

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- Tomo I –

Administración Pública. Derecho administrativo. Estado y
Administración Pública. Organización administrativa.

- Marienhoff, Miguel S.-

ÍNDICE

PRÓLOGO

PUBLICACIONES DEL AUTOR

BIBLIOGRAFÍA

COLECCIONES DE FALLOS Y REVISTAS JURÍDICAS CITADAS CON MAYOR FRECUENCIA

TÍTULO PRIMERO - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

- a) Administración como actividad equivalente a la de gobierno.
- b) Administración como actividad subordinada a la de gobierno.
- c) Administración como actividad total del Estado (Constitución y Administración).
- d) Administración como actividad del Poder Ejecutivo.
- e) Administración como actividad estatal que tiene en mira el funcionamiento de los servicios públicos.
- f) Administración como actividad del Estado que no es legislación ni justicia.
- g) Administración de acuerdo con el contenido de los actos de la actividad del Estado (Duguit).
- h) Administración como actividad de órganos ejecutivos dependientes. Merkl.
- i) La Administración como actividad del Estado que debe ejercerse dentro del orden jurídico y de acuerdo con los fines de la ley.

Límites puestos en interés individual por normas jurídicas.

Límites puestos en interés público por normas jurídicas.

Límites puestos a la actividad de la Administración, en interés público, por normas no jurídicas.

TÍTULO SEGUNDO - DERECHO ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO I

- a) Criterio legalista.
- b) Criterio del Poder Ejecutivo.
- c) Criterio de las relaciones jurídicas.
- d) Criterio de los servicios públicos.
- e) Criterio de la actividad total del Estado.
- f) Criterio de los servicios públicos y de la protección jurisdiccional de los administrados.
- g) Criterio de los órganos de aplicación.

CAPÍTULO II - RELACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

- 1º Capacidad de las personas individuales.
- 2º Capacidad de las personas jurídicas.
- 3º Actos jurídicos.
- 4º Dominio público y privado del Estado.
- 5º Expropiación. Ocupación temporánea.
- 6º Compensación.
- 7º Cesión de créditos.
- 8º Cesión de pensiones.
- 9º Locación de cosas.
- 10º Limitaciones al dominio privado por causa de interés público.
- 11º Régimen de los privilegios.
- 1º Sociedades anónimas.
- 2º Quiebra de sociedades que prestan servicios públicos .
- 3º Régimen de los privilegios .

1º Atribuciones del capitán .

2º Régimen de los privilegios .

CAPÍTULO III - FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

A. GENERALIDADES

B. DE LAS FUENTES EN PARTICULAR

CAPÍTULO IV - CODIFICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO V - EL MÉTODO EN DERECHO ADMINISTRATIVO

TÍTULO III - LA PERSONALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO (Estado y Administración Pública)

CAPÍTULO I - PRINCIPIOS GENERALES

CAPÍTULO II - EL ESTADO

CAPÍTULO III - ENTIDADES AUTÁRQUICAS

A.

B.

C.

D.

E.

F.

G.

CAPÍTULO IV - EMPRESAS DEL ESTADO

CAPÍTULO V - SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA

CAPÍTULO VI - OTRAS PERSONAS QUE SE MENCIONAN EN DERECHO ADMINISTRATIVO (Región; Ente Paraestatal; Corporación; Consorcio)

TÍTULO CUARTO - ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

CAPÍTULO I - PRINCIPIOS GENERALES

CAPÍTULO II - LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

SECCIÓN 1ª - CONSIDERACIONES GENERALES

Sección 2ª - De los órganos administrativos en particular

A.

B.

CAPÍTULO III - COMPETENCIA

A. AVOCACIÓN

B. DELEGACIÓN

CAPÍTULO IV - JERARQUÍA

CAPÍTULO V - POTESTADES ADMINISTRATIVAS

CAPÍTULO VI - CENTRALIZACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN

CAPÍTULO VII - EL CONTROL O LA FISCALIZACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (CONTROLES INTERNOS)

SECCIÓN 1ª - PRINCIPIOS GENERALES

SECCIÓN 2ª - DE LOS MEDIOS DE CONTROL O FISCALIZACIÓN EN PARTICULAR

Parte Primera

Parte Segunda - DE LOS "RECURSOS"

A. PRINCIPIOS GENERALES

B. RECURSOS NO REGLADOS

C. RECURSO REGLADO. EL RECURSO JERÁRQUICO

Parte Tercera - CONTROLES JUDICIALES A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (CONTROLES EXTERNOS)

A la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, en cuyas viejas y queridas aulas aprendí y enseñé Derecho.

PRÓLOGO

[D 2202 F-1] Corresponde a la primera edición.

"El derecho actual es pasajero, transitorio. Necesaria, fatalmente, será modificado por las transformaciones del medio. En otras palabras, los estudios económicos, sociológicos y políticos deben estar en la base de los estudios jurídicos. Sin ellos se harán LEGISTAS, pero no JURISCONSULTOS; se prepara EMPÍRICOS, pero no hombres de ciencia" (JÈZE, Gastón, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, trad. de la 3ª ed. francesa. Buenos Aires, 1948, t. I, p. LV).

La edición de esta obra aparece al cumplirse el centenario de la publicación del libro primigenio de derecho administrativo argentino . Desde aquel lejano entonces hasta el presente continúa como una disciplina IN FIERI, agravada su sistematización científica no solamente por las incesantes leyes y decretos-leyes que la dificultan, sino también por las profundas transformaciones políticas, económicas, sociales y tecnológicas del Estado.

[D 2202 F-2] Ferreyra, Ramón: "Derecho Administrativo General y Argentino", Buenos Aires, 1866.

Ya ha pasado la época en que este derecho era considerado como una mera legislación administrativa sujeta a la escuela de la exégesis. A este propósito recuerda Georges Renard las palabras de un letrado que, refiriéndose al eminente jurisconsulto Louis Rolland, exclamó: Qué admirable profesor, pero qué pena verlo relegado a una cátedra de derecho administrativo! . Eran los tiempos en que el ámbito propio de este derecho se lo disputaban el derecho constitucional y el derecho civil. La importancia de esta disciplina es incuestionable. Su jerarquía como ciencia jurídica no puede ser discutida.

[D 2202 F-3] Vid.: Prefacio del libro "Le Contrôle Jurisdictionnel de la Moralité Administrative", por Henri Welter, Paris, 1929, p. II.

Es una realidad que la mayor parte de la actividad estatal es de orden administrativo, y por consiguiente, las potestades del Poder Ejecutivo y de sus órganos descentralizados autárquicos están sujetas a ese derecho. Las declaraciones, derechos y garantías consagrados por la Ley Fundamental se afirman EN SU EFECTIVIDAD antes que en los recursos judiciales. Es, por tanto, inconcebible un Estado de Derecho sin derecho administrativo. Su imperio pone valladares a la arbitrariedad y al despotismo. Su desconocimiento o violación implica el retorno al Estado de policía que es la negación de la libertad y de los derechos humanos.

El autor de esta obra ha demostrado una firme dedicación por los complejos problemas del derecho público. Sus escritos acusan una predilección por el derecho administrativo. Desde hace casi treinta años en la cátedra, en el libro, y en la crítica de la doctrina y de la jurisprudencia, ha exteriorizado su vocación por esta disciplina. Sus opiniones se asientan en principios jurídicos; no son improvisaciones ni ensayos superficiales. Quedan como índices reveladores de su espíritu de jurista. Su contribución a la sistematización de las instituciones propias de ese derecho es el resultado de largas y laboriosas indagaciones. Sus juicios y comentarios son respetuosos de las opiniones ajenas. No ignora -como ya lo advirtió Jèze- que los errores cometidos "no son sin beneficio alguno al corregirlos; a menudo un otro teórico se aproximará a la verdad, quiero decir, a una aproximación más

correcta de la idea de justicia y de utilidad social, económica, política del momento y del medio".

Entre sus escritos deben mencionarse los siguientes: "Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas" (premiada por la Facultad de Derecho de Buenos Aires), (1939); "Legislación de aguas. La cláusula "sin perjuicio de terceros" en la concesión de uso del agua pública" (1942); "Bienes públicos. Potestad para afectarlos y desafectarlos" (1944); "Caducidad y revocación de la concesión de servicios públicos" (1947); "Dominio público. Protección jurídica del usuario" (1956); "La teoría de la imprevisión y su recepción en el derecho público argentino" (1959); "Expropiación. Justa indemnización, concepto y fundamento jurídico" (1959); "Expropiación por las provincias de bienes públicos de la Nación, situados en territorio de aquéllas" (1960); "Condición jurídicolegal del viento" (1961) y principalmente su "Tratado del Dominio Público" (premiado por la Dirección Nacional de Cultura), (1960), que constituye la más importante de sus obras. Es el más valioso aporte publicado hasta el presente para el mejor conocimiento de los complejos problemas que esa institución presenta en el federalismo argentino.

Cada autor tiene su plan expositivo. El de este libro se caracteriza por su ordenamiento lógico y conceptual. En primer término estudia el OBJETO de esta disciplina, esto es, qué debe entenderse por ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (Tít. I), considerándola 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". Luego de definir el DERECHO ADMINISTRATIVO examina extensamente sus relaciones con las ciencias jurídicas y sociales, sus fuentes, la codificación y el método (Tít. II, Caps. I a V). Esta parte puede ser estimada como la INTRODUCCIÓN al derecho administrativo.

A su juicio este derecho "está expresado y contenido no sólo por normas positivas, sino, además, en PRINCIPIOS DE DERECHO PÚBLICO, los cuales son seleccionados y sugeridos principalmente por la doctrina científica en base al método jurídico de investigación. Gran parte de esos principios son extraídos de la Constitución; otros del derecho privado, especialmente del derecho civil, en cuanto ellos tengan valor o substancia de principios generales de derecho". Considera esta disciplina como una rama autónoma de derecho público interno, y lo define como "conjunto de normas y de principios de derecho público interno que tiene por objeto la organización y el funcionamiento de la administración pública, como así la regulación de las funciones interorgánicas, interadministrativas y de las entidades administrativas con los administrados".

Anota el autor una característica propia del derecho administrativo argentino: es un DERECHO LOCAL, esto es, PROVINCIAL, como una consecuencia del sistema de gobierno adoptado por la Constitución Nacional. Se trata de uno de los poderes reservados y no delegados a la Nación (Const., art. 105). No obstante ese carácter, para el cumplimiento de los fines que la Ley Fundamental pone a cargo de la Nación, ésta tiene todas las atribuciones necesarias para el cumplimiento de esos fines. En suma, como lo señala con acierto el autor, además del derecho administrativo provincial existe el derecho

administrativo nacional. Esta dicotomía tiene sus efectos jurídicos en lo relacionado con la codificación.

La personalidad en el derecho administrativo y la organización administrativa constituyen el contenido de los Títulos III y IV de este libro. En el primero se examina, además de la clasificación de las personas jurídicas públicas en estatales y no estatales, el ESTADO, las ENTIDADES AUTÁRQUICAS, las EMPRESAS DEL ESTADO, las SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA, la REGIÓN, el ENTE PARAESTATAL, la CORPORACIÓN y el CONSORCIO. (Caps. I a VI). En el último Título -el IV- estúdiase la TEORÍA DEL ÓRGANO y de los ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS EN PARTICULAR, la COMPETENCIA, la JERARQUÍA, las POTESTADES ADMINISTRATIVAS, la CENTRALIZACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN, y el CONTROL O LA FISCALIZACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (Caps. I a VII).

Este último Capítulo ha merecido al autor una especial consideración. Comprende tres partes: refiérense a los llamados CONTROLES INTERNOS, y después de analizar pulcramente los principios generales que los rigen, examina los medios de control en particular: PREVENTIVO y REPRESIVO, la VIGILANCIA, la AUTORIZACIÓN, la APROBACIÓN, el VISTO BUENO, la SUSPENSIÓN, la INTERVENCIÓN. La 2ª parte está dedicada a los "RECURSOS", que clasifica en no REGLADOS y REGLADOS. En los primeros estudia los de REVOCATORIA y de MERA APELACIÓN JERÁRQUICA, y en los reglados el RECURSO JERÁRQUICO que examina exhaustivamente. En la 3ª parte, por último, dedicada a los CONTROLES EXTERNOS, son motivo de consideración general: la ACCIÓN DE AMPARO, la ACCIÓN POPULAR y el RECURSO EXTRAORDINARIO DE INCONSTITUCIONALIDAD. Es suficiente la enunciación de los medios de control internos para que quede de manifiesto la importancia jurídica de los mismos en lo referente a la moralidad administrativa.

Habida cuenta de la existencia -especialmente en el orden nacional-, de entidades autárquicas institucionales creadas por LEY FORMAL y otras por DECRETO del Poder Ejecutivo, el autor plantea la siguiente cuestión: ¿tienen base constitucional esos actos normativos que les dan origen? Esta cuestión no es sólo académica, por cuanto se vincula necesariamente con las potestades de control del Poder Ejecutivo sobre los entes autárquicos, y, además, con la "personería" para estar en juicio.

Después de examinar detenidamente todos los argumentos de los que sostienen la constitucionalidad de esas entidades creadas por el Legislativo, y desvirtuando con precisión y eficacia sus aseveraciones, estima con razonamientos irrefutables que "salvo el supuesto excepcional de tratarse de actividad administrativa ESPECIALMENTE asignada al órgano Legislativo, la creación de entidades autárquicas no puede efectuarse por ley formal, sino por decreto del Poder Ejecutivo".

Afirma, en consecuencia, que la tesis contraria implicaría un acto violatorio de la Constitución, "porque traduciría por parte del Legislativo un cercenamiento de potestades atribuidas al Ejecutivo por el art. 86, inc. 1º, de la Constitución, y a la vez una intromisión del Legislativo en la zona de reserva de la ADMINISTRACIÓN; en cambio, la creación

de una entidad autárquica por "decreto" del Poder Ejecutivo implica un acto constitucional correcto, pues sólo traduce una autolimitación válida de sus propias atribuciones por parte del Ejecutivo". Comparto sin reticencias esta conclusión.

Es obvio agregar que el Poder Ejecutivo mantiene sobre todas las entidades autárquicas institucionales sus potestades de control, pero con la siguiente diferenciación: sobre las creadas por el Congreso, el de LEGITIMIDAD; sobre las creadas por decreto del Poder Ejecutivo, el control es amplio: el de LEGITIMIDAD y el de OPORTUNIDAD, MÉRITO O CONVENIENCIA. El autor termina el estudio de la cuestión planteada revelando su posición ortodoxa sobre la materia con estos conceptos: "como nada puede o debe hacerse en contra de lo que establece la Constitución, hay que reconocer que entre nosotros, en este orden de ideas, o bien debe aceptarse que la creación de las entidades autárquicas las efectúe el Poder Ejecutivo, mediante decreto, o el Poder Legislativo, mediante ley formal, según que al efecto cada uno de esos poderes ejercite facultades constitucionales que les sean propias, o bien que debe reformarse la Constitución, siguiendo el ejemplo de lo ocurrido en Uruguay, dándole así expresas atribuciones al Congreso para crear dichas entidades autárquicas. Mientras esta reforma no se efectúe, entre nosotros las entidades autárquicas institucionales deberán ser creadas por el Ejecutivo o el Legislativo, según los casos, tal como quedó expresado..."

Las EMPRESAS DEL ESTADO han sido objeto de ajustadas observaciones. Considera acertadamente haberse descuidado el aspecto jurídico. Se las ha confundido indebidamente con las autoridades autárquicas institucionales, no obstante ser absolutamente distintas sus finalidades. Las empresas del Estado tienen finalidades comerciales e industriales, en cambio, las entidades autárquicas institucionales ejercen una actividad propia estatal y, por consiguiente, los regímenes jurídicos deben ser diferentes. Tanto unas como otras son personas jurídicas públicas, pero las autárquicas son estatales y las empresas del Estado no estatales. Con razón dice el autor: "la lógica jurídica rechaza la creación de una "entidad autárquica" para que se ocupe, por ejemplo, de la explotación de una mina y de la comercialización de su producción, o para que se ocupe de cualquier otra industria como pudiera hacerlo un particular, pues nada de esto integra los fines específicos de la función estatal".

La clasificación de las empresas del Estado tiene interés jurídico en cuanto a la rama del derecho aplicable. Desde este punto de vista el autor hace una acertada diferenciación: las que realizan actividades de carácter industrial o comercial y las que están organizadas para la prestación de servicios públicos. Las primeras quedan sometidas principalmente al derecho privado; las segundas al derecho público. Debe tenerse en cuenta que el "servicio público" tiene un régimen jurídico especial que es de derecho público.

Esta contribución a la sistematización del derecho administrativo, por su claridad en la exposición, la sobriedad del estilo, el ordenamiento lógico de las cuestiones tratadas, la independencia mental en el juzgamiento de las teorías y doctrinas y la selecta información bibliográfica, constituye un muy valioso aporte al mejor conocimiento de esta disciplina. Es el resultado de una continuada labor digna de elogio. Las teorías y doctrinas son expuestas en cuanto se las ha estimado necesarias a la crítica constructiva, bien sea para

su revisión o para adoptarlas. No desconoce que las construcciones jurídicas no han de ser únicamente dogmáticas, sino al mismo tiempo asentadas en el análisis y síntesis, sin olvidar que la exactitud del objeto es la base de toda ciencia jurídica.

No solamente es una obra didáctica, sino al mismo tiempo de consulta. La cátedra ejercida como un noble magisterio no absorbe todas las indagaciones y estudios al profesor, queda fuera de ella un vasto campo de interrogantes científicos para resolverlos en ensayos monográficos. El autor, teniendo en cuenta que en el ámbito del derecho administrativo -en virtud de las transformaciones económicas y sociales- las doctrinas y teorías no pueden mantenerse inmutables, no ha subestimado en sus críticas y soluciones el medio y la realidad argentina. Como toda construcción jurídica podrá ser motivo de meditaciones en aquellos problemas en que las opiniones son irreductibles, pero esas eventuales cuestiones no disminuirán la importancia de esta obra magistral: está levantada con solidez y jerarquía intelectual.

BENJAMÍN VILLEGAS BASAVILBASO

Buenos Aires, octubre de 1964.

PUBLICACIONES DEL AUTOR

"Estudio crítico y de legislación comparada del anteproyecto del doctor Bibiloni en materia de derecho de aguas", edición Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires 1936.

"Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas", prologada por el profesor doctor Rafael Bielsa, edición Abeledo, Buenos Aires 1939. (Premiada por la Facultad de Derecho de Buenos Aires).

"Legislación de Aguas", proyecto de Código de Aguas para la provincia de Mendoza (antecedentes, etc.), en colaboración con el doctor Alberto Corti Videla y el ingeniero Ludovico Ivanissevich, edición oficial, Mendoza 1940.

"Legislación de Aguas. Contribución al Primer Congreso Argentino del Agua", edición Abeledo, Buenos Aires 1941.

"Legislación de Aguas. La Irrigación", publicado en el tomo IV del Anuario del Instituto de Derecho Público de la Universidad Nacional del Litoral y en edición de Valerio Abeledo, Buenos Aires 1942.

"Régimen jurídico-económico de las aguas en Mendoza durante el período intermedio (1810-1884)", Mendoza 1941, del Dr. Guillermo J. Cano, comentario bibliográfico aparecido en "Jurisprudencia Argentina", sección bibliográfica, año 1942-I.

"Legislación de Aguas. La cláusula *sin perjuicio de terceros* en las concesiones de uso del agua pública", edición Abeledo, Buenos Aires 1942.

"Bienes Públicos. Potestad jurisdiccional para afectarlos y desafectarlos", edición Valerio Abeledo, Buenos Aires 1944.

"Caducidad y revocación de la concesión de servicios públicos", edición Abeledo, Buenos Aires 1947.

"Acerca del llamado *derecho judicial*: su alcance", en "Jurisprudencia Argentina", 1950-I, página 73 y siguientes, sección doctrinaria.

"La Patagonia. Su aspecto económico-social" (conferencia pronunciada en el Museo Social Argentino el 27 de agosto de 1951), edición Abeledo, Buenos Aires 1952.

"Derecho Administrativo", del doctor Benjamín Villegas Basavilbaso (tomo IV, "Dominio Público"), comentario bibliográfico en "Jurisprudencia Argentina", 1953-III, página 10 y siguientes, sección bibliográfica.

"Agua", en "Enciclopedia Jurídica Omeba".

"Dominio Público. Protección jurídica del usuario", Buenos Aires 1956.

"La nueva ley sobre tierras fiscales", en el Informativo Semanal del Rotary Club de Buenos Aires, nº 1098, del 29 de julio de 1957, página 79 y siguientes.

"Derecho Administrativo", del doctor Benjamín Villegas Basavilbaso (tomo 6º, "Limitaciones a la Propiedad"), comentario bibliográfico en "Jurisprudencia Argentina", 1957-III, página 11, sección bibliográfica.

"La teoría de la imprevisión y su recepción en el derecho público argentino", en "Jurisprudencia Argentina", 1959-V, sección doctrinaria, página 106.

"Expropiación. *Justa* indemnización: concepto y fundamento jurídico", en "Jurisprudencia Argentina", 1959-VI, página 255.

"Expropiación por las provincias de bienes públicos de la Nación, situados en territorio de aquéllas. (El derecho de las provincias a su "existencia integral")", en "Revista Argentina de Ciencia Política", nº 1, año 1960, Buenos Aires.

"Tratado del Dominio Público", edición T.E.A., Buenos Aires 1960. (Premiada por el Ministerio de Educación y Justicia de la Nación: Dirección Nacional de Cultura).

"Extinción del acto administrativo creador de derechos", en Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política, realizado en Buenos Aires, agosto de 1960, publicado por la Asociación Argentina de Ciencia Política, tomo 2º.

"Tratado de Derecho Administrativo", del doctor Enrique Sayagués Laso, tomo 2º, comentario bibliográfico en "Jurisprudencia Argentina", 1960-VI, página 6, sección bibliográfica.

"Condición jurídico legal del viento", en "Jurisprudencia Argentina", 1961-IV, página 73, sección doctrinaria.

"Entidades autárquicas institucionales. Su creación por ley o por decreto. Lo atinente a su constitucionalidad", en "Jurisprudencia Argentina", 1961-VI, página 62.

"Administración Pública. Actividad interorgánica. Relaciones interadministrativas", en "Jurisprudencia Argentina", 1962-III, página 77, sección doctrinaria.

"Administración Pública. Actividad *jurisdiccional* de la Administración", en "Jurisprudencia Argentina", 1962-IV, página 102, sección doctrinaria.

"Ley de demandas contra la Nación. Su ámbito de aplicación", en "Jurisprudencia Argentina", 1962-VI, página 43.

"Administración Pública. Actividad *colegiada* de la Administración", en "Jurisprudencia Argentina", 1962-VI, página 125, sección doctrinaria.

"La intervención federal y el Derecho Administrativo", en "Anales de la Universidad del Salvador", nº 2, página 313 y siguientes, Buenos Aires 1966.

"Los efectos de un acto administrativo ¿se *suspenden* al deducir contra dicho acto un recurso de apelación -autorizado por ley formal- ante la autoridad judicial?", en la revista "Derecho del Trabajo", año XXVII, nº 4, abril de 1967, página 184.

"El derecho a la libertad integral del ciudadano", publicado por la Academia Nacional de Derecho, Anales, serie I, nº 9.

"Derecho Administrativo: derecho *in fieri*", discurso académico, publicado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, "Anales", Años X y XI, segunda Época, nº 8, Buenos Aires 1968.

"El derecho como ciencia", palabras pronunciadas al recibir el premio Bunge y Born 1968, Buenos Aires 1968.

"La reciente reforma al Código Civil en materia de aguas", en "Jurisprudencia Argentina", 18 de diciembre 1969, "Doctrina", Serie Contemporánea 1970, página 255.

"El problema de la jurisdicción en la plataforma continental argentina", en "Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires", Buenos Aires 1972, página 5 y siguientes.

"Declaración del Ministerio de Industria y Minería de la Nación, acerca del Anteproyecto de Código de Minería preparado por el Dr. Edmundo F. Catalano", en "Revista Argentina de Derecho Administrativo", nº 3, junio 1972, Buenos Aires.

Proyecto de Código de Aguas para la provincia de Corrientes (en colaboración con el Dr. Agustín A. Gordillo), convertido en ley nº 3066 [L CTE LY 3066], año 1972.

"El acto administrativo "general": el reglamento", en "Jurisprudencia Argentina", 23 agosto 1973, "Doctrina", 1974, página 171.

"La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Fallos estelares y fallos perfectibles", en "Boletín del Museo Social Argentino", julio-agosto-sept. 1973, página 183.

"El derecho sobre el mar", en "La Prensa", domingo 7 octubre 1973, sección 1ª, páginas 6 y 7.

"Acerca de la reforma al Código Civil en materia de aguas", en "Jurisprudencia Argentina", 15 de mayo de 1974, "Doctrina", 1974, página 674.

"La garantía de libre defensa y la instancia administrativa", en "Jurisprudencia Argentina", 15 de mayo de 1974, tomo 22-1974, página 554, nota a fallo.

"La *lesión* en el derecho administrativo. Improcedencia de su alegación por el Estado. Lo atinente al administrado", en "Jurisprudencia Argentina", Doctrina 1975, página 468.

"La jurisdicción originaria de la Corte Suprema de Justicia y los juicios de expropiación", en "Jurisprudencia Argentina", tomo 27-1975, página 22, nota a fallo.

"El *servicio público* y sus variadas expresiones. (Actividad bancaria; servicio fúnebre; actividad del corsario)", en "Jurisprudencia Argentina", 20 de octubre de 1975.

"Condición jurídica de las nubes. Nuevas sugerencias", en "Jurisprudencia Argentina", 1976-III, página 683.

"De nuevo sobre la *lesión* en el derecho administrativo. Improcedencia de su invocación por el Estado. Lo atinente al administrado", en "Jurisprudencia Argentina", 1976-III, página 766.

"La nueva ley nacional de expropiación: su contenido", en "Jurisprudencia Argentina", 1977-II, página 748.

"Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos", en "El Derecho", 21 de marzo de 1988.

""Derecho adquirido" y "derecho ejercido": pretendidas diferencias en cuanto a su protección jurídica", en "La Ley", 14 de marzo de 1989.

"El exceso de punición como vicio del acto jurídico de derecho público", en "La Ley", 1989-E, sección doctrina, página 964 y siguientes.

"La supuesta autonomía municipal", en "La Ley", 1990-B, 1012.

"Imprescriptibilidad de los sepulcros existentes en cementerios estatales", en "La Ley", 10 de septiembre de 1990.

"Dominio público. Concesiones temporarias de uso especial o privativo. Situación de los concesionarios al vencimiento de las mismas. (Los principios "*quieta non movere*", "buena fe" e "inmutabilidad de las situaciones jurídicas plausibles")", en "La Ley", 1990-E, página 881.

"Régimen jurídico-legal de los monumentos, lugares históricos y de interés científico", en "La Ley", 10 de mayo de 1979.

"Ley que rige el derecho a obtener una jubilación. Requisitos para ello. El fallo anotado (nota a fallo)", en "La Ley", 8 de julio de 1980.

"La generación del 80 y las leyes básicas requeridas por el país", en "La Ley", 27 de octubre de 1980.

"Homosexualidad y libertades públicas. (Comentarios a un trascendente fallo)", en "La Ley", 20 de diciembre de 1991.

"El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado. Lo atinente a la revocación de los actos o contratos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia", en "El Derecho", 22 de julio de 1985.

"Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado", en "La Ley", 17 de julio de 1991.

"Delfines o toninas y acción popular" (nota a fallo), en "El Derecho", 23 de agosto de 1983.

"Nuevamente acerca de la acción popular. Prerrogativas jurídicas. El "interés difuso"", en "El Derecho", 29 de noviembre de 1983.

"Las Academias Nacionales. El cincuentenario de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Universidad y Academias", Buenos Aires 1985, edición Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires.

"Naturaleza jurídica de los organismos internacionales binacionales. La Comisión Técnica Mixta de Salto Grande. Respuesta a una objeción", en "La Ley", 7 de mayo de 1992.

"La acción popular", en "La Ley", 11 de agosto de 1993.

"Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias dañosas de su actividad lícita", en "La Ley", 15 de noviembre de 1993.

"Responsabilidad extracontractual del Estado, derivada de su actividad pública, y distinción de las obligaciones como de "medio" o de "resultado"", en "El Derecho", 16 de mayo de 1994.

BIBLIOGRAFÍA

ADROGUÉ, Carlos A.: "Poderes impositivos federal y provincial sobre los instrumentos de gobierno", Buenos Aires 1943.

AFTALIÓN, Enrique R. y LANDABURU, Laureano (h.): "Acerca de las faltas o contravenciones", en "La Ley", 12 de noviembre de 1943.

AFTALIÓN, Enrique R.: "Derecho Penal Económico", Buenos Aires 1959.

AGÈERO, Nélica Raquel: "La vista de las actuaciones en la ley 19549 y decreto 1759/72", en "Revista Argentina de Derecho Administrativo", nº 4.

AGUIAR, Henoch D.: "Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley", 5 tomos, Buenos Aires 1950-1952.

AJA ESPIL, Jorge A.: "La encrucijada constitucional", en "Jurisprudencia Argentina", 1955-IV, página 33.

AJA ESPIL, Jorge A.: "Delegata potestas non potest delegari", en "Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política", realizado en Buenos Aires, agosto de 1960, publicado por la Asociación Argentina de Ciencia Política, tomo 2º.

AJA ESPIL, Jorge A.: "Constitución y Poder. Historia y Teoría de los Poderes Implícitos y de los Poderes Inherentes", Buenos Aires 1987.

ALESSI, Renato: "Diritto Amministrativo", Milano 1949.

ALESSI, Renato: "La revoca degli atti amministrativi", Milano 1956.

ALSINA, Hugo: "Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial", 3 tomos, Buenos Aires 1941-1943.

