pág. 114, nota 378.

55 Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "Los Contratos de la Administración Pública (Distintas Categorías y Regímenes Jurídicos)", *E.D.*, t. 57, pág. 795, nota 1. En contra, BARRA, Rodolfo Carlos, "Cogestión Administrativa y Autoadministración", *Universitas*, nro. 33, pág. 26 y sigs., Buenos Aires, 1973.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

limitación de la responsabilidad de sus entidades, cualquiera fuere su condición jurídica.

Pero los fines que el Estado busca concretar a través de este tipo de empresas no conducen a justificar que esta técnica sea utilizada para los servicios públicos, tanto los tradicionales como los que revisten naturaleza comercial. Por eso consideramos objetable que Hidronor [56] haya sido constituida como sociedad anónima, dado el carácter comercial que reviste el servicio público que presta.

En lo que concierne al régimen jurídico de estas entidades resulta claro que, en principio, es de derecho privado, comercial en la especie. Sin embargo, ello no significa que no puedan coexistir conjuntamente algunas relaciones de derecho público que impliquen una derogación o excepción al régimen común que las caracteriza. Tal acontece, por ejemplo, con el acto de designación o revocación del mandato de los miembros del Directorio por el Estado en una sociedad anónima el cual puede regirse por el derecho administrativo [57].

Varias son las formas jurídicas que traducen la intervención y participación del Estado en el campo denominado de la "gestión económica", habiendo gran diversidad en el derecho comparado. En nuestro país, las principales formas jurídicas son:

a) la sociedad de economía mixta;
b) la sociedad anónima de participación estatal mayoritaria;
c) la sociedad del Estado;
d) las meras sociedades anónimas cuyo capital fuera totalmente del Estado o éste tuviera la mayoría accionaria.

El estudio de dichas formas jurídicas reviste, en la actualidad, un interés teórico como consecuencia del proceso de privatizaciones.

9. EL CONTROL ADMINISTRATIVO SOBRE LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS Y SOCIEDADES COMERCIALES DEL ESTADO

La gran variedad de controles que se ejercita sobre las entidades descentralizadas y empresas estatales, en general, tanto en cuanto a sus clases como a los órganos que los llevan a cabo, hacen difícil el intento de una sistematización en la materia, al menos en nuestro país.

56 Creada por ley 17.574 (*Adla*, XXVII, C, pág. 2912). En este punto hemos modificado la opinión expuesta con anterioridad.

57 BREWER CARIAS, Allan Randolph, *ob. cit.*, pág. 119.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Si nos atenemos a los órganos que realizan el contralor observamos que existen tres especies de controles de naturaleza administrativa, según que fuera llevado a cabo por:

a) la Administración Central o una entidad descentralizada;
b) el Parlamento [58];
c) órganos especializados de fiscalización.

En cuanto a los alcances del control que realiza la Administración Central sobre las entidades descentralizadas, la doctrina continental europea puntualiza que se trata de un control distinto al jerárquico (vigente en la Administración Central) caracterizado por las siguientes notas:

a) su objeto se limita a controlar la legitimidad del acto sobre la entidad descentralizada, no pudiendo examinar la oportunidad, mérito o conveniencia;
b) el acto que se revisa no puede ser modificado, debiendo limitarse a su aceptación o rechazo [59]. Este control se denomina "administrativo" o de tutela [60] no admite la posibilidad de emitir órdenes, lo cual sí, en cambio, configura una característica típica del control jerárquico.

La doctrina europea del control no ha sido recogida por nuestro sistema en toda su estrictez, habiéndose vinculado, en cambio, los alcances del control con el problema de la creación de la entidad descentralizada. Así, conforme a lo que prescribe el Reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos [61], cuando la entidad descentralizada hubiere sido creada por el Congreso en ejercicio de sus facultades constitucionales propias (v.gr. Universidades) sólo procede el control de legitimidad, salvo que la ley autorice un control amplio. En cambio, cuando la entidad fuera creada en ejercicio de una facultad concurrente por el Congreso o por el Poder Ejecutivo, el control puede versar también sobre la oportunidad, mérito o conveniencia.

Un resabio de la concepción europea sobre el control administrativo o de tutela se mantiene, sin embargo, en el reglamento citado

58 Giuliani Fonrouge indicó que el art. 87 del decreto-ley 23.354/56 (Ley de Contabilidad de la Nación) marcaba una tendencia hacia la creación de órganos ubicados en el Poder Legislativo, a los cuales se les atribuye la facultad de fiscalizar el presupuesto durante su ejecución, no *a posteriori* (cfr. GIULIANI FONROUGE, Carlos, *Derecho Financiero*, t. I, pág. 249, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1965).

59 VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, pág. 563 y sigs.

60 BREWER CARIAS, Allan Randolph, *ob. cit.*, pág. 131 y sigs.

61 Dec. 1759/72, art. 97 (t.o. por decreto 1883/91).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

(art. 97, *in fine*) al disponer que al ejercer la administración el contralor de tutela por medio del recurso de alzada "la resolución se limitará a revocar el acto impugnado, pudiendo, sin embargo, modificarlo o sustituirlo con carácter excepcional si fundadas razones de interés público la justificaren", excepción, ésta, cuya amplitud abre un ancho camino para que se opere la modificación del acto.

En las entidades estatales constituidas como personas jurídicas privadas no procede, en principio, el llamado control administrativo o de tutela, que rige para las entidades descentralizadas. A pesar de ello, la ley 24.156 prevé una modalidad peculiar de fiscalización a través del control interno de legalidad de gestión y de auditoría a cargo de la Sindicatura General de la Nación [62].

El control externo de las entidades descentralizadas y, en general, sobre todas las figuras jurídicas empresarias del Estado, se encuentra a cargo de la Auditoría General de la Nación [63].

62 Cfr. art. 96 y sigs. de la L.A.F.
63 Creada por ley 24.156.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CAPÍTULO VI

ENTIDADES AUTARQUICAS

SUMARIO

1. Origen histórico de la autarquía.
2. Autonomía, soberanía y autarcía.
3. La crisis de la noción clásica y su significado actual.
4. La crisis del "establecimiento público".
5. Condición jurídica y elementos de la entidad autárquica.
6. Distintas clases de entidades autárquicas.
7. Organo competente para crear entidades autárquicas institucionales: remisión.
8. Clasificación de las entidades autárquicas institucionales.
9. Régimen jurídico de la entidad autárquica.
10. El contralor de los actos de la entidad autárquica. Remisión. La intervención.
11. Modificaciones de su *status* y órgano competente para disponer la extinción de la entidad.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CAPÍTULO VI

ENTIDADES AUTARQUICAS

1. ORIGEN HISTÓRICO DE LA AUTARQUÍA

El vocablo autarquía, que se usa entre nosotros, deriva de la palabra italiana *autarchia*, que traduce los diferentes términos griegos y que tiene, por tanto, una significación distinta, según cual sea el sentido que se le atribuya: a) la condición de sujeto capaz de bastarse a sí mismo (auto-suficiencia) y, b) la posición de una entidad a la cual se le atribuye la facultad de auto-gobernarse, de administrar sus propios intereses [1].

Esa carencia de precisión en lo que concierne al significado de la "autarquía", dificulta la comprensión del proceso de la administración estatal indirecta, por cuanto ateniéndose a uno de los sentidos que encierra el vocablo, la autarquía significa "gobierno por sí mismo", confundiéndose en ese plano con la "autonomía", que implica la facultad de darse sus propias reglas y regirse por ellas.

En sus orígenes, la expresión autarquía fue utilizada para distinguir al Estado de las otras entidades, siendo su significación más amplia incluso que la autonomía, en cuanto comprendía los atributos del gobierno estatal [2].

Por obra de la doctrina italiana, el significado jurídico de la autarquía fue privado de su contorno original, dando lugar a que se configurase la institución autárquica, con los perfiles que hoy día se le reconocen, es decir, no ya como la entidad que se gobierna a sí misma (concepto éste susceptible de ser confundido con el de autonomía)

1 ZANOBINI, Guido, *Corso di Diritto Amministrativo*, 8ª ed., Milano, 1958, t. I, págs. 124-125.

2 VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *ob. cit.*, t. II, pág. 181, nota 25.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

sino como aquella que tiene competencia para autoadministrarse de acuerdo con normas dictadas por otra entidad, que conserva sobre ella potestades de contralor y vigilancia.

En nuestro país, durante mucho tiempo, ni la legislación ni la jurisprudencia utilizaron la expresión "autarquía", como tampoco lo hicieron aquellos que escribieron las primeras obras del derecho administrativo argentino. Su introducción se debió a la prédica de los autores de este siglo, influenciados notoriamente en las teorías italianas [3], que dio lugar a un proceso que provocó su paulatina asimilación por la legislación y la jurisprudencia hasta culminar con el reconocimiento de la entidad autárquica como persona jurídica pública, en la reforma efectuada al artículo 33 del Código Civil (texto según ley 17.711).

En otras partes, como en Francia, se emplea como concepto equivalente al de la entidad autárquica italiana la expresión *établissement public*. Se trata de un concepto utilizado convencionalmente que tiene un claro matiz fundacional, si se atiende a su origen histórico, cuya finalidad consistía en impedir que las liberalidades que los particulares hacían para fines benéficos perdieran su afectación al confundirse con los de la administración municipal. Para ello fue necesario crear una entidad típica: la fundación, atribuyéndole personalidad jurídica y, por ende, capacidad de administrarse [4].

2. AUTONOMÍA, SOBERANÍA Y AUTARCÍA

Tanto la "autonomía" como la "soberanía" constituyen conceptos políticos [5], pero mientras la primera se refiere a una relación Estado-instituciones (las provincias) la soberanía constituye la expresión de un poder superior y la afirmación de una personalidad *erga ommes*, siendo una potestad que se vincula al Estado independiente, a su autodeterminación, comprendiendo el poder constituyente fundamental [6].

La "autarcía" es un concepto económico y se define como la facultad de autosuficiencia económica-financiera, coincidiendo con uno de los sentidos atribuidos en Italia al vocablo autarquía [7].

3 BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. I, págs. 238-239, 6ª ed., Buenos Aires, 1964.

4 GARCIA TREVIJANO FOS, José Antonio, *ob. cit.*, t. II, págs. 305-306.

5 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, págs. 370-371.

6 BIELSA, Rafael, *ob. cit.*, pág. 238 y sigs.

7 BOLLA, Mario Edgardo y BERCOVICH, Raúl A., *La Crisis de la Noción Clásica de Autarquía*, pág. 12, La Plata, 1975.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

3. LA CRISIS DE LA NOCIÓN CLÁSICA Y SU SIGNIFICADO ACTUAL

Para poder comprender el proceso a través del cual se opera en nuestro país la crisis de la noción clásica y la recomposición posterior del concepto de entidad autárquica es preciso ubicarse en la época en que la idea de autarquía comenzó a tener aplicación a un Estado típicamente abstencionista que había limitado su intervención a las funciones consideradas esenciales, dejando la mayoría de las actividades libradas a la iniciativa de los particulares.

Al constituir una descentralización de funciones administrativas que el Estado consideraba conveniente fueran ejecutadas por entidades con personalidad jurídica propia y facultad de auto-administración, se configura la autarquía por la existencia de un fin o cometido típicamente estatal (el servicio público) y la articulación de un régimen publicístico, semejante al que regía para la Administración Central [8].

En esa época era posible sostener que autarquía y descentralización institucional significaban lo mismo, pues esta última implicaba a aquélla y viceversa.

La autarquía adopta, pues, el contenido de la entidad autárquica e implica no sólo la facultad de auto-administrarse sino que reúne también otras condiciones: a) satisfacción de un fin estatal, típicamente administrativo; b) administración de la entidad bajo un régimen integral de derecho público.

Pero el desarrollo posterior de la descentralización institucional que se inicia en la Argentina en los años 1884 y 1885 creando el Consejo Nacional de Educación y las Universidades Nacionales (leyes 1420 y 1597) encontró grandes dificultades para prever las modernas formas de actuación del Estado en actividades industriales o comerciales, reservadas antaño exclusivamente a los administradores.

La asunción por parte del Estado de este tipo de cometidos conlleva la necesidad de crear un tipo de ente distinto que permita su actuación normal y ordinaria bajo un régimen de derecho privado, sin perjuicio de la aplicación del derecho público para regir determinadas relaciones. Se tipifica de esta suerte una nueva figura jurídica, que si bien implica la descentralización administrativa, no actúa bajo el régimen público de la entidad autárquica sino con un régimen mixto de derecho público y de derecho privado.

8 TAFUR GALVIS, Alvaro, *Las entidades descentralizadas*, pág. 73 y sigs., Bogotá, 1977.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Esa nueva entidad, que recibe el nombre de Empresa del Estado, pone fin a la crisis de la autarquía, al reconducir la noción de entidad autárquica al concepto original.

4. LA CRISIS DEL "ESTABLECIMIENTO PÚBLICO"

Resulta curioso observar cómo el mismo fenómeno acontece en aquellos países que apelan al expediente del "establecimiento público", como Francia y España, aunque allí no se atisba aún otra solución que no sea volver a su sentido originario, limitándolo al servicio público administrativo o bien a las personas que desarrollan los servicios públicos en la administración territorial, procurando evitar caer en la identificación con cualquier tipo o clase de entidad no territorial [9].

Por eso existe en realidad una crisis actual en la medida en que la concepción originaria del establecimiento público administrativo se ha ampliado en dos direcciones. Por una parte, al considerar como establecimientos públicos a aquellas entidades que no cumplen servicios públicos sino servicios de una determinada colectividad o grupo de personas (v.gr. Cámara de la Propiedad Urbana) y, por la otra, con la aparición de los servicios públicos comerciales e industriales.

La extensión de una parte del régimen del establecimiento público administrativo y la aplicación del derecho privado en las relaciones con los usuarios y con sus propios agentes, a excepción de los funcionarios que cumplen funciones directivas [10] constituyen notas peculiares que caracterizan la crisis de la noción tradicional.

5. CONDICIÓN JURÍDICA Y ELEMENTOS DE LA ENTIDAD AUTÁRQUICA

Conforme a lo que prescribe el artículo 33 del Código Civil la entidad autárquica es una persona jurídica pública, que además reviste carácter estatal.

El carácter estatal del ente, si bien no ha sido discutido, deriva del análisis conjunto de sus características y régimen jurídico, uno de cuyos aspectos más importantes consiste en su pertenencia a la organización administrativa.

9 GARCIA TREVIJANO FOS, José Antonio, *ob. cit.*, t. II, pág. 313.

10 VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, pág. 641 y sigs., 4ª ed., Paris, 1968; RIVERO, Jean, *Droit Administratif*, pág. 420 y sigs., 3ª ed., Paris, 1968.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Respecto de las entidades autárquicas territoriales el encuadre de los municipios (excluido el de la Capital Federal, que tiene un régimen peculiar) en la organización administrativa de las provincias, surge de la propia Constitución Nacional (art. 5°, Const. Nac.). En cambio, la pertenencia de las entidades autárquicas institucionales a la organización se desprende en general de las normas que reglan su creación y su contralor presupuestario.

Los elementos constitutivos de la entidad autárquica son:

a) personalidad jurídica propia;

b) *substractum* económico financiero que permita la constitución de un patrimonio estatal de afectación a fines determinados, y

c) cumplimiento de una finalidad específicamente estatal, es decir, no industrial o comercial [11].

6. DISTINTAS CLASES DE ENTIDADES AUTÁRQUICAS

Cuando la actuación de la entidad autárquica se limita a una circunscripción geográfica delimitada y la entidad dispone de una competencia general de carácter local se configura la llamada entidad autárquica territorial (v.gr. los municipios).

Si, por el contrario, aunque la persona hubiera sido creada dentro de una esfera territorial delimitada (ej.: una provincia o municipalidad), ella cumpliera un fin específico o un servicio público, se trata de entidad autárquica institucional [12].

Se han formulado otras clasificaciones que responden al origen, ámbito y tipo de actuación de la entidad, tales como:

a) Creadas por el Congreso, en ejercicio de facultades constitucionales propias (v.gr. universidades) o por decreto del Poder Ejecutivo [13];

b) Nacionales, provinciales o municipales;

11 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. II, pág. 375; DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. II, pág. 106; MEEHAN, Héctor, "La autarquía de las Universidades Estatales Argentinas", *Cuadernos de los Institutos*, nro. 70, pág. 83, Córdoba, 1963. Al igual que este autor, empleamos la expresión *substractum*, pues para constituir una entidad autárquica no se requiere un patrimonio inicial, bastando la asignación de los recursos.

12 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Natureza e regime juridico das autarquias*, pág. 131 y sigs., São Paulo, 1967.

13 Lo cual tiene su importancia para limitar los alcances del contralor en el recurso de alzada en el orden nacional (dec. 1759/72; art. 97).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

c) Por la actividad que realiza el ente: satisfacción de servicios públicos generales y permanentes, de previsión social, de fomento agropecuario, actividades bancarias, universitarias, etcétera [14].

Las entidades autárquicas, como toda persona jurídica en general, pueden también ser clasificadas en función al distinto carácter que presenta el substrato de la entidad. Conforme a la clasificación que se apoya en ese elemento, se parte de la distinción entre "corporaciones" e "instituciones", que determina una distinta estructura y funcionamiento de ambas categorías. En la "corporación", los recipiendarios de la actividad del ente se desempeñan y participan en la entidad, en su constitución, funcionamiento, modificación de los fines, etcétera, a diferencia de lo que acontece en el caso de la "institución" donde los destinatarios no cumplen funciones activas dentro de la entidad, limitándose a gozar de los beneficios que se derivan de la acción por ella cumplida.

Sin embargo, se sostiene que la fórmula debe modificarse al aplicarla a las personas públicas, reemplazándola por la distinción entre personas públicas de base corporativa y personas públicas de base institucional. Ello es así en virtud de que en las corporaciones públicas existe una voluntad superior (Estado) que con frecuencia impone la integración forzosa de los miembros y determina la organización y las normas directrices de actuación del ente. En cuanto a la institución, el derecho administrativo de algunos países demuestra también que los interesados intervienen y participan en la administración o integración del patrimonio del ente [15].

7. ORGANO COMPETENTE PARA CREAR ENTIDADES AUTÁRQUICAS INSTITUCIONALES: REMISIÓN

En los años posteriores a nuestra organización constitucional era unánime —como recuerda Estrada— el consenso acerca de que el órgano competente para crear entidades autárquicas institucionales era el Congreso [16], y tal postura se mantuvo durante mucho tiempo por influencia de las enseñanzas de Bielsa, quien sostenía que la

14 Esta clasificación ha sido juzgada como descriptiva y falta de interés científico: MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 381.

15 ALESSI, Renato, *Sistema Instituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, pág. 55 y sigs., Milano, 1958.

16 ESTRADA, Juan Ramón De, "Atribución de los Poderes Legislativo y Ejecutivo para Crear Entidades Autárquicas", *Estudios de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 55.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

atribución correspondiente emanaba de la facultad que surge del ex artículo 67, inciso 17 de la Constitución Nacional [17] (art. 75, inc. 20).

Los argumentos en que se apoyaba la tesis partidaria de la atribución legislativa en esta materia fueron objeto de análisis y crítica por parte de otro sector doctrinario que planteó una nueva interpretación acerca de las facultades del Poder Ejecutivo para crear entidades autárquicas.

Al respecto, se sostiene que la atribución para crear tal tipo de entes compete al Poder Ejecutivo por tratarse de una facultad ínsita en el ex artículo 86, inciso 1° de la Constitución Nacional (art. 99) [18], pues de lo contrario se violaría la zona de reserva de la Administración y la división de poderes [19]. La excepción estaría dada por aquellos supuestos en que la facultad respectiva surge de una prescripción constitucional, como acontece en materia de bancos y universidades [20].

En nuestra opinión, por las razones expuestas al abordar el tema de la creación de entidades estatales descentralizadas, la entidad autárquica, que constituye una especie de ellas, puede ser creada tanto por ley como por decreto del Poder Ejecutivo, por tratarse de facultades concurrentes, salvo aquellas entidades que se encuentren relacionadas con las atribuciones expresas que la Constitución Nacional pone a cargo del Congreso (art. 75, incs. 6° y 18, Const. Nac.).

8. CLASIFICACIÓN DE LAS ENTIDADES AUTÁRQUICAS INSTITUCIONALES

De acuerdo al campo en que desarrollan su actividad en nuestro país las entidades autárquicas institucionales pueden agruparse dentro de alguno de los siguientes cometidos fundamentales:

a) *Educación, cultura, ciencia y tecnología*: Las Universidades Nacionales [21], el Consejo Nacional de Educación, el Consejo Nacional de Educación Técnica (C.O.N.E.T.), el Fondo Nacional de las Artes, etcétera.

17 BIELSA, Rafael, *ob. cit.*, t. I, pág. 247.

18 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 382 y sigs.

19 BIDART CAMPOS, Germán J., *El Derecho Constitucional del Poder*, t. II, pág. 87, Buenos Aires, 1967.

20 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 395.

21 GRAU, Armando Emilio, "Bases para una Autarquía Universitaria", *Doctrina Jurídica*, t. V, nro. 121, pág. 297 y sigs., La Plata, 1973.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

b) *Salud Pública*: El Instituto Nacional de Salud Mental, el Servicio Nacional de Rehabilitación, el Instituto Nacional de Microbiología, etcétera.
c) *Vivienda*: El Banco Hipotecario Nacional, la Caja Federal de Ahorro y Préstamo para la Vivienda.
d) *Economía en general (Bancos y Mercado de Valores)*: El Banco Central, el Banco de la Nación Argentina, la Comisión Nacional de Valores, etcétera.

9. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ENTIDAD AUTÁRQUICA

Aunque no existe aún en nuestro país una regulación normativa general sobre las entidades autárquicas y pese a que los estatutos de esta entidad no recogen, por lo común, los principales problemas que a su respecto se plantean, es posible realizar una situación de su régimen jurídico sobre la base de sus notas comunes, a saber:

a) Procedimientos y recursos: Resultan de aplicación para las entidades autárquicas institucionales, en el orden nacional, las normas de la ley 19.549 (con las modificaciones de la ley 21.686) y su decreto reglamentario (t.o. por decreto 1883/91). Ello surge de lo dispuesto en el artículo 1° de la ley citada en cuanto declara aplicables sus disposiciones a la "Administración descentralizada, inclusive entes autárquicos" [22]. Como consecuencia de su encuadramiento en la organización administrativa deben respetar las disposiciones generales emanadas del Poder Ejecutivo.
b) Actos unilaterales y contratos: Los mismos principios que rigen la actividad de la Administración Central se aplican a las entidades autárquicas, es decir, como regla general sus actos y contratos son administrativos, aunque excepcionalmente pueden celebrar actos de objeto mixto, parcialmente reglados por el derecho privado. Para ciertos contratos resulta de aplicación la Ley de Contabilidad (art. 55, decreto-ley 23.354/56).
c) Personal: La relación que vincula el personal con la entidad autárquica es la de empleo o función pública [23].

[22] Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos", *E.D.*, t. 42, pág. 838. Respecto de los Bancos oficiales se ha opinado, sin embargo, que, por la índole de sus funciones, no sería aplicable la ley 19.549 (CABRAL, Julio E., "Ambito de Aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos", *Acto y Procedimientos Administrativos*, pág. 19, Buenos Aires, 1975).

[23] MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. III-B, pág. 68.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

d) Bienes: Pueden ser titulares de bienes del dominio público, ya que su carácter estatal permite encuadrarlos en el elemento "subjetivo" que es indispensable para configurar la noción técnica y conceptual de esta Institución [24].

e) Transacción: La facultad de transar pertenece al Poder Ejecutivo [25], salvo que el estatuto orgánico de la entidad autárquica le acuerde la respectiva atribución a este último.

f) Arbitraje: La situación que exhibe nuestra legislación en esta materia dista de ser clara y lo mismo acontece si se analizan la doctrina y la jurisprudencia. En el orden nacional hay disposiciones que admiten el sometimiento de las cuestiones al arbitraje [26] y otras que lo niegan [27].

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación admite la procedencia del arbitraje con relación a los contratos donde el Estado actúa en el campo del derecho privado, también denominados contratos de objeto privado [28], negando, en cambio, tal procedencia cuando el Estado se desenvuelve en el ámbito del derecho público [29], lo cual implica no admitir el arbitraje en los contratos administrativos que celebren las entidades autárquicas.

En la doctrina, aunque para un sector resulta inadmisible el arbitraje cuando el Estado actúa como "poder público" [30], se ha sostenido que el Poder Ejecutivo (y la entidad autárquica si estuviera facultada por su estatuto orgánico) puede acudir excepcionalmente al arbitraje para resolver cuestiones relativas a contratos administrativos que no afecten al orden público ni al sistema constitucional, ni impliquen un agravio a la autoridad del Estado o a su soberanía, lo cual puede acontecer cuando se trate de dilucidar problemas de orden técnico o cuestiones de tipo financiero-patrimonial (ej.: indemnizaciones) [31].

24 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado del Dominio Público*, pág. 79 y sigs., Buenos Aires, 1960; DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. IV, pág. 358 y sigs., Buenos Aires, 1969.

25 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 403, porque se trata del ejercicio de una facultad general que compete a dicho órgano (art. 99, inc. 1°, de la Const. Nac.).

26 Art. 55, *in fine*, ley 13.064.

27 Reglamento de las Contrataciones del Estado, aprobado por dec. 5720/72, inc. 85, 2ª parte, que prohíbe estipular en las cláusulas particulares el juicio de árbitros.

28 Sobre este tipo de contratos, CASSAGNE, Juan Carlos, "Los Contratos de la Administración Pública", *E.D.*, t. 57, pág. 803, reproducido en *Revista de Administración Pública*, nro. 78, págs. 426-427, Madrid, 1976.

29 *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 133, pág. 61 y sigs.; t. 160, pág. 133 y sigs.; t. 235, pág. 940 y sigs.

30 BIDART CAMPOS, Germán J., *ob. cit.*, t. II, pág. 366.

31 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. III-A, págs. 602-603.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

En consecuencia, si el arbitraje fuera procedente y siempre que la respectiva facultad estuviera reconocida en el estatuto de la entidad autárquica, ésta puede dilucidar una controversia apelando a dicho sistema de solución de conflictos.

Si la entidad autárquica no estuviera estatutariamente facultada para recurrir al arbitraje, debe requerir autorización del Poder Ejecutivo, pues se trata de una atribución que debe considerarse comprendida en el artículo 99, inciso 1° de la Constitución Nacional.

10. EL CONTRALOR DE LOS ACTOS DE LA ENTIDAD AUTÁRQUICA. REMISIÓN. LA INTERVENCIÓN

En materia del contralor de los actos de las entidades autárquicas por el sistema de los recursos administrativos, particularmente por el denominado "recurso de alzada", el alcance del control difiere —como hemos visto— según se trate de una entidad creada por ley en ejercicio de atribuciones constitucionales específicas (v.gr. bancos y universidades) o de aquellas entidades creadas por el Poder Ejecutivo. Se aplican aquí los principios que se han expuesto, en general, al tratar del control sobre los actos de las entidades estatales descentralizadas [32] y el régimen de la L.A.F. [33].

Dentro de los diversos medios de control, la entidad autárquica puede ser objeto, además, de un control administrativo de tipo represivo que recibe el nombre de intervención, aunque también puede ocurrir (y esto es lo que normalmente acontece) que la intervención asuma un carácter sustitutivo [34]. Ella tiene por fin mantener la autoridad y unidad administrativa y restablecer la normalidad alterada por el desempeño ineficiente de los órganos directivos de la entidad autárquica [35].

La intervención no requiere la existencia de una norma autorizante, pues se desprende del poder-deber de vigilancia que le compete al Poder Ejecutivo en su condición de jefe de Gobierno y cabeza de la Administración Pública que tiene a su cargo la administración general del país [36], aun cuando su ejercicio corresponda al Jefe de Gabinete (art. 100, inc. 1°).

32 Capítulo V, punto 9.

33 Sobre el control en el régimen anterior a la L.A.F. puede verse: BIELSA, Rafael, *ob. cit.*, t. I, pág. 268 y sigs.

34 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, págs. 633-634.

35 BIELSA, Rafael, *ob. cit.*, t. I, pág. 271.

36 Ley 24.156.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el interventor se rigen por los principios de la jerarquía, pudiendo recibir la entidad autárquica por este medio órdenes dictadas e instrucciones específicas del Poder Ejecutivo.

En aquellas entidades autárquicas cuya creación compete al Congreso, la ley puede reglamentar las causales de su intervención y el procedimiento, siempre que no cercene ni altere la atribución de contralor que, en este campo, conserva el Poder Ejecutivo.

11. MODIFICACIONES DE SU *STATUS* Y ÓRGANO COMPETENTE PARA DISPONER LA EXTINCIÓN DE LA ENTIDAD

Tanto la modificación del *status* de la entidad autárquica como extinción sólo pueden ser dispuestas —salvo norma en contrario— por el órgano competente para crear la respectiva entidad, lo que constituye una aplicación más del principio del paralelismo de la competencia [37].

37 Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, págs. 399-400.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CAPÍTULO VII

LAS EMPRESAS DEL ESTADO

SUMARIO

1. Causas de su aparición.
2. Su tipicidad y condición jurídica: el encuadramiento de la organización administrativa.
3. Objeto de su actividad: los llamados servicios públicos industriales y comerciales.
4. Su creación.
5. Caracteres.
6. Regulación de sus relaciones jurídicas: principios aplicables.
7. Relaciones con la Administración Pública y otras entidades: la aplicación de multas.
8. Régimen de sus actos y contratos. Los reglamentos de contrataciones.
9. La aplicación a las Empresas del Estado de la Ley de Procedimientos Administrativos.
10. El personal de las "Empresas del Estado".
11. Lo atinente a la responsabilidad de sus autoridades.
12. El control de sus actos por el Poder Ejecutivo. La intervención.
13. Transacción y arbitraje. Remisión.
14. Modificación de sus estatutos y extinción.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CAPÍTULO VII

LAS EMPRESAS DEL ESTADO

1. CAUSAS DE SU APARICIÓN

El origen de nuestra Empresa del Estado resulta de un proceso similar al acontecido en Francia con el advenimiento de los llamados "establecimientos públicos comerciales o industriales", en el cual la ingerencia del derecho privado sobre el derecho público se opera dentro del marco de una entidad sometida integralmente al derecho administrativo, como es el *établissement public*, del Derecho francés [1].