AMADEO, José Luis: "Interpretación jurisprudencial del amparo y su inclusión en constituciones provinciales", en "Jurisprudencia Argentina", 1961-II, página 544 y siguientes.

ANAYA, Jaime Luis: "Acerca de las `Empresas del Estado'", en "Jurisprudencia Argentina", 1º de agosto de 1967.

ANDERS. Ver Goldschmidt.

ANDREOZZI, Manuel: "La materia contencioso administrativa. Bases para su codificación", Tucumán 1947.

ARGAÑARÁS, Manuel J.: "Tratado de lo contencioso administrativo", Buenos Aires 1955.

ATWELL OCANTOS. Ver Carette.

AYLWIN AZOCAR, Patricio: "Manual de Derecho Administrativo", Santiago de Chile 1952.

BACHELET, Vittorio: "Disciplina militare e ordinamento giuridico statale", Milano 1962.

BADENES GASSET, Ramón: "El riesgo imprevisible", Barcelona 1946.

BALDI PAPINI, Ubaldo: "L'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi invalidi", Firenze 1939.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio: "Natureza e regime jurídico das autarquias", São Paulo 1967.

BARRA, Rodolfo C.: "El nuevo régimen de las obras sociales", en "El Derecho", 14-VI-89.

BAS, Arturo M.: "El derecho federal argentino. Nación y provincias", 2 tomos, Buenos Aires 1927.

BATBIE, A.: "Traité théorique et pratique de droit public et administratif", 9 tomos, Paris 1885-1894.

BECERRA FERRER, Guillermo: "Naturaleza y presupuestos del recurso de amparo", Córdoba 1960, edición Universidad Nacional de Córdoba, y en "Jurisprudencia Argentina", 1959-V, sección doctrinaria.

BECERRA FERRER, Guillermo: "Delegación de Facultades Legislativas", en "Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política", realizado en Buenos Aires, agosto de 1960, publicado por la Asociación Argentina de Ciencia Política, tomo 2º.

BECET, Jean Marie: "Les institutions administratives", Paris 1985.

BECOURT, Daniel: "Le droit de la personne sur son image", Paris 1969.

BERTHÉLEMY, H.: "Traité élémentaire de droit administratif", Paris 1930.

BIANCHI, Alberto B.: "La delegación de funciones legislativas. (Contribución hacia un estudio de los llamados reglamentos delegados)", en "El Derecho", del 17 al 23 de febrero de 1987.

BIANCHI, Alberto B.: "La Corte Suprema ha extendido carta de autonomía a las municipalidades", en "La Ley", 22 de mayo de 1989.

BIDART CAMPOS, Germán J.: "Derecho de Amparo", Buenos Aires 1961.

BIDART CAMPOS, Germán J.: "Derecho Constitucional", tomo 1º, Buenos Aires 1964.

BIDART CAMPOS, Germán J.: "Derecho Constitucional del Poder", 2 tomos, Buenos Aires 1967.

BIDART CAMPOS, Germán J.: "Manual de Derecho Constitucional", Buenos Aires 1972.

BIDART CAMPOS, Germán J.: "El control y la declaración de inconstitucionalidad en sede administrativa", en "El Derecho", tomo 21.

BIDEGAIN, Carlos M. y GARBER, Carlos A.: "La enseñanza y la práctica del derecho en los Estados Unidos", publicación del Servicio Informativo de los Estados Unidos de América, Buenos Aires.

BIELSA, Rafael: "La autarquía de las Universidades y otras cuestiones de política y docencia universitarias", Buenos Aires 1926.

BIELSA, Rafael: "Ciencia de la Administración", Rosario, 1937.

BIELSA, Rafael: "Los actos administrativos que imponen multa y su revisión jurisdiccional", en "Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas", Universidad Nacional del Litoral, Rosario 1937, septiembre-diciembre, y en "Jurisprudencia Argentina", tomo 60, páginas 27-28, nota.

BIELSA, Rafael: "Principios de régimen municipal", Buenos Aires 1940.

BIELSA, Rafael: "La noción de autarquía y el régimen municipal", en "Anuario del Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas de la Universidad Nacional del Litoral", mayo de 1939 y abril de 1940, Rosario.

BIELSA, Rafael: "Régimen jurídico de las autorizaciones y aprobaciones administrativas", en "Anuario del Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas de la Universidad Nacional del Litoral", Rosario 1944.

BIELSA, Rafael: "Derecho Administrativo", cuarta edición.

BIELSA, Rafael: "El recurso jerárquico", Buenos Aires 1953.

BIELSA, Rafael: "Cuestiones de Jurisdicción. Acciones y Recursos", Buenos Aires 1956.

BIELSA, Rafael: "Derecho Constitucional", Buenos Aires 1959.

BODDA, Pietro: "Appunti di giustizia amministrativa", Torino, segunda edición.

BODENHEIMER, Edgar: "Teoría del Derecho", edición Fondo de Cultura Económica, México 1942.

BONAUDI, Emilio: "Della sospensione degli atti amministrativi", Torino 1908.

BONNARD, Roger: "Précis de droit public", Paris 1946.

BOSCH, Jorge T.: "Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes", Buenos Aires 1944.

BOSCH, Jorge T.: "Revisión judicial de sentencias interlocutorias dictadas por órganos administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales", en "La Ley", 25 de octubre de 1956.

BRANDAO CAVALCANTI, Themistocles: "Tratado de Direito Administrativo", 6 tomos, Rio de Janeiro 1942-1944.

BROCCOLI, Geremia L.: "La codificazione del diritto amministrativo. Giustificazione teorica e delineazione concreta", Napoli 1933.

BULLRICH, Rodolfo: "Curso de Derecho Administrativo", 2 tomos, Buenos Aires 1925-1932.

BULLRICH, Rodolfo: "Principios generales de derecho administrativo", Buenos Aires 1942.

BUNGE, Carlos Octavio: "Teoría del Derecho", Buenos Aires 1905.

BUNGE, Carlos Octavio: "El Derecho. Ensayo de una teoría integral", Madrid 1927.

BUSSO, Eduardo B.: "Código Civil Anotado", 5 tomos, Buenos Aires 1954-1955.

CABRAL TEXO, Jorge: "El régimen de los decretos leyes en el derecho público argentino", Buenos Aires 1949.

CAETANO, Marcello: "Manual de direito administrativo", Coimbra 1951.

CALVO, Nicolás A.: "Decisiones constitucionales de los tribunales federales de Estados Unidos desde 1789", 2 tomos, Buenos Aires 1886.

CANO, Guillermo J.: "Contribución al estudio de la reforma constitucional: federalismo, minas y aguas", en "Jurisprudencia Argentina", 1957-III, página 73, sección doctrinaria.

CANOSA, Armando N.: "Algunas reflexiones acerca de las denominadas personas públicas no estatales", en "El Derecho", 19 mayo 1993.

CARETTE, Augusto; ATWELL OCANTOS, Carlos, y REQUENA, Valentín: "Diccionario de legislación nacional y provincial de la República Argentina", 10 tomos, Buenos Aires 1912-1916.

KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída Rosa: "Atribuciones de los superiores tribunales de provincia", Mendoza 1991.

CARRANZA, Jorge A.: "Algunos aspectos de la problemática actual en materia de arrendamientos rurales", en "Jurisprudencia Argentina", 1964-II, página 500.

CARRASCO, Gabriel: "Las libertades comunales" (discurso parlamentario en Santa Fe), Santa Fe 1890.

CARRÉ DE MALBERG, R.: "Teoría General del Estado", edición Fondo de Cultura Económica, México 1948.

CASTRO NUNES, José de: "Do Estado Federado e sua organização municipal", Rio de Janeiro 1920.

CASSAGNE, Juan Carlos: "Las entidades estatales descentralizadas y el carácter público o privado de los actos que celebran", en "La Ley", tomo 143, página 1172.

CERMESONI, Jorge E.: "El sistema constitucional regionalista: La experiencia italiana", en "La Ley", tomo 142.

CIANFLONE, Antonio: "La supplenza nelle funzioni amministrative", Milano 1955.

CIRNE LIMA, Ruy: "Princípios de direito administrativo brasileiro", terceira edição, Porto Alegre 1954.

CLARKE ADAMS, John: "El derecho administrativo norteamericano", traducción, Buenos Aires 1964, Editorial Universitaria de Buenos Aires (EUDEBA).

CLARÍA OLMEDO, Jorge A.: "Competencia represiva militar", Córdoba 1947, Imprenta de la Universidad.

COLETTI, Giuseppe. Ver Lucifredi.

COLMEIRO, Manuel: "Derecho Administrativo Español", 2 tomos, Madrid 1858.

COLLAZO, Oscar Juan: "Administración Pública", Buenos Aires 1974.

COOLEY, Thomas M.: "Principios generales de derecho constitucional en los Estados Unidos de América", traducción Carrié, Buenos Aires 1898.

CORTÉS, Jerónimo: "Vistas Fiscales", 5 tomos, Buenos Aires 1887 (los tres primeros tomos), y Córdoba 1907-1910 (los dos últimos tomos).

COSTA, Agustín A.: "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", Buenos Aires 1950.

COUTURE, Eduardo J.: "Estudios de derecho procesal civil", 3 tomos, Buenos Aires 1948-1950.

CREO BAY, Horacio D.: "Amparo por mora de la Administración Pública", Buenos Aires 1989.

CREO BAY, Horadio D.: "Las personas públicas no estatales y los límites del Estado", en "Doctrina Judicial", 23 agosto 1989.

CUETO RÚA, Julio: "Fuentes del Derecho", Buenos Aires 1961.

DABIN, J.: "El derecho subjetivo" (traducción del francés), Madrid 1955.

D'ALESSIO, Francesco: "Istituzioni di diritto amministrativo italiano", 2 tomos, Torino 1932-1934.

DALURZO, Beatriz F.: "Delegación de facultades legislativas", en "Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política", realizado en Buenos Aires, agosto de 1960, publicado por la Asociación Argentina de Ciencia Política, tomo 2º.

DALURZO, Beatriz F.: "La teoría de la imprevisión y la Constitución Nacional", en "Jurisprudencia Argentina", 1960-VI, sección doctrinaria, página 101 y siguientes.

DANA MONTAÑO, Salvador: "La duración de los decretos-leyes dictados por el gobierno provisional", en "La Ley", tomo 90, página 670 y siguientes.

DEL VECCHIO, Giorgio: "Teoría del Estado", Barcelona 1956.

DE VALLES, Arnaldo: "Elementi di diritto amministrativo", Padova 1951.

DÍAZ CISNEROS, César: "Derecho Internacional Público", 2 tomos, Buenos Aires 1966.

DIEZ, Manuel M.: "El deber de obediencia en la función pública", Buenos Aires 1951.

DIEZ, Manuel: "El acto administrativo", Buenos Aires 1961.

DIEZ, Manuel M.: "Derecho Administrativo", Buenos Aires 1963.

DÍEZ-PICAZO, Luis María: "Concepto de ley y tipos de leyes. (¿Existe una noción unitaria de ley en la Constitución española?)", publicado en la "Revista Española de Derecho Constitucional", año 8, nº 24, septiembre-octubre de 1988.

DOCOBO, Jorge J.: "Naturaleza jurídica de las obras sociales", en "Jurisprudencia Argentina", Doctrina, 1975, página 207.

DROMI, José Roberto: "Actividad administrativa provincial (enfoque histórico)", en "Jurisprudencia Argentina", Doctrina, 1975, página 712 y siguientes.

DROMI, José Roberto: "Corporación de empresas nacionales. Régimen Jurídico. Empresas incorporadas y controladas. Funciones", en "Jurisprudencia Argentina", Doctrina, 1975, página 243.

DUCROCQ, Th.: "Cours de droit administratif et de législation française des finances", 7 tomos, Paris 1897-1905.

DUEZ, Paul: "Les acts de gouvernement", Paris 1935.

DUGUIT, León: "Traité de droit constitutionnel", 5 tomos, Paris.

DUGUIT, León: "Las transformaciones del derecho público", traducción del francés. Madrid, edición Francisco Beltrán.

DUNHAN y KURLAND: "El señor magistrado", editorial Limusa-Willey S.A., México 1968.

DUPEYROUX, Olivier: "La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs", Paris 1954.

EICHMANN, Eduardo: "Manual de derecho eclesiástico a tenor del Codex Iuris Canonici", traducción del alemán, 2 tomos, Barcelona 1931.

EISENMANN, Charles: "Centralisation et décentralisation", Paris 1948.

ESCRICHE, Joaquín: "Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia", 4 tomos, Madrid 1874-1876.

ESMEIN, A.: "Eléments de droit constitutionnel français et comparé", Paris 1909.

ESTRÁZULAS, Hugo: "La Administración Pública en el Estado Moderno. (Poder discrecional. Recurso por desviación de poder)". Montevideo 1943.

ESTRADA, José Manuel: "Curso de Derecho Constitucional", 3 tomos, Buenos Aires 1927.

ETKIN, Alberto M.: "Validez temporal de los decretos-leyes de la revolución", en "Jurisprudencia Argentina", 1958-II, sección doctrinaria.

FACULTAD DE DERECHO de la Universidad de Buenos Aires, Sección Publicaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales: "La codificación civil en Alemania. Opiniones de Thibaut y Savigny", Buenos Aires 1940.

FERRARI, Giuseppe: "Introduzione ad uno studio sul diritto pubblico consuetudinario", Milano 1950.

FERNÁNDES DE OLIVEIRA, Regis: "Infrações e sanções administrativas", São Paulo 1985.

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Ver García de Enterría, Eduardo.

FERNÁNDEZ DE VELASCO CALVO, Recaredo: "Los contratos administrativos", Madrid 1927.

FERNÁNDEZ DE VELASCO CALVO, Recaredo: "El acto administrativo", Madrid 1929.

FERNÁNDEZ DE VELASCO CALVO, Recaredo: "Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración", 2 tomos, Barcelona 1930-1931.

FERREYRA, Ramón: "Derecho Administrativo General y Argentino", Buenos Aires 1866, imprenta Pablo E. Coni.

FIORINI, Bartolomé A.: "Teoría de la justicia administrativa", Buenos Aires 1944.

FIORINI, Bartolomé A.: "La discrecionalidad en la Administración Pública", Buenos Aires 1948.

FIORINI, Bartolomé A.: "El recurso de amparo", en "La Ley", tomo 93.

FIORINI, Bartolomé A.: "Recurso Jerárquico", Buenos Aires 1963.

FIORINI, Bartolomé A.: "Teoría jurídica del acto administrativo", Buenos Aires 1969.

FIORINI, Bartolomé A.: "Manual de Derecho Administrativo", 2 tomos, Buenos Aires 1968.

FISCHBACH, O. G.: "Teoría general del Estado", traducción del alemán, Barcelona 1929.

FLEINER, Fritz: "Instituciones de Derecho Administrativo", traducción del alemán, Barcelona 1933.

FONTANARROSA, Rodolfo O.: "Derecho Comercial Argentino. (Parte General)", Buenos Aires 1963.

FORSTHOFF, Ernst: "Tratado de Derecho Administrativo", traducción del alemán, Madrid 1958.

FRAGA, Gabino: "Derecho Administrativo", México 1944.

FRAGOLA, Umberto: "Manuale di diritto amministrativo", Napoli 1946.

FRAGOLA, Umberto: "Gli atti amministrativi", Torino 1952.

FRANCHINI, Flaminio: "La delegazione amministrativa", Milano 1950.

FRANCHINI, Flaminio: "Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'amministrazione e i privati", Milano 1957.

FREITAS, A. T. de: "Código Civil. Proyecto", traducción Pons, 3 tomos, Buenos Aires 1901.

GALATERIA, Luigi: "Teoria giuridica degli ordini amministrativi", Milano 1950.

GALATERIA, Luigi: "I provvedimenti amministrativi di urgenza. Le ordinanze", Milano 1953.

GALATERIA, Luigi: "Gli organi collegiali amministrativi", 2 tomos, Milano 1956-1959.

GAMBIER, Beltrán: "La impugnación directa de los reglamentos en sede administrativa en un dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación", en "Revista de Derecho Administrativo", nº 2, Buenos Aires 1985.

GARBER, Carlos A. Ver Bidegain.

GARCÍA, Ana Starkman de: "Empresas del Estado en Argentina", publicado en el "Boletín del Instituto de Estudios Económicos y Financieros", Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, junio de 1958. La Plata.

GARCÍA BELSUNCE, Horacio A.: "Temas de Derecho Tributario", Buenos Aires 1982.

GARCÍA BELSUNCE, Horacio A.: "Garantías Constitucionales", Buenos Aires 1984.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: "Curso de Derecho Administrativo", tomo 1º, Madrid 1975.

GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L.: "Cuerpo del Derecho Civil Romano a doble texto, traducido al castellano del latino publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen", 6 tomos, Barcelona 1889-1898.

GARCÍA GHIRELLI, José I.: "Repertorio de Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia", Buenos Aires 1973.

GARCÍA OVIEDO, Carlos: "Derecho Administrativo", 2 tomos. Madrid 1943.

GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio: "Principios jurídicos de la organización administrativa", Madrid 1957.

GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio: "Tratado de Derecho Administrativo", 3 tomos (5 volúmenes), Madrid 1964-1970.

GARO, Francisco J.: "Sociedades Comerciales", 2 tomos, Buenos Aires 1949.

GARO, Francisco J.: "Sociedades Anónimas", 2 tomos, Buenos Aires 1954.

GARRIDO FALLA, Fernando: "Regímenes de impugnación de los actos administrativos", Madrid 1956.

GARRIDO FALLA, Fernando: "Tratado de Derecho Administrativo", 3 tomos, Madrid 1960-1963.

GASCÓN Y MARÍN, José: "Tratado de Derecho Administrativo", 2 tomos, Madrid 1947-1948.

GASCÓN HERNÁNDEZ, Juan: "Problemas actuales del decreto-ley", en "Revista de Administración Pública", nº 15, septiembre-diciembre 1954, Madrid.

GAVIER, Ernesto R.: "James Goldschmidt y el derecho penal administrativo", en "El Derecho Penal Administrativo", Córdoba 1946, edición Universidad Nacional de Córdoba.

GIANNINI, Massimo Severo: "Lezioni di diritto amministrativo", Milano 1950.

GIULIANI FONROUGE, Carlos M.: "Derecho Financiero", 2 tomos, Buenos Aires 1962.

GOLDSCHMIDT, James y ANDERS, Georg: "Deslinde entre los delitos administrativos y los criminales y aplicación de las normas generales del Derecho Penal al delito administrativo", en "El Derecho Penal Administrativo", Córdoba 1946, edición Universidad Nacional de Córdoba.

GONZÁLEZ, Joaquín V.: "Legislación de Minas", Buenos Aires 1900.

GONZÁLEZ, Joaquín V.: "Manual de la Constitución Argentina", Buenos Aires, undécima edición.

GONZÁLEZ, Joaquín V.: "Obras Completas".

GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan Antonio: "Derecho Constitucional Argentino", 3 tomos, Buenos Aires 1923.

GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: "Derecho Administrativo Español", 2 tomos, Pamplona 1987-1988.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: "La sentencia administrativa: su impugnación y efectos", Madrid 1954.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: "Derecho Procesal Administrativo", 3 tomos, Madrid 1955-1958.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: "Derecho Procesal Constitucional", Madrid 1980.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco: "Régimen jurídico de las administraciones públicas", Madrid 1993, Editorial Civitas S.A.

GOODNOW, Francisco J.: "Derecho Administrativo Comparado", 2 tomos, Madrid, edición "La España Moderna".

GORDILLO, Agustín A.: "La responsabilidad (extracontractual) del Estado por hechos y actos de la Administración Pública", tesis doctoral del autor (inérita).

GORDILLO, Agustín A.: "Estructuración dogmática del Estado de Derecho", separata de "Lecciones y Ensayos", n° 17, Buenos Aires 1960.

GORDILLO, Agustín A.: "La apertura a prueba en el procedimiento administrativo", en "Revista de Administración Pública", n° 1, Buenos Aires abril-junio de 1961.

GORDILLO, Agustín A.: "Introducción al Derecho Administrativo", Buenos Aires 1962.

GORDILLO, Agustín A.: "El acto administrativo", Buenos Aires 1963.

GORDILLO, Agustín A.: "La vista de las actuaciones en el procedimiento administrativo", publicado en su libro "Estudios de Derecho Administrativo", Buenos Aires 1963.

GORDILLO, Agustín A.: "El recurso de revocatoria en el procedimiento administrativo nacional. Aspectos de trámite", en "Jurisprudencia Argentina", 1963-VI, sección doctrinaria, página 27 y siguientes.

GORDILLO, Agustín A.: "El interés legítimo en los recursos administrativos", en "Revista Argentina de Ciencia Política", nº 4, Buenos Aires julio-diciembre de 1961, página 257 y siguientes.

GRAU, Armando Emilio: "Función judicial del órgano ejecutivo en la República Argentina", en "E.C.A.", Revista de la Escuela Superior de Ciencias Administrativas de la Universidad Nacional de La Plata, nº 3, julio-diciembre de 1959.

GRAU, Armando Emilio: "Extensión del recurso jerárquico", en "Jurisprudencia Argentina", 1962-I, sección doctrinaria, página 78.

GRECA, Alcides: "Derecho y Ciencia de la Administración Municipal", Santa Fe 1937.

GRECA, Alcides: "El sistema de economía mixta en la realización de los servicios públicos", Santa Fe 1941.

GRECCO, Carlos Manuel: "Impugnación de disposiciones reglamentarias", Buenos Aires 1988.

GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro: "El Código Penal de 1870 concordado y comentado", 8 tomos, Madrid-Burgos-Salamanca.

GUICCIARDI, Enrico: "La giustizia amministrativa", Padova 1943.

HAMSON, C. J.: "Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration", Paris 1958.

HAURIOU, Maurice: "La jurisprudence administrative de 1892 ... 1929", 3 tomos, Paris 1929.

HAURIOU, Maurice: "Précis de droit administratif et de droit public", Paris 1933.

HEREDIA, Horacio H.: "Contralor administrativo sobre los entes autárquicos", Buenos Aires 1942.

HEREDIA, Horacio H.: "Contralor", en "Entidades autárquicas institucionales. Bases para una ley orgánica", publicación del Instituto Argentino de Estudios Legislativos, Buenos Aires 1942.

HOUIN, R.: "La gestion des entreprises publiques et les méthodes du droit commercial", en "La distinction du droit privé et du droit public et l'entreprise publique", página 79 y siguientes, publicación de "Archives de Philosophie du Droit", Paris 1952.

HUGUES, Charles Evans: "La Suprema Corte de Estados Unidos", edición Fondo de Cultura Económica, México 1946.

IBÁÑEZ FROCHAM, Manuel M.: "Tratado de los recursos en el proceso civil", tercera edición, Buenos Aires.

IBÁÑEZ FROCHAM, Manuel M.: "La jurisdicción. Doctrina. Jurisprudencia. Legislación comparada", Buenos Aires 1972.

IMAZ, Esteban y REY, Ricardo E.: "El recurso extraordinario", segunda edición actualizada por los doctores Ricardo E. Rey y Lino Enrique Palacio.

INACARATO, Márcio Antônio: "O município no vigente direito constitucional brasileiro", en "Revista de Informação Legislativa", página 156, Senado Federal, Subsecretaría de Edições Técnicas, abril a junio 1974, Brasília DF.

INGENIEROS, José: "Las doctrinas de Ameghino. La tierra, la vida y el hombre", Buenos Aires 1919.

INSTITUTO ARGENTINO DE ESTUDIOS LEGISLATIVOS: "Anteproyecto de ley sobre acción de amparo de los derechos y garantías constitucionales", en "Jurisprudencia Argentina", 1960-VI, página 3, sección doctrinaria.

JEANNEAU, Benoit: "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative", Paris 1954, Sirey.

JELLINEK, Giorgio: "Sistema del diritti pubblici subbietivi", Milano 1912.

JELLINEK, Georg: "Teoría general del Estado", traducción del alemán, edición Albatros, Buenos Aires 1954.

JEMOLO, Arturo Carlo: "Lezioni di diritto ecclesiastico", Milano 1962.

JENKS, Edward: "El derecho inglés", Madrid 1930, traducción del inglés.

JÈZE, Gastón: "Los principios generales del derecho administrativo", traducción del francés, edición Depalma, 6 tomos, Buenos Aires. Además: edición Reus, Madrid, y edición original francesa, Paris, editorial Marcel Giard.

KROTOSCHIN, Ernesto: "Instituciones de Derecho del Trabajo", Buenos Aires 1947.

LABAND, Paul: "Le droit public de l'empire allemand", 6 tomos, Paris 1900-1904.

LAFAILLE, Héctor: "Apuntes de Derecho Civil", Primer Curso, tomados por sus alumnos Eduardo B. Busso y Horacio A. Morixe, 2 tomos, Buenos Aires 1921-1922.

LAMPUÉ, Pedro: "La noción de acto jurisdiccional", traducción del francés, editorial Jus, México 1947.

LANDABURU, Laureano (h.). Ver Aftalión.

LAROQUE, Pierre. Ver Maspétiol.

LAUBADÈRE, André de: "Manuel de droit administratif", Paris 1947.

LAUBADÈRE, André de: "Traité élémentaire de droit administratif", Paris 1953, y tercera edición, 2 tomos, Paris 1963.

LAUBADÈRE, André de: "Traité théorique et pratique des contrats administratifs", 3 tomos, Paris 1956.

LAUBADÈRE, André de: "Droit Administratif Spécial", Paris 1958.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis: "Introducción a la Ciencia del Derecho", Barcelona 1943.

LENTINI, Arturo: "Istituzioni di diritto amministrativo", 2 tomos, Milano 1939.

LEZANA, Julio I.: "La evolución de la jurisprudencia de la Corte sobre la facultad de los gobiernos `de facto´ para dictar decretos-leyes y sobre la vigencia de éstos", en "Jurisprudencia Argentina", 1984-II, sección doctrinaria.

LINARES, Juan Francisco: "El *debido proceso* como garantía innominada en la Constitución Argentina", Buenos Aires 1944.

LINARES, Juan Francisco: "Cosa juzgada administrativa en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación", Buenos Aires 1946.

LINARES, Juan Francisco: "Poder discrecional administrativo (arbitrio administrativo)", Buenos Aires 1958.

LINARES, Juan Francisco: "Ilimitación temporal de los decretos-leyes de la Revolución", en "La Ley", tomo 89, página 845 y siguientes.

LINARES, Juan Francisco: "Los derechos protegidos por el recurso de amparo", en "Jurisprudencia Argentina", 1964-II, sección doctrinaria, página 34.

LINARES, Juan Francisco: "Derecho Administrativo", Buenos Aires 1986.

LINARES QUINTANA, Segundo V.: "Gobierno y Administración de la República Argentina", 2 tomos, Buenos Aires 1946.

LINARES QUINTANA, Segundo V.: "La delegación del Poder Legislativo como negación de la división de los poderes y del constitucionalismo", en "Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política", realizado en Buenos Aires, agosto de 1960, publicado por la Asociación Argentina de Ciencia Política, tomo 2º.

LINARES QUINTANA, Segundo V.: "Acción de amparo", Buenos Aires 1960.

LINARES QUINTANA, Segundo V.: "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado", 9 tomos, Buenos Aires 1953-1963.

LINARES QUINTANA, Segundo V.: "Reglas para la interpretación constitucional", Buenos Aires 1988.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín: "Tratado de Derecho Civil. Parte General", 2 tomos, Buenos Aires 1961.

LÓPEZ, Lucio Vicente: "Derecho Administrativo Argentino", Buenos Aires 1902.

LOUDET, Osvaldo: "Vida e Historia", Buenos Aires 1969, edición Emecé.

LUCIFREDI, Roberto - COLETTI, Giuseppe: "Descentramento Amministrativo", Torino 1956.

MACKELDEY, F.: "Elementos de derecho romano", traducción del alemán, Madrid 1845.

MALARINO, Joaquín E.: "Tratado de Derecho Administrativo", 2 tomos, Buenos Aires 1915-1922.

MALTERRE, René: "L'autorisation administrative préalable en matière d'opérations immobilières", Corbeil 1943.

MARIENHOFF, Miguel S.: "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", Buenos Aires 1939, ed. Abeledo.

MARIENHOFF, Miguel S.: "Legislación de aguas. La cláusula *sin perjuicio de terceros* en las concesiones de uso del agua pública", Buenos Aires 1942, edición Abeledo.

MARIENHOFF, Miguel S.: "Caducidad y revocación de la concesión de servicios públicos", Buenos Aires 1947, edición Abeledo.

MARIENHOFF, Miguel S.: "Acerca del llamado *derecho judicial*: su alcance. La costumbre derogatoria o *contra legem*. La justicia en la estructura escalonada del orden jurídico", en "Jurisprudencia Argentina, 1950-I, sección doctrinaria.

MARIENHOFF, Miguel S.: "Tratado del Dominio Público", Buenos Aires 1960, edición T.E.A.

MARIENHOFF, Miguel S.: "La teoría de la imprevisión y su recepción en el derecho público argentino", en "Jurisprudencia Argentina", 1959-V, sección doctrinaria, páginas 106 y siguientes.

MARIENHOFF, Miguel S.: "Entidades autárquicas institucionales. Su creación por ley o por decreto. Lo atinente a su constitucionalidad", en "Jurisprudencia Argentina", 1961-VI, página 62, sección doctrinaria.

MARIENHOFF, Miguel S.: "Administración Pública. Actividad interorgánica. Relaciones interadministrativas", en "Jurisprudencia Argentina", 1962-III, página 77, sección doctrinaria.

MARIENHOFF, Miguel S.: "Ley de demandas contra la Nación. Su ámbito de aplicación", en "Jurisprudencia Argentina", 1962-VI, página 43.

MARIENHOFF, Miguel S.: "La garantía de libre defensa y la instancia administrativa", en "Jurisprudencia Argentina", tomo 22-1974, página 554, nota a fallo.