La asunción por parte del Estado de actividades industriales y comerciales, fenómeno que ocurrió en Europa entre las dos guerras, provocó tal crisis en la noción tradicional de "establecimiento público", que esta categoría no pudo absorber el proceso en toda su magnitud, con la flexibilidad de régimen jurídico que las nuevas actividades requerían.

Esta situación intermedia condujo a una serie de transiciones [2], que se manifestaron fundamentalmente en un particular sistema de gestión y contralor, donde se produjo un apartamiento o atenuación de las reglas que regían la actividad de los "establecimientos públicos administrativos" (servicios sociales, de enseñanza, culturales, etc.) equivalentes a nuestras entidades autárquicas.

Entre nosotros se optó, en el ordenamiento general que nace con la ley 13.653, por instrumentar un nuevo tipo de entidad descentralizada: la Empresa del Estado. Sin embargo, como lo advirtió la doc-

1 DRAGO, Roland, *Les Crises de la Notion d'Etablissement Public*, Paris, 1950, pág. 260.

2 Cfr. RIVERO, Jean, *Droit Administratif*, pág. 420, Paris, 1968.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

trina [3], el desconocimiento de la nueva institución y de su distingo con la entidad autárquica, han dado lugar a que, muchas veces, se haya atribuido a las Empresas del Estado el carácter o la condición de las entidades autárquicas.

2. SU TIPICIDAD Y CONDICIÓN JURÍDICA: EL ENCUADRAMIENTO DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

De la propia ley que instituyó la Empresa del Estado [4], surge la existencia de otro tipo o categoría jurídica especial, caracterizada por las siguientes notas:

a) Tienen por objeto, a diferencia de las entidades autárquicas que persiguen fines típicamente estatales, la realización de actividades industriales o comerciales o servicios públicos de esa naturaleza;

b) Tales actividades o servicios se llevan a cabo a través de entidades que reciben la denominación genérica de "Empresas del Estado";

c) Su régimen jurídico es mixto, pues quedan sometidas, según los casos, al derecho público o al derecho privado;

d) El contralor que realiza el Estado reviste modalidades peculiares.

La condición jurídica de la Empresa del Estado se deriva fundamentalmente de su encuadramiento en la organización administrativa, aun cuando presenta otras notas comunes a los entes estatales, como su creación por un acto del Estado (art. 2°, ley 13.653 y modific.) y el régimen de control peculiar a cargo de la Auditoría General de la Nación. Se trata, pues, de una "persona pública estatal" [5].

El encuadramiento de la entidad en la organización administrativa deriva, en primer término, del propio texto de la ley, cuyo artículo 2° expresamente las coloca bajo "la dependencia del Poder Ejecutivo", sin perjuicio de la supervisión que pueda ejercer el ministerio o secretaría pertinente en lo que hace a la orientación de sus actividades. Desde luego, tal dependencia no reviste carácter estrictamente jerárquico, sino que configura una relación administrativa, también denominada "de tutela". Esa ubicación en los cuadros de la organiza-

3 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 430; DROMI, José Roberto, *Derecho Administrativo Económico*, pág. 268, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977.

4 Ley 13.653, art. 1°, modificada por las leyes 14.380 y 15.023.

5 Cfr. DROMI, *José Roberto, ob. cit.*, pág. 269.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ción administrativa del Estado hállase confirmada por un conjunto de regulaciones inter-administrativas tales como: a) los funcionarios superiores de las Empresas del Estado son funcionarios públicos; b) su plan de acción y presupuesto deben ser aprobados por el Poder Ejecutivo; c) la Contaduría General de la Nación se halla habilitada para fiscalizarlas mediante un control contable y presupuestario, propio de la hacienda estatal, al igual que la Sindicatura General de Empresas Públicas [6]; d) se les aplican supletoriamente las leyes de contabilidad y de obras públicas (art. 11, 13.653 y modific.).

3. OBJETO DE SU ACTIVIDAD: LOS LLAMADOS SERVICIOS PÚBLICOS INDUSTRIALES Y COMERCIALES

De conformidad a lo que prescribe el artículo 1° de la ley 13.653 (con las modificaciones de las leyes 14.380 y 15.023), las Empresas del Estado pueden realizar tanto actividades industriales y comerciales como servicios públicos de ese carácter.

Las actividades industriales y comerciales de acuerdo con el principio de la subsidiariedad o suplencia corresponde sean desarrolladas por los particulares, debiendo intervenir el Estado sólo para suplir o completar la actuación privada o por razones que hacen al bien común (soberanía, defensa nacional, naturaleza monopólica de la actividad; etc.).

Lamentablemente, ese principio rector no fue siempre observado entre nosotros y en otros países, donde el Estado —por razones ideológicas y de política circunstancial muchas veces— multiplicó esta especie de entidades, asumiendo la gestión competitiva en diversos sectores de la actividad industrial o comercial, que podría desarrollar eficazmente la empresa privada. Con ello se produjo un demérito del concepto de intervención estatal, a lo que se sumó la falta de estabilidad jurídica y política necesarias para que puedan desarrollar una acción eficaz y útil a la comunidad.

Los servicios públicos de carácter industrial o comercial han sido definidos como aquellos que prestan empresas administrativas que aseguran prestaciones a los particulares por el ejercicio en forma habitual de actos de comercio, sin adquirir la calidad de comercian-

6 Dicho contralor ha sido atribuido a la Sindicatura General de las Empresas Públicas por la ley 21.801, que amplió los alcances del mismo, incluyendo, además del control de legalidad y auditoría, el llamado "control de gestión" (art. 4° de la ley 21.801).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

tes en el sentido del derecho privado [7]. En nuestro país, la mayor parte de las "Empresas del Estado" que prestaban un servicio público de esa categoría (Gas del Estado, Ferrocarriles, Yacimientos Petrolíferos Fiscales, Aerolíneas Argentinas, etc.) se transformaron más tarde en "Sociedades del Estado" y finalmente se privatizaron.

4. SU CREACIÓN

Tratándose de una entidad estatal descentralizada y no hallándose la pertinente atribución prevista en la Constitución Nacional correspondería aplicar, en principio, el criterio que rige la creación de las entidades autárquicas [8]. Sin embargo, la ley que estatuye el régimen de las "Empresas del Estado" atribuye al Poder Ejecutivo la facultad de crearlas "con los servicios actualmente a su cargo y que por su naturaleza están comprendidos dentro de la presente ley" [9].

5. CARACTERES

Las "Empresas del Estado" se caracterizan por reunir los siguientes elementos:

a) Poseen una personalidad jurídica propia, teniendo competencia para administrarse a sí mismas.

b) Su patrimonio reviste carácter estatal [10]. Se trata de un patrimonio de afectación que conforme al criterio que propugnó la Corte Suprema de Justicia de la Nación no puede justificarse fuera de los límites que sirvieron de base para afectar los bienes a la respectiva función [11].

c) Se encuentran sujetas al contralor del Estado Nacional (Administración Central), si bien con modalidades peculiares (v.gr. Sindicatura General de Empresas Públicas).

7 DRAGO, Roland, *ob. cit.*, pág. 85.

8 CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 279, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977.

9 Art. 7°, ley 13.653, con las modificaciones introducidas por las leyes 14.380 y 15.023.

10 Cfr. GORDILLO, Agustín A., *Empresas del Estado*, pág. 38, Buenos Aires, Macchi, 1966.

11 Como apunta MARIENHOFF, el criterio señalado en el texto, si bien originariamente se estableció con respecto a entidades autárquicas, configura un "principio" aplicable a ambos tipos de entidades (*ob. cit.*, t. I, págs. 443-444). *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 252, pág. 380.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

d) El régimen jurídico de sus actos acusa una marcada interrelación, e ingerencia recíproca entre los derechos público y privado, sin que ninguno de estos sistemas tenga aplicación predominante.
e) En sus vinculaciones con la Administración Pública Central se rigen por las reglas atinentes a las relaciones inter-administrativas [12].
f) No pueden ser declaradas en quiebra, quedando a cargo del Poder Ejecutivo la determinación del destino y procedimiento a seguir con respecto a los bienes integrantes de su patrimonio, en caso de que se resuelva su disolución o liquidación [13].
g) Su objeto —como se ha visto— consiste en la realización de actividades industriales o comerciales o servicios públicos de esa naturaleza.

6. REGULACIÓN DE SUS RELACIONES JURÍDICAS: PRINCIPIOS APLICABLES

La doble aplicabilidad de los sistemas jurídicos público y privado, que configura la nota característica del régimen de las "Empresas del Estado", ha sido contemplada expresamente por la ley al prescribir que estas entidades quedan sometidas: a) al derecho privado en todo lo que se refiere a sus actividades específicas, y b) al derecho público en todo lo que atañe a sus relaciones con la administración o al servicio público que se hallare a su cargo [14].

El encuadramiento de las relaciones jurídicas de la "Empresa del Estado", que realiza la ley, en su artículo 1°, ha sido objeto de críticas doctrinarias. Se aduce —principalmente— que la fórmula utilizada omite establecer cuál será la regulación cuando la actividad específica de la empresa consista en la prestación de un servicio público ni cuando sea, al mismo tiempo, un servicio público y una actividad comercial [15].

En realidad, si se interpreta que las "actividades específicas" no pueden ser otras que las actividades industriales y comerciales, ya sea que se realicen o no bajo el régimen del servicio público, desapa-

12 CASSAGNE, Juan Carlos, "Las relaciones Inter-Administrativas", *E.D.*, t. 36, pág. 927 y sigs., y en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 2, nros. 3-6, pág. 224, Santiago, 1975.
13 Art. 10, ley 13.653, con las modificaciones de las leyes 14.380 y 15.023.
14 Art. 1°, ley 13.653, con las modificaciones de las leyes 14.380 y 15.023.
15 GORDILLO, Agustín A., *ob. cit.*, pág. 82.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

recen las principales dificultades que encierra la interpretación de dicha norma, lo cual no impide criticar la aplicación que ha recibido este criterio en los reglamentos de contrataciones.

Con relación a las críticas mencionadas cabe advertir: 1°) que, precisamente, cuando la actividad específica (industrial o comercial) se realice por el régimen del servicio público, lo atinente a este último se encontrará regido por el derecho administrativo, de acuerdo a los principios que imperan en la materia; y 2°) que si la entidad presta un servicio público industrial y comercial, conjuntamente con la realización de una actividad económica que no constituya una prestación de esa naturaleza, lo que se regula por el derecho administrativo es lo relativo al servicio público, mientras que la actividad industrial y comercial que no reviste ese carácter, en cambio, se regirá por el derecho privado.

7. RELACIONES CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y OTRAS ENTIDADES: LA APLICACIÓN DE MULTAS

Las relaciones entre las "Empresas del Estado", tanto con la Administración Central como con cualquiera otra entidad estatal (provincias, entidades autárquicas, municipalidades, etc.) se rigen por el derecho público, administrativo en la especie.

Tales relaciones, que se denominan "inter-administrativas" o "inter-subjetivas", se caracterizan, en principio, por la ausencia del régimen jurídico exorbitante propio de los actos del derecho administrativo, puesto que no cabe admitir en ese plano enfrentamientos entre entidades que tienen la posibilidad de ejercer prerrogativas de poder público.

En general, los actos administrativos emanados de la Administración Central u otras entidades estatales, cuya ejecución recaiga sobre el patrimonio de una persona pública estatal, carecen de ejecutoriedad, excepto los casos en que el cumplimiento del acto se opera por propia virtualidad [16] (emisión de un certificado, actos de registro, etc.).

En este sentido, la aplicación de multas inter-administrativas por parte del Estado Nacional ha sido objeto de interpretaciones divergentes, aceptándose su imposición cuando tienen origen contrac-

16 CASSAGNE, Juan Carlos, *La Ejecutoriedad del Acto Administrativo*, pág. 78, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

tual [17] y negando su aplicabilidad si la multa ostenta naturaleza penal [18].

Si se tiene en cuenta que en sus relaciones con la Administración Central u otras entidades públicas estatales las "Empresas del Estado" actúan dentro de la órbita inter-administrativa, no es posible aceptar la aplicación de multas en este tipo de relaciones jurídicas por cuanto:

a) no puede desvirtuarse la supremacía constitucional del Poder Ejecutivo que podría verse afectada de co-existir sus facultades de contralor junto al poder sancionatorio de otras entidades cuya tutela él ejerce (v.gr. multas entre "Empresas del Estado");

b) la aplicación de multas en estos casos violaría los principios de colaboración y unidad de acción del Estado, de imprescindible vigencia en este tipo de relaciones;

c) en atención a que faltaría la finalidad de interés público, propia de todo acto administrativo, por cuanto, en definitiva, hay unidad jurídica patrimonial [19], a pesar de las diferentes formas jurídicas que asume el Estado, y un solo poder [20].

17 Procuración del Tesoro de la Nación, *Dictámenes*, t. 50, pág. 56; t. 72, pág. 80; t. 88, pág. 73; y t. 99, pág. 337.

18 Procuración del Tesoro de la Nación, *Dictámenes*, t. 59, pág. 141; t. 79, pág. 153; t. 81, pág. 65; y t. 97, pág. 60. En uno de los dictámenes se sostuvo que tratándose de la imposición de una multa penal, su aplicación perturbaría un patrimonio de afectación exclusiva, que no ha sido destinado a hacer frente a sanciones impuestas por otros órganos estatales (*Dictámenes*, t. 81, pág. 65).

19 El patrimonio de las "Empresas del Estado", al igual que el de las entidades autárquicas, es un patrimonio de afectación. MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 375. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado en una sentencia que siendo el deudor cedido la Nación misma y el cedente una empresa de su propiedad, no corresponde distinguir entre los bienes de una y otra, ya que en definitiva su titular es el Estado ("Gómez, Gerardo c/ Comisión Administradora de Emisoras Comerciales y L.S. 82 TV, Canal 7", *E.D.*, t. 30, pág. 186).

20 CASSAGNE, Juan Carlos, *La Ejecutoriedad del Acto Administrativo*, pág. 80. La Sala "A" de la Cámara Nacional en lo Civil de esta capital hizo una aplicación del principio de la unidad estatal, en el caso "Patrocinio, Faustino c/ Gobierno Nacional" al resolver que la demanda dirigida contra el Estado Nacional fue capaz de interrumpir la prescripción respecto de la "Empresa Ferrocarriles del Estado Argentino", quien, a tales efectos, no se considera un tercero, sosteniendo el doctor Borda en su voto que: "La existencia de una personería jurídica distinta no destruye el hecho esencial de que la Empresa Ferrocarriles del Estado Argentino no es sino una rama del Estado..." (*E.D.*, t. 48, pág. 900).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

8. RÉGIMEN DE SUS ACTOS Y CONTRATOS. LOS REGLAMENTOS DE CONTRATACIONES

Las "Empresas del Estado", como en general todas las entidades descentralizadas, pueden celebrar tanto actos unilaterales y contratos administrativos como actos y contratos de objeto privado o parcialmente reglados por el derecho privado.

De acuerdo al régimen legal, salvo en lo que respecta a las relaciones con la administración o el servicio público que tuviese a su cargo, la restante actividad se rige por el derecho privado, excepto disposiciones en contrario de sus estatutos o leyes orgánicas.

Pero como se trata de una empresa pública estatal, el acto o contrato respectivo nunca tendrá un régimen íntegro de derecho privado, pues la competencia del órgano o ente que lo celebre se juzgará conforme a las reglas que proporciona el Derecho Administrativo. Por esta razón es que se habla de acto o contrato mixto o de objeto privado, ya que este último elemento (es decir, lo que el acto dispone, si se trata de un acto unilateral en su formación, o los derechos y obligaciones de las partes, si el acto constituye un contrato) aparecerá regulado por el derecho civil o comercial.

Los estatutos o reglamentos de las "Empresas del Estado" suelen prescribir que, en sus relaciones con terceros, la actividad industrial y comercial estará regida por el derecho privado o bien, que las ventas y demás contratos que tengan por objeto la enajenación de productos que ellas fabriquen no están regidos por el reglamento de contrataciones que, por lo común, contiene un régimen y procedimientos de derecho público.

En consecuencia, el régimen de contrataciones se caracteriza por lo general en base a estas pautas:

a) los suministros y demás contratos mencionados en la Ley de Contabilidad y de Obras Públicas, el procedimiento de contratación y los contratos que se celebren por aplicación del mismo revestirán carácter administrativo;

b) tratándose de ventas de bienes de su producción (v.gr. gas) o de relaciones con terceros que impliquen la prestación de un servicio público industrial o comercial de utilización facultativa (ej.: transporte) la relación jurídica emergente estará regida, en punto a su objeto, por el derecho privado.

Puede ocurrir que aun en este tipo de contratos (de objeto civil o comercial) aparezca una cláusula exorbitante de derecho privado, pero tal circunstancia no transforma el contrato en administrativo

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

sino que sólo indica una nueva ingerencia del derecho público —por voluntad de las partes— en un contrato esencialmente privado [21].

9. La aplicación a las Empresas del Estado de la Ley de Procedimientos Administrativos

No obstante la necesaria interdependencia con el régimen jurídico de los actos y contratos que se han examinado precedentemente, este punto exige un tratamiento singular.

La aplicación de las normas de fondo de la L.P.A. a las "Empresas del Estado" [22] que surge del artículo 1° de dicho cuerpo normativo se opera sólo en la parte pertinente de los respectivos actos y contratos (v.gr. en los actos de objeto privado a la regulación de la competencia del órgano). De no ser así, cabría sostener que por imperio de la ley y sin sujeción o con olvido de la substancia de cada acto o contrato, toda actividad que realizan el Estado y las entidades descentralizadas, se regirá integralmente por el Derecho administrativo y los contratos tendrían este último carácter [23].

Desde luego que tal postura no puede sostenerse, especialmente en materia de "Empresas del Estado", donde la propia ley que rige su actividad las somete al derecho privado en todo lo atinente a las actividades industriales y comerciales que ellas celebren, atribuyéndole de esta forma una característica típica y especial de su régimen jurídico, que constituye una condición necesaria de su existencia.

En segundo lugar, ninguna duda cabe que se aplican a las Empresas del Estado [24] las normas atinentes a los recursos administrativos que prescribe el Reglamento aprobado por decreto 1883/91,

21 CASSAGNE, Juan Carlos, "Los Contratos de la Administración Pública (Distintas categorías y regímenes jurídicos)", *E.D.*, t. 57, pág. 804.

22 CASSAGNE, Juan Carlos, "La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, nro. 19.549", *E.D.*, t. 42, pág. 835; DOCOBO, Jorge José, "La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos", *J.A.*, nro. 4027, pág. 2 y sigs., sec. doctrina; CABRAL, Julio E., "Ambito de Aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos", *Acto y Procedimiento Administrativo*, pág. 18 y sigs., Buenos Aires, 1975.

23 Se trata de la que hemos denominado *concepción unitaria del acto administrativo*, que hemos criticado en: "Las Entidades Estatales Descentralizadas y el Carácter Público o Privado de los Actos que Celebran", *L.L.*, t. 143, pág. 1172 y sigs.; con posterioridad, Gordillo ha insistido en su postura al afirmar que ha desaparecido la categoría de los actos privados o de objeto privado de la Administración como opuesta a la del acto administrativo (GORDILLO, Agustín A., "Acto, Reglamento y Procedimiento Administrativo en la ley 19.549", *R.A.D.A.*, nro. 3, págs. 25-26).

24 En contra, ROMERO, José Ignacio, "Las Empresas del Estado y las Leyes de Procedimientos Administrativos", *E.D.*, t. 46, pág. 835.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

para la actividad regida por el derecho administrativo. En este supuesto, va de suyo que también rigen para la producción, por parte de las Empresas del Estado, de cada uno de los actos del procedimiento administrativo de tipo recursivo las normas de la ley 19.549, particularmente en lo que concierne a los principios fundamentales y a los requisitos que el acto debe reunir [25].

10. EL PERSONAL DE LAS "EMPRESAS DEL ESTADO"

El régimen jurídico mixto, propio de las "Empresas del Estado", se afirma con caracteres netos en materia de la regulación de aquellas relaciones relativas al personal que se desempeña en tales entidades.

Siguiendo un criterio similar al utilizado en la doctrina y jurisprudencia francesa para caracterizar la relación entre el establecimiento público industrial y comercial (equivalente a nuestra "Empresa del Estado") y su personal [26], la jurisprudencia de nuestros tribunales ha aplicado los principios que fluyen del artículo 1° de la ley 13.653, estableciendo que la relación se rige por las normas y principios atinentes al empleo o función públicos, si el funcionario cumple funciones en los cuadros directivos de la empresa, teniendo a su cargo tareas de dirección, gobierno, responsabilidad o conducción ejecutiva. En caso contrario, la vinculación se regula por el derecho laboral. Este criterio fue recogido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos pronunciamientos [27] y por un fallo plenario de la Cámara del Trabajo de la Capital [28]; es también el que sustentó la doctrina [29].

25 Criterio que expresamente recoge el Reglamento sobre Procedimientos Especiales, dec. 9101/72, art. 2°.

26 LAUBADERE, André de, *Traité Elémentaire de Droit Administratif*, t. III, pág. 602, Paris, 1966; WALINE, Marcel, *Traité de Droit Administratif*, págs. 382-383; el primero de estos autores recuerda que después del caso "Lafregeyre", resuelto por el Consejo de Estado en 1923, la jurisprudencia hace una distinción entre el personal subalterno, que se rige por el derecho privado y el personal directivo y de contabilidad, que tiene la calidad de agentes públicos. Con posterioridad, a partir del *arrêt Jalenques de Labeau*, la jurisprudencia ha limitado la segunda categoría a sólo diez agentes dentro de cada servicio (a los titulares de los más altos cargos directivos y al jefe de la contabilidad).

27 *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 244, pág. 46; en el conocido caso "Etcheverry c/ Aerolíneas Argentinas", t. 247, pág. 363; t. 250, pág. 234, etc.

28 Cámara de Trabajo de la Capital Federal, fallo plenario publicado en *E.D.*, t. I, pág. 520, fallo 256, *in re*, "Imperiale, Danli Jesús c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales".

29 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, págs. 444-445; DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. II, 1ª ed., pág. 123.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Se ha criticado la indicada solución jurisprudencial aduciendo que en los casos en que la empresa tuviera un servicio público a su cargo, la misma resultaría violatoria del artículo 1° de la ley que rige la actividad de las "Empresas del Estado", por cuanto si aquella norma estatuye que las entidades quedan sometidas al derecho público "en todo lo que atañe a sus relaciones con la administración o al servicio público que se hallare a su cargo", ello significaría obviamente "que si la empresa presta un servicio público, todo el régimen es de derecho público, incluso desde luego el de su personal, jerárquico o no" [30].

La consecuencia no nos parece tan obvia ni se advierte qué relación de inter-dependencia o de causalidad existe entre el servicio público y el personal que lo presta; la circunstancia de que la actividad se realice bajo la forma del servicio público (aunque en este caso sea de naturaleza industrial o comercial) no tiene por qué arrastrar consigo a la relación entre la empresa y su personal y llevarla al campo del derecho público, y un ejemplo de ello lo brinda el propio contrato de concesión de servicios públicos.

Las consecuencias que se derivan del criterio jurisprudencial expuesto son fundamentalmente dos:

a) en lo relativo al tribunal competente para entender en la acción que se deduce contra una "Empresa del Estado". Si se trata de una relación de derecho privado, el juzgamiento de la demanda corresponde a la justicia del trabajo, mientras que si se trata de una relación de función pública, es competente el fuero federal;

b) en lo que atañe al derecho aplicable a la relación, cuando ésta fuere de derecho privado, las normas que rigen son las que regulan el despido en el contrato de trabajo, mientras que si la relación fuera de derecho público se aplican las disposiciones del empleo o función públicos [31].

11. LO ATINENTE A LA RESPONSABILIDAD DE SUS AUTORIDADES

La ley que rige la actividad de las "Empresas del Estado" estatuye que "las responsabilidades de las autoridades de las empresas del Estado se determinarán según las normas aplicables a los funciona-

30 GORDILLO, Agustín A., *Empresas del Estado*, pág. 91.

31 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, págs. 445-446.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

rios públicos, a cuyo efecto quedan sujetos al juicio de responsabilidad conforme a las disposiciones de la Ley de Contabilidad" [32].

Esta norma implicó una rectificación del criterio sustentado en el artículo 2º de la ley 14.380 que disponía que todo el personal de las Empresas del Estado se hallaba sujeto a juicio de responsabilidad, el cual había motivado la crítica de la doctrina que juzgaba que, por ser el juicio de responsabilidad extraño al derecho privado, el mismo no podía aplicarse al personal subalterno regido por el derecho laboral [33].

Después de la sanción de la ley 24.156, que derogó la mayor parte de las prescripciones de la Ley de Contabilidad, [34] existe ahora un régimen único de responsabilidad cuya aplicación deberá denominarse sede judicial.

12. El control de sus actos por el Poder Ejecutivo. La intervención

En esta materia se aplican los principios generales acerca del control administrativo sobre las entidades descentralizadas, el cual, en Argentina, asume modalidades propias, como ya tuvimos oportunidad de señalar.

En consecuencia, si se asignare —por ejemplo— a un banco oficial la condición jurídica de una "Empresa del Estado", como se trata de una entidad cuya creación compete al Organo Legislativo, el control que de sus actos puede hacer el Organo Ejecutivo a través del sistema de recursos se circunscribe, en principio, a la legitimidad del acto [35].

Por lo general, el control que ejerce el Poder Ejecutivo a través del recurso de alzada es amplio, comprendiendo la legitimidad y la oportunidad, mérito o conveniencia del acto, ya que la atribución para crear "Empresas del Estado" constituye, en la mayoría de las veces, una facultad concurrente de los Organos Legislativo y Ejecutivo.

En lo que concierne al contralor de tipo sustitutivo-represivo, como es la intervención, se aplican los principios que se han visto al abordar el tema respecto de las entidades autárquicas.

32 Art. 8º, 1ª parte, ley 13.653, con las modificaciones de las leyes 14.380 y 15.023.
33 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, págs. 446-447.
34 Con excepción de los arts. 51 a 64 inclusive (Caps. V y VI).
35 R.L.N.P.A., art. 97.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

13. TRANSACCIÓN Y ARBITRAJE. REMISIÓN

Los principios que rigen para determinar la procedencia de la transacción y del arbitraje en una "Empresa del Estado" son los mismos que se aplican respecto de las entidades autárquicas.

14. MODIFICACIÓN DE SUS ESTATUTOS Y EXTINCIÓN

De acuerdo a las prescripciones de la ley vigente, las modificaciones de los estatutos las realiza el Poder Ejecutivo, ya que si este órgano tiene atribuciones para dictarlos, hay que presumir que dispone también de la facultad de introducirles modificaciones [36]. Se trata de una aplicación del principio del paralelismo de las formas y de las competencias.

Igualmente, dicho principio se aplica para determinar el órgano competente para disponer la extinción de la entidad o la modificación del acto de creación, al igual que en materia de entidades autárquicas.

36 Art. 2°, ley 13.653, con las modificaciones introducidas por las leyes 14.380 y 15.023.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CAPÍTULO VIII

OTRAS FORMAS JURIDICAS DE INTERVENCION Y PARTICIPACION ESTATAL

SUMARIOS

Sección 1ª

LAS FORMAS SOCIETARIAS

1. Utilización de las técnicas del derecho comercial por el Estado en las formas de personificación.
2. Crítica a las posiciones que niegan la existencia de empresas estatales personificadas bajo formas privadas.
3. Consecuencias que se derivan de las posturas negatorias.
4. La utilización por el Estado de la forma societaria mercantil y el derecho público. La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.
5. Tribunal judicial competente en caso de contiendas.
6. La participación de las provincias en sociedades estatales.
7. Conclusiones.

I. *LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA*

8. Antecedentes.
9. Concepto. Fines que debe perseguir.
10. Condición jurídica.
11. Naturaleza de los aportes.
12. Dirección y administración. Fiscalización. El veto.
13. Creación de la entidad.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

14. Régimen jurídico: la imposibilidad de que sean declaradas en quiebra. El rescate.

II. *La sociedad del Estado*

15. Noción y naturaleza jurídica.
16. Objeto.
17. Régimen legal: derogaciones al Código de Comercio y aplicación de la legislación administrativa.
18. La aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos a las Sociedades del Estado y el control de sus actos.
19. El régimen del personal de las sociedades del Estado.

III. *Sociedades anónimas*

20. La actuación del Estado y la sociedad anónima.
21. La Sociedad Anónima con participación estatal mayoritaria.

Sección 2ª

OTRAS FORMAS DE GESTION

I. *Empresas sin personalidad jurídica*

II. *Las corporaciones estatales*

III. *Las fundaciones*

1. Antecedentes de la política legislativa sobre las fundaciones.
2. El concepto de fundación. Diferencias con las corporaciones o asociaciones.
3. La participación del Estado en el acto fundacional y la naturaleza jurídica de la fundación.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CAPÍTULO VIII

OTRAS FORMAS JURIDICAS DE INTERVENCION Y PARTICIPACION ESTATAL

Sección 1ª

LAS FORMAS SOCIETARIAS

1. UTILIZACIÓN DE LAS TÉCNICAS DEL DERECHO COMERCIAL POR EL ESTADO EN LAS FORMAS DE PERSONIFICACIÓN

El proceso por el cual el Estado ha asumido la realización de actividades económicas propias de la iniciativa privada en la mayor parte de los países de signo occidental, especialmente europeos, significa como hecho objetivo, la utilización de las distintas formas jurídicas societarias del derecho comercial.

Ello no implica que el problema no pueda ser analizado también desde la óptica de la justificación de las actividades comerciales o industriales que lleva a cabo el Estado que, entre nosotros, excedieron en muchas ocasiones los límites que marca el principio de la suplencia o subsidiariedad, ni menos significa aceptar, en el plano de la valoración, el uso de las técnicas instrumentales del derecho privado para actividades que tradicionalmente se encuentran regidas por el derecho administrativo (v.gr. el servicio público que prestan las universidades).

Pero si a pesar de lo disvalioso de esta última tendencia, la realidad existencial muestra la aparición de tal tipo de entidades, la misión del jurista es la de desentrañar el régimen jurídico de la institución, cuidando que las ideas propias no influyan para atribuirles carácter público estatal a lo que se rige por el derecho privado y viceversa.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

A diferencia de lo que acontece en los principales países europeos (Francia, España, Italia y Alemania), que han sido la cuna de nuestra ciencia, un sector de nuestra doctrina propugna que el Estado, por ser tal, al actuar en el campo jurídico a través de sus entidades, convierte a éstas en personas de derecho público y a sus actos en actos administrativos, no obstante regularse, tanto los sujetos como las actividades, por el derecho privado.

Puede pensarse que esto implica un mero desacuerdo terminológico, pero esta ilusión se desvanece a poco que se medite sobre las consecuencias de estas teorizaciones, que se encuentran favorecidas muchas veces por las contradicciones y lagunas que presenta el propio ordenamiento jurídico.

Se ha sostenido que en la actualidad se opera la superación de la antigua tendencia que al poner el acento en las manifestaciones autoritarias de la administración como eje del derecho administrativo pretendió llevar a ese campo relaciones que se encuadraban por su naturaleza en el derecho privado, cuya última expresión hizo posible el sometimiento al derecho comercial de las actividades económicas que el Estado lleva a cabo en forma de empresa a través de figuras societarias mercantiles [1].

Por ello lo lógico es suponer que cuando el Estado utiliza las formas jurídicas del derecho privado debe despojarse de las prerrogativas de poder público que no guardan correspondencia ni resultan necesarias para el objeto de actividades económicas que se propone realizar, por la sencilla razón que aunque las finalidades mediatas que persigue sean de interés público, las mismas pueden constituir también la acción de entidades de derecho privado. Existiendo por lo tanto fines que pueden lograrse tanto por el Estado como por los entes privados, el criterio finalista utilizado con exclusividad para definir el encuadramiento de las entidades y el régimen de sus actos, resulta ineficiente [2].

Lo común en esta clase de actividades económicas que lleva a cabo el Estado es su realización en forma de empresa [3], cuya varie-

1 OTTAVIANO, Vittorio, "Sometimiento de la Empresa Pública al Derecho Privado", *La Empresa Pública*, t. I, pág. 280, Zaragoza, 1970; señala este autor que esta tendencia es el reflejo de la situación histórica en cuanto corresponde a una visión más libre de las relaciones entre el Estado y los administrados.

2 LESSONA, Silvio, "Líneas Generales sobre la Empresa Pública", *La Empresa Pública*, t. I, pág. 179.

3 GARRIDO FALLA, Fernando, "Las Empresas Públicas", *La Administración Pública y el Estado Contemporáneo*, pág. 126 y sigs., Madrid, 1961.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

dad de tipos jurídicos comprende desde la "empresa propia" sin personalidad jurídica (*regie* en el derecho francés), las Empresas del Estado o establecimientos públicos o comerciales y las Sociedades de Economía Mixta hasta culminar con las sociedades anónimas, lo cual configura, según un sector de la doctrina francesa, la actuación del Estado como "comerciante público" [4].

Tales formas empresarias se utilizan para canalizar la realización de actividades económicas por el Estado, entendiendo dentro de este concepto aquellas que se organizan para la producción o el cambio de bienes o servicios, ya sea que persigan una finalidad de lucro o se orienten a la satisfacción de necesidades generales [5].

Los objetivos que suele perseguir la actividad empresarial del Estado abarcan situaciones como la relativa al restablecimiento de la concurrencia, cuando existan formaciones monopólicas, hasta la realización de proyectos que actúen como factores de estímulo de determinados sectores industriales o bien que creen nuevas industrias en las regiones carentes de desarrollo económico.

Al igual de lo que aconteció en el ordenamiento italiano [6], francés [7], alemán [8], español [9], y, en general, en América latina [10], la característica es la coexistencia de formas públicas y privadas para encuadrar la actuación empresarial del Estado en actividades industriales o mercantiles. Aunque inicialmente estas empresas no diferían mayormente de los establecimientos públicos o entidades autárquicas institucionales, hoy han

4 VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, pág. 645, Paris, 1968; RIVERO, Jean, *Droit Administratif*, págs. 426 y 645, Paris, 1968.

5 LESSONA, Silvio, *ob. cit.*, t. I, pág. 188; VALERO AGUNDEZ, Urbano, *ob. cit.*, t. I, pág. 286, afirma que la forma de empresa, en sentido jurídico, es aquella normativa que "sobre la base de un determinado supuesto de hecho, por ella descrito, dota a un titular jurídico de actividad económica de una organización adecuada para el ejercicio de dicha actividad".

6 GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo*, t. I, pág. 213 y sigs., Milano, 1970; ALESSI, Renato, *Principi di Diritto Amministrativo*, t. I, pág. 49 y sigs., Milano, 1960; LANDI, Guido - POTENZA, Giuseppe, *Manuale di Diritto Amministrativo*, pág. 83, Milano, 1971.

7 VEDEL, Georges, *ob. cit.*, pág. 645 y sigs.

8 FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, pág. 654 y sigs., trad. del alemán, Madrid, 1958.

9 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 255 y sigs.

10 OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de, *Empresas Públicas de Brasil*, pág. 17, São Paulo, 1975; BREWER CARIAS, Allan Randolph, *Las Empresas Públicas en el Derecho Comparado*, pág. 113, Caracas, 1967.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

terminado de adoptar las formas y el régimen de las empresas de derecho privado, sin perjuicio de las parciales ingerencias determinadas por la presencia estatal (v.gr. en materia de dirección y control). En consecuencia, ninguna incompatibilidad existe para que las empresas estatales que se orienten a la realización de actividades industriales o comerciales, asuman las formas jurídicas societarias del derecho mercantil. Se tratará, en estos casos, no del Estado, sino de empresas privadas de su propiedad o, como afirma Garrido Falla, poseídas por él [11]. En cambio, cuando la entidad presta un servicio público, de carácter comercial o industrial, la forma jurídica más apta es la Empresa del Estado (establecimiento público industrial o comercial en Francia), dotada de un régimen mixto, con controles más estrictos y la regulación por parte del derecho administrativo, en lo atinente al servicio público.

2. CRÍTICA A LAS POSICIONES QUE NIEGAN LA EXISTENCIA DE EMPRESAS ESTATALES PERSONIFICADAS BAJO FORMAS PRIVADAS

La posibilidad de que la personificación de las empresas estatales que realizan una actividad económica se produzca apelando a formas jurídicas del derecho privado (particularmente a las sociedades del derecho mercantil) ha sido motivo de críticas doctrinarias.

Hay quienes piensan que no pueden coexistir dentro del Estado, en sentido amplio, formas públicas y privadas, pues tal cosa implicaría, según sostienen, revivir la vieja doctrina de la doble personalidad del Estado. Para solucionar el obstáculo que ello representa se propone acudir al criterio de la titularidad de la totalidad o la casi totalidad del capital de la empresa, para atribuirle carácter estatal [12].

En lo que no han reparado quienes siguieron esta concepción, aparte de las críticas que en su momento le formulamos [13], es que la tesis de la doble personalidad nada tiene que ver con este problema. En efecto, dicha teoría no puede ser utilizada para impedir la crea-

11 GARRIDO FALLA, Fernando, "Las Empresas Públicas", *La Administración Pública y El Estado Contemporáneo*, pág. 140, Madrid, 1961.

12 GORDILLO, Agustín A., *Empresas del Estado*, págs. 41 y 44, postura que este autor parece no seguir, sin embargo, en materia de sociedades de economía mixta ni de sociedades anónimas del Estado, cuando éste tuviera incluso el control absoluto de esa entidad siempre que hubiera participación privada, *ob. cit.*, pág. 65.

13 CASSAGNE, Juan Carlos, "Las Entidades Estatales Descentralizadas y el Carácter Público o Privado de los Actos que Celebran", *L.L.*, t. 143, págs. 1175-1176.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ción de nuevas entidades, con personalidad jurídica propia, distinta a la de la persona pública Estado Nacional (doctrina por otra parte ya superada) sino la creación *ex novo* de otro ente de propiedad estatal, pero con personalidad jurídica encuadrada en el derecho privado.

Desde otro punto de vista y con una orientación filosófica que en lo substancial compartimos, se argumentó que la personificación de entidades estatales bajo formas jurídicas privadas resultaba violatoria de la relación existente entre Estado-bien común-justicia distributiva-derecho público [14].

Al respecto se sostiene que: 1°) Al Estado, y sólo a él, le compete la función de realizar el bien común temporal como sujeto activo de la relación de justicia distributiva, ya que es él quien distribuye las cargas y beneficios comunes, y 2°) que las relaciones de alteridad propias de la justicia distributiva se rigen por el derecho público [15].

Pero aunque el Estado es el principal realizador del bien común temporal, de allí a sostener que sólo a él le corresponde dicha tarea, implica una tesis que no armoniza con la concepción aristotélico-tomista, que acepta la existencia de instituciones intermedias que persiguen el bien común en forma inmediata o mediata, distintas del Estado. Se trata del bien común propio de los grupos infrapolíticos, es decir, "de las agrupaciones o cuerpos intermedios entre la sociedad civil y el individuo" [16] que persiguen su singular "bien común" sin que exista antagonismo ni contradicción entre ellos, teniendo en cuenta que el bien común configura una totalidad con respecto a los bienes particulares que contiene [17].

De otra parte, cabe señalar que la concepción tomista no acoge la tradicional división entre derecho público y privado que esbozara Aristóteles y recogiera Ulpiano [18], pero, además, debe advertirse que

14 BARRA, Rodolfo Carlos, "La Intangibilidad de la Remuneración del Contratista Particular en los Contratos Administrativos", *E.D.*, t. 62, pág. 727.

15 BARRA, Rodolfo Carlos, "Acerca de la Naturaleza Jurídica de las Sociedades del Estado", *E.D.*, t. 67, pág. 601.

16 SOTO KLOSS, Eduardo, "La Democracia ¿para qué? Una Visión Finalista", *¿Crisis de la Democracia?*, pág. 19, Santiago de Chile, 1975; MONTEJANO, Bernardino, "El fin del Estado: el bien común", *Persona y Derecho*, vol. 3, pág. 174, Pamplona, 1977, afirma, con razón, que tanto el bien común político (fin de la sociedad política) como el bien común de los grupos infrapolíticos son analogados que deben referirse al bien común trascendente, que es Dios, "pues de él participan y en él encuentran su fundamento último".

17 SOTO CALDERON, Juan Carlos, "Democracia y Bien Común", *¿Crisis de la Democracia?*, Santiago de Chile, 1975.

18 *Suma Teológica*, t. VIII, pág. 227, en la introducción a la cuestión 57 que efectúa URDANOZ, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1956.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ninguno de los criterios formulados hasta ahora para definir con carácter universal a los derechos público y privado ha logrado imponerse, por cuanto la contingencia histórica e institucional de cada Estado torna prácticamente imposible esa tarea.

Tal es lo que ha acontecido con las concepciones que basaron la distinción en las ideas de subordinación (derecho público) y de coordinación (derecho privado), pues existen numerosas normas de derecho público donde la nota central es la coordinación (v.gr. relaciones interadministrativas entre provincias).

Por eso es errado identificar absolutamente la virtud de la justicia distributiva con la naturaleza pública del ordenamiento, debiendo tenerse en cuenta que las dos especies de justicia particular (distributiva y conmutativa) precisan ordenarse al bien común, y contribuir a la perfección del hombre.

Una aplicación que se desprende de este razonamiento la proporciona el hecho de que muchas de las normas existentes en las relaciones de derecho laboral (derecho privado) traducen criterios propios de la justicia distributiva, impuestas por razones que hacen al bien común político y social, aun cuando el fin inmediato sea el beneficio particular o privado.

3. CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DE LAS POSTURAS NEGATORIAS

Se pretende que como consecuencia de la condición de personas públicas estatales que revisten las sociedades de propiedad del Estado (total o casi total) el régimen jurídico aplicable a su actividad es el propio del derecho público y que, en consecuencia, sus actos y contratos son administrativos.

Con particular referencia a las sociedades del Estado, creadas por la ley 20.750, se ha afirmado que todas las relaciones de tales entidades han de juzgarse por los principios del derecho administrativo, debiendo acudirse a la analogía con la legislación administrativa para resolver las situaciones que el derecho privado regula en forma incompatible con la naturaleza jurídica pública de este tipo de sociedades [19].

Si bien la teoría clásica se apoyaba en el postulado de que el Estado sólo podía utilizar formas públicas de personificación y en el correlativo al encuadramiento en el régimen jurídico público para las

19 BARRA, Rodolfo Carlos, "Acerca de la Naturaleza Jurídica de las Sociedades de Estado", *E.D.*, t. 67, pág. 601.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

entidades descentralizadas, ambos postulados que, como con gran claridad expresa García de Enterría, eran apodícticos y concretaban por sí mismos todas las implicancias prácticas de esta concepción, "han caído espectacularmente en el actual derecho administrativo" [20].

Por de pronto, la ecuación se rompe no sólo porque se admite que ciertos entes públicos se regulan por el derecho privado en sus relaciones con terceros [21], sino también en la medida en que el Estado procede a crear entes institucionales con la condición jurídica de personas de derecho privado (principalmente sociedades anónimas) [22].

Se trata, en síntesis, de la utilización por parte de la Administración Pública de técnicas "instrumentales" que aunque pertenecen al derecho privado traducen un medio práctico para cumplir sus fines, otorgándole flexibilidad en la gestión (en los aspectos contables, de administración, relaciones con el personal, actuación en el mercado) en base a técnicas tradicionales del derecho privado en economías de tipo capitalista [23].

4. LA UTILIZACIÓN POR EL ESTADO DE LA FORMA SOCIETARIA MERCANTIL Y EL DERECHO PÚBLICO. LA LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

En las diferentes formas societarias que en nuestro ordenamiento utiliza el Estado (sociedades de Estado, sociedades anónimas de participación estatal mayoritaria, meras sociedades anónimas, sociedades de economía mixta, etc.) la actividad de tal tipo de entes se rige, en principio, por el derecho privado, mercantil en la especie.

Ese es el principio, existiendo tanto excepciones de carácter general como específicas derogaciones impuestas por la normativa de cada tipo societario (v.gr. derecho de veto en la sociedad de economía mixta).

La aplicación del derecho público se singulariza en todo lo atinente a la dirección y control que sobre esas sociedades ejerce la Ad-

20 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo - FERNANDEZ, Tomás Ramón, *ob. cit.*, t. I, pág. 253.

21 V.gr. ley 13.653, art. 1°, con las modificaciones de las leyes 14.380 y 15.023; ley 18.360, art. 15.

22 FORSTHOFF, Ernst, *ob. cit.*, pág. 654 y sigs., quien apunta que la utilización de formas jurídicas privadas se apoya en el cambio operado entre el Estado y la vida social, especialmente en la economía.

23 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo - FERNANDEZ, Tomás Ramón, *ob. cit.*, t. I, págs. 254-255.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ministración Pública, proyectándose al deber que ellas tienen de observar las directivas generales y particulares que se impartan y, específicamente, a la naturaleza vinculante que posee en este caso el planeamiento estatal en la programación de sus actividades [24].

En consecuencia, la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos no resulta aplicable excepto a aquellas relaciones propias del derecho público atinentes a la dirección y control de estas sociedades, y ello a condición de no desnaturalizar el propósito que bajo la forma instrumental persiga en definitiva el Estado. El derecho administrativo sólo regula aspectos de la dirección y control, en lo atinente a las relaciones entre la sociedad y la Administración Pública (ej.: designación de directores) y en las relaciones con terceros (v.gr. recursos y garantías).

Tal interpretación creemos es la que más se ajusta a lo establecido por el decreto 1883/91 al prescribir que el recurso de alzada "no procederá contra los actos inherentes a la actividad privada de la empresa o sociedad en cuestión [25].

De esta manera si bien pueden ser impugnados los actos de estas entidades a través del recurso de alzada (por ejemplo) los elementos para juzgar la legitimidad del acto serán los propios del derecho público, ya que tratándose de actos que no son administrativos no se concilia su regulación por las normas y principios que estatuye la ley 19.549 [26].

5. TRIBUNAL JUDICIAL COMPETENTE EN CASO DE CONTIENDAS

La realidad que se asoma detrás de estas sociedades conduce a prescindir, con carácter de excepción, de la conducta jurídica privada que reviste su personificación para decidir cuál es el tribunal competente para dirimir las controversias entre ellas y los administrados.

24 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo - FERNANDEZ, Tomás Ramón, *ob. cit.*, t. I, págs. 256-257, señalan que la realidad subyacente a la forma mercantil obliga a regular aspectos de la misma por el derecho público. Pero esta regulación es parcial y de excepción en el régimen de la entidad, salvo las derogaciones específicas propias de la regulación normativa aplicable a cada tipo societario.

25 Art. 4° del decreto 1883/91.

26 CASSAGNE, Juan Carlos, "La extensión del concepto de tutela y el control de los actos de las Sociedades del Estado", *L.L.*, 1978-C, pág. 717. En contra, DROMI, José Roberto, *Derecho Administrativo Económico*, págs. 323-324, Buenos Aires, 1977.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Se trata de otra aplicación de la teoría de la superación de las formas jurídicas que no afecta la vigencia del principio o regla sobre la condición jurídica privada de estas sociedades.

Por esta causa, la presencia estatal [27], cuando la sociedad es de propiedad, administrada y/o controlada por el Estado, conduce a reconocer que existen razones de conveniencia pública (idoneidad y especialización, uniformidad de juzgamiento, etc.) que hacen a un mejor resguardo de los intereses del Estado Nacional (cuando éste fuera el titular o controlante) y que justifican la atribución de la competencia para decidir los conflictos a la justicia federal [28].

Ninguna duda puede caber a nuestro juicio en la interpretación y alcance práctico de esta postura, máxime cuando la justicia federal admite en su organización una división de la competencia en civil y comercial y contencioso-administrativa [29].

La jurisprudencia de nuestros tribunales no marca una línea uniforme en esta materia, y si bien se ha reconocido en numerosos casos la competencia de la justicia federal [30], ha habido fallos en sentido contrario, provenientes tanto de la justicia federal [31] como ordinaria [32], si bien esta última de carácter nacional, como es la jurisdicción de los jueces y Cámaras en lo comercial de la Capital.

27 Este criterio aparece sustentado en la jurisprudencia de la Cámara Nacional en lo Federal (Sala I en lo civil y comercial) en las causas, "Segba c/ Ledo" (nro. 4550) y "Segba c/ Saguetti" (nro. 4553), ambas resueltas el 14 de septiembre de 1976.

28 Una aplicación de este principio se advierte en el caso fallado por la Corte Suprema en una demanda deducida por un particular contra la Comisión Administradora de Emisoras Comerciales y LS 82, TV Canal 7 donde se expresó que siendo la demandada una empresa de propiedad estatal "el verdadero interesado en este juicio es el gobierno nacional, y ello explica precisamente que el *sub-iudice* haya llegado a los estrados de esta Corte por la vía del recurso ordinario de apelación que interpuso la demandada sin duda por considerar —así como es, en realidad— que se trata de una causa en que la Nación, directa o indirectamente, es parte" (considerando 9º), *E.D.*, t. 17, pág. 999.

29 El criterio general para que una causa radique en una u otra competencia es la prevalencia o preponderancia de normas públicas o privadas para juzgar la relación sometida a juzgamiento. Véase Cámara Nacional Federal en Pleno, fallo de fecha 2/9/75, *in re*, "Gobierno Nacional c/ Fábrica de Cubiertos Perel S.C.A.", *E.D.*, t. 64, pág. 266.

30 *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 268, pág. 284 y sigs.; Cámara Nacional Federal (Sala civil y comercial) *in re*, "Segba c/ Cerdeira Manuel A.", *E.D.*, t. 16, pág. 379.

31 Cámara Nacional Federal (Sala I, civil y comercial) *in re*, "Segba c/ Hionis, Demetrio", *L.L.*, t. 1975-D, págs. 3-4.

32 Cámara Nacional en lo Comercial (Sala C) *in re*, "Iweco Weil y Cía. S.A. c/ Segba", *E.D.*, t. 6, págs. 579-560, y de la misma Cámara (Sala A) "Segba c/ Cipiensky, Natalio", *E.D.*, t. 55, pág. 340.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Es precisamente esta última circunstancia (el carácter nacional de la justicia ordinaria de la Capital) reconocida en uno de los últimos casos resueltos por la Cámara Federal de la Capital, la que conduce a sostener la conveniencia de que la competencia pertenezca en todos los casos a la justicia federal.

En efecto, no resulta muy clara la tesis jurisprudencial en su aplicación a las demandas en que litigaba la ex sociedad anónima Segba (por aplicación de la ley 14.772) al sentar el criterio de que la citada ley regula dos situaciones diferentes: "una cuando se discuten derechos derivados de la ley mencionada y la otra, cuando se trata de obtener el cobro a particulares de facturas impagas" [33].

Como el criterio se fundamenta también en el carácter nacional que revisten los jueces ordinarios de la Capital, resulta obvio que el mismo no puede aplicarse en jurisdicción provincial, donde el interés nacional presente en toda relación en que actúa una sociedad de propiedad nacional o controlada por el Estado Nacional, exige que la competencia deba radicarse en la justicia federal.

Las consideraciones apuntadas imponen la necesidad de atribuir la competencia en todos los casos a la justicia federal, cualquiera sea la jurisdicción que corresponda en razón del territorio, máxime teniendo en cuenta que en la Capital Federal, la justicia de esta clase admite la división entre tribunales civiles y comerciales y contencioso-administrativos.

6. LA PARTICIPACIÓN DE LAS PROVINCIAS EN SOCIEDADES ESTATALES

La mención que casi todas las leyes que regulan las sociedades de propiedad total (ley 20.705) o participación mayoritaria estatal (ley 19.550) efectúan respecto de la posibilidad que los socios sean las provincias, han conducido a algunos autores a plantear algunas dudas cuando las Sociedades del Estado (por ejemplo) sean exclusivamente provinciales [34] respecto a la aplicación de la legislación local.

La mayoría de tales interrogantes se suscitan en mérito a que se parte de un presupuesto erróneo: su conceptualización como personas jurídicas públicas estatales.

33 En el caso "Segba c/ Hionis, Demetrio", *L.L.*, t. 1975-D, pág. 4.

34 GONZALEZ DE LA RECA, Florencia, "Las Sociedades del Estado como forma jurídica de la organización de empresas estatales", *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, nro. 8, pág. 51 y sigs.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

En efecto, si se acepta, como se ha visto, que se trata de entidades privadas regidas, en principio, por el Código de Comercio, no pueden abrigarse dudas respecto a que su encuadramiento es materia de la legislación común que dicta el Congreso Nacional (art. 75, inc. 12, Const. Nac.).

En consecuencia, la legislación provincial sólo puede reglar los aspectos generales que corresponden al derecho administrativo (de naturaleza local) que se limitan, básicamente, a las relaciones de dirección y control (a través de los medios de impugnación). Pero esta aplicación del derecho público ha de hacerse cuidando de no alterar el tipo jurídico y régimen de la entidad, que se rigen por la ley comercial, sin perjuicio de las específicas derogaciones que cada régimen consagra.

7. CONCLUSIONES

Lo hasta aquí expuesto permite formular estas conclusiones:

a) La utilización por parte del Estado de formas jurídicas privadas para llevar a cabo actividades industriales o comerciales constituyó una constante en casi todos los países de signo occidental, no contradiciendo ningún principio filosófico ni jurídico, salvo los límites impuestos, en el plano de su justificación, por la doctrina de la subsidiariedad. El régimen jurídico de estas entidades no es, sin embargo, adecuado cuando se trata de la prestación de un servicio público, cualquiera fuere su carácter (industrial, comercial o administrativo).

b) Si bien el criterio básico para determinar la condición de persona pública estatal del ente es el de su encuadramiento o pertenencia a la organización administrativa, el mismo carácter se concilia plenamente con el que atribuye carácter comercial a las sociedades anónimas cualquiera fuere su objeto [35] (por su forma) dado que, de acuerdo a su organización y régimen jurídico privatístico, las mismas no integran la Administración Pública, aun cuando el Estado posea la mayoría total o casi total de las acciones y el poder decisorio en la entidad.

c) Las formas jurídicas mercantiles del Estado, no obstante que se regulan, en principio, por el Código de Comercio, admiten

35 HALPERIN, Isaac, *Manual de Sociedades Anónimas*, págs. 67-69, Buenos Aires, Depalma, 1961.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

una parcial ingerencia del derecho público en aquellas relaciones atinentes a la dirección y control de tales entidades en su vinculación con la Administración Pública, sin perjuicio de las derogaciones específicas que establezca el régimen normativo de cada ente respecto de las disposiciones generales de la ley mercantil.

I. *La sociedad de economía mixta*

8. ANTECEDENTES

Los orígenes de las Sociedades de Economía Mixta se remontan a las Compañías de Indias, donde, con el fin de colonización y explotación de las riquezas naturales, se crearon entidades sobre la base de la asociación entre el Estado y los particulares. Pero, en realidad, la génesis de lo que actualmente caracteriza a este tipo societario se encuentra en Alemania, a comienzos de siglo, con la constitución de una sociedad de esta clase [36].

Su aparición obedece a los primeros ensayos de intervención estatal en el campo de la gestión económica —preferentemente en los llamados servicios públicos industriales y comerciales— al reemplazar la figura del "concesionario" [37] por este tipo de entidades, que en el fondo tornaban compatible el dogma del *laissez faire* del liberalismo económico con la conveniencia o necesidad de fomentar y realizar ciertas obras y actividades de interés público [38]. Por esta causa, en Inglaterra y los países socialistas, en los que el proceso de nacionalizaciones condujo a una total intervención del Estado, la creación de sociedades de economía mixta no ha sido utilizada como tipo instrumental para llevar a cabo las actividades industriales y comerciales, optándose en cambio por las *Public Corporations* y las Empresas del Estado [39].

La experiencia argentina en la materia, en rigor fue bastante rica como lo demuestra la existencia de varias sociedades anónimas que, aunque no revestían la tipología del actual régimen, presenta-

36 CAMARA, Héctor, *Sociedades de Economía Mixta*, pág. 14, Buenos Aires, 1954.

37 FLAMME, Maurice A., "El Régimen de las Actividades Comerciales e Industriales de los Poderes Públicos en Bélgica", *La Empresa Pública*, págs. 807-808, t. II, Zaragoza, 1970.

38 GARRIDO FALLA, Fernando, *Las Empresas Públicas*, págs. 140-141, Madrid, 1961.

39 BREWER CARIAS, Randolph, *Las Empresas Públicas en el Derecho Comparado*, págs. 122-123, Caracas, 1967.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ban como dato asociativo la presencia de sujetos estatales y particulares, (v.gr. Banco de la Provincia de Buenos Aires, Banco Central, Banco de la Provincia de Córdoba, Sociedad Mixta Siderúrgica Argentina Somisa y Atanor, Sociedad Anónima Mixta, Sociedades Mixtas de Aeronavegación, Empresa Mixta Telefónica Argentina, etc. [40]).

El auge de este tipo de entidades, no obstante que en el año 1946 se dictó una regulación específica para ellas, comenzó a declinar prontamente a raíz de la política de estatizaciones que se inició en esa época y al escaso interés que los particulares tienen en la inversión de fondos destinados al capital de estas sociedades. Esta situación se produce porque en la mayor parte de los casos no se les ofrece una participación que les asegure el poder de decisión suficiente para prevalecer en las Asambleas y en el Directorio, a lo cual hay que agregar que el otorgamiento al Estado del derecho de veto le asigna un mayor poder político en el seno de la sociedad.

Lo cierto es que, en la actualidad, el régimen de las Sociedades de Economía Mixta instituido por el decreto 15.349/46, ratificado por la ley 12.962 [41], carece prácticamente de aplicación.

9. CONCEPTO. FINES QUE DEBE PERSEGUIR

La Sociedad de Economía Mixta es definida por la ley como aquella formada por el Estado nacional, los Estados provinciales, las municipalidades o las entidades administrativas autárquicas dentro de sus facultades legales, por una parte, y los capitales privados, por la otra, para la explotación de empresas que tengan por finalidad la satisfacción de necesidades de orden colectivo o la implantación, el fomento o el desarrollo de actividades económicas [42].

La definición que brinda la ley nos parece susceptible de estas críticas:

a) resulta incorrecto hablar de "Estados provinciales", pues en nuestra terminología constitucional sólo cabe referirse a las Provincias, tal como lo reconoce el artículo 33 del Código Civil al estatuir la condición jurídica de personas de derecho público que ellas revisten;

40 Sobre antecedentes argentinos véase CAMARA, Héctor, *ob. cit.*, pág. 45 y sigs.; RODRIGUEZ ARIAS, Julio C., *La Sociedad de Economía Mixta*, pág. 93 y sigs., Rosario, 1940.

41 Sociedad Mixta Siderúrgica Argentina, Somisa (creada por la ley 12.987, con las modificaciones de la ley 15.801); Atanor S.A.M. y Carboquímica Argentina S.M. (ley 19.812).

42 Dec. 15.349/46, ratificado por la ley 12.962, art. 1°.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

b) tampoco es admisible la mención a los "capitales privados" pues quienes se asocian son siempre personas físicas o jurídicas, es decir, sujetos de derecho [43].