MARIENHOFF, Miguel S.: "La potestad constitucional para crear entidades autárquicas institucionales y lo atinente a la extensión del control sobre las mismas en la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación", en "120 años de la Procuración del Tesoro. 1863-1983", Buenos Aires 1983, publicada por la Procuración del Tesoro de la Nación.

MARIENHOFF, Miguel S.: "Delfines o toninas y acción popular (nota a fallo)", en "El Derecho", 23 de agosto de 1983.

MARIENHOFF, Miguel S.: "Nuevamente acerca de la acción popular. Prerrogativas jurídicas. El `interés difuso´", en "El Derecho", 29 de noviembre de 1983.

MARIENHOFF, Miguel S.: "La supuesta autonomía municipal", en "La Ley", 1990-b, 1012.

MARIENHOFF, Miguel S.: "Intervenciones administrativas dispuestas por el Poder Ejecutivo. (Lo atinente a personas y empresas privadas y públicas no estatales)", en "La Ley", 7 de septiembre de 1984, y en "Anales" de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Época, año XXIX, n° 22, Buenos Aires 1985.

MARIENHOFF, Miguel S.: "La doctrina científica como fuente del derecho", en "Anales" de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Época, año XXX, n° 23, páginas 217 y siguientes.

MARIENHOFF, Miguel S.: "La legitimación en las acciones contra el Estado", en "La Ley", 23 de junio de 1986, y en "Anales" de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, tomo XV-1986, Buenos Aires 1987.

MARIENHOFF, Miguel S.: "Naturaleza jurídica de los entes internacionales binacionales. La Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", en "La Ley", 7-V-92.

- MARTINS, Daniel H.: "Introducción al Derecho Administrativo", Montevideo 1982.
- MASPÉTIOL, Roland y LAROQUE, Pierre: "La tutelle administrative", Paris 1930.
- MATIENZO, José Nicolás: "Derecho Constitucional", 2 tomos, La Plata 1916.
- MATIENZO, José Nicolás: "Cuestiones de Derecho Público Argentino", 2 tomos, Buenos Aires 1924.
- MAYER, Otto: "Le droit administratif allemand", 4 tomos, Paris 1903-1906.
- MÉNDEZ, Aparicio: "Las relaciones interadministrativas", Montevideo 1943.
- MÉNDEZ, Aparicio: "La teoría del órgano", Montevideo 1949.
- MÉNDEZ, Aparicio: "La Jerarquía", Montevideo 1950.
- MÉNDEZ CALZADA, Luis: "Rol de la jurisprudencia entre las fuentes subsidiarias de derecho en la legislación argentina", en "Jurisprudencia Argentina", tomo 20, sección doctrinaria, página 120 y siguientes.
- MERKL, Adolfo: "Teoría geneal del derecho administrativo", Madrid 1935.
- MESSINEO, Francesco: "Manual del derecho civil y comercial", traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires 1954.
- MICHOUD, Léon: "La théorie de la personnalité morale et son application au droit français", actualizada por Louis Trotabas, 2 tomos, Paris 1932.
- MOIRANO, Armando A.: "Organización de las sociedades cooperativas", Buenos Aires 1955.
- MONTES DE OCA, M. A.: "Cuestiones Constitucionales", Buenos Aires 1899.
- MORA RODRÍGUEZ, Vicente: "Delegación de Facultades", en "Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política", realizado en Buenos Aires, agosto de 1960, publicado por la Asociación Argentina de Ciencia política, tomo 2°.
- MORELLO y BERIZONCE: "Las entidades profesionales y los desafíos del presente", en "Jurisprudencia Argentina", 4 de abril de 1984.
- NIGRO, Mario: "Le decisioni amministrative", Napoli 1953.
- ODA, Yorodzu: "Principes de droit administratif du Japon", Paris 1928.
- OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel de: "Autarquias Administrativas", São Paulo 1939.

- OPPENHEIM, L.: "Tratado de Derecho Internacional Público", 2 tomos, traducción española, Bosch Casa Editorial, Barcelona.
- ORGAZ, Alfredo: "El recurso de amparo", Buenos Aires 1961.
- ORLANDO, V. E.: "Diritto pubblico generale", Milano 1940.
- OYHANARTE, Julio: "Caducidad o continuidad de los llamados decretos-leyes del gobierno *de facto*", en "La Ley", tomo 90, página 770 y siguientes.
- PADILLA, Alberto G.: "Delegación Legislativa", en "Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política", realizado en Buenos Aires, agosto de 1960, publicado por la Asociación Argentina de Ciencia Política, tomo 2º.
- PAREJA, Carlos H.: "Curso de Derecho Administrativo Teórico y Práctico", 2 tomos, Bogotá 1939-1940.
- PEARSON, Marcelo M.: "Del recurso jerárquico", Buenos Aires 1954, Editorial Perrot.
- PELLETIER, Christian: "L'appréciation de la légalité des actes administratifs par le juge repressif", Paris 1954.
- PERA VERDAGUER, Francisco: "La nueva ley de la jurisdicción contencioso administrativa de 27 de diciembre de 1956", Barcelona 1957.
- PÉREZ, Benito: "La previsión social de los colegios profesionales", en "El Derecho", tomo 92, del 2 y 3 de febrero de 1981.
- PÉREZ, Benito: "La personalidad de las asociaciones profesionales" (separata de la revista Jus, nº 7), La Plata 1966.
- PÉREZ, Benito: "La personalidad gremial", en "Trabajo y Seguridad Social", publicado por Editorial "El Derecho", Buenos Aires, agosto 1984.
- PÉREZ COLMAN, Luis J.: "El control de legitimidad a cargo del Tribunal de Cuentas", en "Revista Argentina de Derecho Administrativo", enero-marzo 1975.
- PIERANDREI, F.: "La delegación de potestad legislativa en la República Italiana", en "Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política", realizado en Buenos Aires, agosto de 1960, publicado por la Asociación Argentina de Ciencia Política, tomo 2º.
- PINTO, Hugo J.: "Edictos de Policía y Constitución Nacional", en "El Derecho", 23 de junio de 1989.
- PORTO, Jesús Edelmiro: "Fuentes del Derecho Penal", La Plata 1952, edición Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- POSADA, Adolfo: "Tratado de Derecho Administrativo", 2 tomos, Madrid 1897-1898.

- PRADIER FODÉRE, M. P.: "Précis de droit administratif", Paris 1872.
- PRAT, Julio A.: "Los entes autónomos y los servicios descentralizados en la Constitución de 1967", Montevideo 1967.
- PRATES DA FONSECA, Tito: "Autarquias Administrativas", São Paulo 1935.
- PRATES DA FONSECA, Tito: "Direito Administrativo", Rio de Janeiro 1939.
- PRATES DA FONSECA, Tito: "Lições de Direito Administrativo", Rio de Janeiro 1943.
- PREMOLI, Luis A.: "Contralor jurisdiccional de las entidades autárquicas nacionales. Competencia judicial", en "Entidades autárquicas institucionales. Bases para una ley orgánica", publicado por el Instituto Argentino de Estudios Legislativos, Buenos Aires 1942.
- PRESUTTI, Errico: "Istituzioni di diritto amministrativo italiano", 3 tomos, 3ª edición, Messina.
- PRIEUR, Michel: "Les entreprises publiques locales", Paris 1969.
- PUIG BRUTAU, José: "La jurisprudencia como fuente del derecho", Barcelona, Casa Editorial Bosch.
- QUINTERO, César A.: "Los decretos con valor de ley", Madrid 1958.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto: "Curso de Derecho Constitucional", Buenos Aires 1987.
- RAINAUD, Jean-Marie: "La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel", Paris 1966.
- RANELLETTI, Oreste: "Teoria degli atti amministrativi speciali", Milano 1945.
- RANELLETTI, Oreste: "Corso di istituzioni di diritto pubblico", Milano 1946.
- RAYCES, Federico: "Los decretos-leyes, su naturaleza jurídica, su autoridad legal y su subsistencia", en "Jurisprudencia Argentina", 1958-II, sección doctrinaria.
- REAL, Alberto R.: "El método en el derecho público y especialmente en el derecho administrativo", Montevideo 1946.
- REAL, Alberto R.: "Los decretos-leyes", Montevideo 1946.
- REAL, Alberto R.: "El concepto de sanción de la ley", Montevideo 1950.
- REAL, Alberto R.: "Los principios generales del derecho en la Constitución uruguaya", Montevideo 1958.
- REAL, Alberto R.: "El Estado de Derecho", Montevideo 1957.

REAL, Alberto R.: "Criterio de distinción y ámbito de aplicación del derecho público", Montevideo 1961.

REAL, Alberto R.: "Bases constitucionales de la administración pública", en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Montevideo 1959.

RECA, Graciano: "Inamovilidad de los jueces. El Poder Judicial de las provincias frente a la intervención federal", Buenos Aires 1933.

REIMUNDÍN, Ricardo: "La concepción de los principios generales del derecho y la fórmula del artículo 16 de nuestro Código Civil", en "Jurisprudencia Argentina", 31 de agosto de 1977.

REQUENA, Valentín. Ver Carette.

RESTA, Raffaele: "La revoca degli atti amministrativi", Milano 1939.

RETORTILLO BAQUER, Sebastián M.: "El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones", Sevilla 1960.

REVIDATTI, Gustavo Adolfo: "Derecho Administrativo", 2 tomos, Buenos Aires 1984-1985.

REY, Ricardo E.: Ver Imaz.

RIGAUD, Louis: "La théorie des droits réels administratifs", Paris 1914.

RISOLÍA, Marco Aurelio: "La protección jurídica de la intimidad", en "Anales de la Academia Nacional de Derecho", Segunda época, año XXI, nº 16.

RISPOLI, Arturo: "Istituzioni di diritto amministrativo", Torino 1929.

RISSO DOMÍNGUEZ, Carlos: "Caracteres y naturaleza de la jurisdicción disciplinaria militar", en "Jurisprudencia Argentina", tomo 27, página 108 y siguientes.

RIVAS, Elizabeth M. Ver Spota, Alberto A.

RIVERO, Jean: "Droit Administratif", Paris 1962.

ROA, Julio O. de: "Del orden público en el derecho positivo", Buenos Aires 1926.

ROCCO, Orlando: "Función jurisdiccional de la autoridad administrativa en materia de trabajo", La Plata 1952, edición Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

RODRÍGUEZ ARIAS, Julio C.: "La sociedad de economía mixta. Su definición jurídico económica", Rosario 1940.

RODRÍGUEZ ARIAS, Julio C.: "Sobre algunos principios de ciencia de la administración", Mendoza 1945.

ROLLAND, Louis: "Précis de droit administratif", Paris 1947.

ROMANO, Santi: "Corso di diritto amministrativo", Padova 1937.

ROMERO, César Enrique: "Constitución, ley 13234 y Plan Conintes", en "Jurisprudencia Argentina", 1960-III, página 345.

ROMERO, César Enrique: "Estudios de Ciencia Política y Derecho Constitucional", Córdoba 1961.

ROMERO, César Enrique: "Vigencia temporal de los decretos-leyes", en "Jurisprudencia Argentina", 1958-II, sección doctrinaria.

ROYO VILLANOVA, Antonio: "Elementos de Derecho Administrativo", 2 tomos, Valladolid 1948.

RUIZ MORENO, Isidoro: "Estudios de Derecho Internacional Público", Buenos Aires 1965, Publicaciones Movimiento Humanista de Derecho.

RUIZ MORENO, Isidoro: "Derecho Internacional Público", 2 tomos, Buenos Aires 1940.

SAGÈÉS, Néstor Pedro: "Las leyes secretas", Buenos Aires 1977.

SAGÈÉS, Néstor Pedro: "Derecho y Política en la controversia sobre la codificación", en "El Derecho", Buenos Aires, 28 de marzo de 1979.

SALVAT, Raymundo M.: "Tratado de Derecho Civil Argentino", Parte General, Buenos Aires 1931.

SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos: "El orden público en el nuevo derecho", en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", nº 12, Buenos Aires, julio-septiembre de 1925.

SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos: "Manual de Derecho Constitucional", Buenos Aires 1958.

SANDULLI, Aldo M.: "Manuale di diritto amministrativo", Napoli 1954.

SANDULLI, Aldo M.: "Il procedimento amministrativo", Milano 1959.

SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente: "Curso de Derecho Administrativo", Madrid 1898.

SARRÍA, Félix: "Teoría del recurso contencioso-administrativo", tercera edición, Córdoba 1943.

SARRÍA, Félix: "Derecho Administrativo", Córdoba 1961.

STANCANELLI, Giuseppe: "I consorzi nel diritto amministrativo", Milano 1963, edit. Giuffré.

SAVIGNY, F. de: "De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho", traducción del alemán de Adolfo G. Posada, editorial Atalaya, Buenos Aires 1946.

SAYAGUÉS LASO, Enrique: "Criterio de distinción entre las personas jurídicas públicas y privadas", Montevideo 1945.

SAYAGUÉS LASO, Enrique: "Tratado de Derecho Administrativo", 2 tomos, Montevideo 1953-1959.

SAYAGUÉS LASO, Enrique: "El contralor jerárquico sobre los entes autárquicos", en "Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política", realizado en Buenos Aires, agosto de 1960, publicado por la Asociación Argentina de Ciencia Política, tomo 2º.

SAYAGUÉS LASO, Enrique: "Naturaleza jurídica de la Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires", en "Revista del Colegio de Abogados de La Plata", tomo 4º, nº 7.

SCHWARTZ, Bernard: "Le droit administratif américain", Paris 1952, Sirey.

SEABRA FAGUNDES, Miguel: "O contróle dos atos administrativos pelo poder judiciario", Rio de Janeiro 1941.

SERRIGNY, D.: "Traité du droit public des françaises", Paris 1846.

SILVA CIMMA, Enrique: "Derecho Administrativo Chileno y Comparado", 2 tomos, Santiago de Chile 1961-1962.

SILVESTRI, Enzo: "L'attività interna della pubblica amministrazione", Milano 1950.

SOLÁ, Juan Vicente: "Las dos caras del Estado", Buenos Aires 1988.

SOLER, Sebastián: "Derecho Penal Argentino", 5 tomos, Buenos Aires 1945-1946.

SOUSA SAMPAIO, Nelson de: "A doutrina, fonte material e formal do Direito", en "Revista de Informação Legislativa", julio-septiembre de 1982, páginas 80-81, Senado Federal, Brasília.

SPIEGEL, Ludwig: "Derecho Administrativo", traducción del alemán, Barcelona 1933.

SPILIOTOPOULOS, Epaminondas P.: "La distinction des institutions publiques et des institutions privées en droit français", Paris 1959.

SPOTA, Alberto A. y RIVAS, Elizabeth M.: "El problema de la delegación legislativa en el poder ejecutivo. El problema referido a la delegación en materia penal", en "Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política", realizado en Buenos Aires, agosto de 1960, publicado por la Asociación Argentina de Ciencia Política, tomo 2º.

SPOTA, Alberto G.: "El derecho de reunión y el derecho penal administrativo", en "Jurisprudencia Argentina", tomo 76, página 739 y siguientes.

SPOTA, Alberto G.: "Tratado de Derecho Civil. El sujeto del derecho. Personas jurídicas", Buenos Aires 1951.

SPOTA, Alberto G.: "Medidas Cautelares", Buenos Aires 1946, separata de "Estudios de Derecho Procesal en Honor de Hugo Alsina", Ediar S.A.

STASSINOPOULOS, Michel: "Traité des actes administratifs", Athènes 1954.

TAGAND, Roger: "Le régime juridique de la société d'économie mixte", Paris 1969.

TORRELLO, José Rafael: "La escuela de exégesis", en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", nº 14, Buenos Aires 1926.

TRÓCCOLI, Antonio A.: "El régimen previsional para abogados en la Provincia de Buenos Aires", en "Jurisprudencia Argentina", 1962-III, página 105 y siguientes, sección doctrinaria.

TROTABAS, Louis: "Manuel de droit public et administratif", Paris 1950.

VANNI, Icilio: "Filosofía del Derecho", traducción Lavalle y Cáceres Olazo, Lima 1923.

VANOSSI, Jorge Reinaldo A.: "Teoría Constitucional", 2 tomos, Buenos Aires 1975-1976.

VANOSSI, Jorge Reinaldo A.: "El marco constitucional de la regionalización", en "Jurisprudencia Argentina", 4-VIII-76.

VARAS C., Guillermo: "Derecho Administrativo", Santiago de Chile 1940.

VÁZQUEZ VIALARD, Antonio: "Los colegios profesionales como agencias de la seguridad social", en "Jurisprudencia Argentina", Doctrina, 1975, página 626.

VEDEL, Georges: "Droit Administratif", Paris 1961.

VIDAL PERDOMO, Jaime: "Nacionalizaciones y emergencia económica", Bogotá 1984.

VITTA, Cino: "Diritto Amministrativo", Torino 1948.

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín: "Derecho Administrativo", 6 tomos. Buenos Aires, 1949-1956.

VIGNOCCHI, Gustavo: "La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa", Padova 1944.

VIVANCOS, Eduardo: "Comentarios a la ley de procedimiento administrativo", Barcelona 1959.

WALINE, Marcel: "Manuel élémentaire de droit administratif", Paris 1946.

WETTER, P. van: "Pandectes, contenant l'histoire du droit romain et la législation de Justinien", 5 tomos, Paris 1909-1911.

ZANOBINI, Guido: "Le sanzioni amministrative", Torino 1924.

ZANOBINI, Guido: "Corso di diritto amministrativo", 5 tomos. Milano 1945-1952.

ZAVALÍA, Clodomiro: "Régimen jurídico de los servicios de electricidad", Buenos Aires 1939.

COLECCIONES DE FALLOS Y REVISTAS JURÍDICAS CITADAS CON MAYOR FRECUENCIA

"Fallos" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

"Jurisprudencia Argentina".

"La Ley".

"El Derecho".

TÍTULO PRIMERO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Las funciones del Estado. La pretendida "división de poderes". 3. Administración: noción conceptual. 4. Continuación. 5. Continuación. 6. Gobierno: noción conceptual. 7. La Administración en el Estado de policía y en el Estado de Derecho. 8. El Fisco. 9. Límites a la actividad de la Administración: en interés privado y en interés público; por normas jurídicas y por normas no jurídicas. 10. Continuación. Planteo de Guicciardi: análisis del mismo. 11. La Administración en el sentido objetivo, subjetivo y formal. Criterio con que debe ser considerada. 12. La actividad administrativa desde el punto de vista técnico, jurídico y administrativo. 13. La Administración como supuesto poder público. Lo atinente al cuarto poder. 14. Ejecución y Administración. 15. CLASIFICACIÓN DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. Consideraciones generales. 16. A) En razón de la naturaleza de las funciones. 17. a) Administración activa. 18. b) Administración jurisdiccional. 19. c) Administración interna y externa. 20. d) Administración consultiva. 21. e) Administración reglada y discrecional. 22. f) Administración de contralor. 23. B) En razón de la estructura del órgano. 24. a) Administración burocrática. 25. b) Administración colegiada. 26. c) Administración autárquica. 27. Actividad interorgánica de la Administración. Las relaciones interadministrativas.

1. El "objeto" del derecho administrativo es la Administración Pública, en todas sus manifestaciones, sean éstas externas o internas, vale decir jurídicas o no jurídicas; de ahí que, antes de definir aquel derecho, resulte aceptable saber qué ha de entenderse por Administración Pública. Conocido el "objeto" del derecho administrativo, se verá luego en qué consiste éste. Es un plan lógico.

Pero antes de hacer referencia específica a la Administración Pública, que es una de las funciones estatales, corresponde decir dos palabras respecto a las funciones del Estado en general.

2. La existencia del Estado obedece a la necesidad de satisfacer en la mejor forma las necesidades del grupo social (individuos) que lo integra.

La experiencia universal demuestra que para lograr tal satisfacción es indispensable, en último término, la coacción. Esto se logra mediante el imperium poder del Estado, que se hace efectivo en cualquiera de los órdenes donde éste desenvuelve su actividad.

En términos generales, la actividad estatal se concreta en tres funciones: Legislación, Justicia y Administración, cuyos respectivos "órganos" ejercitan partes o secciones del "poder" del Estado.

Pero adviértase que el "poder" del Estado es único; las "funciones" son múltiples. Las "atribuciones de las funciones a los órganos no constituyen división de poder sino distribución de funciones" (4) . "En lugar de una separación de los poderes, podrá hablarse más bien de una separación de las funciones" (5) .

La llamada "división de poderes" es una medida que tuvo por mira evitar el despotismo, impidiendo que el ejercicio de todas las funciones estatales quedase concentrado en una sola mano, en un solo órgano. Con ello tendióse a asegurar los beneficios de las libertades públicas e individuales. Pero no se trató de una "división de poderes", sino de una "distribución de funciones".

El "poder" del Estado se actualiza en la "función" asignada a sus "órganos" esenciales, que son tres: el legislativo, el ejecutivo y el judicial. El poder estatal se manifiesta, pues, en las funciones de legislación, jurisdicción y ejecución, que, como bien dijo un autor, son los medios para la realización de los fines estatales.

No hay que confundir "poder", que es atributo estatal (6) , con "potestades", que, en lo que respecta a su ejercicio, pueden ser prerrogativas inherentes a una función, verbigracia de la función correspondiente a la Administración Pública, pues ésta, ciertamente, tiene diversas potestades: la reglamentaria, la imperativa, la sancionadora, etcétera. Dichas "potestades" constituyen un reflejo cualificado del "poder" general del Estado, pero no pueden confundirse con este "poder" (7) . No resulta, entonces, acertada la posición de Hauriou, quien pretende distinguir entre "poder" administrativo y "función" administrativa (8) : el "poder" no es precisamente "administrativo", sino "estatal", vale decir es un atributo del Estado, y no de la Administración; esta última no hace otra cosa que "actualizar" o "manifestar" la parte pertinente del poder del Estado.

Cada uno de los órganos esenciales legislativo, ejecutivo y judicial , aparte de sus propias funciones específicas, ejerce o realiza otras de la misma naturaleza que aquellas que caracterizan a los demás órganos. El Congreso legisla, juzga y ejecuta o administra. El ejecutivo administra y ejecuta, pero también legisla y juzga, a su manera. Igual cosa ocurre con el órgano judicial: juzga, sin perjuicio de realizar actos de naturaleza legislativa, y otros donde actúa ejecutivamente o como administrador (9) . De modo que la función administrativa no está circunscripta a uno solo de los expresados órganos: si por principio constituye la función específica del ejecutivo, es en cambio compartida por los órganos legislativo y judicial; algo similar ocurre con las funciones legislativa y judicial. Pero el carácter substancial y distintivo de estas actividades no se modifica, cualesquiera fuesen los organismos que las produzcan o el procedimiento que se utilice para su producción (10) . Es por eso que en los estudios científicos del derecho administrativo predomina la concepción "objetiva" de Administración Pública, en cuyo mérito pertenece a la órbita del derecho administrativo la regulación de cualquier acto de función administrativa, aunque no sea cumplido por el llamado "Poder" Ejecutivo (11) .

El contenido de cada una de esas funciones esenciales (legislación, ejecución y justicia) varía con relación a la ley y con relación al tiempo. El órgano legislativo dicta o crea la ley, la altera y la suspende según su voluntad y conforme con la Constitución; el ejecutivo cuida que la ley se cumpla y se observe; el órgano judicial la interpreta y aplica, cuando se suscitan controversias o conflictos respecto a lo que se ha hecho u omitido bajo su imperio. De manera que el legislativo se ocupa principalmente del futuro, el ejecutivo del presente, en tanto que el judicial es retrospectivo, obra sobre lo pasado (12) . Dedúcese de esto que la

actividad de la Administración es continua, permanente, mientras que la actividad legislativa y la judicial no revisten ese carácter, ya que aparecen como intermitentes o discontinuas (13) .

De todo lo dicho despréndese que, con referencia a la actividad del Estado, no corresponde hablar de "separación de poderes", sino de "distribución de funciones" entre los órganos legislativo, ejecutivo y judicial. Cada uno de éstos ejerce una sección del "poder" general del Estado (14) . Los constitucionalistas hablan de "división de poderes": continúan influidos por la grande obra de Montesquieu o, posiblemente, por el distinto criterio o por el diferente punto de vista con relación a los administrativistas con que afrontan el estudio de esta cuestión. En cambio, siempre respecto a la actividad del Estado, los administrativistas modernos ya hablan de "distribución de funciones", de "funciones del Estado", de "órganos y funciones" (15) . Los constitucionalistas consideran este asunto con criterio "político", en tanto que los administrativistas lo hacen con criterio puramente "jurídico", vinculándolo a la organización administrativa y a la adjudicación de la respectiva competencia a los distintos órganos.

3. La noción conceptual de Administración, considerada ésta como una de las funciones esenciales del Estado, es controvertida en el terreno doctrinario. Las opiniones son harto diversas o variadas. No sólo se requiere caracterizar la Administración frente a las otras funciones esenciales legislación y justicia , sino que, además, corresponde optar por el punto de vista en que será considerada: el objetivo, substancial o material, o el punto de vista subjetivo u orgánico.

En éste, como en todos los supuestos en que se debaten cuestiones semejantes, nada se ganaría pasando revista a las distintas nociones conceptuales o definiciones propuestas por los autores. No sería ése un método científico, de resultados concretos y positivos. Por el contrario, juzgo que, previamente, corresponde hacer una generalización de los respectivos conceptos; después una síntesis de ellos, para llegar luego a la noción o definición respectiva.

La doctrina predominante, con todo acierto, al referirse a la Administración Pública no considera a ésta en sentido orgánico o subjetivo, sino desde el punto de vista material, substancial u objetivo; vale decir, la Administración resulta caracterizada en base a la naturaleza jurídica interna del acto administrativo, con total prescindencia de la índole del órgano o del agente productor del acto. Se prescinde, pues, del "autor" del acto: sólo se tiene en cuenta el "acto" en sí mismo. Tal es el criterio con que será considerada la Administración Pública en la presente obra. Lo que ha de definir una institución es la "substancia" de la misma, no la "forma" ni el "autor" de los actos respectivos: la "forma" y el "autor" sólo constituyen elementos contingentes. Puede, entonces, haber "Administración" no sólo en la actividad del ejecutivo, sino también en parte de la actividad del órgano legislativo o de la del órgano judicial.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, etimológicamente "administrar" proviene del vocablo latino "administrare", de ad, a, y ministrare, servir. De modo que etimológicamente su significado es el de "servir a". Ello traduce la idea de

"acción", "actividad", tendiente al logro de un fin. Pero el significado etimológico no es el significado jurídico, máxime si a la idea de administración se la relaciona con la actividad del Estado.

4. Varias son las concepciones expuestas para dar la noción de Administración Pública. Las principales son las siguientes:

a) Administración como actividad equivalente a la de gobierno.

Esta idea tiene un origen histórico. Antaño "gobierno" comprendía todas las actividades del Estado: legislación, justicia y administración. Pero durante el proceso de la evolución del Estado, esas ramas fueron separándose entre sí, una después de la otra. La primera en separarse fue la justicia. Con la formación del nuevo derecho constitucional, la legislación aparece luego en situación de oposición respecto a la restante actividad del Estado. Finalmente, para toda la actividad que no es justicia ni legislación, se introdujo la palabra administración, aunque no para reemplazar la actividad de gobierno, sino para designar una nueva rama de actividad que, desprendiéndose aun del gobierno, aparece colocada al lado de la justicia, formando como el opuesto de ésta (16) .

Lo cierto es que actualmente toda la actividad del Estado hállase atribuida a esas tres ramas especiales: legislación, justicia y administración. Ellas no le dejaron al gobierno sino lo que les es común. Hoy se entiende por gobierno la alta dirección, la impulsión que parte del centro para activar los negocios en el sentido de una buena política y de interés general (17) .

El "gobierno" de un país el del nuestro por de pronto no está circunscripto a una de las expresadas ramas especiales (legislación, justicia y administración): hállase ínsito en las tres ramas simultáneamente; por eso sería incorrecto asimilar el órgano "ejecutivo" a "gobierno", y por eso mismo en el actual proceso de la evolución del Estado sería impropio asimilar "Administración" a "gobierno".

b) Administración como actividad subordinada a la de gobierno.

Ya Otto Mayer expresó que hoy se entiende por gobierno la alta dirección, la impulsión que parte del centro para activar los negocios en el sentido de una buena política y del interés general (18) .

Si gobierno es "dirección", Administración es "acción complementaria". Serrigny expresó que se trata de una misma escala ocupada por un solo poder, bajo nombres distintos. Se llama gobierno en los grados superiores, y Administración en los inferiores (19) .

Para Esmein, más que la acción de dirigir, lo que caracteriza la obra de gobierno es la acción de impulsar. Gobierno, dice, es impulsión. Administración es acción subordinada, no espontánea. La sociedad política es como una máquina. El gobierno es el motor. Los funcionarios de la Administración son los órganos de transmisión y las piezas de la máquina (20) .

Desde luego, "administrar" es una actividad subordinada a la actividad de gobierno. Pero como el "gobierno" no está concretado exclusivamente en el órgano "administrador", la noción de "Administración" no queda aclarada con decir que es una actividad subordinada a la de gobierno: aún faltaría expresar las notas específicas de "Administración" que permitirán diferenciarla de la "legislación" y de la "justicia".

c) Administración como actividad total del Estado (Constitución y Administración).

Stein, en Alemania, continuando la labor de otros juristas, intentó dar un nuevo concepto de Administración: el opuesto a Constitución. En esta doctrina, la Administración se refiere a todo el Estado y a la totalidad de su actividad para el cumplimiento de sus fines.

Constitución equivale a estructura y actividad funcional. Administración supone actividad teleológica. La primera es voluntad. La segunda, acción (21) .

Este criterio ha sido objetado por Merkl, porque si la Administración coincide con la actividad total del Estado, esta teoría coincidirá con la teoría del Estado. En tal situación, dice, no hay necesidad de un nuevo nombre para la totalidad de las funciones del Estado, sino de un nombre diferenciativo para una de sus funciones especiales (22) .