Hubiera sido, asimismo, preferible que la ley hiciera una mención genérica a las personas públicas estatales en vez de señalar concretamente algunos tipos que estas entidades ostentan en el ordenamiento jurídico. Al respecto, entendemos que, por extensión, tanto de las Empresas del Estado regidas por la ley 13.653 como, en general, las entidades descentralizadas atípicas, habida cuenta de su condición de personas jurídicas públicas estatales, pueden asumir el carácter de "socias" en esta clase de sociedades.

En cuanto al objeto que pueden perseguir, la ley ha optado por un criterio amplio que engloba: 1) la prestación de servicios públicos de cualquier naturaleza, y 2) la realización de actividades industriales y comerciales. Si bien no compartimos las críticas que Bielsa [44] formulara sobre esta figura societaria, pensamos que la realización de servicios públicos por esta especie de sociedades, por la naturaleza y régimen de la actividad, regida por el derecho administrativo, no es compatible con esta forma societaria.

10. CONDICIÓN JURÍDICA

El régimen legal (dec. 15.349/46 ratificado por ley 12.962) prescribe en su artículo 2°, que "la sociedad de economía mixta puede ser persona de derecho público o de derecho privado, según sea la finalidad que se proponga su constitución".

La determinación de su condición jurídica tiene su importancia en la medida en que su naturaleza se conecta con el respectivo ordenamiento.

La doctrina no ha sido pacífica al respecto. Mientras un sector propició el criterio del predominio que la Administración Pública ejerza en la sociedad (especialmente en el capital y poder de decisión) [45] para adjudicarle en tal caso carácter público, hay quienes asignaron trascendencia al criterio de los fines [46] recogido por el ar-

43 Cfr. CAMARA, Héctor, *ob. cit.*, pág. 7.

44 BIELSA, Rafael, en el prólogo de la obra de RODRIGUEZ ARIAS, Julio C., *ob. cit.*, pág. IX y sigs.

45 VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *ob. cit.*, t. II, pág. 179 y sigs.

46 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 466; GORDILLO, Agustín A., *Empresas del Estado*, pág. 107-109; la postura de este mismo autor se encuentra en discrepancia con la que utiliza en materia de sociedades anónimas de participación estatal, donde el

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

tículo 2° de la ley, y finalmente, se ha sostenido en la doctrina española que se trata de un *tertium genus* [47].

No obstante la redacción de la norma (art. 2°, dec. 15.349 ratificado por ley 12.962), las Sociedades de Economía Mixta tienen carácter privado en mérito a las siguientes razones:

a) por no hallarse encuadradas en la Administración Pública y revestir la forma de "sociedad".

b) pese a la ambigua declaración del artículo 2°, la ley estatuye que con excepción de las disposiciones especiales rigen para este tipo de sociedades las prescripciones aplicables a las sociedades anónimas (art. 3°) lo cual pone en evidencia que se trata de una forma "específica" de sociedad mercantil.

c) las sociedades comerciales constituyen personas jurídicas privadas (art. 33, Cód. Civ.) y el carácter mercantil de una sociedad se deriva de haber acudido a la forma societaria en algunos de los tipos previstos por la legislación (argumento que emerge del art. 3°, ley 19.550).

La interpretación que hemos expuesto aparece confirmada en la Exposición de Motivos que elevaron en su oportunidad los miembros de la comisión redactora de la Ley de Sociedades 19.550. Allí se expresó que la adopción de tipos societarios establecidos por ley no "comporta un estancamiento para la adopción de nuevos tipos societarios, porque ello quedará siempre dentro de la competencia del legislador, como la experiencia nacional lo demostró con las leyes 11.388, 11.645, 17.318 y con el decreto-ley 19.349/46 [48].

11. NATURALEZA DE LOS APORTES

En materia de aportes, la legislación que regula este tipo societario asume un carácter especial, ampliando el concepto técnico del aporte, que es propio de las demás sociedades mercantiles, al admitir que el mismo se constituye por:

a) Concesión de privilegios de exclusividad o monopolio; exención de impuestos; protección fiscal; compensación de riesgos; garantías de interés al capital invertido por los particulares;

b) primas y subvenciones; aporte tecnológico;

---

criterio de distinción es otro (participación total o casi total [?] del capital del Estado); CAMARA, Héctor, *ob. cit.*, págs. 94-95.

47 GARRIDO FALLA, Fernando, *Las Empresas Públicas*, pág. 141.

48 *E.D.*, t. 42, pág. 957.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

c) anticipos financieros;
d) aportes de carácter patrimonial, en dinero, en títulos públicos o en especie, concesión de bienes en usufructo [49].

12. DIRECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN. FISCALIZACIÓN. EL VETO

Conforme a lo que preceptúa el régimen legal, la dirección y administración de la sociedad se lleva a cabo por un directorio, cuyo presidente y, por lo menos, un tercio de sus integrantes representan a la Administración Pública y son nombrados por ésta (art. 7°, dec. 15.349/46 ratificado por ley 12.962). Se trata de una participación estatal de carácter estatutario y permanente, donde no se sigue, en principio, el régimen que al respecto consigna la ley con relación a las sociedades anónimas.

El órgano de fiscalización también debe hallarse integrado por un representante estatal (art. 7°, ley citada) aunque con motivo de la sanción de la ley 19.550 se transforma la sindicatura en las sociedades de economía mixta, que debe ser colegiada en número impar [50].

¿Cuál es la relación jurídica que vincula a los representantes estatales con la Administración Pública? La doctrina distingue dos casos posibles:

a) Que el representante estatal sea al propio tiempo funcionario o empleado público, en cuyo caso la relación jurídica es la propia de la relación de función pública, dentro de cuyos deberes está el de cumplir con las órdenes e instrucciones que le impartan los superiores jerárquicos con relación a la administración de la sociedad [51].
b) Que dicho representante estatal no sea funcionario o empleado público, en cuyo caso la relación jurídica es la del "mandato", pero de derecho público [52] sin perjuicio de la recurrencia analógica a las reglas del derecho privado, dado que esta figura carece de regulación en el derecho administrativo.

49 Dec. 15.349/46, ratificado por ley 12.962, art. 4°.

50 Ley 19.550, arts. 284 y 299, inc. 3°, norma esta última que precepta expresamente la fiscalización estatal permanente por la autoridad de contralor (Inspección Gral. de Personas Jurídicas en la Cap. Fed.) para estas sociedades.

51 Para MARIENHOFF, el vínculo que relaciona a los representantes del Estado dentro de la Sociedad de Economía Mixta con el Estado, es el del mandato del derecho privado, *ob. cit.*, t. I, pág. 474.

52 En contra, MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 475, para quien la relación es de "mandato" de derecho privado.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

La característica peculiar que presenta esta figura societaria es la institución del veto, por cuyo mérito el presidente de la sociedad o, en su ausencia, cualquiera de los directores nombrados por la Administración Pública tienen la facultad de vetar las decisiones del Directorio y de la Asamblea de accionistas.

Los supuestos en que procede el veto son:

1) Si se dictare una decisión contraria a la ley (en general, al ordenamiento jurídico) o violatoria de la ley de creación;
2) si la resolución fuere contraria a las prescripciones del Estatuto de la Sociedad;
3) cuando pudiera comprometerse la conveniencia del Estado vinculada a la Sociedad [53].

Si bien los efectos del veto son suspensivos, la ley estatuye que si el mismo no fuera confirmado por la autoridad administrativa [54] dentro del plazo de veinte días computados a partir de la comunicación a dicha autoridad, la resolución adoptada por el directorio o la asamblea, en su caso, se tendrá por firme (art. 8°, de la ley citada).

Esta norma prescribe también que cuando el veto se fundare en la violación de la ley (entendemos que incluye la ley de creación) o de los estatutos sociales, los representantes del capital privado [55] pueden recurrir judicialmente contra la decisión definitiva que se hubiere adoptado por parte de la Administración Pública.

13. CREACIÓN DE LA ENTIDAD

Se ha sostenido que como el artículo 8° de la ley, al regular el derecho de veto, hace referencia a las resoluciones contrarias a la "ley de su creación", ello implica que la correspondiente atribución para crear la entidad compete al legislador [56].

Pero tal argumento no pasa de constituir una referencia desafortunada, pues, al igual que lo que acontece en materia de entidades estatales descentralizadas, nada impide que su creación sea dispuesta también por el Poder Ejecutivo [57].

53 Dec. 15.349/46, ratificado por ley 12.962, art. 8°; en la Sociedad Mixta Siderurgia Argentina, Somisa, este artículo ha sido derogado especialmente (art. 6°, ley 15.801).

54 La ley agrega la palabra "superior", expresión que no condice con la relación que vincula al ente con la Administración, que no es de subordinación jerárquica.

55 Aquí la ley utiliza la objetable expresión "el capital privado podrá recurrir".

56 VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *ob. cit.*, t. II, pág. 201.

57 Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, págs. 463-465, quien recuerda que sólo cuando la Constitución haga mención a la ley debe interpretarse que se refiere a la ley "formal".

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

14. RÉGIMEN JURÍDICO: LA IMPOSIBILIDAD DE QUE SEAN DECLARADAS EN QUIEBRA. EL RESCATE

En todo lo no regulado especialmente en la ley, las Sociedades de Economía Mixta se rigen por las reglas atinentes a las Sociedades Anónimas [58].

Ahora bien, aunque algunas de esas derogaciones configuran interferencias del derecho público (v.gr. el veto), tal circunstancia no transforma la condición jurídica de la entidad ni el régimen de sus actos, que se rigen, en principio, por el derecho comercial.

De neto corte publicístico es —por ejemplo— la prescripción que prohíbe que ellas sean declaradas en quiebra [59], no obstante que permita la disolución de la entidad por las causales que enuncia el Código de Comercio.

La posibilidad de proceder al rescate de las acciones constituye también otra de las regulaciones específicas que trae la ley, que reglamenta dos casos:

a) Cuando se liquide la sociedad, los accionistas privados podrán rescatar las acciones del Estado, con la característica de poder continuar con el régimen jurídico que tenía la empresa [60].

b) Tratándose de sociedades que explotan servicios públicos, vencido el término de duración de la sociedad, la administración puede rescatar las acciones de los particulares transformando la sociedad en una entidad autárquica y continuando el objeto para el cual había sido creada [61].

Ambas prescripciones legales consagran el principio de la continuidad de la empresa o explotación.

II. *LA SOCIEDAD DEL ESTADO*

15. NOCIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA

La figura de la Sociedad del Estado, tal como aparece estructurada en la ley 20.705, representa la última tipificación legislativa operada entre nosotros dentro del proceso de utilización de formas privatísticas por parte del Estado. En atención a las derogaciones

58 Art. 3°, dec. 15.349/46, ratificado por la ley 12.962.
59 Art. 11, dec. 15.349/46, ratificado por la ley 12.962.
60 Dec. 15.349/46, ratificado por la ley 12.962, art. 10.
61 Dec. 15.349/46, ratificado por la ley 12.962, art. 12.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

que su régimen normativo estatuye con relación al que es propio de la legislación societaria del Código de Comercio nos parece metodológicamente necesario efectuar su análisis con carácter previo al de las restantes formas de intervención y participación estatal.

Se trata de una figura que, utilizando como base la forma de la sociedad anónima, introduce al régimen de esta última derogaciones específicas, que contribuyen a dotarla de una peculiar fisonomía jurídica, tan peculiar que para algunos autores ni siquiera llega a configurar una sociedad [62].

Las principales derogaciones hacen a su estructura y son fundamentalmente dos: a) la imposibilidad que los particulares participen en el capital social, y b) la admisión de la sociedad unipersonal o sociedad de un solo socio [63].

La exclusión de los particulares en el acceso a este tipo societario obedece precisamente a las razones que originan su aparición: la regulación de la actuación exclusiva del Estado y sus entidades bajo formas societarias.

Creemos que no se debe juzgar la bondad o no de esta sociedad en forma dogmática y aislada, pues se trata de uno de los grados —el grado máximo— de utilización por el Estado, de manera instrumental, de técnicas del derecho privado, sin que ello implique justificar la intervención ni el medio empleado, que habrá de juzgarse en relación a cada caso en particular, teniendo en cuenta siempre el principio que ha de orientar la ingerencia estatal: la subsidiariedad.

Ello es así tanto más cuanto para los otros supuestos en que se considere posible o conveniente la participación privada, puede acudirse a cualquiera de las restantes formas societarias (Sociedad de Economía Mixta, Sociedad Anónima de Participación Estatal Mayoritaria y sociedad anónima común).

En segundo lugar, se alega que el acogimiento legislativo de la sociedad unipersonal —al igual que lo acontecido en el derecho español cuando el socio es el Estado— implica desconocer una caracterís-

62 BARRA, Rodolfo Carlos, "Acerca de la Naturaleza Jurídica de las Sociedades de Estado", *E.D.*, t. 67, pág. 601; SEGAL, Rubén, "Sociedades del Estado", *L.L*, t. 156, pág. 1423 y sigs.; ROMERO, José Ignacio, "Sociedades del Estado", *J.A.*, diario de fecha 9/6/75, págs. 2-3.

63 El art. 1° de la ley 20.705 las define así: "Son Sociedades del Estado aquellas que, con exclusión de toda participación de capitales privados, constituyen el Estado Nacional, los Estados provinciales, los municipios, los organismos estatales legalmente autorizados al efecto o las sociedades que se constituyan en orden a lo establecido por la presente ley, para desarrollar actividades de carácter comercial o explotar servicios públicos".

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

tica propia de toda sociedad cual es la estructura jurídica de contrato plurilateral de organización [64] pretendiendo que por esta circunstancia la entidad asume la condición jurídica de una Empresa del Estado [65].

En realidad, esta última interpretación no puede admitirse, en cuánto el abandono del criterio contractualista por la tesis "institucional" no tiene en sí nada de ilegítimo entrando en la competencia del legislador la facultad de prescribir tal principio para una determinada forma societaria especial e, incluso, de establecerlo para las sociedades en general. Se trata de un criterio legislativo que si bien implica una derogación del principio que rige la legislación común de las sociedades comerciales, no traduce un apartamiento de la forma privatística ni su regulación ulterior, que se articula sobre la base de las normas que estatuye el Código de Comercio.

En lo que concierne a su calificación como Empresa del Estado, ella es inadmisible, ya sea que se emplee el sentido amplio o restrictivo. El primero no podría ser usado ya que no existe la categoría Empresa del Estado (en sentido amplio) con notas comunes en su régimen jurídico; existen, por el contrario, entidades descentralizadas atípicas que pertenecen a los cuadros de la Administración Pública, situación que no se da en este caso donde se regula un tipo genérico. Respecto al sentido restrictivo, que es el técnicamente correcto, a nuestro entender, es decir, al que concibe que "Empresa del Estado" constituye la categoría jurídica de persona pública estatal que estructura la ley 13.653 y sus modificatorias, el mismo tampoco se aplica a esta entidad cuyo régimen difiere notoriamente del establecido en las citadas leyes.

En síntesis, la entidad que estamos analizando constituye un nuevo tipo específico de sociedad, regulada básicamente por el Código de Comercio, con las derogaciones establecidas en la ley 20.705. Y es sociedad privada y no persona pública (estatal o no estatal) porque: 1°) Utiliza la forma "sociedad" y prescribe una remisión directa a las normas del Código de Comercio sobre Sociedades Anónimas [66], 2°) No integra los cuadros de la Administración Pública, sin perjuicio de la aplicación del derecho administrativo en aquellas relaciones jurídicas con la administración, dirección y control que hemos señalado al abordar el tema, con carácter general, al comienzo de este capítulo.

64 SEGAL, Rubén, *ob. cit.*, págs. 1425-1426.
65 ROMERO, José Ignacio, *ob. cit.*, pág. 3.
66 Ley 20.705, art. 2°.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

16. OBJETO

Conforme al artículo 1° de la ley 20.705, las sociedades del Estado pueden desarrollar actividades de carácter industrial o comercial como asimismo la explotación de servicios públicos.

La inclusión de los servicios públicos, dentro del objeto que pueden llevar a cabo estas sociedades, resulta criticable por las innumerables relaciones de derecho administrativo que genera esa clase de actividad estatal aun cuando se trate de los llamados servicios públicos industriales o comerciales. De otra parte, los controles que el derecho público organiza para un mejor servicio de los intereses de la comunidad no pueden ejercerse de un modo pleno y sistemático respecto de las sociedades estatales, que han sido creadas o transformadas, muchas veces, para eludir esos controles y no por razones que hacen a la naturaleza de la actividad que desarrollan.

Si bien es posible sustentar la aplicación de esta figura para regular las actividades comerciales o industriales típicas del Estado (en la medida en que se hallan justificadas por el principio de subsidiariedad) no ha sido buena la política legislativa de crear o transformar las Empresas del Estado, regidas por las leyes 13.653 y sus modificatorias, en sociedades del Estado, reguladas por la ley 20.705, en aquellos casos en que el objeto principal de su actividad sea la prestación de un servicio público, habida cuenta de la falta de un régimen adecuado de control jurídico, contable y presupuestario. En realidad, ha habido una suerte de deformación de la figura jurídica, utilizándola para regir actividades que, en su relación con el Estado y con los particulares contratistas o usuarios se regían antes, sin mayores inconvenientes, por el derecho público, pasando ahora a regularse por el derecho privado para escapar a la aplicación del régimen administrativo, básicamente de los controles y de las garantías debidas a los administrados. A partir del proceso de privatizaciones la figura de la Sociedad del Estado ha perdido prácticamente vigencia.

17. RÉGIMEN LEGAL: DEROGACIONES AL CÓDIGO DE COMERCIO Y APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA

Entre las particularidades que presenta el régimen normativo de estas sociedades de comercio y la aplicación de la legislación administrativa se destacan:

a) El capital de la entidad debe hallarse representado por "certificados nominativos" que sólo son negociables entre las perso-

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

nas enunciadas en el artículo 1° de la ley. Se excluye, en consecuencia, su negociación con los particulares [67].

b) No son susceptibles de ser declaradas en quiebra y su liquidación la debe realizar el Poder Ejecutivo, previa autorización legislativa [68].

c) No pueden transformarse en Sociedades Anónimas de Participación Estatal Mayoritaria. Aunque la ley no lo expresa, es obvio que tal transformación podrá hacerse cuando ella fuera dispuesta o aprobada por una ley, pues la ley especial deroga a la ley general, a la inversa de lo que acontece en materia de reglamentos (principio de la inderogabilidad singular del reglamento). En cuanto al artículo 9°, es obvio que se refiere a aquellos casos en que no exista participación privada [69].

d) No se les aplica la Ley de Obras Públicas. El Reglamento de Procedimientos Administrativos rige respecto del recurso de alzada, como se verá seguidamente, no obstante la prescripción expresa de la ley [70].

18. La aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos a las sociedades del Estado y el control de sus actos

La admisión o no del control que la Administración Central ejerce sobre estas entidades (en el supuesto de tratarse de entidades cuyo capital pertenece al Estado nacional o alguna de sus entidades jurídicamente descentralizadas) plantea una dificultad interpretativa derivada de lo dispuesto en la ley [71] al estatuir la no aplicación de la Ley de Procedimientos Administrativos.

Pero de la circunstancia apuntada no deriva necesariamente que ciertos actos de dirección y contralor, que trasuntan actividades externas al ente no puedan ni deban hallarse regidos por el derecho administrativo.

67 Ley 20.705, art. 4°.

68 Ley 20.705, art. 5°.

69 Que autoriza al Poder Ejecutivo a transformar Sociedades Anónimas de Participación Estatal Mayoritaria en sociedades de Estado. De lo contrario habría una expropiación sin los requisitos constitucionales ni legales.

70 Art. 4° (decreto 1883/91) y ley 20.705, art. 6°, CASSAGNE, Juan Carlos, "La extensión del concepto de tutela y el control de los actos de las sociedades del Estado", *L.L.*, t. 1978-C, pág. 717.

71 Ley 20.705, art. 6°.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

El sentido que tiene la exclusión de la L.N.P.A. no puede ser otro que la no aplicación de los requisitos sustanciales y adjetivos de dicho ordenamiento en orden a los actos unilaterales y bilaterales que celebre la entidad los que, como es obvio, se regulan por el derecho comercial o civil.

Esa interpretación es la que más se ajusta al derecho positivo nacional en cuanto el decreto 1883/91 prescribe la posibilidad de aplicarles a estas entidades, por extensión, las disposiciones atinentes al recurso de alzada [72], lo cual se fundamenta en la "realidad subyacente a la forma mercantil de personificación" [73].

La naturaleza del control que en tal caso se ejercite por parte de la Administración Central o entidad descentralizada poseedora de las acciones conduce a una nueva proyección del concepto de tutela o control administrativo.

Sabido es que esta especie de contralor, que procura asegurar el cumplimiento de los fines de la entidad y preservar el interés general [74] o bien común, configura —a diferencia del control que dimana de la jerarquía— un poder condicionado o limitado [75] que requiere atribución expresa y que es de interpretación restrictiva.

La tutela entraña una facultad de revisión que ejerce la Administración Central, tanto sobre los actos de los órganos superiores de las entidades descentralizadas como respecto de los actos de las personas privadas del Estado.

En atención a la oportunidad en que se ejercita el poder de tutela, la doctrina italiana efectúa una distinción, que es ya clásica en el derecho administrativo [76], diferenciando la tutela preventiva de la represiva. Así, mientras la técnica de las autorizaciones se ubica en la tutela preventiva, las aprobaciones corresponden al tipo represivo.

En el plano general de la organización administrativa su fin se orienta al mantenimiento de un principio esencial: la unidad de ac-

72 Decreto 1883/91, art. 4°.

73 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo - FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, pág. 256, Madrid, 1974; CASSAGNE, Juan Carlos, *ob. cit.*, t. I, pág. 347.

74 HAURIOU apuntaba, en 1893, que si bien el término no se ajustaba al derecho público se encontraba consagrado por el uso y era preferible conservarlo (*Précis de Droit Administratif*, pág. 437); GARRIDO FALLA, Fernando, *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, pág. 176 y sigs., Madrid, 1950.

75 ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado general de procedimiento administrativo*, pág. 357, Buenos Aires, Depalma, 1973.

76 D'ALESSIO, Francesco, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, t. I, pág. 371, Torino, 1932.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ción del Estado, que debe alcanzarse cualesquiera fueren las formas jurídicas de personificación que él adopte.

El concepto de tutela o control administrativo posee una verdadera fuerza expansiva, al extenderse su régimen a entidades estatales que ostentan condición de personas jurídicas privadas. Y esa fuerza extensiva aparece actualmente reconocida en la última modificación efectuada al decreto 1759/72 (decreto 1883/91, art. 4°), donde se prescribe la posibilidad de interponer el recurso de alzada contra los actos administrativos que emanen de los órganos de empresas o sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado Nacional.

Nada se opone a ello. El argumento de que los actos controlados emanan de una persona jurídica privada implica confundir el acto que se fiscaliza con el sujeto de control: ¿O acaso el control de los actos administrativos de las Sociedades Anónimas ejercido por la autoridad administrativa de fiscalización tiene la virtud de transformar la esencia de los actos controlados? Si esto es así, en el campo de las sociedades que pertenecen a los particulares no se advierte porque no se puede efectuar el control de los actos administrativos de las Sociedades de Estado, a través del sistema de recursos instituido por el R.L.N.P.A. Desde luego que la resolución del recurso no dispondrá —por ejemplo— la revocación de la misma manera que podría acontecer con un acto administrativo emanado de una persona pública estatal, limitándose a impartir las instrucciones pertinentes al Directorio de la entidad para que proceda a dejar sin efecto el acto sometido a control.

En lo que concierne al alcance del control cuadra apuntar que son aplicables los criterios generales expuestos para el control de tutela [77], el cual procede tanto por razones de legalidad como de conveniencia o mérito [78]. Desde luego que la legalidad del acto habrá de juzgarse con arreglo a las normas de derecho privado que lo rijan y que la apreciación del mérito constituye una facultad privativa y discrecional de la administración, en tanto no sea irrazonable.

De todo modos, como la ocurrencia a la vía del recurso ante la Administración Pública es optativa, el particular afectado en sus derechos subjetivos puede promover directamente la pertinente acción judicial sin requerirse previo reclamo administrativo [79].

77 LAUBADERE, André de, *Traité de Droit Administratif*, t. I, págs. 90-94, París, 1970; VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, pág. 563, Paris, 1968.

78 MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-A, pág. 425, Buenos Aires, 1977, señala que "el control de oportunidad, mérito o conveniencia se propone lograr una gestión eficiente". Ver también GARRIDO FALLA, Fernando, *ob. cit.*, pág. 180.

79 Ley 19.549, modificada por la ley 21.686, art. 32.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

En conclusión, los actos de las Sociedades de Estado que agravien los derechos de los particulares, no obstante poseer naturaleza jurídica privada en el sistema de la ley 20.705, son susceptibles de control por el Poder Ejecutivo o el ministerio competente, según los casos, a través de la aplicación en lo que fuere pertinente, de los preceptos contenidos en el Reglamento de Procedimientos Administrativos (t.o. por decreto 1883/91), conclusión que reposa en un fundamento de justicia, legalidad y eficacia, habida cuenta el fin de bien común perseguido (indirectamente) a través de técnicas privadas, lo cual no implica que deba protegerse la ilegalidad ni la decisión arbitraria o inconveniente por parte de quienes representan a esa "realidad subyacente" a la forma jurídica mercantil, que es en definitiva el Estado.

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha sostenido la aplicación de los aspectos procesales de la L.N.P.A., particularmente de las normas que reglamentan al amparo por mora de la Administración [80], para lo cual se basó en que la ley 21.686, al modificar el artículo 32 de la L.N.P.A., incluyendo a las Sociedades del Estado en el inciso f), dejó sin efecto la exclusión del artículo 6° de la ley 20.705 en torno de la inaplicabilidad de la ley citada [81].

80 Así lo sostuvo la Sala III de la Cámara Nacional Federal en lo Contencioso Administrativo en el caso "Amil, Andrés c/ Y.P.F.", *L.L.*, 6/7/82, con nota de Jorge José Docobo. Allí se afirmó que aun cuando la actividades industriales o comerciales siguen rigiéndose por el derecho privado en su contenido específico, nada impide que el aspecto procesal sea reglado por la Ley de Procedimientos Administrativos, fijando la cuestión en la órbita del derecho público.

81 La Corte consideró ilegítima la negativa de una sociedad del Estado a concederle vista de las actuaciones a un particular; (recurso de hecho deducido por la actora en la causa "La Buenos Aires Cía de Seguros S.A. c/ Petroquímica B. Blanca S.A." del 12/5/88). Ante la adjudicación por parte de Petroquímica B. Blanca de un contrato por el cual había llamado a licitación pública y la negativa de la Sociedad Estatal de otorgarle vista de las actuaciones a la actora —oferente no adjudicataria en la citada licitación—, ésta promovió una acción de amparo. A su procedencia se opuso la Sociedad Estatal con el argumento que sus actuaciones internas no constituían expedientes administrativos, sino papeles privados, y que en el caso se comprometía la libre actividad y desarrollo de un comerciante, por tratarse de una empresa de naturaleza jurídica privada. Rechazada la acción en 1ª y 2ª instancia, adoptó la Corte la posición contraria al incluir en primer lugar, dentro del concepto de "entes descentralizados" a que se refiere el artículo 1 de la ley 19.549, a las sociedades comerciales del Estado. Bajo esa óptica consideró aplicable a ella los principios del debido proceso adjetivo en especial el derecho a ser oído (art. 1°, inc. f, ap. 1°, L.N.P.A.) y, por ende, de obtener vista de las actuaciones no declaradas reservadas, (art. 38 y 76 dec. 1759/72) consecuencia lógica del carácter estatal del ente y del principio de publicidad de los actos estatales.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

19. EL RÉGIMEN DEL PERSONAL DE LAS SOCIEDADES DEL ESTADO

El personal de las Sociedades del Estado, ya sean directivos o empleados de ellas, no reviste la condición propia de los agentes públicos. Con respecto al personal subalterno, la doctrina, en general, postula que constituye una relación de empleo privado, aplicándole —por extensión— la jurisprudencia establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y demás Tribunales Inferiores para la Empresa del Estado regida por la ley 13.653 y sus modificatorias [82].

En cambio, en el caso del personal que cumple funciones de dirección y de responsabilidad efectiva, un sector de la doctrina ha sostenido que se trata de una relación de empleo público, aplicando de ese modo la jurisprudencia elaborada en torno de las Empresas del Estado regidas por la ley 13.653 y normas que la modifican [83].

Tal postura es inaceptable por cuanto: a) las Sociedades del Estado poseen naturaleza jurídica privada, aplicándose a las mismas la legislación mercantil; b) esta legislación (especialmente los arts. 59 y 274 de la ley 19.550) resulta incompatible con el régimen de la responsabilidad disciplinaria de los agentes públicos, propia del derecho administrativo [84].

III. *SOCIEDADES ANÓNIMAS*

20. LA ACTUACIÓN DEL ESTADO Y LA SOCIEDAD ANÓNIMA

Las actividades económicas que el Estado llevó a cabo en muchos países donde se operó el proceso de nacionalización de industrias hizo que en los comienzos el Estado utilizara la estructura de la Sociedad Anónima del derecho mercantil para continuar el desarrollo de tales actividades.

82 DROMI, José Roberto, *Derecho Administrativo Económico*, t. I, pág. 321, Buenos Aires, Astrea, 1977.

83 DOCOBO, Jorge José, "Las sociedades del Estado y el amparo por mora de la Administración", *L.L.* t. 1982-C, pág. 331; GONZALEZ DE RECA, Florencia, "Las sociedades del Estado como forma jurídica de la organización de las empresas estatales", *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, nro. 8, pág. 54, y el trabajo titulado *Las sociedades del Estado. Su régimen jurídico y su grado de autonomía*, de la Sindicatura General de Empresas Públicas, pág. 27, Buenos Aires, 1980.