Por otra parte, como bien se ha dicho, no es exacto que toda la actividad del Estado sea administrativa. La actividad de los órganos estatales no siempre es de carácter administrativo (23) .

d) Administración como actividad del Poder Ejecutivo.

Algunos tratadistas, como Santamaría de Paredes, en España, y Waline, en Francia, han considerado a la Administración como la actividad que realiza el Poder Ejecutivo (24) . Igual tesis siguió en Francia Carré de Malberg, según lo recuerda Laubadère (25) .

Esta concepción no es aceptable: 1) porque considera a la Administración desde el punto de vista orgánico o subjetivo, temperamento deleznable, según quedó de manifiesto al comienzo de este párrafo, rechazado por la doctrina dominante; 2) porque, aparte de lo anterior, cabe recordar que no sólo administra el órgano "ejecutivo", sino también el legislativo y el judicial (26) .

e) Administración como actividad estatal que tiene en mira el funcionamiento de los servicios públicos.

Este criterio constituye la esencia de la tesis seguida por Duguit y actualmente por Laubadère (27) .

Lo juzgo carente de base, por cuanto los servicios públicos, stricto sensu, no constituyen la única actividad de la Administración. Fuera del "servicio público" aún existe un amplio margen para el desarrollo de la actividad administrativa.

f) Administración como actividad del Estado que no es legislación ni justicia.

Esta teoría, llamada también "residual", considera "Administración" toda la actividad del Estado que no es legislación ni justicia. En términos generales, esta tesis es exacta, pues, efectivamente, Administración es la actividad estatal que, con relación a la actividad total del Estado, resta después de deducidas la legislación y la justicia. No obstante, es una tesis inaceptable, pues, previamente, requiere determinar qué es y qué ha de entenderse por legislación y por justicia, datos éstos no revelados por la teoría en examen (28) .

Como lo recuerda García Oviedo, a este concepto de Administración, puramente negativo, lo explica una razón histórica. Originariamente fue considerada la total actividad estatal de un modo unitario. Más tarde logró independencia la justicia, y posteriormente la legislación. Lo que quedó, por exclusión, fue llamado Administración (29) .

g) Administración de acuerdo con el contenido de los actos de la actividad del Estado (Duguit).

León Duguit, el eminente jurista francés, considera que la diferenciación de las funciones estatales debe resultar del "contenido" de los actos, con prescindencia de los órganos de que emanan. Podrá haber un carácter "formal" diferente de acuerdo al órgano o agente productor del acto; pero desde el punto de vista "material" el acto no altera su substancia, cualquiera sea su autor.

Para Duguit las funciones jurídicas del Estado se determinan según la modificación que el acto produce en el ordenamiento jurídico. Deben considerarse como integrantes de la función administrativa todos los actos jurídicos que no sean "actos reglas", pues éstos constituyen el objeto de la función legislativa.

Considera dicho jurista que sólo hay tres categorías de actos jurídicos: los actos reglas, los actos condición y los actos subjetivos. Los primeros integran el contenido de la función legislativa. Los actos condición y los actos subjetivos forman el contenido de la función administrativa (30) . Los actos condición y los actos subjetivos forman, pues, el contenido material de la función administrativa, cualesquiera sean los órganos o los agentes de que ellos emanen. Incluye en el concepto de acto administrativo a todas las operaciones "materiales" realizadas para asegurar el funcionamiento de los servicios públicos, entrando tales actos en el contenido de la función administrativa considerada desde el punto de vista jurídico (31) .

La tesis de Duguit ha sido objeto de críticas.

Se ha dicho que la teoría de dicho maestro sobre los actos jurídicos forma parte, como un todo indiviso, de su concepción realista del derecho, y que, por consiguiente, la crítica a esta última tiene validez para demostrar si es o no errónea la diferenciación de las funciones de legislación y administración teniendo en cuenta exclusivamente esos dos tipos de actos. El destacado jurista pretendió substituir el sistema tradicional de los derechos legales por otro que no admite sino deberes jurídicos (32) . Su "regla jurídica" no reconoce ningún derecho; únicamente deberes jurídicos. Pero no advirtió que tener deberes y carecer de derechos es el destino de los esclavos. Su idea hállase totalmente fuera de la realidad (33) .

También se objetó dicha teoría porque, de acuerdo con ella, la actividad reglamentaria, que es típicamente administrativa, quedaría desplazada al campo de la legislación (34) . Para Duguit los reglamentos constituyen ejemplos netos de actos reglas (35) .

h) Administración como actividad de órganos ejecutivos dependientes. Merkl.

Merkl es, en principio, un partidario de la teoría que considera Administración todo lo que no es legislación ni justicia. Pero si bien está conforme con ese punto de partida, no considera que esa sola afirmación baste para caracterizar la actividad de la Administración: juzga indispensable diferenciar Administración de legislación y Administración de justicia, para luego dar la noción conceptual de Administración.

Sus puntos de vista ofrecen reparos y, por ello, no son aceptables. No obstante, su razonada construcción merece y debe ser conocida: implica un plausible esfuerzo para dar la noción conceptual que aquí se busca.

Con referencia a la legislación, opta por el sentido "formal" de ella; si así no fuere, y se aceptare el sentido "material" de legislación, se excluirían de la esfera de la Administración las ordenanzas, reduciéndose el campo de lo administrativo. Además, la ley "formal" ha de referirse a actos "generales", y no a actos individuales: de lo contrario el ámbito de la legislación crecería a costa de la Administración y de la justicia, pues en éstas abundan los preceptos jurídicos individuales.

A la diferencia entre legislación formal y Administración la funda en la respectiva distancia a la Constitución: la legislación es ejecución inmediata de la Constitución; la Administración es ejecución mediata de la misma. Si la legislación es ejecución inmediata de la Constitución, la Administración lo mismo que la justicia es ejecución de la legislación; vale decir, la Administración es una actividad sublegal.

A su vez la diferencia entre Administración y justicia actividades estatales sublegales estaría dada por la situación jurídica del órgano en relación con órganos del mismo complejo orgánico. En la justicia existe absoluta "coordinación" de órganos; en la Administración, junto a la coordinación, existe "subordinación" de órganos.

La situación jurídica del órgano judicial es distinta a la de los órganos administrativos. Estos últimos se encuentran vinculados por las "instrucciones", las cuales no se conciben en el ámbito judicial.

En mérito a las consideraciones precedentes, Merkl entiende por Administración las funciones de aquel complejo orgánico regido por relaciones de dependencia que se revelan en el derecho a dar instrucciones del órgano superior y en el deber de obedecerlas del órgano inferior (36) .

Como ya lo expresé, la teoría de Merkl no está exenta de reparos. El propio Merkl se encarga de advertir que esa teoría falla cuando se consideran los órganos "superiores" de la Administración, los cuales por su posición no dependen de órgano alguno, faltando así, con relación a esos órganos superiores, la "subordinación" característica en los órganos

administrativos, pues, evidentemente, esos órganos superiores no están subordinados a otro órgano administrativo. "No podemos negar, dice Merkl, que ni con este criterio, definitivamente aceptado, se puede establecer una separación completamente satisfactoria entre la Administración y otros campos funcionales. Porque, si de una manera general, la dependencia caracteriza a la Administración en su totalidad, se dan, sin embargo, manifestaciones fronterizas en la administración no afectadas por esa dependencia. Si los órganos de la administración son dependientes, es natural que tienen que existir órganos de los cuales dependan, sin que éstos, a su vez, vuelvan a depender de otros órganos administrativos. ...En cierto dominio fronterizo de la administración nos encontramos, por lo tanto, con la misma independencia de los órganos y de las funciones que en toda la justicia" (37) .

El criterio propuesto por Merkl para diferenciar la función legislativa de las funciones administrativa y judicial, basado en la respectiva distancia a la Constitución, en cuyo mérito la legislación es ejecución inmediata de la Constitución, mientras que la Administración y la justicia implican ejecución mediata y a través de la legislación, ha sido desestimado, por cuanto los hechos lo desvirtúan (38) . Villegas Basavilbaso advierte que "de acuerdo con esa distinción, un reglamento dictado por el Poder Ejecutivo en ausencia de ley estableciendo reglas de derecho administrativo, por ejemplo: el régimen del derecho de reunión o el de la función pública, sería un acto de legislación, en contradicción con la naturaleza propia de esos actos que son verdaderamente administrativos. Además, si la nota diferencial entre Administración y justicia está dada en esta teoría por la subordinación jerárquica en el orden administrativo y la independencia en el orden judicial, los actos de jurisdicción voluntaria, que siempre han sido clasificados como de administración, serían actos jurisdiccionales (judiciales). Finalmente, no es exacto, por lo menos en el ordenamiento jurídico argentino, que en todos los casos el juez ni la Administración ejecuten la ley a través de la Constitución, esto es, en forma mediata, por cuanto su primer deber es la aplicación de la Constitución, o lo que es lo mismo, la ejecución de la norma fundamental" (39) .

i) La Administración como actividad del Estado que debe ejercerse dentro del orden jurídico y de acuerdo con los fines de la ley.

Distinguidos tratadistas suelen dar como nota característica de la actividad administrativa, la de que ésta ha de ejercerse dentro del orden jurídico y de acuerdo con los fines de la ley (40) . Villegas Basavilbaso precisa su idea en los siguientes términos: "El Estado moderno tiene límites en su actividad, demarcados por normas de derecho, y, por lo tanto, la Administración, que es una de sus manifestaciones jurídicas, debe obrar normalmente en la órbita de aquéllas" (41) .

Disiento con tal criterio. El deber de actuar dentro del orden jurídico y de acuerdo con los fines de la ley no es nota exclusiva de la actividad administrativa, sino también de la función legislativa y de la judicial. ¿Acaso el legislador, respecto a las leyes que emite, no debe respetar el orden jurídico establecido en la Constitución? Además, en el cumplimiento

de sus funciones, incluso el legislador debe respetar las "finalidades constitucionales", bajo pena de emitir leyes nulas (42) . Algo similar ocurre con la actividad judicial (43) .

Aparte de lo anterior, cuando un jurista se refiere a la actuación del Estado actual, del Estado normal, virtualmente hace referencia al Estado de Derecho, que, como bien se dijo, a diferencia del Estado de policía, únicamente se desenvuelve "secundum legem" (44) . Ese es el concepto "jurídico" del Estado actual, del Estado normal, al que se hace implícita referencia cuando se habla del "Estado". En consecuencia, y siendo así, dar como nota específica de la actividad del Estado, o de la de uno de sus órganos esenciales, que la misma debe desenvolverse dentro del orden jurídico, resulta redundante, porque va de suyo que la actividad estatal cualquiera sea el órgano del mismo que se considere debe armonizar con dicho orden jurídico, encuadrando en él. No es menester, entonces, incluir en una definición, como nota específica, lo que constituye un presupuesto general e ineludible. Todo esto es de particular aplicación a la actividad administrativa.

Tampoco es menester especificar en una definición, por ser ello redundante, que la actividad administrativa debe hallarse de acuerdo con los fines de la ley. Es elemental que debe estarlo, y de ese supuesto se parte. Si la Administración no actuase de acuerdo con los fines de la ley, sus actos serían írritos, por ilegítimos, sea esto por exceso de poder o por desviación de poder.

Cierto es que, con relación a la ley, hay quien coloca en situación distinta a la Administración y a la justicia. La idea se expresa gráficamente trazando una línea que sería el derecho objetivo. La actividad legislativa estaría sobre esa línea, pues el legislador sanciona la norma, la modifica, la extingue; la actividad judicial estaría en la línea, porque el juez obra siempre "declarando" el derecho; la actividad administrativa estaría debajo de la línea del derecho objetivo (45) . Esto podría servirles de base a los que, en la definición de Administración, incluyen como nota específica que la misma debe actuar dentro del orden jurídico, o bajo el orden jurídico. Pero también disiento con la idea expuesta por el autor últimamente citado. Con relación a la ley, la situación de la Administración y de la justicia es la misma: ambas están por debajo de la ley. Dijo Fleiner: "En tanto que los organismos administrativos estén sometidos a las reglas de derecho, su posición con respecto a la ley es la misma que la de los tribunales" (46) . Cada una en su esfera, la Administración y la justicia tienen el mismo fin: aplicación del derecho (47) ; la aplicación del derecho por la Administración y la justicia podría responder a fines o miras distintos, pero ello no quita que, con relación a la ley, la situación de ambas sea la misma: actividades estatales sublegales.

No es justificable, pues, incluir como nota específica en la noción conceptual o definición de Administración, que ésta debe desenvolverse su actividad dentro o bajo el orden jurídico y de acuerdo con los fines de la ley.

5. No siendo aceptables las tesis expuestas para dar la noción conceptual de administración y para fijar las características específicas de la actividad administrativa, es necesario, para llegar a dicha noción, establecer cuáles son las características de las distintas actividades

estatales (legislación, Administración y justicia), para luego determinar qué distingue la actividad administrativa de las actividades legislativa y judicial.

La *legislación* supone siempre la creación de una regla de derecho (48) . Si bien a tal regla se le atribuye habitualmente el carácter de "general" y "abstracta" (49) , puede darse el caso de leyes aplicables a un hecho o supuesto "individual" (50) . Pero la legislación no es actividad inmediata, sino "mediata", lo mismo que la actividad judicial: a través de la legislación el Estado establece cómo determinados intereses deben ser atendidos, pero no los atiende directamente; con la función judicial, el Estado dispone que la voluntad legislativa sea cumplida, pero no es ella quien la hace efectiva (51) .

La "*jurisdicción*" fija en los casos *individuales* el derecho incierto (52) : es, pues, una actividad "concreta" (53) . Pero no es una actividad "inmediata" (54) . Su "fin" *esencial* es la tutela o defensa del derecho objetivo; la protección de los derechos subjetivos -lograda con el acto jurisdiccional- traduce un momento secundario y una consecuencia de lo anterior. La función judicial se ejercita en el "*interés de la ley*", es decir objetivamente. El juez, como el legislador, hállase "*supra-partes*", el administrador "es parte" (55) . "Para la justicia -y en esto estriba la diferencia entre ésta y la Administración- su propio fin es la aplicación del derecho, en tanto que respecto de la Administración la aplicación del derecho no es más que el medio para un fin" (56) .

La "*Administración*" es una actividad "concreta" (57) y "práctica" (58) . ¿En qué consiste esa actividad? Consiste en actos jurídicos y en operaciones materiales (59) . Es, además, una actividad "inmediata" (60) , pues la realizan y llevan a cabo los *propios órganos administrativos* con el objeto de lograr los fines que la motivan.

Por otra parte, como ya quedó dicho en un párrafo precedente, con relación al tiempo la Administración es una actividad "*permanente*" o "*continua*" del Estado (actúa para el "presente"), en tanto que la legislación y la justicia son actividades intermitentes o discontinuas, que obran con relación al futuro o al pasado, respectivamente (61) .

No faltaron quienes consideran el "libre arbitrio" como elemento esencial de la Administración, presentando a ésta en evidente contraste con la justicia, que se somete a la ley. Este punto de vista, dice Fleiner, se basa en un error: en el Estado de Derecho sólo se concibe una "Administración conforme a la ley" (62) .

Pero la actividad administrativa no sólo puede consistir en actos individuales o particulares, sino también en actos de contenido general, verbigracia, los "*reglamentos*" que, a pesar de su contenido abstracto, han de tenerse como actos administrativos (reglamentos de "ejecución" y "autónomos") (63) . El reglamento es un acto administrativo *general*. Es un acto administrativo en sentido formal. "No puede existir duda al respecto: en el plano formal el reglamento no es ley" (64) .

El precedente análisis permite establecer los caracteres específicos de la Administración, como así las diferencias y eventuales afinidades intrínsecas con la legislación y la justicia. De ello resulta que la Administración es una actividad "*permanente*", "*concreta*",

"práctica" e "inmediata"; todo esto con las *particularidades* y el *alcance* a que también hice referencia.

En su mérito, sobre tales bases, puede definirse la Administración 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.*

En la definición de Administración no basta con hacer referencia a las "necesidades del grupo social" (o necesidades colectivas, como generalmente dicen los autores); es indispensable agregar que esa actividad estatal puede tender, también, a satisfacer necesidades de los "individuos" que integran dicho grupo, pues, en efecto, la actividad de la Administración no siempre tiende a satisfacer necesidades "generales", sino a resolver situaciones "particulares" de los individuos; verbigracia, cuando otorga una concesión de uso sobre el dominio público.

En el terreno doctrinario abundan las más variadas definiciones o nociones conceptuales de Administración Pública. Cada autor propone la suya, de acuerdo con su concepción sobre la materia. La definición que he dado responde a los puntos de vista que dejo expuestos (65) .

6. Antaño la noción de "gobierno" difería de la actual.

En un principio, las funciones estatales no se hallaban divididas, como hoy, y atribuidas a órganos distintos; todas ellas estaban reunidas. En esa etapa la idea de "gobierno" comprendía la actividad *total* del Estado. Posteriormente, a medida que avanzaba el proceso de evolución del Estado, fue produciéndose la paulatina separación de esas funciones. La justicia fue la primera en separarse; luego ocurrió lo mismo con la legislación. De esa forma la actividad "ejecutiva" quedó separada del conjunto originario (66) .

Para los que aceptan la existencia de los llamados "actos de gobierno" como categoría especial -de los cuales me ocuparé en el lugar oportuno de esta obra-, dentro mismo de la actividad "ejecutiva", aunque sin producirse al respecto una división de órganos, se operó una nueva división: la actividad *administrativa* se distingue de la actividad "gubernativa", vale decir, dentro del órgano "ejecutivo", "Administración" y "gobierno" aparecen como actividades distintas. Pero la existencia del "acto de gobierno", como acto de "naturaleza" especial, es hoy discutida en doctrina (67) .

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe advertir que el "gobierno" (expresión final de "poder") no sólo está constituido por el órgano ejecutivo, sino también por el legislativo y el judicial. Así como el "poder" del Estado es único, aunque distribuido en funciones, así también el "gobierno" es único, aunque -en lo atinente a su ejercicio- hállese distribuido entre los tres órganos esenciales del Estado: ejecutivo, legislativo y judicial (68) . El "gobierno" lo constituyen esos tres órganos, poniéndolo de manifiesto cada uno de ellos en su esfera de competencia (69) .

Si bien antaño la idea de "gobierno" comprendía la actividad *total* del Estado, porque en aquel entonces aún no se había producido la división de funciones con asignación de ellas a

"*órganos distintos*", en la actualidad la idea de "*gobierno*" también se refiere a la actividad *total* del Estado, puesto que cada uno de los tres grandes departamentos -legislativo, judicial y ejecutivo- ejerce una porción del gobierno, que, como expresión de "poder", es *único*. La diferencia entre lo que, al respecto, ocurría antaño y ocurre hoy, consiste en que antes el gobierno hallábase concentrado en un *solo* órgano, mientras que actualmente lo ejercitan los tres órganos esenciales, cada uno de ellos dentro de la esfera de competencia atribuida por la Constitución.

Sobre tales bases, hoy se entiende por gobierno la alta *dirección*, la *impulsión* que parte del centro para activar los negocios en el sentido de una buena política y del interés general (70) . La acción complementaria de "gobierno", subordinada al mismo, es "Administración". Como lo recordé en un párrafo anterior (nº 4, letra b), Esmein equiparaba la sociedad política a una máquina. El gobierno sería el motor. Los funcionarios de la Administración serían los órganos de transmisión y las piezas de la máquina.

7. El Estado de policía y el Estado de Derecho difieren esencialmente entre sí. Esa diferenciación repercute, asimismo, en la "*Administración*" de esos tipos de Estado.

"El *Estado de Derecho* significa que a todo principio de derecho acompaña la seguridad de que el Estado se obliga a sí mismo a cumplirlo; en otros términos, que el derecho sujeta tanto a gobernados como a gobernantes". ... "A diferencia del *Estado de policía* -inspirado en el principio de que el fin justifica los medios, y dentro de cuya concepción la autoridad actúa de manera discrecional y sin ninguna traba frente al individuo, como que todos los poderes se refunden en un poder único avasallador que opera sin el freno de la ley-, el *Estado de Derecho* únicamente se desenvuelve *secundum legem*, y, en sus relaciones con los ciudadanos, se somete él mismo a un régimen de derecho" (71) .

"El régimen del Estado de Derecho se establece, dice Carré de Malberg, en interés de los ciudadanos y tiene por fin especial preservarlos y defenderlos contra la arbitrariedad de las autoridades estatales". ... "El Estado de Derecho se establece simple y únicamente en interés y para la salvaguardia de los ciudadanos; sólo tiende a asegurar la protección de su derecho o de su estatuto individual" (72) . La Corte Suprema de Justicia de la Nación sigue dicho criterio; en una de sus sentencias dijo: "Las disposiciones constitucionales establecidas en garantía de la vida, la libertad y la propiedad de los habitantes del país, constituyen restricciones establecidas *principalmente* contra las extralimitaciones de los poderes públicos" (73) .

No deben vincularse o adscribirse el Estado de policía o el Estado de Derecho a una forma determinada de gobierno, pues, tanto uno como otro pueden darse, indistintamente, en cualquier forma de gobierno, ya se trate de una monarquía o de una república, de una democracia o de una oligarquía. La calidad de "Estado de policía" o de "Estado de Derecho" no depende de la forma de gobierno, sino del régimen jurídico que impere en el respectivo país. En este orden de ideas, sería impropio vincular, por ejemplo, la existencia del Estado de policía a la monarquía absoluta, o la del Estado de Derecho a la república. Tampoco es admisible vincular el Estado de Derecho al Estado constitucional, pues no todo

Estado constitucional es Estado de Derecho: para que un Estado constitucional sea, a la vez, Estado de Derecho, debe reunir determinadas características (74) .

¿En qué forma inciden el Estado de policía o el Estado de Derecho en la Administración? ¿Cómo se manifiesta ésta en esos tipos de Estado? La Administración en el Estado de policía se halla *legalmente incondicionada*, mientras que el Estado de Derecho ofrece una Administración *condicionada legalmente*. El Estado de policía es un Estado sin derecho administrativo; el Estado de Derecho lo es con derecho administrativo. La Administración del Estado de policía se caracteriza por un *poder discrecional ilimitado*, y porque el individuo o administrado *carece de acción* para discutir u oponerse a las resoluciones de la autoridad. En cambio, en el Estado de Derecho el individuo o administrado posee acción para conseguir el respeto de su derecho. La Administración del Estado de Derecho se realiza con sujeción a un derecho administrativo que condiciona al órgano administrativo como el derecho judicial condiciona al juez, y que reconoce derechos subjetivos del individuo o administrado. En el Estado de Derecho existe un ordenamiento jurídico administrativo que pone frenos o límites a la arbitrariedad de la Administración (75) . "La teoría del Estado de Derecho se completa, así, con la fundamentación, impecable, de la necesidad del contralor jurisdiccional de la Administración" (76) .

8. Vinculada a la noción de "*Estado*", aparece la noción de "*Fisco*". ¿Qué es el Fisco? ¿Cuál fue el origen de la "teoría" del Fisco y cuál es su significado actual?

La noción de *Fisco* aparece, primeramente, en el derecho romano. Luego fue retomada, con nuevas proyecciones, en la época de auge del Estado de policía. La doctrina actual le atribuye un significado especial.

En el derecho romano el Fisco aparecía como una persona moral junto al emperador, a la cual pertenecían los bienes que el Estado utilizaba para el cumplimiento de sus fines, y a la cual le correspondían ciertos privilegios de derecho civil y de procedimiento (77) .

En la época de auge del Estado de policía la "*doctrina del Fisco*" contribuyó a atemperar el rigorismo a que se hallaban supeditados los habitantes frente al Estado, en materia de responsabilidad estatal. El Fisco aparecía equiparado al "hombre común u ordinario que administraba sus bienes", hallándose sometido al derecho civil y dependiendo de la jurisdicción civil. Se lo diferenciaba del "Estado", propiamente dicho, que carecía de bienes, pero que poseía *imperium*. En esa forma la doctrina del Fisco adquirió gran importancia en la organización del derecho durante el llamado "régimen de policía" (78) , porque en defecto de protección jurídica frente a la Administración, dicha doctrina suministra un sustitutivo al establecer que el Jefe del Estado, o el Estado mismo, pueden ser demandados como Fisco ante los tribunales civiles (79) .

Fleiner ha resumido con claridad el origen y los alcances de la "teoría del Fisco" en la época del Estado de policía. Los tribunales del Príncipe en cada *territorio*, dice, no se hallaban facultados para tramitar demandas contra su autoridad o contra sus funcionarios, pues el Príncipe no estaba sometido a su propio Poder Judicial; en cambio, el demandante podía acudir a los tribunales del *Imperio*. Pero el poder absoluto del Príncipe procuró,

mediante la obtención de imperiales privilegios, sustraerse al control de los tribunales imperiales. Cuando no podía obtener un privilegio imperial, lograba frecuentemente su objeto acudiendo a la violencia. La laguna que ocasionó la supresión del control de los tribunales se pretendió llenar mediante la llamada teoría del Fisco. Según esta teoría, el patrimonio público no pertenecía ni al Príncipe ni al Estado soberano, sino a un sujeto jurídico distinto de ambos: al Fisco, o sea a una persona sometida al derecho patrimonial. La teoría del Fisco consideró el derecho patrimonial como una parte del derecho privado; por lo tanto, no se encontraron dificultades para someter el Fisco, como un particular cualquiera, a la justicia y a las normas jurídicas, es decir al derecho civil. Esta nueva concepción imprimió a los "asuntos fiscales" el carácter de asuntos litigiosos. Paralelamente a la teoría del Fisco, se desarrolló la de la independencia de los tribunales frente a la Administración. De este modo, esta teoría proporcionó al súbdito la posibilidad de demandar a la autoridad, en la persona del *Fiscus*, ante sus propios tribunales territoriales, con tal de que la relación litigiosa tuviere carácter patrimonial. La teoría del Fisco sometió numerosas relaciones jurídicas en que la Administración Pública intervenía como participante, al dominio del derecho privado; por ejemplo: las relaciones económicas entre el Estado y sus empleados; las pretensiones de los particulares frente al Estado fundadas en títulos de derecho privado. Mas no se agota con esto la teoría del Fisco. Su conquista más interesante hállase contenida en el intento de lograr también protección jurídica para el súbdito frente a los actos *soberanos* de la autoridad. Esto no se logró directamente, pues los tribunales territoriales no tenían competencia para *anular* decisiones de la autoridad en "asuntos gubernativos"; no obstante, los tribunales civiles obtuvieron, en virtud de la teoría del Fisco, la facultad de condenar al Fisco al pago de una suma como "*indemnización*" a favor del administrado cuyo derecho había sido lesionado por una decisión de la autoridad (80) . Hasta ahí llegaron los efectos de la teoría del Fisco durante el Estado de policía. Como lo advertiré en el lugar oportuno de esta obra, el derecho administrativo actual ofrece nuevas soluciones cuando se trata de enjuiciar al Estado por actos realizados en ejercicio de su actividad en la esfera del derecho público o en la del derecho privado.

Actualmente, denomínase "*Fisco*" al Estado cuando desenvuelve su personalidad en el campo del derecho privado (81) . El Fisco no es sino un aspecto de la personalidad del Estado (82) . La palabra "fisco" sirve para designar el Estado considerado como sujeto de derechos pecuniarios (83) , pero, bien entendido, derechos de índole "*patrimonial*", de derecho privado, quedando, entonces, excluidos del concepto los derechos que, aun siendo pecuniarios, tengan naturaleza "*publicística*" y su exigibilidad se base en el *imperium* estatal, verbigracia, todo lo atinente a "impuestos"; pues, como bien se dijo, en todo aquello donde no exista ejercicio del poder público, debe admitirse que se trata de la actividad del Fisco (84) .

Los bienes que integran el dominio privado del Estado son, por lo expuesto, bienes "*fiscales*". Las tierras que, de acuerdo al artículo 2342 , inciso 1º del Código Civil, pertenecen al dominio privado del Estado, son, pues, "tierras fiscales".

El Código Civil alemán, en su párrafo 89, insiste en la distinción del Estado-fisco y del Estado-poder como aspectos de la personalidad del Estado según el campo del derecho en que se actúe.

9. La Administración, en el ejercicio de su actividad, no se desenvuelve con libertad absoluta, vale decir, con prescindencia de todo ordenamiento jurídico; por el contrario, debe desenvolverse con "*sujeción*" al ordenamiento jurídico. La actividad de la Administración está, entonces, "*limitada*". Es ésta la consecuencia primaria que en este orden de cosas deriva del Estado de Derecho (85) .

La Administración actúa, pues *secundum legem*. Ya en un párrafo anterior (número 4, letras "h" e "i") quedó dicho que, con relación a la ley, la Administración, lo mismo que la justicia, es una actividad estatal "sublegal". Incluso en ejercicio de su actividad discrecional, la Administración debe desenvolverse *infra legem*, pues la actividad discrecional debe mantenerse dentro del ámbito demarcado por la ley, cuya "*finalidad*" debe ser rigurosamente observada.

Los "*límites*" puestos a la actividad de la Administración pueden hallarse establecidos en "*interés privado*" (de los administrados) o en "*interés público*". A su vez, los límites establecidos en "*interés público*" pueden resultar, según se trate de actividad reglada o de actividad discrecional, de normas jurídicas (leyes materiales y formales) (86) , o de normas no jurídicas (éstas corresponden a datos que, en la especie concreta, se vinculan a exigencias de la técnica o de la política, y que representan el "*mérito*", "*oportunidad*" o "*conveniencia*" del acto; el comportamiento o la actitud de la Administración deben acomodarse a dichos datos) (87) . Vale decir, cuando aquí se habla de límites impuestos por normas jurídicas y por normas no jurídicas, se quiere establecer la diferencia entre límites resultantes de normas legislativas y de límites resultantes de normas o criterios no legislativos; estos últimos están constituidos por los expresados datos revelados por la técnica o la política con relación al caso concreto que se considere. Por supuesto, el comportamiento o actitud de la Administración basados en dichos datos han de tener un substrato totalmente "*jurídico*", por más que no reposen en una norma legislativa "*expresa*" (88) .

Se ha dicho, además, que el principio de la "*legalidad*" también le impone a la Administración una especie de regla psicológica: la obligación de tener en cuenta, en su acción, el *interés público* (89) ; es ésta la finalidad esencial de toda la actividad administrativa (90) . El desconocimiento u olvido de este deber puede viciar el respectivo acto, incurriéndose, por ejemplo, en "*desviación de poder*", que es una de las formas en que se concreta la "*ilegitimidad*".

Ciertamente, el principio de legalidad a que debe atenerse la Administración no excluye la posibilidad de que, en circunstancias "*excepcionales*", dicho principio sea soslayado y se adopten válidamente resoluciones *contra legem*; verbigracia, reglamentos de necesidad y urgencia (91) . Pero esto es verdaderamente "*excepcional*" y requiere la concurrencia de circunstancias especialísimas.

10. Guicciardi estudió metódicamente lo relacionado con los límites puestos a la actividad de la Administración. Lo hace desde dos puntos de vista: 1) límites puestos a dicha actividad *por normas jurídicas*, que a su vez pueden hallarse establecidas en interés individual o en interés público; 2) límites puestos a la actividad administrativa *por normas no jurídicas*. Razona así en lo fundamental:

Límites puestos en interés individual por normas jurídicas.

En el actual Estado de Derecho, junto a la personalidad del Estado, se reconoce y aparece la personalidad del individuo; correlativamente a esas personalidades, existen otras tantas esferas jurídicas protegidas por el derecho; es decir que, frente al Estado, el individuo, el administrado, tiene un conjunto de derechos que debe ser respetado por aquél en el ejercicio de su actividad. Si este respeto no se efectúa y la Administración, por ejemplo, invade la esfera jurídica del individuo, el acto respectivo es un acto contra derecho, un acto "ilícito"; ejemplo: apoderamiento por la Administración de un inmueble del administrado, sin cumplir con los requisitos integrales del debido proceso legal.

Con referencia a esta ilicitud del acto administrativo emitido con menoscabo de derechos patrimoniales del administrado, Guicciardi considera que tal ilicitud sólo dejaría de ser tal en dos supuestos: primero, cuando dicha lesión patrimonial resultare de un cambio del derecho objetivo, con alcances generales; segundo, cuando hubiere acuerdo de partes.

Esta afirmación de Guicciardi, en lo que respecta a nuestro orden jurídico, requiere una aclaración, ya que no es posible aceptarla en la forma amplia en que la expone. En lo que se refiere al primer supuesto -cambio del derecho objetivo- considero que la ilicitud existiría igualmente si dicho cambio involucrase un agravio a garantías constitucionales; esto es obvio. La legislación no puede alterar la Constitución (92) . Pero todo esto vincúlase, además, al interesante problema de la constitucionalidad de la reforma constitucional. En este sentido, comparto la tesis de Linares Quintana, en cuanto afirma que, en nuestro país, una Convención reformadora no puede alterar la esencia de la Constitución sin destruir ésta (93) , por lo que una reforma constitucional que alterase la esencia de la Constitución vigente, suprimiendo una de sus garantías esenciales, sería írrita (94) . En lo atinente al segundo supuesto, va de suyo que la conformidad de partes excluye, en la especie, toda idea de ilicitud.

Límites puestos en interés público por normas jurídicas.

Si bien en principio al derecho no le interesa cómo actúa el individuo particular, el administrado, en cumplimiento de sus propios fines, no ocurre lo mismo tratándose de cómo actúa la Administración, *lato sensu* Estado, en el desenvolvimiento de sus actividades, pues la actividad administrativa, y la estatal en general, deben cumplirse y desarrollarse en forma que satisfagan las necesidades e intereses públicos, por ser éste el fin de la actividad del Estado. Por eso es que al derecho le interesa siempre cómo actúa la Administración para lograr sus finalidades. Esto da como resultado la existencia de un conjunto de normas legales que disciplinan y regulan todo lo atinente a la actividad de la Administración, normas que Guicciardi clasifica en tres grupos que corresponden a tres

momentos distintos de la actividad administrativa: 1) normas de organización; 2) normas atinentes al contenido del acto; 3) normas relacionadas con el procedimiento.

Las primeras, o sea las normas vinculadas a la organización, se refieren a la creación de los órganos administrativos y a la atribución de la respectiva competencia.

Las del segundo grupo, o sea las atinentes al contenido del acto, se refieren y consideran lo relativo a la voluntad administrativa y más precisamente a la correlación que debe existir entre la voluntad expresada y la finalidad que preténdese obtener con el acto que se emite.

El tercer grupo, el del procedimiento, comprende todo lo vinculado a las formas de emanación del acto.

La violación de cualquiera de esos tipos de normas implicaría, para la Administración, haber excedido los respectivos límites puestos a su actividad. Así, por ejemplo, el desconocimiento de las llamadas normas sobre "organización" daría lugar a un acto viciado de incompetencia; la violación de las normas atinentes al "contenido" daría por resultado un acto viciado por cualquiera de las fallas que afectan a la expresión de voluntad, y así tendríamos un acto afectado de exceso de poder, de desviación de poder, de error, dolo o fraude. Lo mismo ocurriría con la violación de las normas que regulan el proceso de emanación del acto; por ejemplo, un acto que afecte derechos subjetivos de un administrado, requiere que en su emanación se le haya dado audiencia al interesado, que éste haya sido oído, ya que de lo contrario se habría afectado una garantía esencial.

En síntesis: en cumplimiento de sus finalidades públicas, la Administración debe observar y respetar los expresados tres tipos de normas que regulan su actividad; si así no lo hace, el respectivo acto hallaríase viciado de *"ilegitimidad"*.

Límites puestos a la actividad de la Administración, en interés público, por normas no jurídicas.

En el supuesto precedente quedaron analizados esos límites cuando los mismos derivan de normas jurídicas, vale decir de textos legales. Todo ello vincúlase al ejercicio de la actividad reglada de la Administración; pero además de este tipo de actividad, la Administración desarrolla otra actividad, la discrecional, cuyo ejercicio depende y tiene como límites la "finalidad" del acto respectivo, pero no depende de normas legislativas concretas y preexistentes que regulen toda la actividad administrativa.

En materia de actividad discrecional, sólo existen dos de los tipos de normas mencionados en el supuesto anterior, que también deben observarse escrupulosamente: los relacionados con la organización y el procedimiento, pues al respecto incluso la actividad discrecional debe responder a ciertos principios legales permanentes. Así, por ejemplo, por más discrecional que sea la actividad ejercida, ésta debe ser cumplida respetando los principios sobre competencia y forma del acto; de modo que las normas legales relativas a "competencia" y "forma" también rigen en materia de actividad discrecional. Pero no ocurre lo mismo con el conjunto de normas relacionadas con el *"contenido"* del acto.

En este último orden de ideas, la actividad de la Administración ya no está regulada por normas legales prefijadas, sino únicamente por la finalidad del acto respectivo; el límite primordial puesto a la Administración en materia de actividad discrecional está representado por el "fin". Respecto al "contenido" de la actividad administrativa, la Administración se guía por cánones y criterios de diversa naturaleza, pero no legislativos.

Ahora bien, que no existan normas legislativas preestablecidas y que ese límite esté dado solamente por el "fin", no quiere decir que en este campo la actividad de la Administración sea totalmente libre, pues la actividad discrecional es también actividad *infra legem*, si bien determinada y condicionada por la ya referida finalidad que se pretende lograr, cuya valoración, como se dijo, depende de cánones y criterios de diversa naturaleza, pero no legislativos.

Esta libertad *-infra legem-* de la Administración en el campo de la actividad discrecional, determina dos tipos de discrecionalidad: la política y la técnica.

La primera es aquella en la que el contenido del acto se determina por factores de equidad, de oportunidad o de conveniencia; en cambio, la llamada discrecionalidad técnica es aquella que está dependiendo de un dictamen técnico previo, cuya valoración definitiva queda librada al prudente arbitrio de la Administración.

Esos elementos que constituyen e integran la discrecionalidad, sea ésta la política o la técnica, representan el llamado "mérito" del acto administrativo; si entre dicho mérito y el fin que se invocó para emitir el acto hay discordancia, el acto pertinente estará viciado de *"inoportunidad"* (95) .

Tal es, en síntesis, lo dicho por Guicciardi acerca de los límites puestos a la actividad de la Administración, conceptos que he considerado conveniente y útil sintetizar y transcribir porque tratan el tema con criterio técnico jurídico, con sujeción a una estructura lógica.

11. La función administrativa puede considerarse desde dos puntos de vista fundamentales: a) el material, substancial u objetivo; b) el orgánico o subjetivo. Algunos autores hablan de un tercer punto de vista: el formal.

La concepción substancial, material u objetiva, considera a la Administración teniendo en cuenta la naturaleza jurídica interna de la actividad desarrollada, con total prescindencia del órgano o del agente productor del acto o de la actividad. En ese orden de ideas, de acuerdo con este criterio, puede haber actividad "administrativa", *stricto sensu*, no sólo en la que desarrolle o despliegue el órgano ejecutivo, que es a quien normal y preferentemente le están asignadas dichas funciones, sino también en la que, al margen de las suyas específicas, realicen los órganos legislativo y judicial.

La concepción orgánica o subjetiva tiene en cuenta los órganos a que normalmente les están asignadas las funciones administrativas. En tal orden de ideas, función administrativa sería la realizada por el ejecutivo o por los órganos dependientes del mismo (96) . Con este

criterio, la función administrativa que desarrollen los órganos legislativo y judicial no sería tal, sino legislativa o jurisdiccional, respectivamente (97) .

En cambio, el concepto de Administración en sentido "formal" es impreciso y vago. Tanto es así que algunos autores, como Fraga, Laubadère, etcétera, lo asimilan al concepto subjetivo u orgánico (98) . Para otros, como Zanobini, la Administración en sentido formal comprende todas las resoluciones que tengan la eficacia propia de los actos administrativos, cualquiera sea su contenido o los sujetos de que emanen (99) . En realidad, esto último no significa otra cosa que la aceptación del criterio objetivo, substancial o material. Pienso, con D'Alessio, que la consideración "formal" tiene transcendencia respecto a las actividades legislativa y judicial, no así respecto a la actividad administrativa, dado que ésta, en general, no requiere la observancia de formas especiales (100) .

Estimo, entonces, que la consideración de la actividad administrativa ha de reducirse a los criterios objetivo o subjetivo, debiendo optarse por uno de éstos, todo ello sin perjuicio de lo atinente a la "*forma*" de los actos administrativos, cuestión ajena a la que vengo considerando.

De lo dicho despréndese que la concepción objetiva y la subjetiva no siempre coinciden, ya que, aparte de que el órgano ejecutivo no reduce su actividad a funciones "administrativas" *stricto sensu*, los órganos legislativo y judicial no se limitan al desempeño de sus funciones específicas (legislación y jurisdicción), sino que, al margen de ellas, suelen desempeñar funciones de substancia administrativa. Otras veces, claro está, dichas clasificaciones coinciden plenamente; tal ocurre cuando el ejecutivo ejerce su específica función administrativa.

Al considerar la función administrativa ¿qué criterio debe aceptarse? ¿El objetivo o el subjetivo? Ya precedentemente (nº 3), me decidí por el criterio material, substancial u objetivo, porque lo que ha de definir una institución es la "*substancia*" de la misma, no la "forma" ni el "autor" de los actos respectivos: la forma y el autor sólo constituyen elementos contingentes. Este es el criterio predominante en la doctrina, que al respecto registra escasas excepciones (101) . En nuestro país, Villegas Basavilbaso comparte el criterio expuesto (102) ; en Uruguay lo sigue Sayagués Laso (103) .

De manera que ha de considerarse como función administrativa la actividad de cualquiera de los órganos estatales (legislativo, judicial y ejecutivo), si tal es la naturaleza jurídica correspondiente a la actividad desplegada por dichos órganos (104) .

12. Presutti ha observado que la actividad de la Administración Pública para la satisfacción de los intereses a su cargo, hállese regulada por una triple categoría de normas, que se presentan en tres diversos campos de estudio: el de la ciencia jurídica, el de la ciencia de la administración y el de las ciencias técnicas (105) , lo que determina que dicha actividad de la Administración se desarrolle en tres direcciones diferentes: *administrativa* propiamente dicha, *técnica* y *jurídica*. Es conveniente, entonces, distinguir el concepto de Administración, como actividad dirigida a la realización de los fines públicos, respecto a esos otros conceptos con que pudiera confundirse (106) .

La actividad "jurídica", en el orden de ideas de que aquí se trata, consiste en la utilización, por la Administración, de los medios e instituciones de derecho, para sus fines (contratos, concesiones, dominio público, limitaciones a la propiedad, etc.). La actividad "técnica" implica el empleo, por la Administración, de los recursos de esta índole, también al servicio de los fines del Estado (educación, enseñanza, higiene, terapéutica, etc.). La actividad "administrativa" propende a la obtención y uso de los medios idóneos para que el Estado satisfaga sus fines. De modo que las ciencias jurídicas y las ciencias técnicas proporcionan a la Administración los *medios* que necesita para resolver su problema, en tanto que la *elección* del medio más adecuado para ello es función de la Administración (107) .

Algunos autores se han preguntado si la acción técnica es acción administrativa propiamente hablando. Posada, citado por García Oviedo, ha señalado claramente la distinción entre ambas, al decir que una cosa es la satisfacción de la necesidad social *contenido* del servicio público, y otra la acción de esfuerzo y de gestión indispensable para que el servicio se constituya y se preste. Así, por ejemplo, una cosa es "desempeñar" o *ejercer* la función de la enseñanza o de la beneficencia, y otra *administrar* semejantes intereses colectivos. El médico no administra la beneficencia; presta el servicio benéfico (108) .

Pero si en sentido estricto, rigurosamente científico, la actividad técnica no constituye verdadera actividad administrativa, porque no es actividad del Estado, sino de los individuos que la desarrollan, en el más amplio sentido de administración, considerada ésta como función política dirigida a la satisfacción de las necesidades públicas, es también actividad administrativa y forma parte del conjunto de funciones mediante las cuales el Estado cumple sus fines. En tal sentido puede decirse que el Estado educa, instruye, socorre y cura, y que esas actividades las desarrollan el profesor, el médico, etcétera, no como particulares, *sino como órganos que ponen por obra la voluntad del Estado* (109) .

13. En la distribución de las funciones estatales, al llamado "Poder" Ejecutivo le está asignada la función administrativa, como función específica; de ahí deriva la asimilación de "poder" ejecutivo y "poder" administrador.

La expresada identificación de conceptos plantea la siguiente cuestión: la Administración ¿es un poder del Estado, o es solamente una función especial del mismo? (110) . Los tratadistas dividen sus opiniones. Posada estima que no resulta ocioso aclarar esa cuestión, a pesar de todo lo que se ha escrito acerca de los poderes del Estado (111) .

Un sector de la doctrina le atribuye a la Administración la calidad de "poder" del Estado. Thorpe, recordado por Villegas Basavilbaso, se funda para ello en la necesidad de darle estabilidad a la burocracia. En política, dice, el reconocimiento de este cuarto "poder" encuentra su expresión en el servicio civil, cuya reforma implica una administración fija de los negocios. Sin duda alguna, agrega, tendemos a la permanencia de la fuerza administrativa en el gobierno (112) . Estimo que tal posición carece de base lógica: no advierto la vinculación que pueda existir entre la necesidad de darle estabilidad a la burocracia y la existencia de un "poder" estatal. Picard sostiene, asimismo, que la Administración constituye un "poder" del Estado. Basa su opinión en la necesidad de que,

al lado de los tres poderes clásicos, exista un cuarto poder encargado de la gestión o cuidado de los bienes del Estado; considera que la administración de esos bienes es distinta de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial. Esta opinión ha sido justamente criticada: limita el concepto de Administración al contraerlo a una mera gestión de medios (113) . Adolfo Posada considera que la Administración, en principio, reúne las condiciones para ser considerada como un poder del Estado, o sea: objeto propio, distinto y complejo, que exija un esfuerzo particular, que suponga un momento esencial en la vida política, y que se produzca o tienda a producirse con relieve suficiente para *especificarse* en órgano adecuado. Excepcionalmente esas condiciones no concurren en los Estados rudimentarios, donde funciones diferentes están servidas por un mismo órgano (114) .

Otro sector de la doctrina, en el cual me incluyo, niega que la Administración constituya un "poder" del Estado. "Mejor que hablar de poderes distintos es hablar del Poder del Estado y de distintas funciones del Poder, y considerar la función administrativa como una de las del Estado, en la que se manifiesta el Poder del mismo para la mejor realización de los fines públicos. No será, pues, la Administración un Poder del Estado, al modo como se han venido concibiendo el Poder Legislativo y el Judicial; no podremos equipararla en absoluto al Poder Ejecutivo" (115) .

La Administración, pues, no es un "Poder" del Estado, el "cuarto" Poder en la especie. Es sólo una de las funciones del Estado, para cuyo cumplimiento se actualiza una parte del "poder" estatal, poder que es "*único*". Si el "Poder" del Estado es único (ver nº 2), no es posible hablar de "Poderes", sino de órganos esenciales a los que se les asignan funciones distintas. No hay "poderes", sino "poder". La Administración es sólo una función especializada, realizada *preferentemente* por los órganos del ejecutivo.

14. El hecho de que a la Administración le esté asignada la misión de que la ley se cumpla y se observe, es decir que la ley *se ejecute*, plantea la cuestión de si la función administrativa es o no simple ejecución de la ley, y si, en tal sentido, "*ejecución*" y "*Administración*" constituyen o no una misma cosa (116) .

La Administración no es una mera ejecución de la ley. Su función es mucho más amplia (117) . "*Administración*" presupone poder de iniciativa, con lo cual queda excedido el marco de la simple ejecución de la norma.

En el campo de la doctrina existen dos criterios para entender lo que es ejecución de la ley: o se quiere indicar que la actividad se encuentra *autorizada por una disposición legal*, o bien se entiende por tal ejecución la actividad necesaria para *darle efectividad o realización práctica* a la norma legislativa (118) .

Carré de Malberg sigue, en términos generales, el primer criterio. Para él la función administrativa ha podido ser calificada con razón como ejecutiva, porque en el Estado legal los poderes del administrador sólo pueden provenir de la ley; de modo que los actos de potestad administrativa presuponen una ley en la cual se apoyan y cuya ejecución constituyen (119) .

Este criterio ha sido criticado con razón: 1) porque, de acuerdo a él, no existe diferencia específica entre Administración y las otras funciones del Estado, ya que sus respectivos órganos sólo pueden obrar en función de facultades expresas y limitadas; siendo así, tanto la función administrativa como la legislativa y la judicial, deberían tener, dentro de este criterio, el carácter de funciones ejecutivas; 2) porque no puede entenderse como ejecución de la ley, el uso de una autorización que ésta concede; de lo contrario habría que afirmar que los particulares ejecutan las leyes civiles o mercantiles cuando celebran un contrato o realizan cualquier otro acto que ellas prevén. El uso de la capacidad legal, de las facultades que la ley otorga, no se ha considerado nunca como ejecución de la ley (120) .

El segundo criterio también fue objetado. Muchos actos administrativos no implican, propiamente, ejecución de leyes. Así, cuando la Administración obra en mérito a facultades discrecionales, cuando celebra contratos y, en general, en todos aquellos casos en que la ley no impone una obligación, sino que se limita a autorizar determinadas actividades, no puede decirse precisamente que se esté ejecutando la ley, por más que se esté obrando dentro de ella (121) .

"Administración" y "ejecución", pues, no son conceptos equivalentes (122) . El concepto de "*Administración*" es más amplio y comprensivo que el de "*ejecución*". Dentro del concepto de "Administración" quedan comprendidas la actividad ejecutiva y la actividad discrecional (123) .

15. *Clasificación de la actividad administrativa.* No toda la actividad de la Administración es de igual naturaleza, ni se expresa o traduce en igual forma. Ello da lugar a diversos tipos de administración, que permiten clasificar a ésta en mérito a la naturaleza de la función ejercida o en mérito a la estructura del respectivo órgano. Todo ello tiene trascendencia jurídica.

Las clasificaciones fundamentales son dos: en razón de la naturaleza de la función y en razón de la estructura del órgano. Además, por sus modalidades características, cuadra estudiar como tipos especiales de la actividad administrativa la interorgánica y la interadministrativa.

16. A) *En razón de la naturaleza de las funciones.* En este orden de ideas, la Administración puede clasificarse en activa y jurisdiccional; interna y externa; consultiva; reglada y discrecional; de contralor.

17. a) Administración "*activa*" es la que decide y ejecuta; aquella cuya actividad es acción y obra.

El órgano activo puede ser unipersonal o colectivo. Esto último puede incidir en las atribuciones para "decidir" y para "ejecutar" lo decidido: en principio, decide el órgano, mientras que ejecuta el que lo dirige o preside.

Diríase que ésta es la Administración propiamente dicha. Por eso, en cuanto a su funcionamiento, este tipo de administración es permanente (124) . Sus decisiones constituyen típicos actos administrativos.

18. b) Administración "*jurisdiccional*" es la que "*decide*" las cuestiones (recursos, reclamaciones, etc.) promovidas por los administrados. En estos casos, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los órganos o funcionarios de la Administración ejercen facultades judiciales, o sea las que, en el orden normal de las instituciones, incumben a los jueces. Se trata de supuestos, dijo el Tribunal, en que las leyes sustraen a la intervención judicial determinados asuntos (125) .

"La *jurisdicción*, escribe García Trevijano Fos, puede ejercitarse tanto por la Administración como por el Poder Judicial, entendiendo por jurisdicción la potestad de *componer los intereses contrapuestos*. En este sentido, agrega, es evidente que la Administración tiene una potestad jurisdiccional que se manifiesta fundamentalmente a través de la resolución de recursos. Lo que sucede es que el Poder Judicial utiliza el mecanismo del *proceso*, mientras que la Administración utiliza el vehículo del *procedimiento*, con las diferencias sustanciales existentes entre ambos" (126) . Lo cierto es que si la función *judicial* se lleva esencialmente a cabo por los jueces, la función *jurisdiccional*, en cambio, puede llevarse a cabo también por órganos administrativos (127) . De ahí que, en virtud de la cabal analogía que presenta cierto aspecto de la actividad administrativa con la actividad jurisdiccional, se hable de actividad administrativa "*parajurisdiccional*" (128) .

Hay que distinguir, entonces, entre función jurisdiccional del órgano "judicial" y función jurisdiccional del órgano "administrador": así como el órgano judicial, cuya función principal o esencial es la emisión de actos jurisdiccionales, puede también emitir excepcionalmente actos administrativos, del mismo modo el órgano administrador, cuya misión esencial es la emisión de actos administrativos, excepcionalmente puede asimismo realizar actos jurisdiccionales. En la emisión de actos jurisdiccionales el órgano judicial se vale del "*proceso*", en tanto que el órgano administrador se vale del "*procedimiento*", con las obvias diferencias básicas existentes entre esos tipos de actuación. Ya Lampué manifestó que no podría decirse que el procedimiento (*lato sensu*: "técnica para llegar a la expresión del acto") revele el carácter del acto, puesto que justamente dicho carácter es lo que condiciona el procedimiento (129) .

La actividad "*jurisdiccional*" de la Administración tiene una gran proyección como garantía procesal para los administrados: sólo contra los actos administrativos en que se concreta dicha actividad, y que sean irrevisables por vía judicial, procede el recurso extraordinario de inconstitucionalidad para ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (130) .

En dos palabras: la actividad "*jurisdiccional*" de la Administración, según la Corte Suprema de Justicia, se caracteriza porque en ella los funcionarios u órganos administrativos obran como jueces (131) , todo ello sin perjuicio de la diferencia que existe entre la actividad jurisdiccional de los jueces y la actividad jurisdiccional de la Administración (132) - (133) .

Por cierto que si la actividad administrativa tuviere substancia o contenido jurisdiccional, tal substancia o contenido se mantendrá y conservará a pesar de que el órgano emisor del acto sea "administrativo" y no judicial: es la consecuencia lógica que deriva del carácter substancial, material y objetivo con que ha de considerarse la función administrativa (véanse los nros. 3 y 11).

Aparte del acto *administrativo* con contenido "*jurisdiccional*", a que hice referencia precedentemente, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió la actuación de "*cuerpos administrativos*" con "facultades jurisdiccionales", pero lo hizo luego de establecer, con particular énfasis, que la validez de los procedimientos de dichos órganos hallábase supeditada al requisito de que las leyes pertinentes *dejen expedita la instancia judicial posterior* (134), soslayándose así la objeción que pudiere surgir del artículo 95 (135) de la Constitución Nacional (136). Dando como jurídicamente aceptable la tesis de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, va de suyo que el medio idóneo para obtener que la resolución del órgano jurisdiccional "administrativo" sea revisada por el respectivo órgano "judicial", es el recurso de "*apelación*" (137).

19. c) Administración "*interna*" y "*externa*". Administración "*interna*" es la actividad que el órgano administrador realiza para su propia organización, y en cuya labor no entra en relación con terceros. Trátase de medidas o normas que la Administración se da a sí misma. Es, por ello, una actividad no jurídica (138).

La Administración "*externa*" trasunta la actividad que el órgano administrador desarrolla en su vinculación con terceros. Trátase, pues, de una actividad jurídica (139).

El contenido de esos tipos de administración incide en los conceptos de "acto de administración" y de "acto administrativo". El acto de administración corresponde a la actividad interna de la Administración; el acto administrativo corresponde a la actividad externa de la misma. Más adelante, en el lugar oportuno de esta obra, al referirme a las diferencias entre acto de administración y acto administrativo, volveré sobre esto.

La actividad "*externa*" tiene por objeto la satisfacción de los intereses públicos, cuya gestión le compete a la Administración. La actividad "*interna*" no tiene ese objeto, sino el de lograr el mejor funcionamiento del ente (140).

De lo dicho dedúcese que el fundamento de la actividad administrativa "*externa*" es la ley, *lato sensu*. En el Estado de Derecho, todo acto de este tipo debe fundarse en una norma jurídica (141). En cambio, la actividad "*interna*" constituye el ejercicio del poder de auto-organización, que no implica una simple facultad, sino un "*poder-deber*" que ha de ejercitarse de conformidad con los principios de una buena administración (142).

20. d) Administración "*consultiva*". Es una actividad "*preparatoria*" de la manifestación "*activa*" de la Administración (143). Consiste en una función de colaboración. Por eso es que generalmente aparecen vinculadas estas dos formas de la actividad administrativa.

La actividad "*consultiva*" se justifica por el carácter "técnico" -en su amplio sentido- que revisten ciertas decisiones administrativas (144) . Con ello tiéndese a lograr el mayor acierto en la decisión.

Los órganos consultivos generalmente son *colegiados* (145) , pero pueden ser "*individuales*", como ocurre entre nosotros con el Procurador del Tesoro de la Nación (146) . Cuando dichos órganos revisten carácter colegiado, reciben el nombre de "consejos", "juntas", "comisiones", etcétera.

Los órganos de referencia, sean individuales o colegiados, pueden ser "*permanentes*" o sólo "*transitorios*", e incluso "*ad-hoc*".

En las administraciones simples o sencillas las operaciones de administración *activa* y *consultiva* pueden o suelen hallarse a cargo del mismo personal u órgano; pero cuando la actividad del Estado se torna compleja, resulta conveniente la existencia de órganos consultivos específicos (147) .

El dictamen que emita el órgano consultivo no libera de responsabilidad al funcionario que *ejecuta* tal dictamen (148) : el único responsable de la resolución *final* es el órgano activo que la emite; el órgano consultivo carece de responsabilidad en la especie. Tal es el principio. El dictamen sólo contiene una opinión "*técnica*", en el amplio sentido; consecuentemente, traduce una actividad "*lícita*" del órgano asesor, actividad que termina con la mera emisión del parecer. Siendo así, es obvio que el dictamen emitido en esas condiciones no le trae responsabilidad alguna a quien lo emitió, aunque el órgano activo que lo requirió incurra después en responsabilidad al hacer suyo y llevar a cabo el consejo contenido en el dictamen. Si así no fuere, al dictamen -actividad "*lícita*" del órgano consultivo- de hecho estarían asignándosele consecuencias propias de la "*instigación*" -actividad "*ilícita*"-, temperamento que rechaza la lógica jurídica. "Asesoramiento" e "instigación" son conceptos jurídicamente distintos: lícito el primero, ilícito el segundo. El "instigador", por principio, responde del hecho del instigado; en cambio, el mero órgano consultivo, por principio, no es responsable por las consecuencias de su dictamen (149) . El propio Código Civil contiene un "principio" que corrobora lo expuesto: según el artículo 1071 "el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto".

Con relación al órgano consultivo, hay autores que mencionan tres clases de dictámenes: facultativos, obligatorios y vinculantes (150) . Los facultativos son los que la Administración no está obligada a requerir, por lo que, si voluntariamente los solicita, no está obligada a aceptar sus conclusiones. Los obligatorios son los que, si bien la Administración está obligada a solicitar, no está obligada a conformarse con ellos. Los vinculantes serían los que la Administración está obligada a requerir y aceptar sus conclusiones (151) . Presutti estima que, en el supuesto de dictámenes *vinculantes*, si la Administración no requiere el dictamen o no sigue sus conclusiones, tal comportamiento vicia de legitimidad el respectivo acto (152) . Disiento con tal criterio. Ningún dictamen de órganos "*consultivos*" puede tener semejante alcance; si la ley le atribuye tales efectos, el dictamen dejará de tener carácter "*consultivo*", debiéndose regir entonces por otras reglas

(153) . La "esencia" de tales dictámenes y la índole de las funciones de dichos órganos excluye aquellos efectos. En *ningún caso* la Administración activa está obligada a seguir las conclusiones del dictamen de un órgano consultivo, tanto más cuanto, como quedó expresado precedentemente, en la especie el único responsable de la resolución es el órgano activo que la emite; esta conclusión la comparten destacados expositores extranjeros y nacionales, y entre éstos Ramón Ferreyra, autor del más antiguo tratado de derecho administrativo publicado en nuestro país (154) .