84 MAIRAL, Héctor A., "Las sociedades del Estado o los límites del Derecho Administrativo", *L.L.*, t. 1981-A, sec. doctrina, pág. 805, quien sostiene que la responsabilidad mercantil demanda una diligencia y asunción de riesgos, que no son propios de la actividad burocrática.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Diversas razones confluyeron para ello, siendo quizá una de las más importantes la falta de flexibilidad de los sistemas del derecho administrativo que, en principio, no resultan aptos para regular esta clase de actividades. Pero, además, el principio de la continuidad empresaria, con todas las ventajas que ello implica en el orden comercial y crediticio, motivó que se conservaran intactas las estructuras tradicionales de la Sociedad Anónima teniendo en cuenta que éstas favorecían el acceso a los mercados de capitales, necesarios para encarar nuevos proyectos de inversiones.

Aunque ésta no fue una característica unívoca en la evolución operada en nuestro país, pues, en la primera época de este proceso se optó por la figura "Empresa del Estado", que tipifica la ley 13.653, lo cierto es que también se ha apelado a la forma de la Sociedad Anónima común del Código de Comercio (v.gr. el caso de Segba S.A.).

Es evidente —como se ha expresado— que la utilización de la norma jurídica de la Sociedad Anónima permite realizar una gestión eficiente en el logro del objetivo buscado (industrial o comercial) al no encontrarse limitada por las reglas propias de los entes públicos estatales (derecho administrativo) especialmente por la existencia de inadecuados controles, que si bien pueden ser válidos para el derecho público resultan un freno para la rapidez y eficiencia que requiere una empresa comercial [85].

La intervención y participación del Estado (mayoritario o minoritario) en Sociedades Anónimas no se limita a la forma común del Código de Comercio, sino que se acude, también a la estructura de la Sociedad Anónima de Participación Estatal Mayoritaria.

21. LA SOCIEDAD ANÓNIMA CON PARTICIPACIÓN ESTATAL MAYORITARIA

El nacimiento de la figura de la Sociedad Anónima de Participación Estatal Mayoritaria se produjo en el año 1967 al dictarse a ese efecto la ley 17.318, apareciendo más tarde recogida en la ley 19.550 de sociedades (Sección VI), como un tipo específico de Sociedad Anónima.

85 HERNANDEZ, Belisario J., "Las Empresas Públicas Argentinas y el Nuevo Régimen de Sociedades Anónimas con Participación Estatal", *L.L.*, t. 130, pág. 964, publicado en el t. 130. Estamos de acuerdo con este autor que la falta de eficacia que se puede observar en las empresas estatales argentinas obedece a tres factores: a) inadecuada estructura jurídica; b) descuidada selección de directivos y personal subalterno; c) falta de estabilidad de los cuadros superiores.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Los propósitos que se tuvieron en mira al disponer su institución, aparte de los ya expuestos, consistieron fundamentalmente en la conveniencia de contar con una estructura societaria típica que permitiera fortalecer el fenómeno de la participación mayoritaria del Estado en el seno de la entidad, con prevalencia en las decisiones de las asambleas ordinarias y extraordinarias.

Como la aparición de este régimen se produjo poco antes de la sanción de la Ley de Sociedades, muchas de sus normas, al ser recogidas por la legislación general (v.gr. no exigencia del mínimo de diez socios para la constitución de la Sociedad Anónima) no fueron después consagradas en la Sección VI de la ley 19.550.

La ley no regula una sociedad de economía mixta [86] ni siquiera una figura similar, habida cuenta que pueden existir sociedades de este tipo sin participación privada, ya que ello no configura una exigencia *sine qua non* de este tipo societario. Se trata de una diferente regulación de determinadas normas aplicables a esta especie de sociedad anónima, rigiendo para las situaciones no modificadas expresamente las prescripciones propias de las sociedades anónimas [87].

Conforme a lo preceptuado en el artículo 308 de la ley 19.550, para que se configure una Sociedad Anónima de Participación Estatal Mayoritaria deben reunirse los siguientes requisitos:

a) el Estado Nacional, las Provincias (la norma emplea la incorrecta expresión "Estados provinciales"), los Municipios, los organismos estatales legalmente autorizados al efecto o las sociedades anónimas sujetas a este régimen deben ser propietarias, en forma individual o conjunta, de acciones que representen por lo menos el cincuenta y uno por ciento del capital social, y

b) dichas acciones tienen que ser suficientes para prevalecer en las asambleas ordinarias y extraordinarias.

Las principales características de su régimen jurídico son:

1) No se aplica la incompatibilidad que para ser directores o gerentes estatuye el artículo 264, inciso 4°, de la ley 19.550 al prohibir el desempeño de tales cargos a los funcionarios de la Administración Pública (art. 310, ley 19.550).

86 BERGEL, Salvador D., "El Régimen creado por la ley 17.318", *Adla*, XXVII-B-1967, pág. 1481; HERNANDEZ, Belisario J., *ob. cit.*, pág. 6.

87 Esta interpretación surge de lo dispuesto en el art. 312 de la ley 19.550 en cuanto prescribe "las modificaciones al régimen de la sociedad anónima establecidas por esta sección dejarán de aplicarse cuando se alteren las condiciones previstas en el art. 308".

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

2) No rige el artículo 263 de la ley 19.550 (elección de directores por el sistema de voto acumulativo) previéndose que cuando hubiere participación privada y ésta alcanzare al veinte por ciento del capital social, las acciones darán derecho a una representación proporcional en el directorio y a elegir por lo menos uno de los síndicos (art. 311, ley 19.550).
3) Cuando el contrato social exprese el propósito de mantener la prevalencia de las entidades enunciadas en el artículo 308 de la ley 19.550, cualquier enajenación de acciones que importe la pérdida de la situación mayoritaria deberá ser autorizada por ley, debiendo contener el estatuto, en tal caso, las normas necesarias para impedir que por nuevas emisiones se altere esa mayoría (art. 313, ley 19.550).
4) La sociedad no puede ser declarada en quiebra [88] y su liquidación será cumplida por la autoridad administrativa que designe el Estado, designación que corresponde efectuar al Poder Ejecutivo Nacional, cuando la mayoría accionaria pertenezca al Estado Nacional, sus entidades o las sociedades de su propiedad o participación mayoritaria.

Sección 2ª

OTRAS FORMAS DE GESTION

I. *EMPRESAS SIN PERSONALIDAD JURÍDICA*

En el derecho comparado, en los inicios del proceso de asunción por el Estado de actividades industriales o comerciales, esta clase de tareas fue asignada a órganos de la Administración Central, carentes de personalidad jurídica. Así nacieron en Francia las *régies industrielles et commerciales*, en el derecho alemán las *regie betrieb* y en España las llamadas "empresas propias" o "servicios administrativos sin personalidad jurídica" [89].

En nuestro país la mayor parte de las fábricas militares que la ley 12.709 colocó bajo la dependencia de una entidad autárquica denominada "Dirección General de Fabricaciones Militares" funciona-

88 Art. 314 de la ley 19.550.

89 BREWER CARIAS, Allan Randolph, *Las Empresas Públicas en el Derecho Comparado*, pág. 51.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ron organizadas como empresas sin personalidad jurídica. Si bien ellas estaban bajo la jerarquía de la Dirección General de Fabricaciones Militares y actuaban con la personalidad de esta entidad, tenían reconocida una serie de facultades en materia de contrataciones, configurándose una situación que desde el punto de vista de los principios jurídicos de la organización administrativa recibe el nombre de "organización desconcentrada", que actuaba, en ese caso, en el marco de una entidad autárquica [90].

II. *Las corporaciones estatales*

En el campo de la descentralización regional, la estructura más apta para regular la creación y funcionamiento de entes regionales de desarrollo es la "corporación pública estatal", es decir, una entidad que reposa sobre la base de la asociación de los entes estatales participantes (Estado Nacional, Provincias o Municipalidades) [91].

Los caracteres propios de esta clase de entidades son:

a) Se trata de personas públicas estatales de base asociativa, es decir, que no dependen exclusivamente de una sola entidad administrativa. Su principio organizativo fundamental es la idea de coordinación y ejecución concertada de planes y proyectos comunes.

b) Se encuentran sometidas al derecho público y, por ello, en principio, sus actos y contratos tienen carácter administrativo, sin perjuicio de la actuación en el ámbito del derecho privado.

c) Sus funcionarios y empleados son agentes públicos rigiéndose por las reglas atinentes a la relación de empleo o función pública [92].

90 Las fábricas militares que en la actualidad desarrollan indistintamente tantos productos de uso militar como civil bajo la dependencia directa de Fabricaciones Militares son: 1) Fábrica Militar "Domingo Matheu"; 2) Fábrica Militar "Fray Luis Beltrán"; 3) Fábrica Militar "San Francisco"; 4) Fábrica Militar "Río Tercero"; 5) Fábrica Militar de tolueno sintético; 6) Establecimiento "Altos Hornos Zapla"; 7) Fábrica Militar de pólvora y explosivos "Villa María"; 8) Fábrica Militar de Material de comunicaciones y equipos; 9) Fábrica Militar "Eca"; 10) Fábrica Militar de materiales pirotécnicos; 11) Fábrica Militar de ácido sulfúrico; 12) Establecimiento azufrero "Salta"; 13) Centro Forestal Pirané; 14) Establecimiento Minero Capillitas.

91 Los ejemplos que proporciona nuestro país son ya significativos: Consejo Federal de Inversiones, CORFO-Río Colorado, IDEVI, Ente Provincial del Río Colorado, etc.

92 GORDILLO, Agustín A., *Empresas del Estado*, pág. 132.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

d) El sistema de contralor debe quedar establecido en el estatuto de la Corporación, ya que salvo que la entidad fuera exclusivamente provincial (v.gr. intercomunal) suelen concurrir distintas competencias en materia de control (v.gr. corporación inter-provincial).

III. *Las fundaciones*

1. ANTECEDENTES DE LA POLÍTICA LEGISLATIVA SOBRE LAS FUNDACIONES

El tema de las fundaciones ha sido abordado, en nuestro país, con muy pocas excepciones, desde la órbita cuasi exclusiva del derecho privado. Aun cuando el Código Civil sólo se refirió a este tipo de entidades, al incluirlas entre las personas jurídicas de existencia posible (art. 33, Cód. Civ.), la ausencia de una regulación orgánica por parte del derecho positivo no impidió que ellas fueran siempre un tema propio del derecho civil.

Sin embargo, como ya lo advirtiera Bielsa, hace unos años, [93] la fundación entra en el campo del derecho público en cuanto es materia del poder de policía y de la llamada policía administrativa del Estado.

Pero el ámbito de derecho público que nutre y rodea a esta figura jurídica no queda agotado con las instituciones de policía, sino que congrega otras dos parcelas esenciales de la dinámica administrativa, como son el fomento y la prestación de actividades que satisfacen necesidades de bien común.

La despreocupación por parte del legislador hacia las fundaciones no fue producto del azar sino que respondía a la ideología vigente en esa época. Esa ideología, que había impulsado el proceso de secularización, eliminando a los cuerpos intermedios de la prestación de funciones esenciales y culturales (como culminación de un proceso que se inicia durante el absolutismo), no podía ver con simpatía la organización y auge de este tipo de entidades que compartían la satisfacción del bien común.

De ese modo prácticamente la educación pasó a ser responsabilidad fundamental del Estado.

93 BIELSA, Rafael, en el prólogo al *Tratado teórico Práctico de las Asociaciones*, de PAEZ, Juan L., pág. 11, 3ª ed., Buenos Aires, 1964.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Gravitaba también, dentro de esa línea doctrinaria a la concreción de una política prohibicionista primero y neutra más tarde, la idea de que las fundaciones no aseguraban la circulación ni la explotación racional y eficiente de de los bienes raíces, lo cual constituía el motor de la economía liberal.

En cambio, en el antiguo derecho español, se perfilaron distintas prescripciones inherentes a esta clase de entidades, producto de la recepción de los derechos romanos y canónicos. Tal el caso de las *ad pias causas*, que preveía la Novísima Recopilación y la admisión de cláusulas testamentarias cuyo objeto consistía en la constitución de una fundación a través de legados o mandas con cargo [94].

Al sobrevenir en España la política prohibicionista, cuyo ejemplo queda reflejado en la ley española del 11 de octubre de 1820, se prohibió fundar "obras pías ni vinculación de ninguna clase de bienes o derechos" (art. 14). Sin embargo, como el Estado no podía llevar a cabo todas las actividades benéficas o culturales, hubo de legalizarse la existencia de "establecimientos de beneficencia particular" [95] hasta que, finalmente, el Código Civil vino a reconocer a las "fundaciones de interés público" entre las personas jurídicas (art. 35), apartándose del sistema francés, que no las incluía entre los sujetos de derecho [96].

La renovación de las ideas acerca de la convivencia de legislar sobre las fundaciones se produce al culminar el auge del abstencionismo de la monopolización por el Estado de las actividades llamadas de beneficencia, tales como la salud y la educación.

En Europa continental, el primer impulso lo dio, en ese camino, el Código Civil alemán del año 1900, que en forma detallada contempló diversas normas inherentes a las fundaciones. En América, ha sido Estados Unidos de América el país que más ha contribuido al desarrollo de este tipo de entidades.

Como es sabido, en nuestro Código Civil toda la regulación de las fundaciones se limitaba a la enunciación que de esta categoría de entes se formulaba en el artículo 33, inciso 5°. Allí, al incluirlos dentro de las personas jurídicas de existencia posible, Vélez Sarsfield

94 BADENES GASSET, Ramón, *Las fundaciones en el derecho privado*, pág. 33, Barcelona, 1960.

95 En España, el art. 128 de la Ley de Beneficencia del año 1821 y el art. 1° de la ley del 20 de junio de 1949 permitieron el funcionamiento de establecimientos benéficos particulares.

96 Lo cual no impidió que más tarde fueran aceptadas por la doctrina y por el Consejo de Estado francés.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

comprendió a "los establecimientos de utilidad pública, religiosa o piadosos, científicos o literarios"..."que tengan por principal objeto el bien común, con tal que posean patrimonio propio y sean capaces, por sus estatutos, de adquirir bienes y no subsistan de asignaciones del Estado".

Hubieron de pasar cien años hasta que en el año 1972 se dictó la ley 19.836 que reguló, con carácter nacional, todo lo atinente a las fundaciones, en aspectos que hacen a su constitución, fines, funcionamiento, control y extinción.

2. EL CONCEPTO DE FUNDACIÓN. DIFERENCIAS CON LAS CORPORACIONES O ASOCIACIONES

El concepto de fundación se encuentra debatido en la doctrina, no obstante lo cual no se cuestiona la atribución de personalidad jurídica para este tipo de entes.

Se ha dicho que la fundación es "una organización para la realización de un fin altruista, reconocida como sujeto de derecho, y que no consiste en una unión de personas" [97].

Si bien parece difícil desprender la noción de fundación de la idea negativa, consistente en definirla como aquella institución que no consiste en una unión de personas, este elemento de la noción constituye un dato comparativo que permite indudablemente distinguir estas entidades de las asociaciones o corporaciones, ya que en estas últimas la calidad de poseer miembros es un requisito *sine qua non* para la existencia y subsistencia de la personificación.

En cambio, en las fundaciones predomina el aspecto patrimonial [98], tratándose de la afectación a perpetuidad de un conjunto de bienes a un fin común. Esto es así pese a que las corporaciones también poseen patrimonio propio, por cuanto el patrimonio en este caso se refiere, como lo ha dicho Ferrara [99], al haber y no al ser.

En las fundaciones, el patrimonio hace a la esencia de su constitución, ya que se requiere inicialmente la configuración del acto total por cuyo mérito el fundador le asigna un patrimonio a la entidad afectándolo de manera perpetua al régimen de esa institución, desvinculándolo de la persona de la cual proviene.

97 La definición se inspira en Enneccerus, y pertenece a LLAMBIAS, *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, t. II, pág. 153.

98 BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, t. I, pág. 555, 5ª ed.

99 FERRARA, Francisco, *Tarea de las personas jurídicas*, pág. 405, Madrid, 1929.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Una segunda diferencia entre fundaciones y asociaciones estaría dada, para algunos autores, por el fin u objeto que ellas se proponen. Se considera a este respecto que las fundaciones tienen por objeto un fin no lucrativo o benéfico [100].

No parece, con todo, que esta distinción fluya del texto del artículo 33 del Código Civil, que exige en ambos casos que se trate de objetos de bien común. Sin embargo, ha sido ésta la tendencia legislativa seguida por el artículo 1° de la ley 19.836, que exige que las fundaciones carezcan de propósitos de lucro, lo cual implica una limitación dentro de los fines de bien común que, en forma mediata o inmediata, pueden satisfacer este tipo de entidades.

De todas maneras, se trata siempre del fin que constituye el objeto central y esencial de la fundación, el cual no impide que para alcanzarla (v.gr. actividades culturales, de investigación o de beneficencia en el campo de la salud pública) puedan realizar actos de comercio y operaciones civiles de carácter lucrativo.

Finalmente, cuadra formular una distinción entre la fundación y la asociación o corporación, fundada en la condición jurídica del acto por el cual ellas se constituyen. En las primeras, el acto constitutivo es unilateral en su formación, en tanto sólo nace de la voluntad de una empresa física o jurídica, carácter que no varía esencialmente en el caso de existir varios fundadores, habida cuenta que entre ellos no se gesta una asociación de intereses [101].

En las asociaciones o corporaciones, en cambio, el acto constitutivo es plurilateral y se caracteriza por la concurrencia de varias voluntades que se unifican en una sola, mediante el contrato o estatuto que les da nacimiento.

3. La participación del Estado en el acto fundacional y la naturaleza jurídica de la fundación

A diferencia de lo que ocurre en otros países, donde el Estado utiliza la institución de la fundación para realizar actividades culturales o benéficas y regirse por un estatuto que básicamente esté regulado por el derecho privado, no se conocen en nuestro país for-

100 CARRANZA, Jorge A., *Las fundaciones en el Derecho Privado Argentino*, pág. 16, Buenos Aires, 1977.

101 SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, t. II, pág. 181, Buenos Aires, 1974.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

mas estatales de participación en las fundaciones, excepto un solo caso [102].

En algunos países es común que el Estado utilice la estructura y el régimen jurídico de la fundación para realizar actividades culturales o asistenciales. Tal es el caso de Brasil [103], donde determinadas universidades se han creado como fundaciones públicas, con la particularidad de hallarse regidas por el derecho privado. Parece más conveniente, por tanto, calificar a estas fundaciones como fundaciones estatales o mixtas, según que la participación del Estado en el aporte fundacional sea exclusiva o compartida con los particulares, habida cuenta que la personalidad de estos entes siempre se hallará encuadrada en el derecho privado.

En tal supuesto, la fundación sale por completo del círculo de control del Estado, quedando separada en cuanto tal de la personalidad que le dio origen, sin perjuicio de la intervención en su carácter de administrador.

En España se habla de las fundaciones de iniciativa pública [104] cuando el acto fundacional proviene de la Administración Pública.

Interesa señalar que, cuando el acto fundacional deja bienes a un ente público para que funde una entidad, la fundación será debida a la iniciativa del particular, en tanto y en cuanto se hubiera establecido la finalidad concreta de la fundación, vinculando tal finalidad al nacimiento de la misma.

La cuestión no deja de tener su importancia, ya que al haberse señalado por el fundador el fin que debería perseguir la fundación, el Estado, al aceptar el encargo de fundar la entidad, se obliga a destinar el aporte del fundador al cumplimiento de la finalidad por él requerida.

En nuestro concepto, la figura de la fundación, al constituirse bajo una forma y de acuerdo a una técnica jurídica que es propia del derecho civil, sólo puede asumir la condición jurídica de una persona

102 *Primer Directorio de Fundaciones de la República Argentina*, elaborado por la Fundación Aragón, pág. IX, Buenos Aires, 1980.

103 En especial pueden verse los siguientes trabajos: OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de, *Fundaçoes e Empresas Publicas*, São Pablo, 1972; FERREIRA DE SERGIO, Andrea, *As fundaçoes de direito privado instituidas pelo Estado*, pág. 67 y sigs., Río de Janeiro, 1973; COELHO, Luiz Fernando, *Fundaçoes Publicas*, Río de Janeiro, 1978. Para CRETELLA JUNIOR, las fundaciones estatales son de derecho público, distinguiéndolas de las fundaciones de derecho privado (*Fundaçoes de Direito Publico*, pág. 67 y sigs., Río de Janeiro, 1976).

104 Cfr. GARCIA TREVIJANO FOS, José A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, pág. 303 y sigs., Madrid, 1967.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

privada, ya se trate de una fundación totalmente estatal o de una fundación mixta.

Ello no impide que una entidad, con personalidad de derecho público, como puede ser una Universidad, posea fundaciones que sean administradas directamente por órganos de la Universidad o por Consejos de Administración designados por el órgano directivo de la entidad autárquica.

En ambas situaciones no creemos que puede hablarse de dependencia jerárquica o de relación administrativa de tutela con relación al ente fundador, por más que muchas de estas fundaciones aparezcan como incrustadas en la estructura de la entidad.

La relación de tutela se limita únicamente a la posibilidad de intervenir o de renovar el Consejo de Administración, pero de ningún modo puede trasladarse al régimen de actos de la entidad, donde no se aplica la legislación administrativa.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CAPÍTULO IX

LA ADMINISTRACION DE LAS PROVINCIAS Y MUNICIPIOS. EL REGIMEN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

SUMARIO

1. Antecedentes.
2. La autonomía de las provincias.
3. Atribuciones.
4. Instituciones y principales características de la organización provincial.
5. Los órganos provinciales.
6. Los gobernadores.
7. La intervención federal.
8. Los municipios: su trascendencia y fines. Antecedentes históricos.
9. Su condición jurídica.
10. El régimen administrativo municipal
11. La autonomía de los municipios en la Constitucion Nacional y la de la ciudad de Buenos Aires
    A) Los municipios provinciales
    B) El régimen de la ciudad de Buenos Aires

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CAPÍTULO IX

LA ADMINISTRACION DE LAS PROVINCIAS Y MUNICIPIOS [1]. EL REGIMEN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

1. ANTECEDENTES

La configuración de las provincias como entidades autonómicas que actúan en un orden gubernativo distinto al del Estado Nacional constituye un rasgo típico del sistema federal que adopta nuestra Constitución.

Herederas de las antiguas Intendencias de la colonia, que se constituyeron teniendo como cabezas las principales ciudades cabildo fundadas durante los siglos XVI y XVII, las provincias, no obstante preexistir a la organización constitucional definitiva, integraron y conformaron una verdadera "nación" desde 1810, tanto por la naturaleza de los vínculos que unían a sus habitantes como por el destino común que las animaba [2].

Alberdi recuerda antecedentes, incluso anteriores a la Revolución de Mayo de 1810, que determinaron la existencia de la Nación; entre ellos cabe mencionar la unidad de origen de la población y la unidad de creencias, religión, costumbres e idioma. A esas causas sociales y religiosas se añaden otras de carácter político y jurídico, tales como la unidad de legislación civil, comercial y penal y el hecho de tener una jurisdicción común, ya que las causas judiciales de las provincias eran resueltas por vía de apelación por la Real Audiencia de

1 Este capítulo, cuya redacción básica correspondió a Juan Ramón de Estrada, ha sido objeto de continuas actualizaciones en las últimas ediciones de esta obra, sobre todo a partir de la reforma constitucional de 1994.

2 BIDART CAMPOS, J., *Derecho Constitucional*, t. I, pág. 492, Buenos Aires, 1968.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Buenos Aires; también las provincias integraban una misma administración, puesto que todas ellas formaban parte del Virreinato del Río de la Plata y estaban sujetas a la autoridad del Virrey [3].

La existencia de la Nación se acentúa después de 1810 a pesar de las rivalidades existentes, contribuyendo a consolidarla diversas causas: la comunidad de sacrificios durante la guerra de la independencia, la existencia de autoridades nacionales entre 1810 y 1853, los pactos inter-provinciales y una institución que hizo que en el plano internacional nuestro país apareciera con una única representación al delegar en el gobierno de Buenos Aires la facultad de conducir las relaciones exteriores de la Confederación Argentina [4]. En el año 1810 la Nación Argentina ya contaba con trece provincias, a las que se agregó Entre Ríos, creada en 1814 por el entonces Director Supremo, don Gervasio Posadas.

El territorio nacional no estaba compuesto sólo por las provincias, pues coexistían los territorios nacionales que, organizados sobre la base del artículo 67, inciso 14 de la Constitución Nacional y de la ley 1532 dictada en su consecuencia, fueron convertidos en provincias por leyes nacionales posteriores dictadas entre 1951 y 1957. Tal es el origen de las provincias de La Pampa, Chaco, Misiones, Formosa, Neuquén, Río Negro, Chubut y Santa Cruz.

2. LA AUTONOMÍA DE LAS PROVINCIAS

No obstante que cada una de las provincias constituye una unidad desde el punto de vista político y jurídico, es posible analizar los principios jurídicos comunes que, en lo esencial, rigen su organización y funcionamiento.

Los principios fundamentales de la organización de las provincias están fijados en la Constitución Nacional: los artículos 5°, 121, 122 y 123 prescriben que ellas se dan sus propias instituciones dictándose su propia Constitución, eligen sus autoridades y se rigen por las normas que a sí mismas se dan. Esta característica jurídica por la cual las provincias no sólo se administran a sí mismas sino que lo hacen de acuerdo al ordenamiento jurídico que se dan, se ha denominado "autonomía" [5].

3 ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*, pág. 102 y sigs., Buenos Aires, 1914.

4 Como lo demuestra también el hecho de que en esa época se usaba una misma y única bandera, escudo e himno (cfr. ALBERDI, Juan Bautista, *ob. cit.*, pág. 106).

5 BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. I, pág. 389; FIORINI, Bartolomé A., *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 217; DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. I, pág. 163.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

La autonomía supone el poder de autonormarse y administrarse. La autonomía provincial quedó definitivamente afirmada con la reforma constitucional del año 1860, al suprimirse del texto constitucional la necesidad que fuera el Congreso Nacional quien aprobara las constituciones provinciales y al derogarse el sometimiento de los gobernadores provinciales al juzgamiento por parte de autoridades políticas nacionales.

El artículo 5° de la Constitución Nacional establece cuáles son las bases sobre las que deben organizarse las provincias. Dictan su propia Constitución (art. 123, Const. Nac.) bajo el sistema representativo y republicano de gobierno y de acuerdo a los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; asimismo, tienen que asegurar la administración de justicia, la autonomía municipal y la educación primaria.

3. ATRIBUCIONES

Para practicar el deslinde entre las atribuciones provinciales y las correspondientes a la Nación, es útil acudir a la clasificación que distingue las relaciones entre ambos órdenes de gobierno según que éstas fueran de coordinación, de supra y subordinación y de inordinación [6].

Las relaciones de coordinación, que se establecen sobre la base de un reparto territorial de competencias, suponen un reparto de atribuciones a ambas esferas de poder. Pueden configurarse al acordarles facultades exclusivas a las provincias o bien, al atribuirles facultades, en concurrencia con el Estado Nacional.

En nuestro país son facultades exclusivas de las provincias las no delegadas en el gobierno federal (art. 121, Const. Nac.), la elección de sus autoridades y la atribución de regirse por sus propias instituciones (art. 122, Const. Nac.).

Facultades concurrentes entre la Nación y las provincias son las que ambas esferas de poder pueden ejercer; tales resultan las previstas en la Constitución Nacional, artículos 125 y 75, inciso 18 (promover la "industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables",... "la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros"... Asimismo, todo lo conducente a la prosperidad, adelanto y bienestar).

6 GARCIA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, pág. 237 y sigs., Madrid, 1961.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Las relaciones de supra y subordinación se manifiestan en virtud de la necesidad de que los Estados locales se subordinen a los principios básicos de la organización nacional; ello dado que el Estado federal es el titular de la soberanía y prevalece en definitiva sobre las provincias. Así, en caso de conflicto entre la Nación y las provincias, corresponde a aquélla la decisión de intervenir (art. 6°, Const. Nac.) y cuando se trata de facultades concurrentes prevalece la decisión nacional (art. 31, Const. Nac.). También se manifiestan las relaciones de subordinación en todo aquello que les está prohibido a las provincias por tratarse de asuntos atribuidos a la Nación; así las atribuciones delegadas por las provincias en la Nación no pueden ser ejercidas por aquéllas; no pueden celebrar tratados de carácter político; ni establecer aduanas, acuñar moneda o emitir billetes, ni dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y la Seguridad Social una vez que la Nación los haya sancionado, ni armar buques de guerra ni levantar ejércitos. Tampoco pueden reglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras o de las provincias entre sí (art. 75, inc. 13, Const. Nac.).

Las relaciones de inordinación expresan que tanto la Nación como las provincias integran un solo país. Se trata de las atribuciones conferidas a los Estados locales para que participen en la formación de la voluntad de la Nación. En nuestra organización constitucional, la participación en el Congreso Nacional de senadores de cada una de las provincias y su intervención en las reformas constitucionales, supone relaciones de inordinación.

4. INSTITUCIONES Y PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA ORGANIZACIÓN PROVINCIAL

Como se ha señalado, siendo las provincias autónomas la Constitución les atribuye competencia para darse sus propias instituciones y regirse por ellas; en consecuencia, cada provincia dicta su propia Constitución (art. 123, Const. Nac.).

Sin embargo, la circunstancia de que la organización de cada provincia deba tener en cuenta los principios que estatuye la Constitución Nacional unida a la similitud que denotan en la realidad sus instituciones fundamentales ha contribuido a la configuración de un derecho público provincial común, sin desconocer las peculiaridades que informan a cada ordenamiento.

La existencia de un sistema de gobierno representativo y republicano y la necesaria existencia de una administración de justicia

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ha determinado que las provincias se organizaran sobre la base de una división tripartita de poderes; un Poder Ejecutivo fuerte que tiene a su cargo la administración, cuyo titular es el Gobernador, un Poder Legislativo integrado por una o dos Cámaras, según los casos, y un Poder Judicial que tiene a su cargo la decisión de las causas que versen sobre cuestiones de derecho privado y de derecho público local. En definitiva, todas las provincias, en lo esencial, adoptan un régimen similar al vigente en el orden nacional [7].