Los órganos consultivos no realizan funciones que impliquen una "expresión de voluntad", "no emiten manifestación de voluntad", es decir, *no deciden*; sus funciones son únicamente de valoración técnica. En dos palabras: se limitan a dictaminar, aconsejando, asesorando (155) . Estos dictámenes constituyen actos "*internos*" de la Administración (156) ; de ahí las siguientes consecuencias: a) no tienen fuerza ejecutoria, pues no son "actos administrativos" *stricto sensu*; b) no constituyen un acto jurídico: no obligan al órgano ejecutivo. Si el dictamen fuere acogido por el órgano ejecutivo, la substancia de dicho dictamen se tornará obligatoria, pero esto no por obra del dictamen en sí, sino como consecuencia del acto administrativo que emita la Administración activa aceptando dicho dictamen (157) . Para muchos autores, dichos dictámenes constituyen un mero *hecho administrativo* (158) ; pero estimo que, si bien no estamos en presencia de un "acto administrativo" *stricto sensu*, estamos en presencia de algo más que de un simple "hecho administrativo": tratase de un "*acto de administración*" (véase el nº 19, y más adelante, al tratar los actos administrativos, adviértase la diferencia entre éstos y los actos de administración).

Por último, si el órgano consultivo fuere colegiado, cuadra advertir que no es necesario que sus miembros se expidan uniformemente, por "unanimidad"; pueden expedirse en disidencia, formando una mayoría y una minoría. Si la Administración activa aceptare el dictamen, puede decidirse por la opinión de la mayoría o de la minoría. Todo esto hállase de acuerdo con la índole o naturaleza de los pareceres emitidos por dichos órganos.

21. e) Administración "*reglada*" y "*discrecional*". Toda la actividad de la Administración es "*sublegal*" (véase el nº 9). Tal afirmación, que en el Estado de Derecho tiene carácter de principio esencial, puede hallar satisfacción en "grados" diferentes, dando lugar a dos tipos de Administración: la reglada o vinculada y la discrecional. En forma distinta, ambos tipos de Administración ejecutan la ley.

En ejercicio de la actividad reglada, la Administración aparece estrechamente vinculada a la *ley*, que al respecto contiene reglas que deben ser observadas. En ejercicio de la actividad discrecional, la Administración actúa con mayor libertad: su conducta no está determinada por *normas legales*, sino por la "*finalidad*" legal a cumplir (159) . Según que la actividad sea reglada o discrecional, hay, pues, una diferente forma de actuar por parte de la Administración, pero siempre dentro del "*ámbito*" legal. Por eso se ha dicho, con acierto, que la división de la Administración en reglada y discrecional vale como clasificación de los modos de ejecutarse la ley (160) .

En ejercicio de la actividad "reglada" la Administración actúa de acuerdo a normas jurídicas, es decir de acuerdo a normas *legislativas*. En ejercicio de su actividad "discrecional" la Administración actúa de acuerdo a normas o criterios no jurídicos, vale decir *no legislativos*, constituidos por datos que, en la especie concreta, se vinculan a exigencias de la técnica o de la política, y que representan el mérito, oportunidad o conveniencia del respectivo acto; al emitir éste, la Administración debe acomodar su conducta a dichos datos, valorándolos: de ahí lo "*discrecional*" de su actividad (161) .

Pero así como en ejercicio de su actividad "discrecional" la Administración no es enteramente libre, ya que trátase de una discrecionalidad *infra legem*, que obliga al órgano administrativo a respetar la *finalidad* de la ley, así también, en ejercicio de su actividad reglada o vinculada, la Administración no se convierte en ciega y automática ejecutora de la ley: "hay siempre un proceso intelectual realizado por el órgano público para ubicar y realizar en la vida social las condiciones impuestas por la norma jurídica" (162) .

Cuadra advertir, por último, que entre la gestión administrativa que se desarrolla por una ley detalladamente vinculada y aquella otra que carece del acondicionamiento respectivo no existe ninguna diferencia substancial (163) . Vale decir que en el contenido de los actos administrativos emitidos en ejercicio de la actividad reglada o en ejercicio de la actividad discrecional, no existe diferencia substancial alguna. Entre la actividad "reglada" o "vinculada" y la actividad "discrecional" podrá haber una diferencia en cuanto a la obligación o facultad del órgano público para emitir el acto, pues mientras en el primer tipo de actividad esa obligación existe casi generalmente, en el segundo tipo de actividades puede no ocurrir así (164) . Pero una vez "*emitido*" un acto administrativo en ejercicio de la actividad discrecional, de él puede nacer para el administrado un derecho subjetivo de idéntica substancia que el nacido del ejercicio de la actividad reglada o vinculada: en ambos casos el derecho subjetivo habrá nacido de un acto administrativo emitido en ejecución de la ley y de acuerdo a ella. Tal es el principio rector que ha de tenerse presente, no correspondiendo distinción alguna al respecto (165) - (166) .

22. f) Administración de "*contralor*". Se ha dicho, con razón, que no es fácil dar las líneas generales de una teoría del contralor (167) .

No obstante, puede afirmarse que todo lo atinente al contralor halla ubicación: a) en las relaciones interorgánicas e interadministrativas, a las cuales me referiré en un párrafo próximo (nº 27); b) en la actividad interna de la Administración; c) en la actividad externa de la Administración. Los actos de contralor estarán regidos por uno u otro de los respectivos principios, según la índole de aquellos actos. Tal es el punto de partida.

Dicha administración es la que se ejerce sobre los actos de la Administración, o sobre los actos de los administrados vinculados a ella, con el objeto de verificar la legitimidad e incluso la oportunidad o conveniencia de dichos actos (168) .

La administración de referencia puede corresponder, pues, tanto a la actividad interna como a la externa de la Administración. Según en cuál de estos ámbitos se lleve a cabo el contralor, así serán las reglas fundamentales a considerar: las correspondientes a la

actividad interna o a la externa, según los casos. Si bien los actos de contralor tienen gran importancia en las relaciones internas de la Administración (169) , lo cierto es que también la tienen en la actividad externa de la misma, o sea respecto al control ejercido con relación a actos de terceros (administrados, en general; concesionarios de servicios públicos; etc.).

Corresponde a la actividad *interna* de la Administración: a) el control jerárquico (administración centralizada); b) el control administrativo, o control de tutela (administración descentralizada o autárquica), realizado por los órganos superiores de la Administración centralizada sobre los órganos descentralizados. Corresponde a la actividad *externa* de la Administración: 1) el control originariamente externo, vale decir referido *ab-initio* no a órganos administrativos, sino a terceros, a los administrados; 2) cuando aun tratándose de un control jerárquico o interorgánico, como consecuencia de la medida de control el *status* jurídico de un funcionario o empleado sufra alteración o modificación, verbigracia, a raíz de una sanción disciplinaria; en este caso va de suyo que la actividad administrativa ha dejado de ser meramente "*interna*", pues ha salido de su ámbito para incidir en el *status* propio de un funcionario o empleado públicos que, a tales efectos, deben considerarse "terceros" (véase más adelante, texto y nota 196).

Si bien el control puede ser jerárquico, es de advertir que control es distinto a jerarquía: no podrá decirse, por ejemplo, que la Contaduría General de la Nación sea superior jerárquico respecto a un Ministerio (170) . En otras palabras: la procedencia del control no requiere necesariamente relación de subordinación: puede haber control entre autoridades o entidades de categoría similar (171) .

El contralor no sólo puede ser de tipo "*financiero*", aunque éste constituya uno de los aspectos más comunes o frecuentes del contralor. Puede referirse, en general, a los *actos* que realicen los órganos administrativos o los administrados vinculados a la Administración; a la *actividad* del órgano administrativo o a las *personas* adscriptas a la función pública. Puede ser "jerárquico" o "administrativo" o de tutela, según que se realice *dentro* de la administración centralizada o *dentro* de la descentralizada, o *respecto* a la descentralizada; asimismo, puede ser *preventivo*, que se realiza antes de la emanación del acto, o *a posteriori*, vale decir que se realiza después de la emanación del acto; puede, asimismo, ser *represivo*; finalmente, puede referirse a la legitimidad o a la oportunidad o conveniencia del respectivo acto (172) .

El control "*jerárquico*" y el control "*administrativo*" (o de "tutela") no están separados por diferencias muy categóricas o muy aparentes. En general, se rigen por principios similares, salvo algunas diferencias específicas, como por ejemplo: en el orden jerárquico la voluntad del órgano central se manifiesta o puede manifestarse por medio de la *instrucción de servicio*; en el orden autárquico la instrucción de servicio no procede -salvo en lo interno del propio órgano autárquico-, en virtud de la descentralización que implica administrarse a sí mismo; el control jerárquico puede ser de *oportunidad* o de *legitimidad*, en tanto que el control administrativo o de tutela se ejerce por ilegitimidad, y también por inoportunidad, cuando el derecho objetivo lo estatuya (173) . Esto último constituye el principio "general",

que en nuestro país, por razones especiales, puede asumir una modalidad distinta, según lo haré ver más adelante al ocuparme del control respecto a las entidades autárquicas (174) .

¿Cuál es la naturaleza jurídica del acto en que se concreta el contralor? Esto depende de la índole de la actividad que al respecto desarrolle la Administración. Si el contralor correspondiere a la actividad interna de la Administración, el acto que lo exprese será un "*acto de administración*"; si correspondiere a la actividad "*externa*" de la Administración, el acto correspondiente será un "*acto administrativo*". En cada caso, el acto de que se trate -de administración o administrativo- se regirá por las normas o principios que le son propios (verbigracia, en lo atinente a competencia, forma, etc.). Tal es el "*principio*"; no obstante, los autores, en general, le asignan calidad de "*acto jurídico*", es decir de "*acto administrativo*" (175) , lo cual resulta correcto si se tiene en cuenta lo relacionado con el régimen jurídico de los actos que traducen la actividad "*interorgánica*" de la Administración -que es actividad "*interna*" de ésta-, materia a la cual me referiré más adelante (nº 27, texto y notas 190 y 191). Entre los numerosos actos que la Administración emite en ejercicio de su actividad de contralor, pueden mencionarse la "*autorización*" y la "*aprobación*" (ver nros. 229-230).

Por lo demás, la actividad de contralor corresponde a la Administración "*activa*", no a la Administración "*jurisdiccional*" (176) , lo cual no obsta a que la "*decisión*" que se dicte en algunos supuestos de control pueda ser o sea de sustancia o naturaleza "*jurisdiccional*", como ocurre con la decisión que resuelve un recurso "*jerárquico*" (véase nº 275).

La administración de contralor puede hallar expresión en las llamadas "*instrucciones*", que a su vez pueden ser generales o individuales. Estas instrucciones son obligatorias para el agente público (funcionario o empleado de la Administración), que está obligado a obedecerlas. Si el agente no acata la instrucción se hace pasible de una sanción disciplinaria; pero, respecto al administrado, esa falta de cumplimiento a lo dispuesto por la instrucción carece de consecuencias: no vicia el acto que se emitiera, pues la "*instrucción*" pertenece a la actividad interna de la Administración, es decir a la actividad no jurídica, que no obliga al administrado, tanto más cuanto éste pudo ignorar la existencia de dicha "*instrucción*" (177) . Un antiguo pronunciamiento de la justicia federal de Córdoba, confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, estableció que las simples medidas administrativas tomadas por un ministro o por una rama de la Administración, *no se suponen conocidas por todos* (178) .

23. B) *En razón de la estructura del órgano*. Desde este punto de vista, la Administración puede clasificarse en: burocrática, colegiada y autárquica.

24. a) Administración "*burocrática*". Es aquella donde las funciones hállanse asignadas a personas físicas que obran individualmente (179) .

La Administración burocrática se opone, pues, a la Administración colegiada. Mientras que en la primera el principio regulador es la "*jerarquía*", en la segunda dicho principio hállase constituido por la decisión de la "*mayoría*". El órgano burocrático actúa en forma permanente o continua; el colegiado en forma intermitente.

La organización burocrática no se adscribe a forma alguna de gobierno, ni a algún sistema o régimen político. Algo similar cuadra decir de la organización colegiada. Cualquiera de esos tipos de organización administrativa puede darse en cualquier forma de gobierno y en cualquier régimen político (180) .

25. b) Administración "*colegiada*". Administración "colegiada", o "colegial", es aquella donde el ejercicio de la función hállese encomendado simultáneamente a varias personas físicas, que actúan entre sí en un pie de igualdad (181) , todo ello sin perjuicio de las atribuciones puestas a cargo exclusivo de la persona que dirige o preside el organismo (presidente, director, rector, decano, etc.). La voluntad de esas personas, expresada y lograda en la forma que surja del derecho vigente y aplicable al caso, constituye la voluntad del órgano. Desde luego, ninguna de esas personas integrantes del órgano tiene competencia para emitir el acto por sí sola (182) . Los colegios expresan su voluntad en actos denominados "*deliberaciones*" (183) . Para constituir un órgano colegiado, un *collegium*, se requieren, como mínimo, tres personas. Un antiguo dicho expresaba: "*tres faciunt collegium*" (184) . Esta exigencia es obvia: el número impar tiende a que, en caso de discordancia, se establezca una mayoría y una minoría y a facilitar su computación, evitando el empate.

Los órganos colegiados están fuera de la relación jerárquica, excepto en lo que atañe a las relaciones de dichos órganos considerados en su conjunto, es decir como cuerpo, y los demás órganos burocráticos (185) . En los órganos colegiados, el principio regulador es la decisión de la "mayoría", no la jerarquía; esta última es el principio regulador en la Administración burocrática.

No debe confundirse el órgano colegiado, o colegial, con el órgano complejo. Aquí se trata del "órgano-sujeto", del que tiene aptitud para emitir válidamente, por sí solo, el respectivo acto. Los actos colegiales son actos simples y no complejos: emanan de una sola voluntad, formada a través de las personas físicas que integran el colegio u órgano (186) .

La actividad del órgano "colegiado", o "colegial", no es permanente o continua, sino intermitente: funciona cuando su actuación es requerida. Esto da como resultado que para que el órgano funcione o actúe debe ser instado a ello, mediante la llamada "*convocatoria*". La facultad de decidir la convocatoria y, en su caso, el deber de convocar, le corresponde a quien dirige o preside el órgano (presidente, director, rector, decano, etc.) (187) . Excepcionalmente, la *decisión* de que el órgano sea convocado puede corresponderle a un número determinado de miembros del mismo; si ese número de miembros así lo resolviera, el director del órgano debe convocar a éste. La convocatoria debe serles comunicada a todos los integrantes del colegio, con indicación del día y hora de la reunión; el lugar de ésta, salvo expresa indicación contraria, es el de la sede del *collegium*. Tal es el principio.

El día designado debe reunirse el órgano colegiado (consejos, concejos, directorios, juntas, etc.). Tanto su *constitución* como su *funcionamiento* requieren la concurrencia y existencia de un determinado número de miembros. Esto es lo que se llama "quórum", o "número legal" (188) . Para ambas situaciones ("quórum estructural" y "quórum funcional"), el quórum lo determina la norma que rija el caso (189) . Como lo advertiré más adelante, lo

relacionado con el quórum se vincula, asimismo, al problema de las "abstenciones", en el sentido de si deben o no computarse en el quórum los miembros que se abstengan de votar.

Los puntos a tratar en la reunión o asamblea deben hallarse claramente predeterminados y haberles sido comunicados a los miembros del órgano en el acto de la convocatoria. La mención de esos puntos o temas constituye el "*orden del día*". Con carácter estrictamente excepcional se acepta que no es necesario el "orden del día" en los supuestos en que el órgano colegiado tenga un objeto fijo; por ejemplo, comisiones de estudio para la formación de un reglamento, comisiones asesoras de concursos, etcétera: en esos casos la labor a desarrollar hállase ínsita en el propio objeto para el que la comisión fue constituida (190). En principio -y salvo expresa disposición contraria contenida en la norma aplicable-, no es posible tratar puntos o temas no incluidos en ella; es lo que se llama inmutabilidad del "orden del día". La violación de esto vicia la decisión del *collegium* (191). Pero estimo que si hubiere "*unanimidad*" entre los componentes del órgano, éste puede tratar otros puntos además de los mencionados en el orden del día: dicha unanimidad traduce la "conformidad" de los miembros del órgano, y con ello queda cumplida la *ratio juris* a que obedece el "orden del día", o sea evitar el tratamiento sorpresivo de determinados asuntos, a la vez que asegurar el estudio o análisis razonado y serio de los problemas que considere el *collegium* (192). Tal es el "*principio general*". Y si bien es cierto que, para determinados cuerpos colegiados (verbigracia, órganos parlamentarios), existen normas expresas y concretas que les permiten apartarse del orden del día cuando para ello cuenten con un quórum determinado, ello -como lo advierte la doctrina- es de carácter "*excepcional*" y sólo rige para el órgano o cuerpo colegiado correspondiente, no pudiendo extenderse -por analogía- dicho temperamento a otros cuerpos colegiados, porque eso implicaría una derogación del "*principio general*", cosa imposible de lograr por el procedimiento analógico: lo "excepcional" no puede ser invocado analógicamente para derogar o modificar lo "general". Sin perjuicio y aparte de ello, es de advertir que los órganos colegiados parlamentarios tienen una "naturaleza" (constitucional) y una "actividad" (tratamiento de problemas de interés nacional) distintas a las de los órganos colegiados administrativos: trátase de órganos colegiales particularmente cualificados en su naturaleza y en su actividad (193).

Las *decisiones* son tomadas por "mayoría", previa deliberación y votación. Ella se determina en la forma que establezca la norma correspondiente, determinación que puede ser por "simple mayoría" o "mayoría relativa", por "mayoría absoluta", o en otra forma (194). De lo tratado en la asamblea o reunión debe levantarse o labrarse "acta", cuya observancia constituye un requisito formal (195).

Una vez *constituido* el órgano, es decir el *collegium*, y hallándose éste en *funcionamiento*, puede ocurrir que alguno o algunos de sus integrantes se *abstengan* de votar. ¿Pueden abstenerse? ¿Cuál es el efecto de esta abstención? Hay que distinguir según que la misma responda o no a una razón plausible -lo cual determina los supuestos de abstención "obligatoria" y de abstención "facultativa"-, y según que el miembro respectivo permanezca en la sala de sesiones o se retire de ella.

Por supuesto, en principio, la abstención en la emisión del voto es procedente aun en derecho administrativo. En ese sentido se pronuncia la doctrina (196) . El interés de esto radica en saber qué influencia tiene, respecto al quórum necesario en la especie, la abstención de un miembro del *collegium* que, habiendo concurrido a la sesión, se abstiene luego de votar. Como ya lo expresé, para esto hay que distinguir entre abstención "obligatoria" y abstención "facultativa". La abstención "obligatoria" es la que se produce a raíz de que el miembro abstinente tiene un interés directo o indirecto en el asunto que se discute y acerca del cual debe votarse.

En los supuestos de abstención obligatoria, los abstinentes, aunque se hallen presentes en el recinto, no se computan a los efectos de la validez de la asamblea o reunión, o de la votación, porque -se dice- el que "*debe*" abstenerse ha de reputarse jurídicamente como ausente. Diversa es la situación del que se abstiene por su propia voluntad -abstención "facultativa"-, es decir, sin causa jurídica, utilizando el instituto de la abstención como medio de coerción para lograr el propósito que desea. En estos casos los abstinentes se computan a los fines de la validez de la asamblea o reunión, o votación, es decir a los efectos del quórum. En apoyo de esto se dice que el miembro del *collegium* que declara abstenerse, pero permanece en el recinto, demuestra claramente su intención de querer que se le compute en el número de los miembros del colegio necesario para la validez de la asamblea o reunión, o para la validez de la votación (197) .

En cambio, se sostiene que los miembros del *collegium* que, facultativamente, se abstienen y se retiran del recinto antes de que se vote, no deben ser computados a los efectos del respectivo quórum, porque éste debe existir no sólo al comienzo de la sesión, sino también en el acto de la votación. A los fines de la validez de la asamblea o reunión, del número originario deben deducirse, entonces, los miembros del *collegium* que se hayan retirado de la sala (198) . Tal es lo que generalmente se afirma en lo que a este punto respecta. Disiento con dicha solución: ésta aparece desprovista de contenido ético. No es plausible auspiciar soluciones jurídicas carentes de fundamento moral. En los supuestos de abstención "*facultativa*", es decir cuando ésta se produce sin causa jurídica y sólo como medio de coerción para lograr un propósito, el miembro que se abstiene, aunque se retire del recinto, debe ser tenido en cuenta a los efectos del quórum requerido para que la votación sea válida. Debe tenérsela como presente. Su actitud, totalmente potestativa, implica en tales casos una verdadera injuria para el *collegium*, cuya sesión no debe darse por fracasada como consecuencia de semejante acto coercitivo. El funcionario o empleado públicos, antes que un "derecho" al cumplimiento de las funciones inherentes al cargo que invisten, tienen el "*deber*" jurídico de cumplirlas; no hacer esto implica violar dicho deber jurídico. Es inconcebible que, facultativamente, por propia autoridad y sin causa jurídica que lo justifique, el miembro de un organismo colegiado deje de cumplir sus deberes, haciendo para ello un desmedido uso del instituto de la abstención, sólo concebible para situaciones plausibles, determinadas por un "*interés personal*" -suyo o de sus parientes en grado sucesible- que lo obliguen a no participar de la respectiva sesión. En su mérito, no habiendo un texto *expreso* que, a los efectos del respectivo quórum, permita que, en los supuestos de esas abstenciones "facultativas", los miembros abstinentes que se retiren del recinto no sean computados, tales miembros abstinentes, a pesar de su ausencia, deberán ser tenidos en

cuenta a los fines del quórum necesario para la validez de la reunión o de la votación. En derecho toda solución debe reposar sobre bases éticas. Los actos meramente potestativos jamás deben crear derechos o surtir efectos a favor de quien los realice. Llama la atención que ni los órganos colegiados de tipo constitucional (parlamentos), ni los órganos colegiados de tipo administrativo, hayan reaccionado aún contra la práctica perniciosa y contraria a derecho de dar por fracasada la sesión ante la ruptura del quórum determinada por la voluntaria abstención y abandono del recinto por parte de uno o alguno de sus miembros.

En cuanto a la naturaleza de la decisión del órgano colegiado, debe tenerse presente que, en principio, constituye un "*acto jurídico*", un "*acto administrativo*", a cuyas reglas queda sometido (199) ; por excepción puede constituir un simple "*acto de administración*", sin efectos para el mundo exterior; en este último caso trataríase de un acto de administración interna.

Los miembros del *collegium* que no hayan asistido a la reunión o asamblea, los que votaren en contra o los que salvaran su voto dejando constancia de su oposición, quedan exentos de toda responsabilidad por las consecuencias que pueda tener el acto emitido o lo resuelto por el órgano (200) . En tales condiciones, a dichos miembros no les serían imputables dichas consecuencias.

26. c) Administración "*autárquica*". Es la que realiza el Estado a través de uno o varios órganos dotados de *personalidad* jurídica. Tal es la estructura del órgano en esta clase de Administración, también llamada "*administración descentralizada*" (201) .

Trátase de una administración "*indirecta*" del Estado, ya que no es directamente el Estado, sino el órgano que así se crea -"*entidad autárquica*", en la especie- quien desarrolla la actividad y cumple o satisface los respectivos "fines públicos"; para esto la entidad autárquica dispone de libertad funcional, de "*autarquía*" en suma, sin perjuicio del "control" que sobre dicho organismo "descentralizado" ejerciten las autoridades superiores de la Administración "centralizada", o sea del órgano Ejecutivo del Estado ("control de tutela" o "control administrativo"). Administración indirecta y Administración autárquica, dice con acierto Zanobini, pueden considerarse sinónimos (202) .

La entidad "autárquica" es, siempre, organismo estatal: pertenece a los cuadros de la Administración Pública. En buenos y correctos principios, no hay entidad "autárquica" que no sea persona pública "*estatal*", de tipo "administrativo". Pero esto aparece desvirtuado con las llamadas "*empresas del Estado*" que, no obstante sus finalidades industriales o comerciales, muchas veces son creadas con carácter de "*entidad autárquica*" (de todo esto me ocuparé más adelante, n° 131).

Los elementos esenciales de la Administración autárquica son tres: 1) personalidad jurídica del ente: trátase de una persona jurídica de derecho público interno; 2) patrimonio afectado al cumplimiento de los fines asignados a la entidad autárquica; 3) fin público, es decir que el organismo autárquico tiene como razón de ser el cumplimiento de finalidades públicas, cuya satisfacción originariamente le compete al Estado *stricto sensu*.

Algunos tratadistas señalan dos elementos secundarios de la autarquía: a) creación *legal directa* por el Estado; b) contralor *legal directo* que sobre dichas entidades ejerce la Administración central. Pero estos elementos o caracteres, que pueden ser exactos en algunos países, en el nuestro son harto discutibles en cuanto a procedencia y extensión, respectivamente (203) .

El "fin público", que constituye la esencia de la actividad del ente autárquico, es de substancia idéntica a la de los fines cuya satisfacción es propia y característica del Estado, y más concretamente de la *Administración Pública*. Por eso juzgo poco alabable crear "*empresas del Estado*" con carácter de "*entidades autárquicas*", ya que el objeto de tales empresas, por ser industrial o comercial, es ajeno a los fines específicos del Estado. Las empresas en cuestión podrán ser creadas con carácter de personas jurídicas -incluso de carácter "público" (204) -, pero nunca con carácter de "*entidades autárquicas*", pues éstas son desprendimientos -"descentralizaciones"-, de la Administración Pública y se crean para que cumplan fines propios y característicos del Estado: "fines públicos". La actividad *comercial* y la actividad *industrial*, si bien pueden ser cumplidas por el Estado, no constituyen funciones "estatales" *stricto sensu*. La "entidad autárquica" y la "empresa del Estado" son personas que, desde el punto de vista de la lógica jurídica, difieren esencialmente entre sí por la índole de la labor que ambas desarrollan: la primera, "funciones" estatales típicas; la segunda, "actividades" no específicamente estatales, sino de tipo industrial o comercial.

Se concibe la creación de una entidad autárquica para que tenga a su cargo lo atinente a la educación primaria o universitaria, o para que tenga a su cargo la provisión de agua potable a la población, o todo lo atinente al servicio cloacal y, en general, para que asuma la prestación de cualquier otro servicio público *stricto sensu*, pues todos esos objetos integran los fines propios y específicos del Estado. Pero no se concibe la creación de una "entidad autárquica" para que se ocupe de la explotación de una mina y de la comercialización de su producido, o para que se ocupe de cualquier otra industria, o rama del comercio, como pudiera hacerlo un particular, pues nada de esto integra los fines específicos de la función estatal. La creación de "*entidades autárquicas*" para que se dediquen a semejantes actividades sólo halla apoyo en la omnipotencia del legislador, pero no en los postulados de la ciencia jurídica.

Más adelante, en el lugar de esta obra donde me ocupe de la personalidad en el derecho administrativo, volveré a referirme a las entidades autárquicas. Por ahora basta con dejar establecido en qué consiste la "*Administración autárquica*".

27. La actividad "*interorgánica*" de la Administración y las relaciones "*interadministrativas*" constituyen una materia acerca de la cual poco se ha escrito hasta el presente. Los estudios que hasta hoy se han efectuado sobre esas cuestiones son fragmentarios; tuvieron preferentemente lugar al analizar los actos que expresan la "*actividad interna*" de la Administración (instrucciones, circulares, etc.).

Sólo se puede mencionar un libro "*específico*" sobre relaciones "interadministrativas": la obra del profesor uruguayo Aparicio Méndez "*Las relaciones inter-administrativas*",

publicada en Montevideo en 1943, en la que el destacado jurista estudia los conflictos y litigios entre "*entes*" públicos.

De los "tratados" de derecho administrativo sólo en la fundamental obra de otro profesor uruguayo, Enrique Sayagués Laso, se dedican algunas páginas al tratamiento metódico de este importante asunto, bajo el rubro "Las relaciones jurídicas interadministrativas" (205) . Los demás tratadistas han silenciado el estudio sistemático de esta materia. Aunque Sayagués Laso distingue perfectamente las relaciones interadministrativas de las meras relaciones interorgánicas, que son las que surgen al vincularse entre sí distintos organismos o reparticiones de un mismo ente, en el lugar indicado sólo hace referencia a las vinculaciones entre "*personas*" estatales. Su esfuerzo es digno de ponderación, pues ha tendido a sistematizar el estudio de una materia que hasta entonces aparecía descuidada e inorgánica.

Giannini ha podido expresar, con razón, que en el estado actual de los estudios no es posible decir mucho sobre esta materia, cuyo problema fundamental es determinar si los respectivos actos deben asimilarse a las resoluciones administrativas o si constituyen una categoría especial (206) . En lo fundamental, en eso constituye efectivamente el problema (207) .

Las relaciones "*interadministrativas*" pueden ser de dos clases: a) relaciones entre órganos dotados de personalidad (personas o entidades autárquicas); b) relaciones entre la Administración centralizada -a través de sus organismos o reparticiones- y una entidad autárquica. Asimismo las relaciones "*interorgánicas*" pueden ser de dos clases: 1) relaciones entre meros organismos o reparticiones de la Administración centralizada; 2) relaciones entre órganos de una misma persona pública estatal.

Entre relación "interorgánica" y relación "interadministrativa" hay, pues, una diferencia fundamental. Las relaciones "interadministrativas" se traban entre sujetos de derecho (por principio general, entre "entidades autárquicas") (208) . Las relaciones "interorgánicas" no se traban entre personas o sujetos de derecho, sino entre meros organismos o reparticiones administrativos, o entre órganos de una misma persona pública estatal (209) . De esa diferencia surge una consecuencia importantísima: los actos en que se concretan las relaciones "interadministrativas" corresponden a la actividad "externa" de la Administración, en tanto que los actos que traducen las relaciones "interorgánicas" corresponden a la actividad "interna" de la Administración. ¿Cuál es el régimen jurídico de los respectivos actos?

No hay dificultad en lo atinente a los actos en que se concretan las relaciones "*interadministrativas*". Tratándose de una actividad "externa" de la Administración, vale decir de una actividad "jurídica", esos actos son "administrativos" *stricto sensu*, a cuyas reglas quedan sometidos como principio general (210) . Este principio ofrece excepciones que, en términos generales, consisten en la *no aplicación* de todas aquellas soluciones exigidas por el principio de "*subordinación*" en que estarían colocados los administrados o particulares al contratar con la Administración pública, pues aquí están frente a frente "*entidades públicas*" (211) . Tales relaciones "interadministrativas" pueden determinar,

entre otros, los llamados "*actos colectivos*" (212) , aparte de los demás vínculos de tipo propiamente *contractual* que puedan formarse entre entes públicos estatales. Incluso entre esos entes pueden existir relaciones que caigan dentro de la figura del "cuasi-contrato" (213) .

Pero la solución no es tan fácil tratándose de relaciones "*interorgánicas*". ¿Qué naturaleza tienen los actos que las expresan? ¿Cuál es su régimen?

Hay una primera dificultad: los vínculos jurídicos sólo pueden establecerse entre sujetos de derecho, carácter que no revisten los meros organismos o reparticiones de la Administración descentralizada, ni los órganos que integran un mismo ente.

Para aclarar eso y explicar la naturaleza de los vínculos interorgánicos, se dice que en cada órgano aparece el ente en una esfera de deberes y de poderes, personificando así, el órgano al ente, en cierto aspecto de su actividad. En ejercicio de sus funciones, los diversos órganos establecen entre sí vínculos de diverso contenido, que pueden ser de cooperación y aun de colisión. El ente, en cuanto ejercita una función, se puede contraponer a sí mismo en cuanto ejercita una función distinta: puede hallarse en contraste consigo mismo para el ejercicio de actividades diversas.

Quizá aparezca contradictorio considerar como voluntad del ente las voluntades particulares de sus órganos, especialmente cuando éstos se hallen en contradicción unos con otros. Pero tales conflictos y divergencias entre diversos actos, también tienen lugar en la conducta de un mismo individuo, sin que por ello se niegue que tales actos le pertenezcan a él. En esa forma, los actos de voluntad de cada uno de los órganos, cualquiera sea su contenido, no pueden dejársele de imputar al ente a que pertenecen (214) . En ese orden de ideas, con referencia a dichos "órganos", suele hablarse de "cuasi-personalidad" y de una "subjetividad parcial"; pero estas últimas expresiones son en general rechazadas (215) .

Existe una segunda dificultad: trasuntando las relaciones "*interorgánicas*" una actividad "*interna*" de la Administración, los actos correspondientes no serían actos "administrativos", sino actos de "*Administración*", ya que expresarían una actividad "*no jurídica*" de la Administración. En mérito a esto, un sector de la doctrina considera que esos actos y vínculos, por no afectar intereses de terceros y por agotar su eficacia dentro de la organización interna, están exentos de eficacia jurídica *para el ordenamiento general* del Estado (216) . Pero otro sector de la doctrina -cuya posición comparto- considera que si bien las expresadas relaciones "interorgánicas" no son *jurídicas* respecto al ordenamiento general del Estado, sí lo son dentro del "*ordenamiento interno*" a que pertenecen las respectivas instituciones. La consecuencia de esto es la siguiente: los actos en que se concretan esas relaciones interorgánicas, dentro del ordenamiento interno en que se desenvuelven, tienen valor y substancia de "*actos administrativos*", a cuyas reglas quedan sometidos. Y se agrega que, aun respecto al ordenamiento general del Estado, las relaciones interorgánicas no son intrascendentes: 1) porque la facultad de crear dichas relaciones hállese disciplinada y limitada por el derecho, que confiere poderes e impone obligaciones a sus distintos órganos; 2) porque del cumplimiento o incumplimiento del contenido de esas

relaciones puede derivar, para los titulares o integrantes de los órganos correspondientes, una responsabilidad disciplinaria, que en ocasiones puede incluso ser civil o penal (217) . Por lo tanto, las relaciones "*interorgánicas*" son también "*jurídicas*", aunque tengan lugar en el ámbito interno del ente público estatal; los actos que concreten o expresen esas relaciones son "*actos administrativos*", a cuyas reglas quedan sometidos ("competencia", "forma", etc.).

Va de suyo que el hecho de atribuirle carácter "*jurídico*" -"acto administrativo"-, a las relaciones que los distintos órganos de un mismo ente creen entre sí, en modo alguno puede llegar al extremo de reconocerle personería a un mero órgano interno para accionar judicialmente, por ejemplo, contra el ente a que pertenece: para esto sería indispensable que los dos términos de la relación gozaran de personalidad jurídica, lo cual no ocurre con los órganos en cuestión, que sólo constituyen o representan "*esferas de competencia*" (218) . Por lo demás, dentro de la "teoría del órgano", está unánimemente aceptado que los órganos que integran una persona jurídica no pueden considerarse, a su vez, como sujetos de derecho, con personalidad jurídica distinta de la persona a que pertenecen. El mero órgano de un órgano carece de personalidad (219) .

En resumen: ya se trate de relaciones "interadministrativas" o de relaciones "interorgánicas", y a pesar de tratarse en este último caso de actividad interna de la Administración, ellas hallan sometidas al derecho. Los actos que las expresan o concretan son "actos administrativos", que, en principio general, están sometidos a las mismas reglas que los actos administrativos emitidos o creados en ejercicio de la actividad *externa* que la Administración desarrolla en su trato con los administrados. Excepcionalmente, los actos administrativos que expresen o concreten relaciones interorgánicas o interadministrativas escapan a las reglas "*generales*" del acto administrativo.

En lo atinente a las relaciones "*interorgánicas*", que es donde halla plena expresión el "poder jerárquico", tienen aplicación y, de ahí, mucha importancia, las llamadas "*instrucciones*" y "*circulares*", que a su vez plantean diversos problemas. La facultad de emitir dichas "instrucciones" y "circulares" no proviene de la potestad reglamentaria de la Administración; la facultad de emitirlas constituye una mera expresión de las relaciones jerárquicas.

Mientras la "instrucción" y la "circular" sean nada más que eso, constituyen simples medidas *internas*, actos de Administración y no actos administrativos. Para determinar o aclarar esto, debe estarse no a la "forma" del acto, sino a su "*contenido*", a su "*alcance*".

Como corolario del deber de obediencia, la "instrucción" y la "circular" son obligatorias para el funcionario o para el empleado públicos y, precisamente, por serles de cumplimiento obligatorio, en el supuesto de que no las cumplan pueden ser objeto de una sanción disciplinaria. Pero no son obligatorias para los administrados, puesto que, correspondiendo a la actividad interna de la Administración, traducen una actividad "*no jurídica*" de la misma. Los administrados sólo están obligados a cumplir con la "*ley*" y a respetar la interpretación que de ésta hagan los jueces y no la que realicen los órganos administrativos a través de circulares o de instrucciones. La circular y la instrucción no son

fuente de "legalidad" para los administrados; sólo son fuente de obligación jerárquica para el personal de la Administración (220) . Como consecuencia de esto, el acto administrativo emitido al margen de la instrucción o de la circular es válido; el no cumplimiento de la instrucción o de la circular no vicia el acto, todo ello sin perjuicio de la sanción disciplinaria que corresponda aplicarle al respectivo funcionario o empleado.

¿Pueden los administrados o particulares promover recurso contra las circulares e instrucciones? En principio, no pueden, ya que la instrucción y la circular se agotan en el ámbito *interno* de la Administración. En ese orden de ideas, ellas no les causan "agravio" a los administrados o particulares, al extremo de que, como ya lo expresé, el simple no cumplimiento de la instrucción o de la circular no vicia el acto administrativo que se dictare. Lo que puede causar agravio al administrado es el acto del funcionario o empleado públicos realizado en ejecución de la instrucción o de la circular. ¿Cuándo ocurre esto? Depende del "contenido" y, sobre todo, del "alcance" del acto que se dictare en cumplimiento de la instrucción o de la circular. Mientras éstas sólo contengan medidas de detalle referentes al funcionamiento interno de un servicio, ellas no pueden causarle agravio al administrado, siendo, en consecuencia, irrecurribles los actos dictados en su mérito; pero la circular o la instrucción dejarán de ser un mero acto interno y, al ser cumplidas o ejecutadas, se convertirán en un *acto administrativo* que autorizaría la promoción de los pertinentes recursos, cuando dicho acto incidiera en el *status* del administrado, alterándolo. Como ejemplos del primer supuesto pueden recordarse: la resolución de la directora de un colegio que prohíbe que las alumnas concurren a clase con traje de deporte (en la especie se trataba de un pantalón de *ski*); la implantación de un turno de guardia en la Administración; las pequeñas medidas disciplinarias en un establecimiento educacional (vgr., retención del alumno después de terminada la clase); etcétera. Como ejemplo del segundo supuesto puede recordarse la expulsión de un alumno de la escuela o colegio; etcétera (221) .

Generalmente, cuando los autores, en forma expresa o implícita, se refieren a relaciones "interorgánicas", ubican el tema en la actividad "*interna*" de la Administración. Pero ello no siempre podrá ser así, pues dichas relaciones pueden determinar modificaciones o alteraciones en el *status* de funcionarios o empleados, en cuyos casos exceden por sus efectos el ámbito de la Administración, penetrando en el de terceros, carácter que en la especie revisten los funcionarios o empleados. En tal supuesto, la actividad interorgánica deberá ser considerada como actividad "*externa*" de la Administración. Es lo que ocurriría cuando, como consecuencia de una medida de contralor interno -que implica una relación interorgánica-, al funcionario o empleado se le aplica una sanción. El acto en que se aplique ésta, ya no es "acto de administración", sino "*acto administrativo*", *acto jurídico* (222) . También lo serían los actos anteriores que sirven de antecedente directo e inmediato al acto que aplica la sanción; verbigracia: intimación al funcionario o empleado para que cumpla tal o cual medida dentro de un lapso dado. Este último acto incide o repercute en la esfera jurídica del funcionario o empleado; por lo tanto, en sus efectos ha de regirse por las normas generales de los actos administrativos (competencia, forma, etc.). Así, el lapso fijado para cumplir la expresada medida no sería computable sino a partir de la fecha en que el funcionario o empleado fuesen notificados de la intimación, pues la "notificación" integra el concepto de "*forma*" del acto administrativo.

Antes de finalizar con este párrafo, cuadra hacer referencia a la jurisdicción contenciosa correspondiente a este orden de actividades, para lo cual nuevamente hay que distinguir entre relaciones "interorgánicas" y relaciones "interadministrativas". No es posible hablar de "*contienda*", *litis*, en materia de relaciones "*interorgánicas*", pues para ello faltaría algo esencial: la "personalidad" de los respectivos organismos, o de alguno de ellos. Sin ser *sujeto* de derecho es imposible intervenir como parte en una "*contienda*" jurídica. Al respecto sólo podrá hablarse de "gestiones" de carácter administrativo interno (véase precedentemente, texto y notas 192 y 193) (223). Otra cosa ocurre en el campo de las relaciones "*interadministrativas*", donde los órganos intervinientes hallanse dotados de personalidad. En este orden de actividades la jurisdicción contenciosa será la que establezca el ordenamiento jurídico vigente en el respectivo lugar. En el ámbito nacional esa jurisdicción le compete, en principio, a la justicia federal, que ejerce, además, jurisdicción contencioso-administrativa (224). Pero el buen sentido requiere que no se dé lugar a litigios entre personas públicas estatales integrantes de una *misma* esfera de gobierno (vgr., pleitos *entre* entidades nacionales; pleitos entre entidades provinciales). El recto criterio rechaza la posibilidad de un "pleito" entre dos entes públicos nacionales, y con mayor razón entre la Nación y uno de sus entes autárquicos, pues esto último, en definitiva, equivale a litigar consigo mismo; igual cosa cuadra decir de las provincias y sus entes. Para cualquier diferencia que se suscitare entre órganos nacionales entre sí, o entre órganos provinciales entre sí, habría que instituir, con carácter obligatorio, un árbitro para que dirima la controversia, evitando así toda *contienda* judicial. En el orden *nacional* existe al respecto un valioso antecedente. Me refiero a la disposición legal que, en materia de *daños y perjuicios*, erige en árbitros al Procurador del Tesoro o al Poder Ejecutivo, según los casos, excluyendo así la posibilidad de demandas judiciales entre la Nación y sus órganos autárquicos o de éstos entre sí (225).

Algunos tratadistas, como Villegas Basavilbaso, extienden acertadamente el objeto del derecho administrativo a la regulación de las relaciones de los *entes públicos entre sí* (relaciones "interadministrativas"), y de dichos entes con los administrados (226). Es una noción amplia y comprensiva, que confirma lo dicho en los párrafos precedentes acerca de que tanto las relaciones "interadministrativas", como las relaciones "interorgánicas", están reguladas por el *derecho*, justificándose así que los actos que expresan o concretan dichas relaciones se tengan como "*actos administrativos*", gobernados por las reglas generales atinentes a éstos. En cambio, otros expositores, como Garrido Falla, restringen indebidamente la noción del derecho administrativo, pues respecto a las "relaciones", limitan esa noción a las existentes *entre la Administración y los administrados*, quedando, entonces, excluidas de la definición las relaciones de los entes administrativos entre sí (227).

TÍTULO SEGUNDO - DERECHO ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO I

SUMARIO: 28. Noción conceptual. Diversos criterios propuestos. - 29. Derecho administrativo: rama autónoma del derecho público interno. - 30. Objeto y contenido del

derecho administrativo. "Organización" y "funcionamiento" de la Administración Pública. Las "relaciones". El "contencioso administrativo". - 31. El derecho administrativo es un derecho *in fieri*. - 32. Definición del derecho administrativo. - 33. Carácter del derecho administrativo en Argentina.

28. No es recomendable, y menos aún útil, hacer referencia a la multiplicidad de definiciones que se han propuesto para dar la noción conceptual de derecho administrativo. Muchas de esas definiciones son confusas, carentes de sentido; otras resultan extremadamente vagas; otras, en fin, son concretas, pero inaceptables por carecer de algún elemento esencial.

Juzgo razonable el criterio de que, cuando se defina el derecho administrativo, se prescinda de definir simultáneamente la función administrativa. Se trata de conceptos distintos, que deben analizarse separadamente, y cuyo tratamiento conjunto sólo tiende a complicar las cosas, en virtud de las discrepancias que existen acerca de lo que ha de entenderse por función administrativa (228) .

Pero antes de expresar la noción conceptual de derecho administrativo que adoptaré en la presente obra, corresponde mencionar y explicar los distintos criterios doctrinales que fueron exponiéndose para dar dicha noción. Tales criterios pueden reducirse a los siguientes: a) criterio legalista; b) criterio del Poder Ejecutivo; c) criterio de las relaciones jurídicas; d) criterio de los servicios públicos; e) criterio de la actividad total del Estado; f) criterio de los servicios públicos y del contralor jurisdiccional de la Administración Pública; g) criterio de los órganos de aplicación. Diversos tratadistas hacen referencia a los mencionados criterios (229) .

a) *Criterio legalista.*

Para los que siguen este punto de vista, el derecho administrativo consiste en la exposición y comentario de las leyes administrativas. Cronológicamente, este grupo comprende a autores antiguos; entre ellos cuadra recordar a Batbie (230) y Colmeiro (231) . Entre los expositores argentinos, corresponde incluir en este grupo a Ramón Ferreyra, que escribió en el año 1866 (232) , y a Lucio Vicente López, que habló desde la cátedra de la Facultad de Derecho de Buenos Aires en 1890, y cuyas lecciones fueron tomadas taquigráficamente por algunos alumnos suyos, y publicadas más tarde, en 1902, cuando ya el maestro había fallecido (233) .

Este criterio ha sido rechazado, pues reduce el derecho administrativo a una mera "*legislación*", olvidando que la legislación no es el "*derecho*", el cual no sólo comprende la ley, sino los "*principios*". Con razón se dijo que leyes administrativas y derecho administrativo no son términos equivalentes (234) .

b) *Criterio del Poder Ejecutivo.*

Según este criterio, el derecho administrativo es el regulador de la actividad del Poder Ejecutivo. A fines del siglo pasado lo siguió Ducrocq, en Francia (235) , y Santamaría de Paredes en España (236) ; entre nosotros lo sigue Sarría (237) .

Esta concepción ha sido objetada; en primer lugar, porque la actividad del Poder Ejecutivo no se reduce a administrar: aparte de su actividad administrativa, está su actividad política o de gobierno; en segundo lugar, porque no sólo administra el Poder Ejecutivo: también lo hacen, aunque con carácter excepcional, el Legislativo y el Judicial, además de que, dentro mismo del Poder Ejecutivo, hay órganos dotados de personalidad que también administran, verbigracia las entidades autárquicas institucionales.

c) Criterio de las relaciones jurídicas.

De acuerdo a los que sostienen este criterio, el derecho administrativo es el que regula las relaciones entre los particulares y el Estado.

Se ha dicho que esta concepción no es inexacta, pero sí incompleta, porque no expresa la última diferencia. La idea de relaciones entre los ciudadanos y el Estado no es privativa del derecho administrativo. Ocúpanse también de estas relaciones el derecho constitucional, el derecho penal y el derecho procesal, como ramas todas ellas, a igual que el derecho administrativo, del derecho público interno. Por otra parte, el derecho administrativo no contrae su estudio a las relaciones entre los particulares y el Estado, sino que también trata de las que se entablan entre éste y sus propios órganos (238) .

Aparte de lo anterior, como bien se ha expresado, la relación jurídica no es el único elemento que debe entrar en la definición del derecho administrativo. En efecto, la Administración Pública necesita también normas que regulen no ya sus relaciones con los particulares, sino su organización interna para que pueda obrar del modo mejor y más eficaz (239) . Y no sólo se requiere normas que regulen su organización, sino también su "funcionamiento".

d) Criterio de los servicios públicos.

Según este criterio, el derecho administrativo es el conjunto de normas reguladoras de los servicios públicos.

Se lo ha objetado diciendo: 1) que la noción de servicio público es imprecisa, lo que a su vez torna imprecisa la noción de derecho administrativo (240) ; 2) que el servicio público, si bien constituye una parte importante del derecho administrativo, no agota el objeto del mismo.

El criterio en cuestión, aunque fue auspiciado por diversos expositores, hoy está rechazado por la generalidad de la doctrina (241) .

e) Criterio de la actividad total del Estado.

Según este punto de vista, el derecho administrativo es el derecho regulador de la actividad total del Estado. Parte del supuesto de que la Administración es actividad total del Estado. Fue auspiciado por juristas alemanes, en especial Stein; se incluye también a Otto Mayer en esta concepción, ya que para él el derecho administrativo es el derecho relativo a la Administración, y Administración la actividad del Estado (242) .

Este criterio parte de un concepto objetable: la noción de Administración que, como ya lo advertí al comienzo de este mismo párrafo, no conviene considerar al definir el derecho administrativo, porque tratándose de conceptos distintos y muy discutidos, deben ser considerados separadamente.

Por lo demás, es inexacto que la Administración constituya la actividad total del Estado. Fuera de la actividad administrativa, el Estado desarrolla otras actividades. Correlativamente, es inaceptable el concepto que, sobre esa base, se le atribuye al derecho administrativo. Véase precedentemente, nº 4, letra c (243) .

f) Criterio de los servicios públicos y de la protección jurisdiccional de los administrados.

Esta es la orientación seguida por Rafael Bielsa, para quien el derecho administrativo es el "conjunto de normas positivas y de principios de derecho público de aplicación concreta a la institución y funcionamiento de los servicios públicos y al consiguiente contralor jurisdiccional de la Administración Pública" (244) .

La tesis de Bielsa fue acertadamente refutada y rechazada por Villegas Basavilbaso (245) . Respecto al "servicio público" vale la crítica general ya formulada a los que pretenden que el derecho administrativo es el regulador de los servicios públicos; y en lo atinente a la "protección jurisdiccional de los administrados", más adelante (nº 30), al referirme al "contenido" del derecho administrativo, haré ver que todo lo relacionado con el contencioso administrativo es extraño al derecho administrativo sustantivo y pertenece al derecho procesal administrativo.

g) Criterio de los órganos de aplicación.

Trátase de la posición de Merkl, para quien el derecho administrativo es la sección del orden jurídico que se refiere a la Administración, regulándola; por lo que puede definirse como derecho administrativo la suma de normas jurídicas que regulan aquellas funciones jurídicas determinables mediante las instrucciones (246) .

Como lo expresa el propio Merkl, dicho concepto del derecho administrativo se complica con las mismas dificultades de demarcación que el concepto de administración que le sirve de base (247) . Esto, de por sí y en general, como método a seguir es ya objetable, porque, como quedó expresado al comienzo de este párrafo, no conviene vincular la definición de derecho administrativo a la noción de Administración, por tratarse de nociones distintas y muy discutidas que deben analizarse separadamente. Y en particular no resulta aceptable el criterio de Merkl sobre lo que ha de entenderse por derecho administrativo, porque su noción de Administración, a la que vincula la del derecho administrativo, tampoco es

aceptable, aunque resulte interesante como intento de construcción jurídica. Al respecto, véase lo dicho en el nº 4, letra *h*.

29. El derecho administrativo pertenece al derecho "público". Esto nadie lo desconoce (248) . Ello es así por la índole de los sujetos intervinientes -Estado y administrado-, por la naturaleza de la actividad que realiza la Administración, por la índole de las relaciones posibles que todo ello determina entre el Estado y el administrado, y, finalmente, por la materia regulada ("organización" y "funcionamiento" de la Administración Pública). De todo eso dedúcese que, en estos supuestos, el Estado, actuando en ejercicio de sus prerrogativas de "poder", hállese colocado en un plano superior frente al administrado, lo que determina que las normas pertinentes no sean, como en el derecho privado, de "coordinación", sino de "*subordinación*" -imponen "obligatoriedad"-, que es el rasgo característico de las normas integrantes del derecho público (249) .

Si bien se ha sugerido que al incluir el derecho administrativo en el derecho público, no se agregue que se trata del derecho público "*interno*", porque ello decidiría desde ya negativamente la cuestión de si esta disciplina comprende a ciertos organismos internacionales que realizan indiscutiblemente actividades administrativas (250) , lo cierto es que la generalidad de la doctrina establece que se trata del derecho público "*interno*" (251) , concepto al cual adhiero, por cuanto estimo que la regulación de la actividad administrativa de *organismos* internacionales corresponde al derecho internacional público.

Finalmente, cuadra advertir que en la actualidad el derecho administrativo es una rama "*autónoma*" del derecho público interno, y como tal es objeto de estudio. Como disciplina científica, hoy hállese totalmente desvinculada, por ejemplo, del derecho constitucional y del derecho financiero, todo ello sin perjuicio de las obvias relaciones entre aquél y éstos. Antaño, entre el derecho administrativo, el derecho constitucional y el derecho financiero existía una interdependencia conceptual íntima, que trascendía incluso al estudio de dichas disciplinas, el cual generalmente hacía en común.

30. Anteriormente dije que el "objeto" del derecho administrativo es la Administración Pública, en todas sus manifestaciones, sean éstas externas o internas, vale decir jurídicas o no jurídicas (véase el nº 1). De ello es fácil deducir el "contenido" de ese derecho.

"*Administración*" es 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 (véase el nº 5). De modo que Administración es "*actividad*" encaminada a lograr un fin. Pero la Administración, antes de ejercer su actividad, debe "*organizarse*", creando sus órganos, fijándoles su competencia, etcétera. No es concebible la "*actividad*" o "*funcionamiento*" de la Administración Pública sin su previa "organización". Y como el derecho administrativo tiene por objeto a la Administración, va de suyo que integran el "contenido" de ese derecho todo lo atinente a la "*organización*" y al "*funcionamiento*" de la Administración Pública.

Pero si el "contenido" del derecho administrativo fuese vinculado exclusivamente a la organización y al funcionamiento de la Administración, trataríase de un contenido muy lato

y un tanto impreciso. Es menester, entonces, dar una noción más concreta. Esto se obtiene diciendo que al derecho administrativo, aparte de la organización y el funcionamiento de la Administración Pública, le corresponde reglar todo lo atinente a la forma en que se manifiesta la actividad administrativa, lo cual constituye las diversas "*relaciones*" que nacen de esa actividad.

De manera que el "*contenido*" del derecho administrativo está constituido: a) por la "organización" administrativa; b) por el "funcionamiento" de la Administración Pública; c) por las diversas "relaciones" que nacen de la actividad administrativa.

En términos generales, es ese el contenido que la doctrina le asigna al derecho administrativo, lo cual incide en las definiciones de ese derecho propuestas por los autores. Desde luego, hay quienes sustentan otros criterios, según así quedó expresado precedentemente (nº 28). Algunos expositores incluyen en su definición sólo parte del contenido a que hice referencia, o creen expresar dicho contenido con otras palabras; otros incluyen como materia propia del derecho administrativo otras materias, acerca de cuya inclusión hay serias disensiones doctrinarias, tal como ocurre con el contencioso administrativo (252) .

Un sector de la doctrina incluye en la definición y, correlativamente, en el contenido del derecho administrativo, el contralor jurisdiccional de la Administración Pública ("contencioso administrativo") (253) . Pero otro sector de la doctrina considera que el contencioso administrativo no pertenece al derecho administrativo, sino al derecho procesal (254) , criterio éste al cual adhiero.

Sin embargo, con referencia al contencioso administrativo, entre nosotros hay quien considera que corresponde distinguir entre "contenido" de la protección judicial contra la Administración (es decir, el contenido de los recursos judiciales que sirven para entablar contienda con la Administración) y el "procedimiento" mediante el cual dicha protección se hace efectiva: lo atinente al expresado "contenido" pertenecería al derecho administrativo, en tanto que el mencionado "procedimiento" correspondería al derecho procesal (255) . A juicio mío, tanto lo relacionado con el "contenido" de dicha protección judicial, como el "procedimiento" mediante el cual la protección se hace efectiva, integran la "*teoría*" del contencioso administrativo, siendo, en consecuencia, extraños al derecho administrativo *stricto sensu* (derecho substantivo). No es posible disociar el estudio de ese "contenido" y el de ese "procedimiento". Por supuesto, el expresado "*contenido*" de la protección judicial deberá analizarse, dentro del derecho administrativo, al estudiar los "vicios" del acto administrativo, ya que dichos vicios son los que, en definitiva, generarán o no acción contenciosoadministrativa; del mismo modo, el derecho civil estudia los vicios del acto jurídico, correspondiéndole al derecho procesal el trámite para hacer efectiva la sanción correspondiente al vicio de que se trate. Más aún: sin perjuicio de que al derecho administrativo le corresponde analizar ese "contenido", en cuanto ello pueda determinar un "vicio" del acto administrativo, considero que el expresado "*contenido*" de la protección judicial contra la Administración se vincula a la "*teoría de las acciones*", materia

estrictamente procesal. El "procedimiento" está íntimamente relacionado con el "contenido" de la protección que se quiere hacer efectiva: entre ambos hay una íntima interdependencia.

31. El derecho administrativo está en plena formación, en plena evolución. Como ciencia hállase en construcción. Esto se advierte examinando cualquiera de sus instituciones fundamentales, por ejemplo, el servicio público, el dominio público, etcétera, cuyas nociones conceptuales y principios correlativos han sufrido profundas transformaciones desde un tiempo a esta parte. Todo eso exprésase diciendo que este derecho es un derecho *in fieri* (256) .

El derecho administrativo está expresado y contenido no sólo en normas positivas, sino, además, en "principios" de derecho público, los cuales son seleccionados y sugeridos principalmente por la doctrina científica en base al método jurídico de investigación. Gran parte de esos principios son extraídos de la Constitución; otros del derecho privado, especialmente del derecho civil, en cuanto ellos tengan valor o substancia de principios generales de derecho, o, como dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando las reglas del Código Civil representen "una construcción jurídica basada en la justicia" (257) . En suma: tales "principios" tienen, o pueden tener, las mismas fuentes que los "*principios generales del derecho*" (ver nº 74).

Lo expuesto tiene trascendencia en lo atinente a la definición del derecho administrativo, que no puede ser considerado sólo como un conjunto de "normas", sino también como un conjunto de "principios" de derecho público. En la actualidad, esas normas y principios todavía no alcanzan a constituir un "*sistema*" jurídico; en muchos aspectos aún falta que los respectivos conceptos adquieran estabilidad y permanencia.

32. Precedentemente, nº 28, quedaron analizados los distintos criterios propuestos para dar la noción conceptual de derecho administrativo; simultáneamente se expresaron las razones para no aceptar esos criterios.

En los párrafos 29, 30 y 31 quedó expresado que el derecho administrativo es una rama autónoma del derecho público interno, y quedó establecido, asimismo, cuál es el objeto y el contenido de ese derecho. Se estableció, además, que no sólo está constituido por "normas" positivas, sino también por "principios" de derecho público.

Todo ello me permite dar, ahora, la noción de derecho administrativo.