Cada provincia presenta algunos aspectos particulares en su organización. Las Constituciones locales, dictadas en diferentes épocas, adoptan un régimen de gobierno similar pero con organizaciones diferentes. En términos generales puede señalarse que las Constituciones sancionadas a partir del año 1957 son más detallistas y tienden a prever situaciones concretas.

Los capítulos sobre declaraciones, derechos y garantías guardan, en general, armonía con las prescripciones de la Constitución Nacional, incluso deben serlo de acuerdo a lo prescripto en el artículo 5°, como condición para que la Nación garantice las autonomías locales.

Ello no impide que algunas constituciones provinciales contengan prescripciones que reglamentan los derechos individuales de un modo particular.

Algunas Constituciones provinciales prevén en forma expresa la responsabilidad del Estado por los actos y hechos de sus agentes [8] como por la actividad del Poder Judicial [9].

5. LOS ÓRGANOS PROVINCIALES

Si bien todas las provincias han constituido un Poder Ejecutivo a cargo de un órgano denominado Gobernador, un Poder Judicial a cargo de una Corte Suprema de Justicia o de un Tribunal Superior de Justicia y tribunales inferiores (una o dos instancias según las provincias) y un Poder Legislativo compuesto por una o dos Cámaras [10],

7 FIORINI, Bartolomé A., *ob. cit.*, t. I, pág. 217; DROMI, José Roberto, "Actividad Administrativa Provincial. Enfoque Histórico", *J.A.*, del 3/6/76 (nro. 4786).

8 La Constitución de Santa Fe estatuye, en su art. 20, la responsabilidad de la provincia hacia terceros por los daños causados por actos ilícitos de sus funcionarios y empleados en el ejercicio de sus actividades; disposición que es similar a las contenidas en la Const. de Santa Cruz (art. 12) y del Chubut (art. 19).

9 V.gr. Const. de Catamarca (art. 219) y de La Pampa (art. 11).

10 Se han organizado sobre la base de dos cámaras legislativas las provincias de Catamarca, Corrientes, Tucumán, Santa Fe, Mendoza, Entre Ríos y Buenos Aires.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

cada una de las provincias presenta caracteres propios en cuanto a la forma de organizarse.

Así, en el ámbito de los Organos Ejecutivos existe una marcada tendencia, acentuada en las constituciones más modernas, a la creación de entes u órganos con competencia específica, que, por su naturaleza, podrían ser creados por ley o decreto. De ese modo muchas Constituciones prevén la existencia de los fiscales de Estado, asesores de Gobierno, Tribunales de Cuentas, Consejos de Educación u otros órganos específicos como los Departamentos de Irrigación, las Direcciones de Bosques, Consejos Agrarios, integrados por agentes públicos y representantes de los sectores de la producción y el trabajo.

La organización ministerial es también objeto de particular tratamiento por las Constituciones locales. En algunos casos se prevé el número de ministros en otros, el ramo de las respectivas carteras. La responsabilidad ministerial por los actos que refrendan se hallan contemplada en la legislación provincial.

La organización del Poder Judicial sigue también los lineamientos de la Nación, sin perjuicio que en algunas provincias de escasa población no se prevé la existencia de Cámaras de Apelaciones. No obstante, en lo que se refiere a las controversias regidas por el derecho público local, cada una de las provincias posee una organización particular que, en general, es muy diferente al sistema contencioso administrativo nacional.

Una norma de excepción en nuestro derecho público es la contemplada por la Constitución de la provincia del Neuquén del año 1957, que acuerda efecto *erga omnes* a las decisiones del Tribunal Superior de Justicia cuando sentencia acerca de la inconstitucionalidad de normas o actos del Estado, al establecer que la "inconstitucionalidad de las leyes, ordenanzas o decretos declarada por el Tribunal Superior de Justicia en ejercicio de su jurisdicción originaria produce la caducidad de la ley, ordenanza, decreto u orden en la parte afectada por aquella declaración" [11].

Respecto a las atribuciones del Poder Ejecutivo frente al Legislativo resulta de interés señalar que la Constitución de la provincia de Entre Ríos prevé la posibilidad de veto parcial de las leyes, prescribiendo expresamente que el veto no invalida el resto de la ley [12].

11 Constitución de Neuquén, art. 30.
12 Constitución de Entre Ríos, art. 88.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

6. LOS GOBERNADORES

El Poder Ejecutivo de las provincias está a cargo de un órgano llamado Gobernador, quien tiene a su cargo el gobierno y la administración [13]. Desde un punto de vista administrativo sus atribuciones son similares a las del Presidente de la República.

Mientras permanecen en el ejercicio de sus funciones no pueden ser criminalmente enjuiciados ante el Poder Judicial de la Nación, porque ello afectaría el principio de la autonomía provincial [14].

Los gobernadores no sólo tienen a su cargo el gobierno y la administración de los intereses provinciales. Dentro del territorio de sus respectivas provincias, conforme lo prevé el artículo 128 de la Constitución Nacional, "son agentes naturales del Gobierno Federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación".

El carácter de agentes del Gobierno Nacional que tienen los gobernadores no significa que sean funcionarios nacionales y menos aún que dependan jerárquicamente del Presidente de la República [15], ya que la autonomía provincial impide la configuración de una relación de subordinación jerárquica.

Tal precepto, que encuentra su explicación histórica en la transición propia de la inexistencia de órganos del gobierno federal en las provincias al realizarse la organización nacional [16] carece, en la actualidad, de significación política e institucional.

7. LA INTERVENCIÓN FEDERAL

Para asegurar la subsistencia de la Nación, el sistema constitucional prevé un remedio excepcional para el caso de que actos o hechos suscitados en las provincias puedan alterar los principios fundamentales del ordenamiento jurídico. Se trata de la intervención federal, institución por la cual el Gobierno Nacional toma a su cargo transitoria y excepcionalmente el gobierno y administración de una provincia.

El artículo 6° de la Constitución Nacional prevé dos formas de intervención federal, una de ellas, dispuesta aun de oficio por parte del Gobierno Nacional, que tiene por objeto asegurar la forma repu-

13 DIEZ, Manuel María, *ob. cit.*, t. II, pág. 171.
14 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 200.
15 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 500.
16 ALBERDI, Juan Bautista, *ob. cit.*, págs. 201 y 209.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

blicana de gobierno o repeler invasiones exteriores. La segunda forma, a pedido de las autoridades provinciales, tiene por finalidad sostener al gobierno local o restablecerlo si hubiera sido depuesto por sedición o por invasión de otra provincia [17].

No se trata de la intervención administrativa a una entidad u órgano, dispuesta por el superior jerárquico o por quien tiene a su cargo la función de tutela o control; es una intervención cuyo fundamento y alcance es político, perteneciendo a la categoría de los actos institucionales [18].

La Constitución no establece cuál de los órganos o poderes del Estado Nacional es competente para disponer la intervención federal y el nombramiento de los interventores. Quienes se han ocupado del tema coinciden en general en que por analogía con lo dispuesto en la Constitución Nacional respecto al estado de sitio, corresponde al Congreso declarar la intervención federal, salvo que éste se encuentre en receso, en cuyo caso, por razones de urgencia, le corresponde al Poder Ejecutivo, quien debe comunicarlo al Congreso para su posterior decisión [19].

La designación de la persona que ocupará el cargo de Interventor Federal constituye una atribución del Poder Ejecutivo, quien le imparte las instrucciones correspondientes. Ello surge de la propia hermenéutica constitucional, dado que, al no estar reglado de otra manera, debe estarse a lo dispuesto en el artículo 99, inciso 7° [20].

La intervención federal puede limitarse a uno de los tres poderes provinciales o abarcar el gobierno provincial en su totalidad [21]. La extensión dependerá de lo que se establezca en el acto de intervención.

17 BIDART CAMPOS, Germán J., "Conflictos de Poderes Provinciales e Intervención Federal. El Caso Reciente de Mendoza", *J.A.*, diario de fecha 16/10/74.

18 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 508; CASSAGNE, Juan Carlos, *El Acto Administrativo*, págs. 170-173.

19 Respecto al estado de sitio previsto en el art. 23 de la Const. Nac., el art. 75, inc. 28, establece que se trata de una facultad del Congreso en caso de conmoción interior, salvo que éste se encuentre en receso, en cuyo caso le corresponde al Poder Ejecutivo con sujeción a lo que en definitiva decida el Congreso (art. 99, inc. 7°). En caso de ataque exterior es dispuesto por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado. Respecto a la aplicación por analogía de estas normas a la intervención federal, la opinión de la doctrina es caso unánime, BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Constitucional*, t. I, pág. 509, Buenos Aires, 1968.

20 MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, t. I, pág. 508.

21 *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 154, pág. 192.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Aun cuando la intervención es una medida nacional y el órgano interventor es un funcionario nacional no sujeto a la jurisdicción nacional [22], resulta necesario analizar el alcance de sus atribuciones.

No obstante que una de las reglas de la competencia prescribe que las atribuciones del interventor no pueden ser mayores a las del órgano intervenido, pero que pueden ser menores [23], como se trata de una intervención de carácter político y no administrativo, si bien el órgano interventor debe ajustar, en principio, su cometido a las instituciones y leyes provinciales, tal regla sólo es aplicable en tanto esas normas no contraríen los objetivos fundamentales de la intervención [24]. En definitiva, sus atribuciones dependerán del acto de intervención y de las instrucciones que imparta el Poder Ejecutivo Nacional.

La competencia del interventor no sólo está limitada a la finalidad de la intervención; posee todas las facultades de los órganos provinciales intervenidos, ya que, a la vez, es autoridad nacional y local al sustituir a los funcionarios provinciales titulares de los órganos intervenidos, con todas sus atribuciones [25].

El estado de intervención a una provincia no altera su personalidad jurídica; sólo hay un cambio en el órgano individuo que ocupa la titularidad de los poderes u órganos locales. Se trata de un funcionario nacional que, en forma transitoria y excepcional, asume la titularidad de la entidad local [26], cuyo poder y atribuciones le son acordadas no sólo por las normas provinciales sino también por el Congreso y el Poder Ejecutivo Nacional.

En consecuencia, los actos dictados por un interventor dentro de su competencia son válidos y obligan a la provincia, incluso con posterioridad al cese de la intervención. No sólo son válidos los actos que se dicten con arreglo a las leyes provinciales, sino también aquellos que se adecuen a las instrucciones recibidas o a los fines de la intervención.

22 *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 54, pág. 557, t. 154, pág. 192. En cuanto a los ministros de una intervención federal, se ha sostenido que se hallan fuera de la jurisdicción local; FRIAS, Pedro José, "La Intervención al Ejecutivo de Córdoba", *L.L.*, t. 154, pág. 883.

23 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 508.

24 DIEZ opina en cambio, que los interventores no pueden tener más facultades que el órgano intervenido (*ob. cit.*, t. II, pág. 175).

25 *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 238, pág. 403; t. 266, pág. 153; LOZADA, Salvador María, *Derecho Constitucional Argentino*, t. I, pág. 552, Buenos Aires, 1972.

26 *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 161, pág. 253.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Sin embargo, en determinados casos se ha entendido que sus facultades son limitadas; así, en el supuesto de designación de funcionarios provinciales que requieren acuerdo de la legislatura local, se ha considerado que se trata de nombramientos "en comisión" que cesan si con posterioridad el Organo Legislativo no presta el acuerdo [27].

Las Constituciones provinciales más modernas tienden a limitar las funciones de los interventores nacionales con normas cuya constitucionalidad es cuestionable [28].

8. LOS MUNICIPIOS: SU TRASCENDENCIA Y FINES. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La institución municipal constituía a la fecha en que se sancionó la Constitución Nacional una realidad tan acendrada que el artículo 5° exige a las provincias, como condición para el goce y ejercicio de sus instituciones, que aseguren el régimen municipal.

Sus fines se circunscriben a la atención de las necesidades colectivas de carácter local utilizando en forma indistinta técnicas de policía, fomento como de servicio público, siendo su misión resolver libremente los asuntos de la sociedad local [29].

El origen de nuestros municipios, que históricamente aparecen como el más firme baluarte de las libertades políticas y de los derechos privados, se remonta al derecho romano, cuya influencia y organización con posterioridad al eclipse de aquél, fue recogida por el derecho español. En nuestro país, su génesis hay que ubicarla en los Cabildos coloniales, cuya importancia política derivada de la participación del pueblo en su gobierno y la posibilidad de adoptar resoluciones y actos de indudable naturaleza política (v.gr. suspensión del virrey) cuando lo exigieron urgentes y graves motivos de interés general [30].

27 MARIENHOFF, Miguel S., *ob. cit.*, t. I, pág. 513.

28 V.gr., art. 6° de la Constitución del Chaco; art. 9° de la Constitución del Neuquén; art. 6° de la Constitución de Santa Cruz y el art. 31 de la Constitución de Formosa.

29 SAENZ VALIENTE, José María (h), *Curso de Derecho Municipal*, pág. 13 y sigs., Buenos Aires, 1944; BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Constitucional*, E.D.I.A.R., t. I, pág. 541, Buenos Aires, 1968.

30 BIELSA, Rafael, *Principios de Régimen Municipal*, Lajuaune, pág. 41, Buenos Aires, 1930.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

9. SU CONDICIÓN JURÍDICA

El resurgimiento de la vida municipal que se operó con posterioridad al dictado de la Constitución de 1853, junto a la importancia y crecimiento de sus actividades derivada del hecho sociológico de las aglomeraciones, despertó el interés por analizar el problema de su condición jurídica.

Aun cuando muchas opiniones hayan podido emitirse bajo determinadas circunstancias políticas, lo cierto es que la condición jurídica de los municipios era una cuestión debatida en el plano doctrinario [31].

Hasta hace relativamente poco tiempo, tanto en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema como en la doctrina del derecho administrativo, se imponía la concepción que consideraba a los municipios como entidades autárquicas [32] o meras delegaciones del poder provincial.

A su vez, en el ámbito del derecho constitucional, las opiniones formuladas por la doctrina estaban divididas entre una mayoría de autores partidarios de la autonomía de los municipios [33] y quienes entendían que éstos eran entes autárquicos [34].

Si bien cabe reconocer que la concepción de la autarquía municipal que fluía de la jurisprudencia de la Corte Suprema era un tanto dogmática [35] pues, en definitiva, todo depende siempre de la manera como se han deslindado las respectivas atribuciones y el reconocimiento o no de poderes originarios a favor de los municipios, no se puede desconocer que su aplicación constante y reiterada contribuyó a la seguridad jurídica. Tampoco ha impedido el desarrollo de los po-

31 MARIENHOFF, Miguel S., "La supuesta autonomía municipal", *L.L.*, t. 1990-B, pág. 1012.

32 Esta concepción, en la jurisprudencia de la Corte, estuvo vigente hasta el año 1989, *vid.*: MARIENHOFF, Miguel S., "La supuesta autonomía municipal", en *L.L.*, t. 1990, sec. doctrina, pág. 1013; y CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T. I, 3ª ed., Buenos Aires, 1991, págs. 387-388.

33 Entre otros: FRIAS, Pedro José, *Las nuevas constituciones provinciales*, Buenos Aires, 1989, págs. 209 y sigs.; BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Constitucional*, T. I, Buenos Aires, 1964, págs. 541 y sigs.; HERNANDEZ, Antonio María (h), *Derecho Municipal*, T. I, Buenos Aires, 1984, págs. 303 y sigs.

34 LINARES QUINTANA, Segundo V.: *Gobierno y Administración de la República Argentina*, T. II, Buenos Aires, 1959, pág. 92.

35 BIANCHI, Alberto B., "La Corte Suprema ha extendido carta de autonomía a las municipalidades", en *L.L.*, t. 1989-C, págs. 61 y sigs.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

deres de imposición tributaria y ni siquiera el ejercicio del poder de policía local en materias como urbanismo, higiene, moralidad, etcétera.

La situación descripta comenzó a cambiar después del fallo de la Corte dictado en la causa "Rivademar c/Municipalidad de Rosario" [36] donde, con apoyo en numerosos argumentos jurídicos, reconoció la llamada autonomía municipal [37], incluso en base a la interpretación de la cláusula constitucional respectiva (art. 5°, Const. Nac.).

En su momento sostuvimos que, la decisión de la Corte implicaba un avance sobre las autonomías provinciales ya que eran solo los poderes constituyentes de cada Provincia quienes se encontraban habilitados para definir la extensión de la competencia de los municipios. Se trataba de un poder inherente a las Provincias que éstas habían conservado a tenor del anterior artículo 104 de la Constitución Nacional (que se mantiene como art. 121 de la Const. reformada). En este sentido, si bien el artículo 5° de la Constitución Nacional no se decide por ninguno de los sistemas en pugna y sin desconocer la configuración de una tendencia hacia la ampliación de las competencias de los municipios hay que tener presente también que, en esta materia, todo es cuestión de grado. De todos modos, la obligación institucional que estatuye el artículo 5° de la Constitución Nacional está dirigida a las Provincias y no a los Municipios, quienes no pueden invocar, en este punto, derechos preexistentes ni poderes originarios.

Antes de la última reforma constitucional existían dos razones que obstaban a la aceptación de una definición dogmática a favor de la tesis que proclamaba la autonomía municipal. La primera, advertida, en su momento, por Bianchi [38] es que la propia Constitución, cuando prescribía sobre la Municipalidad de la Capital Federal, instituía una entidad sin poderes originarios, bajo la dependencia directa del Poder Ejecutivo (art. 86, inc. 3° [art. 99, inc. 3°]) y la legislación del Congreso Nacional (art. 67, inc. 27 [art. 75, inc. 30]) [39].

36 In re "Rivademar, Angela D.B. Martínez Galvan de c/Municipalidad de Rosario", publicado en *L.L.*, t. 1989-C, pág. 49, con nota de Alberto B. Bianchi.

37 Esta fórmula ("autonomía municipal") es utilizada por Alejandro J. USLENGHI en su trabajo "La naturaleza jurídica del Municipio según la Corte Suprema", publicado en *REDA*, n° 3, Buenos Aires, 1990, págs. 121 y sigs., para diferenciarla de la autonomía provincial. Para Uslenghi, esta última presenta como rasgo distintivo la inexistencia de derechos primigenios y el hecho de no existir cláusula alguna de reserva constitucional de poderes a su favor (*op. cit.*, pág. 133).

38 Cfr. BIANCHI, Alberto B., "La Corte Suprema ha extendido carta de autonomía a las municipalidades", en *L.L.*, t. 1989-C, págs. 61 y 63-64.

39 Esta argumentación ha quedado superada después de la reforma constitucional que éste consagra la autonomía del Municipio de la Ciudad de Buenos Aires (art. 123). La

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

La segunda es que en el sistema de la Constitución no encontraba andamiaje alguno la configuración de un poder constituyente municipal originario tal como el que se ha estatuído respecto de las Provincias (arts. 105 y 106, anterior Const. Nac. y arts. 121 y 122, Const. Nac. reformada).

Por todo ello, aún después de la reforma constitucional plantear la cuestión en términos de autonomía absoluta puede conducir a conclusiones equivocadas pues el régimen de los municipios dependerá también de lo que establezcan las Constituciones de cada Provincia y, en su caso, de las leyes orgánicas que dicten las legislaturas provinciales [40].

Ese análisis demuestra que, en la actualidad, aún a partir del principio de la autonomía municipal consagrado en el artículo 123 de la Constitución Nacional, conviven sistemas diferentes en punto a la atribución de competencias, dándose dos situaciones distintas: a) la competencia se encuentra limitada por las leyes orgánicas provinciales y b) el reconocimiento de poderes a los Municipios para dictar sus cartas orgánicas, lo cual implica un grado mayor de delegación. Sin embargo, en ambos supuestos, como los poderes de los municipios se encuentran siempre sometidos al poder constituyente provincial, se trata de una autonomía relativa o de segundo grado, sin perjuicio de la naturaleza política que posee la institución municipal. Se dirá que esto es lo que acontece en el plano de las relaciones entre la Nación y las Provincias pero, a poco que se examine el sistema federal de nuestra Constitución, se advierte que la situación es radicalmente distinta en virtud de los poderes originarios que han conservado las Provincias, con arreglo a lo prescripto en el artículo 121 y el principio de la autonomía provincial receptado expresamente en los artículos 122 y 123 de la Constitución Nacional. En cambio en los municipios, no existen poderes originarios ni reservados y, por lo general, la atribución de sus competencias funcionales ha sido materia de la ley provincial y no de los poderes constituyentes provinciales que se han limitado a enunciaciones genéricas, como la relativa a la autonomía y al reconocimiento de la facultad de dictar sus propias cartas orgánicas [41]. Por lo demás, la Constitución reformada estatuye que las

ciudad de Buenos Aires posee así un nuevo "status jurídico" que no la convierte en una Provincia (cfr. CREO BAY, Horacio D., "Nuevo régimen jurídico institucional de la ciudad de Buenos Aires", *L.L.*, t. 1994-E, pág. 1027).

40 Ver al respecto: MURATORIO, Jorge I., "Algunos aspectos del poder de policía municipal", en *E.D.*, t. 155, pág. 697.

41 Nos parece que implica una interpretación constitucional errónea la tesis que han

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Constituciones provinciales pueden reglar el alcance y contenido de la autonomía en el orden institucional, político, administrativo (art. 123, Const. Nac.).

10. EL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO MUNICIPAL

En líneas generales, la mayoría de los defectos que exhiben actualmente los regímenes administrativos municipales podrían corregirse mediante prácticas y sistemas que corrijan las fallas y aseguren la observancia de una serie de principios tales como: a) el primero y más importante consiste en la observancia de la regla constitucional de la idoneidad en el acceso de los más capacitados a las funciones públicas y la correlativa estabilidad de los empleos municipales; b) el segundo, se vincula con la necesidad de reducir de la burocracia y lograr la modernización de las estructuras e instituciones administrativas, muchas de las cuales se encuentran anquilosadas y funcionan sólo como organizaciones formales; c) en tercer lugar, un sistema de contrataciones necesita asegurar una adecuada competencia e igualdad entre los oferentes y la imposición por norma expresa [42] de la licitación pública como regla general en los procedimientos de selección; d) y, por fin, la publicidad de los actos administrativos extendida a todos los actos que emita la Administración municipal, sean unilaterales o bilaterales, en su formación y efectos.

En definitiva, habrá que poner el acento en aquellos sistemas que afirmen el principio de la transparencia y no se conviertan, en sí

---

sostenido algunos autores y la Constitución de Salta (art. 168) en favor del reconocimiento de un poder constituyente municipal, el cual no aparece receptado en nuestra Constitución (que si, en cambio, declara la autonomía de las Provincias y que solo tendría sentido y utilidad en la medida en que existiesen poderes reservados u originarios). Por lo demás, un reconocimiento de esa índole implica recortar los poderes de las Provincias, las que no podrían en tales casos organizar, en esta materia, sus propias instituciones conforme al principio que fluye del precepto contenido en el art. 122 de la Const. Nac. pues, en la concepción autonómica, ese poder se traslada *in totum* en cabeza de los municipios. En cambio, la tesis de la delegación de poderes no altera el equilibrio del sistema constitucional ni el principio de la autonomía de las provincias, por cuanto éstas conservan no solo el poder constituyente para reglar fundamentalmente sus poderes originarios o privativos sino el poder de legislación y de tutela sobre las municipalidades, como entidades descentralizadas de naturaleza política y administrativa, a las que ahora se les reconoce una relativa autonomía según lo que reglamente cada Constitución de provincia (art. 123, Const. Nac.).

42 Sobre la necesidad de norma expresa para instituir la regla enunciada en el texto véase: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III-A, Buenos Aires, 1978, págs. 180 y sigs.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

mismos, en medios que estimulen la corrupción y las malas prácticas administrativas. En este sentido, la adopción de la figura del Defensor del Pueblo puede ser un instrumento que fortalezca las instituciones municipales y canalice la colaboración de los vecinos en el control de la actuación de los funcionarios.

11. LA AUTONOMÍA DE LOS MUNICIPIOS EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

A) Los municipios provinciales

Conforme al artículo 5° de la Constitución Nacional la Nación garantiza a las Provincias *"El goce y ejercicio de sus instituciones"* bajo ciertas condiciones entre las que cuenta la de asegurar *"su régimen municipal"*.

A partir de la reforma constitucional de 1994 el contenido del régimen de los municipios provinciales se vincula a la llamada "autonomía municipal" por la expresa remisión al artículo 5° que efectúa el nuevo artículo 123 de la Constitución Nacional. Sin embargo, este precepto constitucional prescribe que "el alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero" de la autonomía municipal corresponde que sea reglado por la Constitución que dicta cada Provincia, con arreglo al sistema y a los principios de la Constitución Nacional (art. 4°).

La principal consecuencia que se desprende de ello es que la Constitución no reconoce poderes originarios a favor de los Municipios ni tampoco poderes reservados, a diferencia de las Provincias (art. 121) cuya autonomía es en este sentido, más amplia, en el marco del sistema federal de nuestro régimen constitucional. La autonomía municipal prevista por la Constitución reformada posee una jerarquía diferente a la que ostentan las Provincias [43].

Esta formulación constitucional permite mantener la configuración de diferentes tipos de regímenes municipales como los llamados municipios de carta o convención que atribuyen competencia a las municipalidades para dictar sus propias cartas orgánicas y, por otra parte, los municipios de delegación, donde esta atribución compete a la legislatura provincial [44].

43 Cfr. USLENGHI, Alejandro J., *op. cit.*, pág. 133.

44 Tal como acontece en la provincia de Buenos Aires con el precepto de la Constitución (art. 191) (después de la reforma de 1994).

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

B) El régimen de la ciudad de Buenos Aires

El artículo 129 de la Constitución reformada, establece, preceptivamente, que la ciudad de Buenos Aires debe tener un gobierno autónomo con estas características: a) la atribución de facultades propias de legislación y jurisdicción y b) la elección directa de su jefe de gobierno.

A su vez, la segunda parte de este artículo 129 prescribe que "una ley garantizará los intereses del Estado Nacional" mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación.

De otra parte, el poder de ejercer una legislación exclusiva sobre el territorio de la capital de la República se mantiene incólume en cabeza del Congreso de la Nación (art. 75, inc. 30), potestad esta que la Constitución consagra como parte del régimen permanente del municipio capitalino hallándose limitada por el principio de autonomía municipal que consagra el artículo 129.

Pero, en definitiva, el alcance y contenido de esta autonomía del régimen de la ciudad de Buenos Aires depende de la ley (al igual que lo que acontece con los llamados municipios de delegación) excepto en lo que respecta a la elección directa del Jefe de Gobierno del municipio, donde la previsión constitucional es precisa y determinada. En efecto, la ley que se dicte en cumplimiento del precepto constitucional (art. 129, segunda parte) es la que tendrá que armonizar el contenido de las facultades propias de legislación y jurisdicción con los intereses del Estado Nacional, a fin de garantizar la prevalencia de estos últimos (v.gr. en materia de policía de seguridad).

Va de suyo que sólo en ese marco legal (como lo prescribe el art. 129, tercera parte, Const. Nac.) los habitantes de la ciudad de Buenos Aires pueden dictar "el estatuto organizativo de sus instituciones", fórmula esta última que no implica atribuir a este municipio un régimen similar al de las Provincias, cuya autonomía se encuentra sólo limitada por el marco constitucional (art. 5°, Const. Nac.).

Otro aspecto de interés, finalmente, radica en la disposición transitoria SÉPTIMA de la Constitución Nacional que expresa que el Congreso Nacional "ejercerá en la ciudad de Buenos Aires, mientras sea capital de la Nación, las atribuciones legislativas que conserve con arreglo al artículo 129". Sobre la base de la línea argumental desarrollada dicha cláusula tiene el sentido de reafirmar la competencia del Congreso como legislatura local, que posee una jerarquía superior sobre el territorio de la Capital Federal, prevista en el artículo 75, inciso 30 de la Constitución, con las limitaciones que emergen del

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

artículo 129 y las autolimitaciones que la ley prevista en dicho precepto constitucional establezca para el futuro ya que la competencia del Congreso es permanente y no se agota con el dictado de dicha ley.

Todo ello reafirma la tesis del *status* jurídico especial que posee la ciudad de Buenos Aires que se distingue netamente del atribuido por la Constitución a las Provincias en varios aspectos, a saber: a) el mantenimiento de la potestad del Congreso para ejercer una legislación exclusiva en todo el territorio de la capital de la Nación (art. 75, inc. 30, Const. Nac.); b) la limitación de esa potestad prevista en el artículo 129 a la preservación de los intereses del Estado Nacional (art. 129, Const. Nac.); c) el dictado del Estatuto Organizativo se realiza mediante la convocatoria del Congreso (art. 129, Const. Nac.) lo que supone también la asignación —como atribución implícita— del poder de convocar a los habitantes para las sucesivas reformas; d) la aplicación de los Códigos de fondo compete a los tribunales federales o provinciales (art. 75, inc. 12, Const. Nac.) sin que en este precepto se formule reserva alguna a favor de los tribunales de la ciudad de Buenos Aires; e) porque, a tenor de lo prescripto en el artículo 121 de la Constitución reformada sólo las provincias conservan el poder no delegado lo que implica que la ciudad de Buenos Aires carece de poder originario pues sus facultades propias de legislación y jurisdicción deben ejercerse en el marco de la ley que dicte el Congreso para garantizar los intereses del Estado Nacional, a que se ha hecho referencia precedentemente.

Por ello, la ciudad de Buenos Aires, mientras sea capital de la República, no ha perdido su naturaleza federal, lo que resulta lógico y razonable en la medida que su territorio alberga nada menos que a los tres poderes u órganos que conforman el llamado gobierno federal. Pero, además, tampoco hay que perder de vista que ese destino federal fue condición de la cesión territorial que, en su momento, efectuó la Provincia de Buenos Aires.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y C

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

BIBLIOGRAFIA

ABAD HERNANDO, Jesús L.

Autonomía Conceptual de las Instituciones del Derecho Administrativo, Universidad Nacional, Córdoba, 1967.

"La jurisprudencia como fuente en la génesis del Derecho Administrativo y su trascendencia actual", *L.L.*, t. 1985-E.

ABERASTURY, Pedro

"El control de legalidad en el anteproyecto de ley de administración financiera y control de gestión del sector público nacional", *L.L.*, t. 1991-D.

ADAMS, John Clarke

El Derecho Administrativo Norteamericano, trad. del inglés, Buenos Aires, 1964.

ADROGUE, Carlos A.

La Propiedad Enemiga y la Constitución Nacional, Buenos Aires, 1946.

AFTALION, Enrique R.

"El derecho penal administrativo como derecho penal especial", *L.L.*, t. LXXV.

Derecho Penal Administrativo, Buenos Aires, 1955.

AFTALION, Enrique R. - GARCIA OLANO, Fernando

Introducción al Derecho, 4ª ed., El Ateneo, Buenos Aires, 1939.

"Las faltas policiales, la garantía de legalidad y el formalismo", *L.L.*, t. 88.

AJA ESPIL, Jorge A.

Constitución y Poder. Historia de los Poderes Implícitos y de los Poderes Inherentes, Buenos Aires, 1987.

ALBERDI, Juan Bautista

Obras Completas, t. III.

Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina, Buenos Aires, 1914.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

ALESSI, Renato
Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo italiano, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1958.
Principi di Diritto Amministrativo, t. I, Giuffrè, Milano, 1960.
Instituciones de Derecho Administrativo, t. I, trad. del italiano a la 3ª ed., Barcelona, 1970.

ALFONSIN, Raúl
"Núcleo de coincidencias básicas", *L.L.*, t. 1994-D.

ALTAMIRA, Pedro Guillermo
Curso de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1971.

ALTAMIRA GIGENA, Julio I.
Los Principios Generales del Derecho como Fuente del Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1972.
Responsabilidad del Estado, Buenos Aires, 1973.

ALTERINI, Atilio Aníbal
La Responsabilidad Civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972.
Lesión al Crédito y Responsabilidad del Estado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.

ALTERINI - LOPEZ CABANA - STIGLITZ
"La protección del consumidor en el marco de un proyecto de ley", *L.L.*, 1989-B.

ARIAS PELLERANO, Francisco
Temas de Ciencia Política, Buenos Aires, 1970.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar
Descentralización y Planificación, Madrid, 1972.

ARISTOTELES
Política, Libro I, Capítulo III, trad. J. Marías y M. Araujo, I.E.P., Madrid, 1951.

ARNANZ, Rafael A.
De la Competencia Administrativa, Madrid, 1967.

AUBY, Jean Marie y DUCOS-ADER, Robert
Droit Public, Paris, 1966.

AZZARINI, José Luis
"El Poder Ejecutivo fuerte alberdiano", *J.A.*, 30-VIII-1973.

BADENES GASSET, Ramón
Las Fundaciones en el Derecho Privado, Barcelona, 1960.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

BADENI, Gregorio
"Los decretos de necesidad y urgencia", *E.D.*, t. 138.

BAENA DEL ALCAZAR, Mariano
"Los entes funcionalmente descentralizados y su relación con la Administración Central", *Revista de Administración Pública*, nro. 44, Madrid, 1964.
Régimen Jurídico de la Intervención Administrativa en la Economía, Tecnos, Madrid, 1966.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio
Natureza e Regime Juridico das Autarquias, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1967.

BARBE PEREZ, Héctor
Los Principios Generales del Derecho como Fuente del Derecho Administrativo en el Derecho Positivo Uruguayo, Montevideo, 1958.

BARRA, Rodolfo Carlos
"Cogestión administrativa y autoadministración", *Universitas*, nro. 3, Buenos Aires, 1973.
Principios de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1980.
El Jefe de Gabinete en la Constitución Nacional, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
"Derecho de la integración: Ordenamiento jurídico y función judicial (Reflexiones útiles de cara al Mercosur)", *E.D.*, t. 154.
"Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos", *E.D.*, t. 122.
"Cometidos administrativos en la actividad notarial y responsabilidad del Estado", *E.D.*, t. 117.
"La intangibilidad de la remuneración del contratista particular en los contratos administrativos", *E.D.*, t. 62.
"Acerca de la naturaleza jurídica de las sociedades del Estado", *E.D.*, t. 67.

BATTAGLIA, Felice
Estudios de Teoría del Estado, trad. del italiano, Madrid, 1966.

BENOIT, Francis Paul
Le Droit Administratif Français, Toulouse, 1968.

BENVENUTI, Feliciano
"Scienza dell'amministrazione, Diritto Amministrativo e riforma della pubblica amministrazione", en *La Tecnica della Organizzazione nelle Pubblica Amministrazione*, nro. 4, Milano, 1957.
Appunti di Diritto Amministrativo, Padova, 1959.
L'Ordinamento Repubblicano, Venezia, 1975.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

BERGEL, Salvador D.
"El régimen creado por la ley 17.318", *ADLA*, XXVII-B-1967.

BIANCHI, Alberto B.
"La Corte Suprema ha extendido carta de autonomía a las municipalidades", *L.L.*, t. 1989-C.
La Delegación Legislativa, Abaco, Buenos Aires, 1990.
"La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica", *L.L.*, 1991-C.

BIDART CAMPOS, Germán J.
Derecho Constitucional, dos tomos, Ediar, Buenos Aires, 1964-1968.
El Derecho Constitucional del poder, dos tomos, Ediar, Buenos Aires, 1967.
Derecho Político, 2ª ed., Aguilar, Buenos Aires, 1972.
"Conflictos de poderes provinciales e intervención federal. El caso reciente de Mendoza", *J.A.*, 16-X-1974.
Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, seis tomos, Ediar, Buenos Aires, 1986-1995.
"El convenio colectivo de trabajo como fuente contractual y extracontractual", *E.D.*, t. 45.

BIELSA, Rafael
Principios de Régimen Municipal, Lajuaune, Buenos Aires, 1930.
Derecho Administrativo, cinco tomos, La Ley, Buenos Aires, 1937-1966.
Derecho Administrativo. Legislación Administrativa Argentina, t. III, 4ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1947.
"Nociones sumarias sobre el estudio del Derecho Administrativo", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.B.A.*, nro. 10, Buenos Aires, abril-junio, 1948.
Ciencia de la Administración, Buenos Aires, 1955.
"Responsabilidad del Estado como poder administrador", *J.A.*, t. 43.

BILLAUDOT, Françoise
Evaluación de la Desconcentración, Desconcentración Administrativa, México, 1976.

BOLLA, Mario Edgardo y BERCOVICH, Raúl A.
La Crisis de la Noción Clásica de Autarquía, La Plata, 1975.

BONFANTE, Pietro
Storia del Diritto Romano, dos tomos, Milano, 1957.

BONNARD, Roger
Précis de Droit Administratif, Paris, 1935.

BOQUERA OLIVER, José María
Derecho Administrativo y Socialización, Madrid, 1965.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Derecho Administrativo, t. I, I.E.A.L., Madrid, 1972.

BORDA, Guillermo A.
La Reforma de 1968 en el Código Civil, Buenos Aires, 1974.
Tratado de Derecho Civil Argentino - Obligaciones, dos tomos, Perrot, Buenos Aires, 1965-1976.

BOSCH, Francisco Miguel
La Moneda del César, Buenos Aires, 1972.

BOSCH, Jorge Tristán
¿Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para juzgar a la Administración Pública?, Zavalía, Buenos Aires, 1951.
"La institución del Attorney General de los Estados Unidos de América", *L.L.*, t. 80.

BRAIBANT, Guy - QUESTIAUX, Nicole - WIENER, Celine
Le Controle de l'Administration et la Protection des Citoyens (Etude Comparative), publicación de la Biblioteca del Instituto Internacional de Administración Pública, Paris, 1973.

BREWER CARIAS, Allan Randolph
Las Empresas Públicas en el Derecho Comparado, Caracas, 1967.

BUENO MONREAL, José María
Principios Fundamentales del Derecho Público Eclesiástico, Madrid, 1945.

BULLINGER, Martín
Derecho Público y Derecho Privado, trad. del alemán, Madrid, 1976.

BULLRICH, Rodolfo
Responsabilidad del Estado, Buenos Aires, 1920.
Principios Generales del Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1942.

BUSSO, Eduardo B.
Código Civil Anotado, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1944.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge
Teoría General de la Responsabilidad Civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.
"La responsabilidad del Estado en el ejercicio del poder de policía", *L.L.*, t. 1990-C.

BUTTIGENBACH, André
Manuel de Droit Administratif, Bruxelles, 1954.

CABRAL, Julio E.
"Ambito de aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos", en *Acto y Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, 1975.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CAJARVILLE, Esteban
"La facultad de indultar del Poder Ejecutivo y su alcance con relación al artículo 86, inciso 6° de la Constitución Nacional", *L.L.*, t. 113.

CAMARA, Héctor
Sociedades de Economía Mixta, Buenos Aires, 1954.

CANASI, José
Derecho Administrativo, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1972.

CANOSA, Armando N.
"El proceso de desregulación", *Revista de Derecho Administrativo*, nros. 7-8, Buenos Aires, 1991.

CARRANZA, Jorge A,
Las Fundaciones en el Derecho Privado Argentino, Depalma, Buenos Aires, 1977.

CARRE DE MALBERG, R.
Teoría General del Estado, Fondo de Cultura Económica, México, 1948.

CASARES, Tomás D.
La Justicia y el Derecho, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1945.

CASIELLO, Juan
Iglesia y Estado en la Argentina, Buenos Aires, 1948.

CASSAGNE, Juan Carlos
La Ejecutoriedad del Acto Administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971.
El Acto Administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974, 1981.
Derecho Administrativo, dos tomos, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977-1987.
"La extensión del concepto de tutela y el control de los actos de las sociedades del Estado", *L.L.*, t. 1978-C.
"La transmisión de derechos personales y reales en el Derecho Administrativo. Relaciones con el Código Civil", *L.L.*, 1984-B.
"La responsabilidad del Estado por omisión", *L.L.*, t. 1989-C.
"La transformación del Estado", *L.L.*, t. 1990-E.
"Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia en el derecho argentino", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nro. 73, Madrid, 1992.
"Los contratos de la Administración Pública (Distintas categorías y regímenes jurídicos)", *E.D.*, t. 57.
"Los recargos del artículo 42 de la ley sobre procedimiento impositivo", *E.D.*, t. 34.
"Las entidades estatales descentralizadas y el carácter público o privado de los actos que celebran", *L.L.*, t. 143.
"Condición y régimen jurídico de la empresa Ferrocarriles Argentinos", *E.D.*, t. 31.
"La ley nacional de procedimientos administrativos", *E.D.*, t. 42.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

"Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado nacional", *E.D.*, t. 45.
"La responsabilidad extracontractual del Estado en la jurisprudencia de la Corte", *E.D.*, t. 114.
"Sobre la condición de instrumentos públicos de las actuaciones administrativas y su valor probatorio", *E.D.*, t. 63.
"Función y organización de los asesores jurídicos del Estado", *E.D.*, t. 57.
"Las relaciones inter-administrativas", *E.D.*, t. 36.
"Problemática y aspectos administrativos de la regionalización industrial", *L.L.*, t. 155.

CELORRIO, Atanasio Hernán
"El recurso jerárquico en materia tributaria", *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, nro. 3.

CHAPMAN, William Leslie
"Crónica resumida del proceso de control gubernamental y comentarios sobre la nueva ley de reforma del régimen de control de la administración financiera del Estado nacional", *Revista de Administración Pública*, sec. doctrina, nro. 169.

CHAPUIS, René
Droit Administratif Général, t. I, Paris, 1986.

CHEVALIER, Jacques
L'Elaboration Historique du Principe de Séparation de la Juridiction Administrative et de l'Administration Active, Paris, 1970.

COELHO, Luiz Fernando
Fundaçoes Publicas, Rio de Janeiro, 1978.

COLLAZO, Oscar Juan
Administración Pública, Buenos Aires, 1974.

COLMEIRO, Manuel
Derecho Administrativo Español, 3ª ed., Madrid, 1865.

COMADIRA, Julio Rodolfo
"La posición de la Administración Pública ante la ley inconstitucional", *Revista de Derecho Administrativo*, nro. 1, Buenos Aires, 1989.
Acto Administrativo Municipal, Buenos Aires, 1992.
"Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional", *L.L.*, 1995-B.
"Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes reguladores", *E.D.*, t. 162.

COOLEY, Thomas M.
Principios del Derecho Constitucional en los Estados Unidos de América, Buenos Aires, 1898.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CREO BAY, Horacio
"Nuevo régimen jurídico institucional de la ciudad de Buenos Aires", *L.L.*, 1994-E.

CRETELLA JUNIOR,
Fundaçoes de Direito Publico, Rio de Janeiro, 1976.

CUETO RUA, Julio C.
"La responsabilidad del estado por errores judiciales en las causas criminales", en la publicación titulada *Jurisprudencia sobre Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Público y Privado*, Universidad Nacional de La Plata, 1943.
Fuentes del Derecho, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.

DABIN, Jean
Doctrina General del Estado, trad. del francés, Jus, México, 1946.

D'ALESSIO, Francesco
Istituzioni di Diritto Amministrativo, t. I, Utet, Torino, 1932.

DE LA VALLINA y VELARDE, Juan Luis
Transferencia de Funciones Administrativas, Madrid, 1964.

DEL VECCHIO, Giorgio
Estado y Derecho, trad. del italiano, Madrid, 1957.
Estudios de Filosofía del Derecho, en *Filosofía del Derecho*, t. II.
Filosofía del Derecho, 9ª ed. española, Bosch, Barcelona, 1969.

DIAZ CISNEROS, César
Derecho Internacional Público, t. II, Buenos Aires, 1966.

DIAZ DE GUIJARRO, Enrique
"Inaplicabilidad del artículo 1112, Código Civil, a las relaciones, entre sí, de los funcionarios públicos", *J.A.*, t. LXI.

DIEZ, Manuel María
Derecho Administrativo, cuatro tomos, Plus Ultra, Buenos Aires, 1963-1976.

DI MALTA, Pierre
Essai sur la Notion du Pouvoir Hiérarchique, Paris, 1961.

DOCOBO, Jorge José
"La publicidad de los dictámenes de la Procuración del Tesoro", *Boletín del Instituto de Derecho Administrativo Profesor Rafael Bielsa*, nro. 4, Buenos Aires, 1971.
"El reglamento de procedimientos administrativos", *J.A.*, sec. doctrina, 1972.
"Funciones de los subsecretarios", *J.A.*, sec. doctrina, 1972.
"El reglamento de procedimientos administrativos aprobado por el decreto nro. 1759/72", *J.A.*, nro. 4028.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

"La Procuración del Tesoro de la Nación", *Boletín del Instituto de Derecho Administrativo Profesor Rafael Bielsa*, nro. 6, Buenos Aires, 1972.
"Delegación a los ministros y secretarios de Estado", *J.A.*, sec. doctrina, 1975.
"Las sociedades del Estado y el amparo por mora de la Administración", *L.L.*, t. 1982-C.
"La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos", *J.A.*, nro. 4027.

DRAGO, Roland
Les Crises de la Notion d'Etablissement Public, Paris, 1950.

DROMI, José Roberto
"El dictamen y la formación de la voluntad administrativa", *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, nro. 2, Buenos Aires, 1971.
Instituciones de Derecho Administrativo, Astrea, Buenos Aires, 1973.
Derecho Administrativo Económico, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1977.
El Acto Administrativo, Madrid, 1985.
"Actividad administrativa provincial. Enfoque Histórico", *J.A.*, nro. 4786, 3-VI-1976.

DUGUIT, Lèon
Traité de Droit Constitutionnel, t. I, 2ª ed., Fontemoing, Paris, 1923.

EINSENMANN, Charles
"Droit public, droit privé", *Revue de Droit Publique*, Paris, 1952.

EKMEKDJIAN, Miguel Angel
"La inconstitucionalidad de los llamados reglamentos de necesidad y urgencia", *L.L.*, t. 1989-E.

ENGELS, Wolfram
Futuro de la Economía Social de Mercado, trad. del alemán, Eudeba, Buenos Aires, 1980.

ENTRENA CUESTA, Rafael
Curso de Derecho Administrativo, 3ª ed. (reimpresión), Tecnos, Madrid, 1970.
El Modelo Económico en la Constitución Española, obra colectiva dirigida por Garrido Falla, Madrid, 1981.

ESCOLA, Héctor Jorge
Tratado General de Procedimientos Administrativos, Depalma, Buenos Aires, 1973.

ESTRADA, Juan Ramón de
"Atribución de los poderes legislativo y ejecutivo para crear entidades autárquicas", en *Estudios de Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1975.
"Responsabilidad del Estado por los actos legislativos y discrecionales (Fundamentos y límites de la responsabilidad estatal conforme a Derecho)", *E.D.*, t. 102.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

FAZIO, Giuseppe
La Delega Amministrativa e i Rapporti de Delegazione, Milano, 1964.

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón
"Notas para un planteamiento de los problemas actuales de la Empresa Pública", *Revista de Administración Pública*, nro. 46, Madrid, 1965.

FERRARA, Francisco
Tutela de las Personas Jurídicas, Madrid, 1929.

FERREIRA DE SERGIO, Andrea
As Fundaçoes de Direito Privado instituídas pelo Estado, Rio de Janeiro, 1973.

FIORINI, Bartolomé A.
Manual de Derecho Administrativo, t. I, La Ley, Buenos Aires, 1968.
"Inexistencia del acto administrativo jurisdiccional", *L.L.*, t. 101.
Derecho Administrativo, dos tomos, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976.
Teoría Jurídica del Acto Administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969.

FLAMME, Maurice A.
"El régimen de las actividades comerciales e industriales de los poderes públicos en Bélgica", en *La Empresa Pública*, t. II, Zaragoza, 1970.

FLEINER, Fritz
Instituciones de Derecho Administrativo, trad. del alemán, Labor, Madrid, 1933.

FORSTHOFF, Ernst
Tratado de Derecho Administrativo, t. I, trad. del alemán, I.E.P., Madrid, 1958.
Sociedad Industrial y Administración Pública, trad. del español, Madrid, 1967.

FRANCHINI, Flaminio
La Delegazione Amministrativa, Milano, 1950.

FRANCISCI, Pietro de
Storia del Diritto Romano, Milano, 1948.

FREELAND LOPEZ LECUBE, Alejandro
"Las fuentes del derecho comunitario", *L.L.*, t. 1993-B.

FRIAS, Pedro José
"La intervención al Ejecutivo de Córdoba", *L.L.*, t. 154.
Las Nuevas Constituciones Provinciales, Buenos Aires, 1989.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo
Derecho General de Organización, I.E.A.L., Madrid, 1971.
Ley y Reglamento en el Derecho Público Occidental, Madrid, 1971.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

GAMBIER, Beltrán
"Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad del Estado por omisión, a la luz de la jurisprudencia", *L.L.*, 1990-E.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo
Los Principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa, Madrid, 1956.
"Administración local y administración periférica del Estado: problemas de articulación", en *La Administración Española*, Madrid, 1961.
Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial, Tecnos, Madrid, 1970.
Revolución Francesa y Administración Contemporánea, Madrid, 1972.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo - FERNANDEZ, Tomás Ramón
Curso de Derecho Administrativo, dos tomos, Civitas, Madrid, 1974-1989.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo
Introducción al Derecho, Porrúa, México, 1944.

GARCIA PELAYO, Manuel
Derecho Constitucional Comparado, Revista de Occidente, Madrid, 1959-1961.
La Transformación del Estado Contemporáneo, Madrid, 1977.

GARCIA TREVIJANO FOS, José Antonio
Principios Jurídicos de la Organización Administrativa, Madrid, 1957.
Tratado de Derecho Administrativo, dos tomos, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964-1967.
"Titularidad y afectación en el ordenamiento jurídico español", *Revista de la Administración Pública*, nro. 29.

GARRIDO FALLA, Fernando
Administración Indirecta del Estado y Descentralización Funcional, I.E.A.L., Madrid, 1950.
La Administración Pública y el Estado Contemporáneo, Madrid, 1961.
Las Empresas Públicas, Madrid, 1961.
Las Transformaciones del Régimen Administrativo, 2ª ed., I.E.P., Madrid, 1962.
Tratado de Derecho Administrativo, dos tomos, I.E.P., Madrid, 1966-1987.

GARRIGUES, Joaquín
Tratado de Derecho Mercantil, t. I, vol. 1, Madrid, 1947.

GAUTRON, Jean Claude
Droit Européen, Dalloz, Paris, 1989.

GENY, Bernard
"De la méthode et de la technique du droit privé positif a celles du Droit Administratif", en *Le Conseil d'Etat*, Libre Jubilaire, Paris, 1952.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

GENY, François
Science et Technique en Droit Privé, t. I, Paris, 1914.
Métodos de Interpretación y Fuentes del Derecho Privado, Madrid, 1925.

GIANNINI, A. D.
Elementi di Diritto Finanziario, Milano, 1945.

GIANNINI, Massimo Severo
Lezione di Diritto Amministrativo, t. I, Milano, 1950.
Diritto Amministrativo, t. I, Milano, 1970.

GIULIANI FONROUGE, Carlos M.
Derecho Financiero, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1965.

GOLDSCHMIDT, Werner
Introducción al Derecho, Buenos Aires, 1960-1967.
Introducción Filosófica al Derecho, 4ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1973.

GONZALEZ, Joaquín V.
Manual de la Constitución Argentina, Estrada, Buenos Aires, 1951-1983.

GONZÁLEZ ARZAC, Rafael M.
Estudios de Derecho Administrativo, t. I, Buenos Aires, 1975.
"La competencia de los órganos administrativos", *E.D.*, t. 49.

GONZALEZ CALDERON, Juan A.
Curso de Derecho Constitucional, Depalma, Buenos Aires, 1943; 1960.

GONZALEZ DE LA RECA, Florencia
"Las sociedades del Estado como forma jurídica de la organización de empresas estatales", en *R.A.D.A.*, nro. 8, Buenos Aires.

GONZALEZ PEREZ, Jesús
Derecho Procesal Administrativo, t. II, 2ª ed., Madrid, 1966.
Administración Pública y Libertad, I.I.J., México, 1971.
Comentario a la Ley de Procedimiento Administrativo, Civitas, Madrid, 1977.
El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 1983.

GONZÁLEZ PEREZ, Jesús - GONZALEZ NAVARRO, Francisco
Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Madrid, 1993.

GORDILLO, Agustín A.
El Acto Administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963-1969.
Empresas del Estado, Macchi, Buenos Aires, 1965/66.
Introducción al Derecho Administrativo, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966.
Tratado de Derecho Administrativo, Macchi, Buenos Aires, 1974-1997.
"Acto, reglamento y contrato administrativo en la ley 19.549", *R.A.D.A.*, nro. 3.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

GRANERIS, Giuseppe
Contribución Tomista a la Filosofía del Derecho, trad. del italiano, Eudeba, Buenos Aires, 1973.

GRAU, Armando Emilio
Bases para una Autarquía Universitaria, La Plata, 1973.

GRECCO, Carlos Manuel - MUÑOZ, Guillermo Angel
Lecciones de Derecho Administrativo, Morón, 1977.

GRISEL, André
Droit Administratif Suisse, Neuchatel, 1970.

GRIZIOTI, Benvenuto
Principios de la Ciencia de las Finanzas, trad. a la 6ª ed. italiana, Buenos Aires, 1959.

GUAITA, Aurelio
Derecho Administrativo Especial, tres tomos, Zaragoza, 1964-1965.
División Territorial y Descentralización, I.E.A.L., Madrid, 1975.

GUASTAVINO, Elías P.
"Indemnizaciones por la actividad lícita del Estado", *E.D.*, t. 118.

HALPERIN, Isaac
Manual de Sociedades Anónimas, Buenos Aires, 1961.

HAURIOU, Maurice
Précis de Droit Administratif et de Droit Public Général, Recueil Sirey, Paris, 1897-1906.
Précis de Droit Administratif, Recueil Sirey, Paris, 1927.
La Teoría de la Institución y de la Fundación, trad. del francés, Buenos Aires, 1968.

HAYEK, F. A.
Derecho, Legislación y Libertad, trad. española, t. II, Madrid, 1978-1979.

HELLER, Hermann
Teoría del Estado, trad. del alemán, Fondo de Cultura Económica, México, 1942.

HERNANDEZ, Antonio María (h)
Derecho Municipal, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1984.

HERNANDEZ, Belisario
"La recentralización administrativa en materia de competencia para designar personal", *L.L.*, t. 143.
"Las empresas públicas argentinas y el nuevo régimen de sociedades anónimas con participación estatal", *L.L.*, t.130.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

HUTCHINSON, Tomás
La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, dos tomos, Astrea, Buenos Aires, 1985.

IMAZ, Esteban
"Acerca de la interpretación constitucional", *J.A.*, Sec. doctrina t. 3-1949.

JELLINEK, Georges
Teoría General del Estado, Buenos Aires, 1954.

JESCH, Dietrich
Ley y Administración, trad. del alemán, Madrid, 1978.

JIMENEZ CASTRO, Wilburg
Introducción al Estudio de la Teoría Administrativa, México, 1974.

JORDANA DE POZAS, Luis
"El principio de unidad y sus consecuencias políticas y administrativas", *Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas*, t. I, Madrid, 1961.
"El problema de los fines de la actividad administrativa", *Revista de Administración Pública*, nro. 4.

JOUVENEL, Bertrand
El Poder, Madrid, 1956.

KAPLAN, Marcos
Desarrollo Económico y Empresa Pública, Buenos Aires, 1965.

KATZAROV, Konstantín
Teoría de las Nacionalizaciones, México, 1963

KELSEN, Hans
Teoría General del Derecho y del Estado, trad. de Eduardo García Máynez, 2ª ed., México, 1958.

LABAND, Paul
Le Droit Public de L'Empire Allemand, trad. francesa, Paris, 1901.

LAMPUE, Pierre
"La notion d'acte juridictionnel", *Revue de Droit Public*, t. 62, año 1946.

LANDI, Guido - POTENZA, Giuseppe
Manuale di Diritto Amministrativo, Milano, 1971.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

LANGROD, Georges
"L'enterprise publique en Droit Administratif comparé", *Revue International de Droit Comparé*, nro. 2, Paris, 1956.
El Pensamiento Administrativo no Jurídico, Madrid, 1964.

LASCANO, David
Jurisdicción y Competencia, Kraft, Buenos Aires, 1941.

LASERRE BRUNO, Lenoir Noella y STRIN, Bernard
La Transparence Administrative, Paris, 1987.

LAUBADERE, André de
Traité Elémentaire de Droit Administratif, tres tomos, Libraire Générale de Droit Jurisprudence, Paris, 1966-1970.
Traité de Droit Administratif, t. I, Libraire Générale de Droit Jurisprudence, Paris, 1970.

LEFEBURE, Marcus
"Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration", en *Droit Anglais et Français*, Paris, 1961.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis
Introducción a la Ciencia del Derecho, Barcelona, 1942.

LESSONA, Silvio
"Líneas generales sobre la empresa pública", en *La Empresa Pública*, t. I.

LESTANI, Humberto H.
La Jurisdicción Contencioso-Administrativa o Ejercicio de la Jurisdicción Conforme al Régimen Constitucional Argentino, Buenos Aires, 1937.

LINARES, Juan Francisco
"La competencia y los postulados de la permisión", *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, nro. 2, Buenos Aires, 1971.
Fundamentos del Derecho Administrativo, Astrea, Buenos Aires, 1975.
Derecho Administrativo, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1986.
"En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público", *L.L.*, t. 153, sec. doctrina.

LINARES QUINTANA, Segundo V.
Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado, nueve tomos, Alfa, Buenos Aires, 1955-1988.
Gobierno y Administración de la República Argentina, t. II, Buenos Aires, 1959.

LLAMBIAS, Jorge Joaquín
Tratado de Derecho Civil, dos tomos, Perrot, Buenos Aires, 1961-1975.
Código Civil Anotado, t. II-B, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

LOEWENSTEIN, Karl
Teoría de la Constitución, trad. del alemán, Barcelona, 1979.

LOPEZ, Lucio V.
Derecho Administrativo Argentino, Buenos Aires, 1902.

LOSCHAK, Daniel
Le Rôle Politique du Juge Administratif Français, con prólogo de P. Weil, Paris, 1972.

LOUSTEAU HEGUY, Guillermo A.
"El nombramiento de jueces sin acuerdo previo", *L.L.*, t. 112.

LOZADA, Salvador María
Derecho Constitucional Argentino, t. I, Buenos Aires, 1972.

LUCIFREDI, Roberto - COLLETTI, Giuseppe
Descentramento Amministrativo, Torino, 1956.

LUQUI, Juan Carlos
"Algunos principios de recaudación tributaria", *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas*, t. II, Rosario, 1942.
Régimen Jurídico de la Universidad Oficial, Buenos Aires, 1968.

LUQUI, Roberto Enrique
"Algunas consideraciones sobre el concepto de Administración Pública", *L.L.*, t. 151.
"Nociones sobre la revisión jurisdiccional de los actos administrativos", *L.L.*, t. 144.
"Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario", *J.A.*, 1956-IV, sec. doctrina.

LYNCH, John
Administración Colonial Española, trad. del inglés, 2ª ed., Buenos Aires, 1967.

MAIORANO, Jorge Luis
"La ocupación temporánea como fundamento jurídico de la responsabilidad estatal por un obrar legítimo", *L.L.*, t. 1980-C.

MAIRAL, Héctor A.
"Las sociedades del Estado o los límites del Derecho Administrativo", *L.L.*, t. 1981-A, sec. doctrina.
Control Judicial de la Administración Pública, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1984.
La Doctrina de los Propios Actos y la Administración Pública, Depalma, Buenos Aires, 1988.

MARIENHOFF, Miguel S.
Tratado del Dominio Público, Tea, Buenos Aires, 1960.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Tratado de Derecho Administrativo, cuatro tomos, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965-1990.

"Demandas contra el Estado nacional. Los artículos 25 y 30 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos", *L.L.*, t. 1980-B.

"La supuesta autonomía municipal", *L.L.*, 17-IV-1990.

"Cambios en el derecho objetivo y responsabilidad patrimonial del Estado", *Separata de Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, segunda época, nro. 30, Buenos Aires, 1992.

MARTIN MATEO, Ramón

El Horizonte de la Descentralización, Madrid, 1969.

Manual de Derecho Administrativo, 3ª ed., Pirámide, Madrid, 1974.

MARTIN RETORTILLO, Lorenzo

"La configuración de la Administración Pública y el concepto de 'desenivorsorger'", *Revista Administración Pública*, nro. 38, Madrid, 1962.

MASSINI, Carlos Ignacio

"Acerca del fundamento del principio de subsidiariedad", *Revista de Derecho Público*, nros. 39-40, Santiago.

MAYER, Otto

Derecho Administrativo Alemán, cuatro tomos, trad. de la edición francesa de 1903, Depalma, Buenos Aires, 1949-1954.

MEEHAN, Héctor

La Autarquía de las Universidades Estatales Argentinas, Córdoba, 1963.

MEILAN GIL, José Luis

El Proceso de la Definición del Derecho Administrativo, E.N.A.P., Madrid, 1967.

MENDEZ, Aparicio

La Jerarquía, Montevideo, 1950.

La Teoría del Organo, Montevideo, 1971.

MERKL, Adolfo

Teoría General del Derecho Administrativo, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935.

MERTEHIKIAN, Eduardo

"La reforma del Estado y el nuevo sistema de control gubernamental", *R.A.P.*, nro. 169.

MESSNER, Johannes

Etica Social, Política y Económica a la luz del Derecho Natural, Rialp, Madrid, 1967.

MONTEJANO, Bernardino

"El fin del Estado: el bien común", en *Persona y Derecho*, vol. 3, Pamplona, 1977.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

MONTEJANO, Bernardino (h) - NOACCO, Julio César
Estática Jurídica, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969.

MORELLO, Augusto Mario
"Compensación del Estado por daños originados en su accionar lícito", *E.D.*, t. 120.

MORELL OCAÑA, Luis
La Delegación entre Entes en el Derecho Español, I.E.A.L., Madrid, 1961-1972.

MORTATI, Constantino
Istituzioni di Diritto Pubblico, t. I, Padova, 1969.

MOSHER, Frederick C. - CIMMINO, Salvatore
Ciencia de la Administración, trad. española, Madrid, 1961.

MOUCHET, Carlos - ZORRAQUIN BECU, Ricardo
Introducción al Derecho, 2ª ed., Buenos Aires, 1956.

MUÑOZ, Guillermo A.
"Reglamentos de necesidad y urgencia", *Revista de Derecho Administrativo*, nro. 5, Buenos Aires, 1991.

MUÑOZ MACHADO, Santiago
El Estado, el Derecho Interno y la Comunidad Europea, Civitas, Madrid, 1988.

MURATORIO, Jorge I.
"Algunos aspectos del poder de policía municipal", *E.D.*, 30-XII-1993.

OLIVAN, Alejandro
De la Administración Pública con Relación a España, I.E.P., Madrid, 1954.

OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de
Empresas Públicas de Brasil, São Paulo, 1975.
Fundaçoes e Empresas Publicas, São Pablo, 1972.

ORLANDO, V. E.
Principios de Derecho Administrativo, trad. de la 2ª ed. italiana, Madrid, 1978.

ORTIZ RODRIGUEZ, Celso
"Los daños morales en la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública", *Revista La Ley de Madrid*, publicado el 22-XI-1985.

OTTAVIANO, Vittorio
Sometimiento de la Empresa Pública al Derecho Privado, Zaragoza, 1970.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

PAEZ, Juan L.
Tratado Teórico Práctico de las Asociaciones, ver prólogo del doctor Rafael Bielsa, Buenos Aires, 1964.

PALACIO, Lino Enrique
"Algunas consideraciones sobre los actos jurisdiccionales de la administración", en *120 años de la Procuración del Tesoro*.

PARADA VAZQUEZ, R.
Derecho Administrativo, t. I, Madrid, 1989.

PAREJO ALFONSO, Luciano
Estado Social y Administración Pública. Los Postulados Constitucionales de la Reforma Administrativa, Madrid, 1983.

PEREZ COLMAN, José Luis
"Ley de contabilidad", *R.A.P.*, Buenos Aires, 1986.

PEREZ HUALDE, Alejandro
Decretos de Necesidad y Urgencia, Buenos Aires, 1995.

PIEPER, Josef
Justicia y Fortaleza, trad. del alemán, Madrid, 1968.

PODESTA COSTA, Luis A.
Derecho Internacional Público, t. I, Buenos Aires, 1960.

PRAT, Julio A.
Derecho Administrativo, dos tomos, Acalí, Montevideo, 1977.

QUIROGA LAVIE, Humberto
Derecho Constitucional, Depalma, Buenos Aires.

RECASENS SICHES, Luis
Introducción al Estudio del Derecho, 2ª ed., México, 1972.

REIRIZ, María Graciela
Responsabilidad del Estado, Eudeba, Buenos Aires, 1969.

RENARD, Georges
La Théorie de l'Institution, Paris, 1930.

RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean
Tratado de Derecho Civil, según el Tratado de Planiol, Parte General, t. I, trad. del francés, Buenos Aires, 1963.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

RISOLIA, Marco Aurelio
"Un peligroso avance de la responsabilidad objetiva", *Revista de la Universidad de Buenos Aires*, t. IV.

RIVERO, Jean
Droit Administratif, Paris, 1968-1977.

ROBSON, William A.
Industria Nacionalizada y Propiedad Pública, Madrid, 1964.

RODRIGUEZ ARIAS, Julio C.
La Sociedad de Economía Mixta, Rosario, 1940.

ROMANO, Santi
"Il Comune", en *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, t. II, Milano, 1932.
Corso di Diritto Amministrativo, Padova, 1937.
Fragmentos de un Diccionario Jurídico, trad. del italiano, Buenos Aires, 1964.
El Ordenamiento Jurídico, trad. del italiano, Madrid, 1973.

ROMERO, José Ignacio
"Las empresas del Estado y las leyes de procedimientos administrativos", *E.D.*, t. 46.
"Sociedades del Estado", *J.A.*, 9-VI-1975.

ROUSSEAU, Charles
Derecho Internacional Público, trad. del francés, Barcelona, 1961.

RUIZ MORENO, Horacio
"Los llamados reglamentos de necesidad y urgencia. La emergencia como motivación en las leyes y reglamentos", *L.L.*, t. 1990-B.

RUIZ MORENO, Isidoro
Derecho Internacional Público, t. II, Buenos Aires, 1940.

SAENZ VALIENTE, José María (h)
Curso de Derecho Municipal, Buenos Aires, 1944.

SAGÜES, Néstor Pedro
"Principio de subsidiariedad y principio de antisubsidiariedad", en *Revista de Derecho Público*, nros. 39-40, Santiago.
"Los decretos de necesidad y urgencia. Derecho comparado y derecho argentino", *L.L.*, t. 1985-E.
"Derecho constitucional y derecho de emergencia", *L.L.*, t. 1990-D, sec. doctrina.

SAMPAY, Arturo Enrique
Introducción a la Teoría del Estado, Omeba, Buenos Aires, 1964.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

SANTAMARIA DE PAREDES, Vicente
Curso de Derecho Administrativo, 4ª ed., Madrid, 1894.

SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso
Fundamentos de Derecho Administrativo, t. I, Madrid, 1988.

SARRIA, Félix
Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1961.

SATANOWSKY, Mario
Tratado de Derecho Comercial, t. I, Tea, Buenos Aires, 1957.

SAVY, Robert
Droit Public Economique, Dalloz, Paris, 1972.

SAYAGÜES LASO, Enrique
Tratado de Derecho Administrativo, dos tomos, Bianchi Altuna, Montevideo, 1953-1974.

SEGAL, Rubén
"Sociedades del Estado", *L.L.*, t. 156.

SEGOVIA, Juan Fernando
"Las providencias de necesidad y urgencia", *E.D.*, t. 116.

SILVA CENCIO, Jorge
La Descentralización por Servicios en la Constitución de 1967, 2ª ed., Montevideo, 1971.
Estudios de Derecho Administrativo, t. I, Fernández, Montevideo, 1979.

SILVA CIMMA, Enrique
Derecho Administrativo Chileno y Comparado, t. I, Jurídicas, Santiago de Chile, 1961.

SIWEK POUYDESSEAU, Jeanne
"Antecedentes de la desconcentración administrativa de Francia", en la publicación *Desconcentración Administrativa*, que recopila las conferencias pronunciadas en el Seminario Franco-Mexicano realizado en 1974, México, 1976.

SOCHONQUE, Adolf
"La doctrina del derecho penal administrativo", *R.D.P.*, nros. 3-4, Buenos Aires, 1951.

SOLER, Sebastián
Derecho Penal Argentino, t. I, Buenos Aires, 1956.

SOTO CALDERÓN, Juan Carlos
"Democracia y bien común", en *Crisis de la Democracia*, Santiago, 1975.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

SOTO KLOSS, Eduardo
"La democracia ¿para qué? Una visión finalista", en *Crisis de la Democracia*, Santiago, 1975.
Responsabilidad del Estado, Edición de la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino-Católica de Tucumán, Tucumán, 1982.
"Consideraciones sobre los fundamentos del principio de subsidiariedad (una aproximación)", *Revista de Derecho Público*, nros. 39-40, Santiago.

SPOTA, Alberto G.
Tratado de Derecho Civil, t. I, vol. 34, Depalma, Buenos Aires, 1963.
Instituciones de Derecho Civil. Contratos, t. II, Buenos Aires, 1974.

TAFUR GALVIS, Alvaro
Las Entidades Descentralizadas, Bogotá, 1977.

TAWIL, Guido Santiago
"Una nueva aplicación de la doctrina 'Cantón'", *E.D.*, t. 131.

TOMAS DE AQUINO, Santo
Suma Teológica, t. VII, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1956.

URDANOZ, Teófilo
Introducción a la Cuestión 58 de la Suma Teológica, t. VII.

USLENGHI, Alejandro J.
"La naturaleza jurídica del municipio según la Corte Suprema", *R.E.D.A.*, nro. 3, Buenos Aires, 1990.

VANOSSI, Jorge Reynaldo
"Los reglamentos de necesidad y urgencia", *L.L.*, t. II, 1987.

VALIENTE NOAILLES, Carlos
Manual de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, t. I, Fondo Obras Públicas, Buenos Aires, 1970.

VEDEL, Georges - DELVOLVE, Pierre
Droit Administratif, 9ª ed., Presses Universitaires, Paris, 1984.

VERDROSS, Alfred
Derecho Internacional Público, trad. del alemán, Madrid, 1957.

VILLAGRA MAFFIODO, Salvador
Principios de Derecho Administrativo, Asunción, 1981.

VILLAR PALASI, José Luis
La Intervención Administrativa en la Industria, t. I, I.E.P., Madrid, 1964.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Curso de Derecho Administrativo, t. I, Madrid, 1972.
"La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública*, nro. 3.

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín
Derecho Administrativo, tres tomos, Tea, Buenos Aires, 1949-1956.

VILLEY, Michel
En Torno al Contrato, la Propiedad y la Obligación, trad. del francés, Buenos Aires, 1981.

VITOLO, Daniel Roque
Decretos de Necesidad y Urgencia, Buenos Aires, 1991.

VITTA, Cino
Diritto Amministrativo, t. I, Utet, Torino, 1948-1962.

WADE, H.W.R.
Derecho Administrativo, trad. del inglés, Madrid, 1971.

WALINE, Marcel
Traité de Droit Administratif Elementaire, Sirey, Paris, 1952.
Droit Administratif, Sirey, Paris, 1963.

WEIL, Proper
Le Droit Administratif, Paris, 1964.

WIGNY, Pierre
Droit Administratif, Bruxelles, 1962.

XIFRA HERAS, Jorge
Formas y Fuerzas Políticas, Barcelona, 1958.

ZANOBINI, Guido
Curso de Derecho Administrativo, Parte General, t. I, trad. del italiano, Arayú, Buenos Aires, 1954.
Corso di Diritto Amministrativo, tres tomos, Giuffrè, Milano, 1958.

ZUANICH, Alfredo R.
La Institución Ministerial, Buenos Aires, 1951.

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

INDICE

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Publicaciones del autor 9
Prólogo a la sexta edición 23
Prólogo a la quinta edición 25
Prefacio de la primera edición 27

TÍTULO PRIMERO

INTRODUCCION

CAPÍTULO I

EL ESTADO Y LA JUSTICIA

1. Distintas concepciones acerca del Estado 37
2. Teoría del Estado 38
3. Las causas y los llamados elementos del Estado 41
4. Elementos del Estado 45
5. La personalidad jurídica del Estado. La cuestión de la doble personalidad 46
6. Derecho público y derecho privado: criterios de distinción y consecuencias 49
7. La justicia como fin del Estado. Las formas de justicia: justicia legal o general y justicia particular (distributiva y conmutativa). La justicia social 53

CAPÍTULO II

LA TRANSFORMACION DEL ESTADO

1. Introducción 61
2. Hacia un nuevo modelo de Estado: el *Estado subsidiario* 62
3. El principio de subsidiariedad 64
4. Los principios que nutren al *Estado social de derecho* 66
5. El mantenimiento del dualismo *sociedad-Estado* 67

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

6. Sobre las características más relevantes de la transformación del Estado ... 69

CAPÍTULO III

LAS FUNCIONES ESTATALES

1. Las funciones del Estado y la llamada doctrina de la separación de los poderes: su significado actual ... 77
2. La función administrativa: distintas concepciones ... 79
A) Concepciones subjetivas u orgánicas ... 80
B) El criterio objetivo o material ... 81
C) Otras teorías ... 82
3. Las funciones normativa o legislativa y jurisdiccional en la Administración Pública ... 84
A) La actividad reglamentaria es de sustancia normativa o legislativa 84
B) La función jurisdiccional de la Administración ... 84
4. La función gubernativa ... 92
5. Acerca de las facultades reservadas a los órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial ... 94
6. Gobierno y Administración ... 96
7. La concepción institucional sobre la Administración Pública ... 97

CAPÍTULO IV

EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y SU CONTENIDO ACTUAL

1. El Derecho Administrativo y las distintas etapas de su evolución histórica ... 103
A) Origen de las técnicas: el derecho regio. El Estado de Policía .. 104
B) La etapa del "régimen administrativo". Sus características esenciales ... 106
2. La ecuación entre Administración Pública y Derecho Administrativo: su ruptura ... 107
3. Contenido actual del Derecho Administrativo: el problema de su definición ... 109
4. Las bases fundamentales del Derecho Administrativo contemporáneo ... 112
A) El Estado de Derecho y el principio de legalidad ... 112
B) El intervencionalismo estatal y el principio de subsidiariedad 114
5. El concepto técnico de potestad: su distinción con la función y el cometido. La potestad y el principio de la legalidad ... 116
6. El régimen exorbitante ... 118

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CAPÍTULO V

LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. El concepto de fuentes del Derecho y sus peculiaridades en el Derecho Administrativo 123
2. Distintas clasificaciones acerca de las fuentes del Derecho 124
3. La jerarquía de las fuentes: la Constitución 126
4. La ley: concepto, caracteres y régimen jurídico 128
5. La reserva de ley en la Constitución reformada 133
6. El decreto-ley 136
7. El reglamento 136
   A) Fundamento de la potestad reglamentaria 140
   B) Clases de reglamentos 142
      a) Reglamentos ejecutivos o de ejecución 143
      b) Reglamentos autónomos o independientes 144
      c) Reglamentos delegados 147
      d) Reglamentos de necesidad o urgencia 151
8. *Instrucciones de servicio, circulares y reglamentos de organización* 157
9. Tratados 158
10. Continuación: condiciones de validez y aplicabilidad de los tratados de integración 160
    A) Reciprocidad e igualdad 162
    B) El orden democrático y los derechos humanos 163
11. Convenciones colectivas de trabajo 164
12. Principios generales del Derecho 165
13. La equidad 168
14. La costumbre. Clasificación 169
15. Los precedentes administrativos 171
16. La jurisprudencia 173
17. El valor de la doctrina como fuente del Derecho Administrativo 174
18. Interpretación y fuentes del Derecho: la analogía 175
19. La prelación jerárquica de las fuentes 177

CAPÍTULO VI

RELACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. El Derecho Administrativo en el mundo jurídico 181
2. El método de interpretación. La llamada integración normativa 182
3. *Caracteres del Derecho Administrativo y sus relaciones con otras ramas jurídicas* 185
4. Relaciones con el Derecho constitucional 187
5. Relaciones con el Derecho penal 188
6. Derecho penal disciplinario y Derecho penal ejecutivo 188

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

7. El Derecho penal administrativo y el problema de su autonomía. 190
8. El Derecho financiero 192
9. Relaciones con el Derecho procesal 193
10. El llamado derecho municipal 194
11. El Derecho eclesiástico 195
12. Relaciones con el Derecho privado 196
13. Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración 198
14. La codificación del Derecho Administrativo. Problemas que plantea en nuestro país 199

TÍTULO SEGUNDO

LA ORGANIZACION ADMINISTRATIVA Y LAS EMPRESAS ESTATALES

PRIMERA PARTE

TEORIA GENERAL DE LA ORGANIZACION ADMINISTRATIVA

CAPÍTULO I

ORGANOS Y SUJETOS ESTATALES

1. Acerca de cómo se integra y actúa la Administración Pública 205
2. La teoría del órgano 206
3. Los conceptos de órgano, cargo y oficio 208
4. Las relaciones inter-orgánicas 209
5. Distintos criterios para clasificar los órganos 210
A) Clasificación según la estructura del órgano 210
B) Clasificación según la función que cumple el órgano 212
6. La concepción de la persona moral. La personalidad del Estado: su naturaleza jurídica 213
7. El concepto de persona y su clasificación en el Código Civil 216
8. Personas jurídicas públicas y privadas. Criterios de distinción 218
A) La creación estatal del ente 218
B) El fin público 219
C) La existencia de prerrogativas de poder público 219
D) El grado de control estatal 220
9. Personas públicas estatales y no estatales. Principales concepciones formuladas para asignar carácter estatal a una entidad 221
A) Satisfacción de fines específicos del Estado 221
B) Capital estatal 222
C) Encuadramiento del ente en la Administración Pública 223

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

10. El carácter público o privado de los actos que celebran las entidades estatales ... 224
11. Entidades públicas no estatales. Caracteres generales ... 225
12. Personas jurídicas privadas del Estado ... 226

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS JURIDICOS DE LA ORGANIZACION ADMINISTRATIVA

1. Introducción ... 231
2. La jerarquía: concepto y consecuencias ... 232
3. El principio de la competencia. Diferentes concepciones. Crítica ... 234
4. Competencia y capacidad ... 236
5. Naturaleza jurídica y caracteres ... 238
6. Origen o fuente de la competencia ... 239
7. Clases de competencia ... 240
A) En razón de la materia ... 240
B) En razón del grado o jerarquía ... 241
C) En razón del lugar o del territorio ... 241
D) En razón del tiempo ... 241
8. La delegación. Distintas especies. Su procedencia ... 241
A) Delegación interorgánica ... 242
B) Delegación entre entes públicos ... 243
9. Las figuras de la suplencia y la sustitución ... 244
10. La intervención ... 245
11. Lo atinente a la denominada delegación de firma. La sub-delegación 245
12. Avocación de competencia. Régimen legal ... 246
13. Centralización y descentralización administrativas ... 248
14. Autonomía, autarquía y descentralización ... 251
15. Descentralización y recentralización ... 252
16. Tipos de descentralización: *funcional y territorial* ... 252
17. Los principios de concentración y desconcentración ... 253
18. Delegación, descentralización y desconcentración. La llamada imputación funcional ... 255
19. Conveniencia o inconveniencia de la centralización ... 256
20. Ventajas e inconvenientes de la desconcentración ... 257

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

CAPÍTULO III

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LOS AGENTES PUBLICOS

Sección 1ª

Teoría general de la responsabilidad del Estado

1. Ubicación del tema y dificultades que se plantean 263
2. El dogma de la irresponsabilidad del Estado 265
3. El proceso hacia el reconocimiento de la responsabilidad del Estado 267
4. La evolución posterior y el predominio de las ideas publicistas 268
5. Clasificación de la responsabilidad patrimonial del Estado 271
   A) Civil o de Derecho privado 271
   B) De Derecho Administrativo 271
6. Especies de responsabilidad del Estado regidas por el Derecho Administrativo 272
   A) Contractual 272
   B) Extracontractual 272
7. La llamada teoría de la indemnización y el fundamento de la responsabilidad del Estado 274

Sección 2ª

La responsabilidad extracontractual del Estado en el campo del Derecho Administrativo

I. *La responsabilidad extracontractual proveniente de la actividad ilegítima del Estado* 278
1. Diferentes clases de responsabilidad según la función que cumplen los órganos que ocasionan el daño 278
2. La responsabilidad estatal por hechos y actos administrativos ilegítimos. Soluciones de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación hasta el caso "Devoto" 279
3. Interpretación sustentada por la Corte Suprema en el caso "S.A. Tomás Devoto y Compañía c/ Gobierno Nacional". Jurisprudencia posterior 281
4. Aplicación del artículo 1112 del Código Civil para determinar la responsabilidad del Estado 285
5. Presupuestos de la responsabilidad por hechos y actos administrativos ilegítimos 286
6. La responsabilidad del Estado por actos normativos o legislativos declarados ilegítimos por sentencia judicial firme 288
   A) Leyes inconstitucionales 288
   B) Reglamentos inconstitucionales o ilegales. Remisión 288

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

7. Diversas cuestiones que suscita el ejercicio de la acción tendiente a hacer efectiva la responsabilidad del Estado proveniente de su actividad ilegítima 289
A) La restitución: el criterio para establecer la medida de la indemnización 289
B) Acumulación de la responsabilidad extracontractual con la derivada del incumplimiento de contratos administrativos 290
C) Plazo de prescripción de las acciones vinculadas a la responsabilidad extracontractual 291
D) Relaciones entre la acción de nulidad y la de daños y perjuicios . 292
II. *La responsabilidad extracontractual del Estado proveniente de su actuación legítima* 294
1. Distintas especies de responsabilidad 294
2. Presupuestos determinantes de la responsabilidad del Estado por sus actos legítimos. Remisión 294
3. Algunos supuestos de responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad legítima 295
A) Por hechos y actos administrativos legítimos 295
B) Por leyes o reglamentos 296
4. Reglas que gobiernan la restitución en la responsabilidad del Estado por acto legítimo 297
5. Prescripción de las acciones tendientes a obtener el resarcimiento de los daños causados por la actividad legítima 299

Sección 3ª

La responsabilidad del Estado por omisión

La responsabilidad del Estado por omisión 300

Sección 4ª

Situaciones especiales que determinan la responsabilidad estatal

1. Responsabilidad del Estado por actos jurisdiccionales. Su carácter excepcional 302
2. Distintos supuestos de responsabilidad por acto jurisdiccional. Principio y normas aplicables 303
3. La responsabilidad emergente del ejercicio de los poderes de guerra. Su alcance sobre la propiedad enemiga y la responsabilidad por los hechos de guerra 305
4. La responsabilidad internacional del Estado. Remisión 308

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

Sección 5ª

La responsabilidad de los agentes públicos

1. Breves consideraciones metodológicas 309
2. La interpretación del artículo 1112 del Código Civil según la doctrina y la jurisprudencia 310
3. Conclusiones sobre la justicia de la interpretación del sistema que rige la responsabilidad del agente público 312

CAPÍTULO IV

LA ADMINISTRACION CENTRAL

1. Introducción 317
2. El Gobierno Federal y la distribución de la competencia según la Constitución Nacional 318
3. El Poder Ejecutivo nacional 321
4. Competencia del Poder Ejecutivo 323
5. El Jefe de Gabinete 326
   A) La atenuación del poder presidencial 329
   B) Articulación de los poderes del Jefe de Gabinete con los Ministros 329
   C) La asignación constitucional de facultades privativas al Jefe de Gabinete 330
6. El órgano ministerial: naturaleza y atribuciones 330
7. Las Secretarías de Estado y sus Sub-secretarías. La organización burocrática 333
8. La organización consultiva de carácter jurídico 335
9. La organización de control 338
10. La Ley de Administración Financiera y los sistemas de control 339
11. Continuación. Ambito de aplicación 341
12. El control interno de la Administración Pública 341
13. El control externo del sector público nacional 343
14. El control parlamentario 345
15. El Defensor del Pueblo 346
16. De la acción de responsabilidad contra los funcionarios y personas que se desempeñan en las jurisdicciones y entidades controladas. 347

CAPÍTULO V

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS Y EMPRESAS ESTATALES

1. Aspectos terminológicos. Inconveniencia en utilizar la expresión "empresa pública" 351

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

2. Distintas formas jurídicas que puede revestir la descentralización administrativa ... 352
A) Descentralización territorial ... 353
B) Descentralización institucional ... 353
a) Entidades autárquicas ... 353
b) Empresas del Estado ... 354
c) Entidades descentralizadas atípicas ... 354
3. Organo competente para disponer la creación de entidades descentralizadas ... 354
4. La tesis de las facultades concurrentes ... 356
5. El régimen jurídico de los actos de las entidades descentralizadas y la posibilidad de emitir actos de objeto privado ... 357
6. La intervención del Estado en el campo de la gestión económica . 359
7. El llamado proceso de las "nacionalizaciones" ... 361
8. Las actividades industriales y comerciales realizadas por el Estado bajo formas jurídicas privadas ... 364
9. El control administrativo sobre las entidades descentralizadas y sociedades comerciales del Estado ... 365

CAPÍTULO VI

ENTIDADES AUTARQUICAS

1. Origen histórico de la autarquía ... 371
2. Autonomía, soberanía y autarcía ... 372
3. La crisis de la noción clásica y su significado actual ... 373
4. La crisis del "establecimiento público" ... 374
5. Condición jurídica y elementos de la entidad autárquica ... 374
6. Distintas clases de entidades autárquicas ... 375
7. Organo competente para crear entidades autárquicas institucionales: remisión ... 376
8. Clasificación de las entidades autárquicas institucionales ... 377
9. Régimen jurídico de la entidad autárquica ... 378
10. El contralor de los actos de la entidad autárquica. Remisión. La intervención ... 380
11. Modificaciones de su *status* y órgano competente para disponer la extinción de la entidad ... 381

CAPÍTULO VII

LAS EMPRESAS DEL ESTADO

1. Causas de su aparición ... 385
2. Su tipicidad y condición jurídica: el encuadramiento de la organización administrativa ... 386

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

3. Objeto de su actividad: los llamados servicios públicos industriales y comerciales 387
4. Su creación 388
5. Caracteres 388
6. Regulación de sus relaciones jurídicas: principios aplicables 389
7. Relaciones con la Administración Pública y otras entidades: la aplicación de multas 390
8. Régimen de sus actos y contratos. Los reglamentos de contrataciones 392
9. La aplicación a las empresas del Estado de la Ley de Procedimientos Administrativos 393
10. El personal de las "empresas del Estado" 394
11. Lo atinente a la responsabilidad de sus autoridades 395
12. El control de sus actos por el Poder Ejecutivo. La intervención 396
13. Transacción y arbitraje. Remisión 397
14. Modificación de sus estatutos y extinción 397

CAPÍTULO VIII

OTRAS FORMAS JURIDICAS DE INTERVENCION Y PARTICIPACION ESTATAL

Sección 1ª

Las formas societarias

1. Utilización de las técnicas del derecho comercial por el Estado en las formas de personificación 401
2. Crítica a las posiciones que niegan la existencia de empresas estatales personificadas bajo formas privadas 404
3. Consecuencias que se derivan de las posturas negatorias 406
4. La utilización por el Estado de la forma societaria mercantil y el Derecho público. La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 407
5. Tribunal judicial competente en caso de contiendas 408
6. La participación de las provincias en sociedades estatales 410
7. Conclusiones 411
I. *La sociedad de economía mixta* 412
8. Antecedentes 412
9. Concepto. Fines que debe perseguir 413
10. Condición jurídica 414
11. Naturaleza de los aportes 415
12. Dirección y administración. Fiscalización. El veto 416
13. Creación de la entidad 417
14. Régimen jurídico: la imposibilidad de que sean declaradas en quiebra. El rescate 418
II. *La sociedad del Estado* 418
15. Noción y naturaleza jurídica 418

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com

BJA - BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA - Copia Privada para uso Didáctico y Científico

16. Objeto 421
17. Régimen legal: derogaciones al Código de Comercio y aplicación de la legislación administrativa 421
18. La aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos a las sociedades del Estado y el control de sus actos 422
19. El régimen del personal de las sociedades del Estado 426
III. *Sociedades anónimas* 426
20. La actuación del Estado y la sociedad anónima 426
21. La Sociedad Anónima con participación estatal mayoritaria 427

Sección 2ª

Otras formas de gestión

I. *Empresas sin personalidad jurídica* 429
II. *Las corporaciones estatales* 430
III. *Las fundaciones* 431
1. Antecedentes de la política legislativa sobre las fundaciones 431
2. El concepto de fundación. Diferencias con las corporaciones o asociaciones 433
3. La participación del Estado en el acto fundacional y la naturaleza jurídica de la fundación 434

CAPÍTULO IX

LA ADMINISTRACION DE LAS PROVINCIAS Y MUNICIPIOS. EL REGIMEN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

1. Antecedentes 439
2. La autonomía de las provincias 440
3. Atribuciones 441
4. Instituciones y principales características de la organización provincial 442
5. Los órganos provinciales 443
6. Los gobernadores 445
7. La intervención federal 445
8. Los municipios: su trascendencia y fines. Antecedentes históricos 448
9. Su condición jurídica 449
10. El régimen administrativo municipal 452
11. La autonomía de los municipios en la Constitución Nacional y la de la ciudad de Buenos Aires 453
A) Los municipios provinciales 453
B) El régimen de la ciudad de Buenos Aires 454

Bibliografía 457

http://bibliotecajuridicaargentina.blogspot.com