Por tal ha de entenderse *el conjunto de normas y de principios de derecho público interno, que tiene por objeto la organización y el funcionamiento de la administración pública, como así la regulación de las relaciones interorgánicas, interadministrativas y las de las entidades administrativas con los administrados.*

Como consecuencia del concepto objetivo, substancial o material con que en esta obra se considera a la Administración Pública (nº 11), cuando en la definición del derecho administrativo hablo de "administración pública" entiendo referirme a la actividad de

cualquiera de los órganos estatales (legislativo, judicial y ejecutivo) si la naturaleza jurídica de la actividad desplegada por dichos órganos es "*administrativa*".

Para lo que ha de entenderse por relaciones "interorgánicas" e "interadministrativas", véase el nº 27.

33. En Argentina, el derecho administrativo tiene una característica propia: es, esencialmente, un derecho "*local*", es decir un derecho "*provincial*". Trátase de una consecuencia de nuestro régimen político jurídico, de nuestro sistema federal de gobierno, en cuyo mérito las provincias que componen la Nación conservan todo el poder no delegado a ella al constituir la unión nacional (Constitución, art. 104 (258)). En nuestro orden jurídico, las provincias son preexistentes respecto a la Nación. Uno de esos poderes reservados y no delegados por la Constitución de la Nación es el de legislar en materia administrativa, pues, según el artículo 105 (259) de la Constitución, las provincias, por haberse reservado el respectivo poder, se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas.

Pero sin perjuicio de los poderes no delegados por las provincias a la Nación, es también de advertir que, para el cumplimiento de los respectivos fines *puestos a su cargo por la Constitución*, la Nación goza de todas las consiguientes potestades de carácter administrativo, del mismo modo que, en sus esferas, las provincias gozan de tales potestades.

Todo ello repercute en la facultad para legislar sobre materias administrativas y, desde luego, para codificar, en todo o en parte, dichas materias. Hay algunas de éstas cuya legislación o codificación les compete exclusivamente a las provincias (verbigracia, regulación del uso de los bienes del dominio público); hay otras materias administrativas a cuyo respecto la competencia es exclusiva de la Nación (verbigracia, legislar sobre policía sanitaria animal cuando el interés público protegido sea de orden nacional; así ocurriría con las enfermedades contagiosas que afecten a animales y se extiendan a más de una provincia); finalmente, hay otras materias acerca de las cuales son competentes, en sus correspondientes esferas, tanto la Nación como las provincias, por existir al respecto una "conurrencia de fines" (verbigracia, disponer la expropiación por utilidad pública). Todo está en determinar de qué materia se trata, para lo cual el intérprete debe aplicar las normas y principios constitucionales pertinentes.

CAPÍTULO II - RELACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

SUMARIO: 34. Principios generales. - 35. Lo atinente a la ciencia de la administración. - 36. *Relaciones con otras ramas del derecho*. a) Constitucional. - 37. b) Político. - 38. c) Internacional. - 39. d) Penal. - 40. e) Financiero. - 41. f) Procesal. - 42. g) Municipal. - 43. h) Civil. - 44. i) Comercial. - 45. j) Marítimo. - 46. k) Aeronáutico. - 47. l) Industrial. - 48. m) Minería. - 49. n) Eclesiástico. - 49 bis. ñ) Militar. - 50. *Relaciones con ciencias no jurídicas*. a) Moral. - 51. b) Sociología. - 52. c) Economía Política. - 53. d) Estadística.

34. En párrafos precedentes quedó expresado que el derecho administrativo es un conjunto de principios y de normas que tiene por objeto la *organización* y el *funcionamiento* de la Administración Pública, como así la regulación de todas las *relaciones* a que da lugar la actividad administrativa (nº 32). Siendo tan vasto el ámbito de vigencia del derecho administrativo, resulta comprensible su vinculación o relación no sólo con otras ramas del derecho, sino también con ciencias no jurídicas. Todo esto quedará de manifiesto al considerar en particular las expresadas relaciones.

Aparte de lo expresado, cabe recordar que, como bien se ha dicho, "la exposición de toda ciencia especializada requiere necesariamente ser considerada en relación con las demás ciencias, por cuanto no es posible separar en absoluto una disciplina particular de la plenitud de los conocimientos humanos, en virtud de la solidaridad de los mismos" (260) .

35. Dados los dispares aspectos que ofrecen el derecho administrativo y la llamada ciencia de la administración, los autores se plantean acerca de ello dos cuestiones fundamentales: 1) la ciencia de la administración ¿es una ciencia autónoma, separada, por lo tanto, del derecho administrativo?; 2) ¿qué tipo de relaciones existen entre ambos? (261) .

La "*autonomía*" de la ciencia de la administración es cuestión muy controvertida (262) . Para establecerla, los autores que la auspician invocan diversos criterios que tienden a fundar las diferencias entre ciencia de la administración y derecho administrativo (263) . Ciertamente, esas diferencias existen teóricamente, pero, respecto a la llamada "ciencia de la administración", no alcanzan a constituir un sistema que permita afirmar su "*autonomía*"; menos aún alcanzan a integrar una "*ciencia*".

Son varios los puntos de vista de acuerdo a los cuales se ha pretendido diferenciar la ciencia de la administración del derecho administrativo:

a) Un primer sistema establece la distinción basada en lo *legal* y en lo *científico*. El derecho administrativo tendría por objeto propio el estudio de la legislación administrativa, dejando para la ciencia de la administración el de los principios y normas racionales. Esta concepción fue rechazada: el derecho administrativo no puede reducirse al mero comentario de leyes positivas, ni puede constituir una labor meramente exegética. El derecho tiene que ser concebido como ciencia y como legislación, sin ser posible científicamente analizarlo bajo el solo aspecto de la ley positiva (264) .

b) Un segundo sistema distinguía los elementos "organización" y "acción". Lo auspició Ferraris en Italia. La ciencia que se ocupa de la organización se llama derecho administrativo; la que se ocupa de la acción denomínase ciencia de la administración. En el planteo de su teoría Ferraris tuvo presente la clasificación tripartita justiniana de *personas*, *cosas* y *acciones*: consideró que el estudio de las personas y acciones corresponde al derecho administrativo, y el de las cosas a la ciencia de la administración.

Este criterio fue criticado. La organización administrativa, por sí sola, no puede constituir una ciencia propia: únicamente podría constituir la propedéutica del derecho administrativo, en cuanto la organización es antecedente de la acción (265) .

Dentro mismo de la doctrina de Ferraris hay un segundo elemento que complementa el anterior. Dada la doble actividad que el Estado desarrolla para el cumplimiento de sus fines -la *jurídica* y la *social*-, dicho autor habla de dos disciplinas científicas distintas: el derecho administrativo, para la primera, y la ciencia de la administración para la otra. De modo que, en definitiva, para Ferraris el derecho administrativo estudiaría la organización administrativa -cosa jurídica-, más la función del Estado en su actividad tutelar del derecho, al paso que la ciencia de la administración consideraría la cosa, la materia, la acción positiva y directa del Estado en el orden social (266) . Es extensible a este aspecto de la doctrina de Ferraris, la crítica hecha a su primitiva concepción.

c) Un tercer criterio considera a la ciencia de la administración como ciencia política. Es el sustentado, entre otros, por D'Alessio (267) , y en nuestro país por Bielsa (268) y Villegas Basavilbaso (269) . Los sostenedores de esta posición consideran a la ciencia de la administración como *una parte* de la ciencia política, limitada a la eficiencia y moral administrativas. Uno de los autores precedentemente citados establece en la siguiente forma las diferencias entre la ciencia política, la ciencia de la administración y el derecho administrativo: "la política señala los *fin*es (concretados en aspiraciones y necesidades colectivas y del Estado como tal); la ciencia de la administración señala la *forma, modos y medios* (de actividad) que la Administración Pública debe emplear para mejor alcanzar tales finalidades; el derecho administrativo fórmasse del conjunto de *principios jurídicos* (de derecho público) que *regulan, en su aplicación concreta esos modos o medios* (la actividad en suma) *por los cuales el Estado realiza los fines que la política traza*" (270) . Agrega este autor que la "*eficacia*" de la acción administrativa demostró bien pronto que era necesaria una nueva disciplina, y esa disciplina es la *ciencia de la administración*, no concebida como ciencia jurídica, sino como ciencia política especial; no de gobierno general del Estado, sino de buen *gobierno de la Administración Pública* (271) .

Conocidos los criterios que anteceden, cuadra preguntar: con relación al derecho administrativo ¿existe realmente una "*ciencia*" de la administración, que guarde "*autonomía*" respecto a aquél? A pesar de los interesantes y sugestivos puntos de vista expuestos para fundar la tesis afirmativa, estimo que la llamada "ciencia" de la administración no es tal, ni tiene "autonomía" alguna frente al derecho administrativo, del cual constituye un mero capítulo. "Ciencia se denomina un sistema de principios, de normas, que regulan un determinado fenómeno; en cambio, la pretendida ciencia de la administración se fundaría sobre un principio único: el del mínimo medio o del mínimo esfuerzo para conseguir un resultado útil, y esto es demasiado simple para servir de base a una construcción científica, aparte de que el llevarlo a la práctica depende en gran parte de las aptitudes individuales. En este sentido se trata, en suma, más de un arte de gobierno -obtenido de las enseñanzas prácticas basadas en los resultados de las diversas ciencias técnicas- que de un sistema de normas" (272) . No resulta conforme al criterio con que debe individualizarse una ciencia, dividir el estudio de los principios jurídicos que regulan la administración pública, contraponiendo a su actividad llamada jurídica, la actividad social -en la que el elemento jurídico sería casi accesorio-, ni introducir en el estudio del derecho administrativo, que abraza ambas actividades, nociones propias de otras ciencias, que desvirtuarían y desnaturalizarían las nociones jurídicas (273) . Por ello pudo decir García

Oviedo: "Habrá problemas administrativos, pero no una ciencia de la administración propiamente dicha" (274) . Sólo por comodidad de expresión o lenguaje podrá hablarse de "*ciencia de la administración*", entendiendo abarcar con ello diversas nociones o conocimientos que, por razones didácticas o prácticas, convendrá tener presentes en este orden de actividades (275) .

No creo que la "*eficacia*" de la acción administrativa, para lograrse, requiera -como se pretende- una nueva disciplina: la ciencia de la administración. Como acertadamente lo expresó Vitta, la obtención de tal "*eficacia*" depende en gran parte de las aptitudes individuales (de los funcionarios o empleados). Por ello estimo que la referida "*eficacia*" ha de lograrse, no a través de la "*ciencia de la administración*", sino mediante la acción de las escuelas de capacitación de funcionarios y empleados, a los que últimamente se les está dando la importancia que realmente tienen, y mediante el buen criterio de los hombres de gobierno que, conforme lo establece el precepto constitucional (artículo 16), sólo deben integrar los altos cargos públicos con personas "*idóneas*", de criterio amplio, sensato y ágil.

Después de todo lo expuesto ¿qué decir de las "relaciones" entre el derecho administrativo y la ciencia de la administración? Para quienes aceptan la existencia de una "*ciencia*" de la administración, con "*autonomía*" respecto al derecho administrativo, dichas relaciones existen; pero estiman que éstas no son de subordinación ni de continuidad (276) : serían de "*coordinación*". En cambio, para quienes no admitimos la existencia de una "*ciencia*" de la administración, ni que ésta sea "*autónoma*" respecto al derecho administrativo, del cual forma un capítulo, esas relaciones "*no*" existen: sería inconcebible que una misma rama del derecho tenga relaciones consigo misma. La ciencia de la administración es *parte* del derecho administrativo, y el derecho administrativo no puede tener relaciones consigo mismo.

36. Relaciones con otras ramas del derecho.

a) Constitucional.

Del indisoluble y estrecho nexo que une a la *Constitución* con la *Administración* surge el apretado vínculo que existe entre el derecho constitucional y el derecho administrativo, al extremo de que algunos autores sostienen que la separación entre una y otra disciplina es más artificiosa que real (277) , siendo a veces difícil establecer dónde termina el derecho constitucional y dónde comienza el derecho administrativo (278) .

El derecho constitucional es la parte general y fundamental del derecho público: es el tronco del cual parten las ramas. Siendo el derecho administrativo una de estas ramas, resulta aceptable y comprensible la vieja expresión de Pellegrino Rossi, acerca de que el derecho administrativo tiene los encabezamientos de sus capítulos ("*ses t`tes de chapitres*") en el derecho constitucional (279) .

El derecho constitucional y el derecho administrativo se relacionan por un vínculo muy similar al existente entre el derecho propiamente dicho (derecho substantivo) y la ley de procedimiento (280) . De ahí que se haya expresado que el derecho administrativo es el

derecho procesal del derecho constitucional, con lo que quiere expresarse una vez más que si Constitución equivale a estructura, Administración supone actividad teleológica, "*acción*" en suma (281) .

De lo expuesto dedúcese que las relaciones que el derecho administrativo tiene con el derecho constitucional son de "*dependencia*", tanto más cuanto toda la actividad jurídica de la administración pública, en última instancia, encuentra sus limitaciones en la Constitución (282) .

37. b) *Político*. En el derecho político se estudia la organización fundamental del Estado considerado en su unidad; en el derecho administrativo se estudia esa organización en toda la variedad de sus órganos: administración central, activa, consultiva, deliberante, administración local. Mientras en lo político se busca constituir el Estado para que pueda realizar los fines que se le asignan, en lo administrativo se busca la actuación del Estado para cumplir los fines (283) .

La concepción "*objetiva*" de la Administración, aceptada en esta obra (nº 11), y la identidad del objeto común en ambas disciplinas, el Estado, hace que las relaciones entre el derecho político y el derecho administrativo sean íntimas (284) .

38. c) *Internacional*. La actividad "*administrativa*" del Estado no sólo puede cumplirse dentro de sus propias fronteras territoriales, sino también fuera de ellas. A su vez, esto último puede ocurrir en dos formas distintas: a) requiriendo la intervención o colaboración de otro Estado; b) sin requerir tal colaboración, o sea valiéndose de sus propios órganos (embajadas, consulados, etc.) acreditados en el exterior.

La actividad "*administrativa*" desarrollada extraterritorialmente con el concurso o colaboración de otro Estado no forma parte del derecho administrativo, sino del *derecho internacional público* (285) , y ahí debe ser estudiada.

En cambio, la actividad "*administrativa*" desplegada fuera de las fronteras territoriales, pero sin requerir el concurso o la colaboración de otro Estado, sino utilizando organismos propios acreditados en el exterior (embajadas, consulados, etc.), sigue perteneciendo al *derecho administrativo*. No se olvide que las representaciones diplomáticas suponen una prolongación del territorio del Estado a que pertenecen (286) . A lo sumo trataríase de una rama especial del derecho administrativo: el "*derecho administrativo internacional*", pero perteneciente al derecho administrativo (287) .

De todo esto resulta que las normas o principios que regulan la actividad administrativa comprendida en el *derecho internacional público*, guardan una íntima conexión o vinculación con el *derecho administrativo* propiamente dicho, ya que muchos "principios" de éste han de hallar aplicación en tales supuestos (288) , aparte de que el derecho administrativo puede obtener -y obtiene- del derecho internacional público los medios prácticos para concretar los respectivos problemas (congresos, conferencias, organismos, etc.) (289) . Como advierte Mayer, todas estas vinculaciones influyen en la formación y

aplicación del derecho administrativo (290) , resultando de ahí otras tantas "relaciones" entre ambas ramas del derecho.

39. d) *Penal*. El derecho penal sustantivo tiene evidentes relaciones con el derecho administrativo. Dichas relaciones se refieren, en parte, al "objeto" -que puede ser común a ambas disciplinas- contemplado o protegido por la norma penal (verbigracia, delitos contra la Administración Pública), y en parte a la aplicación extensiva -sea por analogía (291) , sea de *lege ferenda* -de las disposiciones del Código Penal y de los principios del derecho penal en supuestos de derecho administrativo (292) .

Entre estos últimos supuestos quedan comprendidos no sólo las leyes sobre "*faltas*" (legislación esencialmente "local") (293) , sino también los aspectos del derecho disciplinario militar no contemplados expresa o implícitamente por el llamado código de "justicia" militar o por el reglamento para los tribunales y comisiones de honor de las fuerzas armadas. Sobre este punto volveré a ocuparme al tratar del órgano "castrense" (nº 184).

Muchos principios inconcusos en derecho penal sustantivo son de estricta aplicación en el llamado "derecho penal administrativo"; verbigracia: *nullum crimen, nulla poena sine lege* (294) .

Igualmente vincúlase el derecho penal sustantivo con el derecho penal administrativo en lo atinente al régimen "*penitenciario*", que requiere toda una serie de funciones administrativas para la ejecución de las penas (295) . Las cárceles integran la Administración Pública (296) .

En dos palabras: salvo las modalidades propias o particulares del ilícito administrativo con relación al ilícito penal, el *derecho penal administrativo* (constituido por las penas de policía y por las penas disciplinarias) se nutre, en subsidio, de los principios del derecho penal sustantivo (297) .

En cuanto a la existencia de un "derecho penal *administrativo*", independiente del derecho penal sustantivo, las opiniones no son concordantes (298) . Preténdese distinguir el delito penal del delito administrativo por la diversa fisonomía que presentan ambos hechos ilícitos, concepto que, entre nosotros, se estima reafirmado con el derecho de las provincias a dictarse leyes de policía en la órbita de sus atribuciones propias, normas que se juzgan extrañas al derecho penal (299) . ¿Existe un *derecho penal administrativo*, independiente del *derecho penal sustantivo*? A pesar de las agudas y respetables observaciones hechas por los partidarios de un *derecho penal administrativo*, por las consideraciones que dejo expresadas precedentemente (texto y notas), estimo que el llamado "derecho penal administrativo" no sale del ámbito del derecho penal sustantivo, cuya esencia aparece también en aquél (300) . La potestad jurisdiccional de las provincias para legislar sobre faltas y contravenciones -contenido esencial del derecho penal administrativo- no altera la substancia de la materia, como tampoco se alteraría la substancia del derecho penal sustantivo si su legislación estuviere atribuida a las provincias.

40. e) *Financiero*. Acerca de la "*autonomía*" del derecho financiero, una de cuyas ramas es el derecho tributario o fiscal, hay disensiones en la doctrina. Si bien existen quienes no admiten su autonomía conceptual, su autonomía científica (301) , la doctrina predominante la acepta (302) . ¿Qué relaciones existen entre el derecho financiero y el derecho administrativo?

Entre ambos derechos existen relaciones inmediatas y contiguas. Los órganos y la forma de aplicación de las normas financieras son substancialmente administrativos. Igual cosa cuadra decir del régimen de los "*recursos*" o medios de impugnación de los actos dictados por los órganos financieros (303) .

Pero disiento con Giuliani Fonrouge en cuanto éste sostiene la precedencia, en el tiempo, del derecho financiero con relación al derecho administrativo. Para ello invoca estudios realizados sobre la actividad tributaria de los griegos y de los romanos (304) . Históricamente, aun en las sociedades primitivas siempre existió una originaria "*administración*". Si en la época a que alude Giuliani Fonrouge no existía "*derecho administrativo*", tampoco había "*derecho financiero*". La existencia de este último a través del cobro de tributos, requería la existencia de una "*administración*" encargada de percibirlos, y en sus orígenes el derecho financiero no podía pretender la "*autonomía*" que recién hoy se le reconoce con relación al derecho administrativo (305) . A esa administración "*primitiva*" y "*rudimentaria*" habrá correspondido un "*derecho administrativo*" también rudimentario y primitivo -un derecho administrativo incipiente-, pero derecho administrativo al fin de cuentas, pues, como bien lo advierte Fernández de Velasco Calvo, "*toda actividad administrativa implica la de un derecho administrativo*" (306) . Lo indudable es que, si en la época a que alude Giuliani Fonrouge no había "*derecho administrativo*", tampoco había "*derecho financiero*" (307) .

41. f) *Procesal*. Las relaciones entre el derecho administrativo y el derecho procesal son obvias.

En ejercicio de la actividad "*jurisdiccional*" (308) , la Administración tiene que aplicar muchos principios, y también normas, de manifiesta substancia procesal. De ahí una estrecha vinculación entre esos derechos. Con razón pudo decirse que mientras más extensa sea la función jurisdiccional reconocida a la Administración, más íntima será la unión de una parte del derecho administrativo con el procesal (309) .

Además, el llamado procedimiento "*contenciosoadministrativo*", que para un sector de la doctrina no forma parte del derecho administrativo, sino del derecho procesal, está determinado por normas y principios típicamente "*procesales*", derivando de ahí otra estrecha vinculación entre el derecho administrativo y el derecho procesal. Aparte de ello, muchos códigos sobre procedimiento contenciosoadministrativo establecen expresamente la subsidiaria aplicación de muchas normas o principios del código de procedimiento civil vigente en el lugar.

Finalmente, al margen de la función "*jurisdiccional*" de la Administración, y al margen del procedimiento "*contenciosoadministrativo*", dentro del mero "*procedimiento*"

administrativo muchas veces las situaciones que se plantean pueden hallar y hallan solución recurriendo a las normas o a los principios de derecho procesal, que cumple así una función *praeter legem* (310) . Es lo ocurrido, por ejemplo, con el recurso de "revisión" contenido en la hoy derogada ley federal de procedimientos, n° 50, artículo 241, que, de acuerdo a lo aceptado reiteradamente por la Procuración del Tesoro de la Nación, se aplicó *analógicamente* en el trámite del *recurso jerárquico* (ver n° 279) (311) .

42. g) *Municipal*. El derecho administrativo no tiene "*relaciones*" con el llamado derecho municipal. Este último no es otra cosa que una sección del derecho administrativo aplicable en la esfera comunal; a lo sumo constituye una rama del derecho administrativo que rige en el ámbito comunal. Todo el derecho "municipal" es de substancia administrativa. Pero el derecho municipal no es una rama autónoma respecto al derecho administrativo; es sólo una parte de este último (312) . Perteneciendo al derecho administrativo, va de suyo que no puede decirse que el derecho municipal tenga "*relaciones*" con aquél, pues, como ya quedó expresado en un párrafo precedente, una rama del derecho no puede mantener relaciones consigo misma. Trátase del propio derecho administrativo en su aplicación específica a las actividades y relaciones comunales.

43. h) *Civil*. El derecho civil y, más propiamente, el derecho privado, difiere del derecho administrativo. Ambos están constituidos por normas de distinta estructura: el derecho privado por normas que se caracterizan por la idea de "*coordinación*" (coordinación de los ciudadanos), mientras que el derecho administrativo hállase constituido por normas caracterizadas por la idea de "*subordinación*" (subordina los individuos a la Administración) (313) . Ambos derechos tienen finalidades diferentes, determinadas por sus diferentes objetivos: el fin primario del Código Civil es la fijación de reglas aplicables a relaciones privadas (314) , en tanto que la finalidad esencial del derecho administrativo es la regulación de intereses públicos. El derecho administrativo presupone, pues, partes desiguales (315) , en tanto que el derecho civil las presupone iguales. En suma: en el derecho civil se trata de fijar los límites del poder jurídico recíproco de los individuos entre ellos; en cambio, en el derecho administrativo los derechos individuales no desempeñan sino un papel accesorio. Lo esencial es el *poder público*, y el modo de su acción hállase determinado por el derecho público (316) .

No obstante las diferencias expuestas, entre el derecho administrativo y el derecho civil existen obvias "*relaciones*", que se producen por la consideración de ciertos institutos que interesan a ambos derechos, de lo cual me ocuparé luego. Trátase de relaciones de *contacto*, de *continuidad* (317) .

Asimismo, dichas "*relaciones*" se producen por la aplicación, en derecho administrativo, de normas y principios contenidos en el derecho civil a través del Código Civil. Hay dos maneras de utilizar en derecho administrativo las normas y principios del derecho civil. Una consiste en recurrir a la analogía o a los principios generales del derecho; la otra consiste en considerar determinadas normas del derecho civil como expresión de una norma jurídica general y, por tanto, no limitada al derecho civil y válida directamente para el derecho administrativo. En este último caso no se trata de una integración de normas, sino

de una aplicación directa de normas jurídicas, que en su conjunto pertenecen a la llamada parte general del derecho (318) .

Del mismo modo, existen "relaciones" entre el derecho administrativo y el derecho civil cuando la Administración (*lato sensu* "Estado") desenvuelve su actividad en el campo del derecho privado, sirviéndose para ello de los mismos medios jurídicos que el Código Civil ha puesto a disposición de las personas privadas o particulares. En estos supuestos la Administración obra como simple sujeto de derecho privado (319) .

En concordancia con lo que queda dicho, nuestra doctrina establece que las disposiciones del título preliminar del Código Civil son de aplicación tanto en el derecho privado como en el derecho público, por corresponder en general a todas las ramas del derecho, rigiendo para todo el ordenamiento jurídico positivo (320) .

El carácter subsidiario del derecho civil en derecho administrativo lo ha reconocido reiteradamente nuestra Corte Suprema de Justicia (321) . Por supuesto, tratábase de situaciones que trasuntaban identidad conceptual (322) . No obstante, hay quien niega que, en caso de laguna del ordenamiento administrativo, el derecho civil tenga carácter supletorio general; afirma que en tal caso son los *principios generales del mismo ordenamiento administrativo* los que deben figurar como supletorios (323) . Pienso que esta última posición obedece a un planteamiento equivocado. Es evidente que cuando se habla de que el derecho civil es de aplicación subsidiaria en derecho administrativo, se parte del supuesto de que la cuestión no puede ser resuelta por los datos o materiales propios del derecho administrativo; pero cuando la solución puede hallarse en los "*principios generales del mismo ordenamiento administrativo*", va de suyo que el derecho civil nada tiene que hacer en tal caso, ya que el derecho administrativo no ha menester, entonces, de su aplicación subsidiaria. Esto último sólo y únicamente procede ante la falta total de normas o principios administrativos de posible aplicación en la especie (324) .

Entre los puntos en que, por contacto o continuidad, existen concretas relaciones entre el derecho administrativo y el derecho civil, pueden mencionarse:

1º *Capacidad de las personas individuales.*

El individuo, considerado como "administrado", entra en relación con la Administración Pública sobre la base de la *capacidad* que le reconoce o asigna el derecho privado. El "administrado" y la persona individual del derecho privado constituyen un mismo y único sujeto que actúa en dos campos distintos: el del derecho público y el del derecho privado. Pero en ambos casos el sujeto es el mismo. De modo que para saber si una persona es capaz en derecho administrativo, hay que atenerse esencialmente a los datos que al respecto suministra el derecho privado. Sólo un texto legal expreso puede modificar o alterar tal situación. La titularidad de potestades y derechos del administrado frente a la Administración Pública "*no*" es consecuencia de una aptitud jurídica o capacidad distinta de la jurídica privada. Las variantes que puedan presentarse en cuanto a condiciones o requisitos para que el administrado pueda actuar en determinados asuntos de derecho administrativo se presentan, también, en el derecho privado, donde según de qué acto o

contrato se trate, así serán las condiciones o requisitos específicos que el individuo debe reunir. Con respecto al derecho administrativo, todo se reduce a una adaptación de la teoría privatística referente a la capacidad. Cuando se considera al hombre como "administrado", se lo toma, pues, sobre el presupuesto de un *status* básico: el determinado por la capacidad que le asigna el derecho privado. Las modificaciones o alteraciones a ese *status* básico sólo son contingencias que no alteran el principio general.

De lo dicho despréndese la obvia vinculación existente entre el derecho administrativo y el derecho civil en materia de capacidad de las personas individuales (325) .

2º Capacidad de las personas jurídicas.

En el comienzo de la existencia de las personas jurídicas de existencia posible (Código Civil, artículo 33 , inciso 5º), aparte del eventual supuesto de creación de ellas por el legislador, tiene o puede tener decisiva influencia el órgano ejecutivo de gobierno (Código Civil, artículo 45), ya que deben o pueden ser "autorizadas" por éste mediante el respectivo decreto. Lo mismo acaece en materia de extinción de esas personas jurídicas (Código Civil, artículo 48).

También se vincula el derecho civil con el derecho administrativo en lo atinente a la clasificación de las personas jurídicas, pues el Código Civil, artículo 33 , en su actual redacción considera personas jurídicas "*públicas*" al Estado Nacional, las provincias, las municipalidades y las entidades autárquicas. Pero esta nueva clasificación de las personas jurídicas es objetable, porque es incompleta. Véase el n° 100, *in fine*.

3º Actos jurídicos.

Con las salvedades propias exigidas por la índole de la actividad de la Administración Pública, la doctrina admite que las normas y principios del Código Civil respecto a "*actos jurídicos*", se extiendan supletoria o subsidiariamente a los actos administrativos *individuales* (326) . A igual conclusión ha llegado nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (327) .

4º Dominio público y privado del Estado.

El Código Civil establece qué bienes pertenecen al dominio público y cuáles al dominio privado del Estado. Establecer eso, que substancialmente significa establecer la condición legal o jurídica de las cosas, constituye una cuestión esencialmente "*civil*", no una cuestión "*administrativa*". Pero una vez establecido, el dominio público constituye una institución de derecho administrativo (328) . De ahí surge una obvia relación entre el derecho civil y el administrativo, lo que es tanto más exacto en un país del régimen jurídico político del nuestro.

5º Expropiación. Ocupación temporánea.

Nuestros tratadistas, al mencionar los puntos de contacto entre el Código Civil y el derecho administrativo, hacen referencia a la "*expropiación*", que el Código Civil contempla en su artículo 2511 .

Si bien hasta hace pocos años la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y algún tratadista nacional, consideraban a la expropiación como un instituto mixto, de derecho público en su primera etapa y de derecho privado en su segunda etapa, o sea en la referente a la "*indemnización*", actualmente los criterios han cambiado: tanto para el alto Tribunal, como para la doctrina dominante, la expropiación es un instituto de naturaleza homogénea, esencialmente "*publicística*" en sus dos etapas (329) . Siendo así, va de suyo que la referencia a la "expropiación" en el Código Civil -derecho privado- no se justifica. Todo lo atinente a la expropiación es extraño al derecho civil: pertenece exclusivamente al derecho administrativo (330) . La errónea ubicación de una norma no altera la substancia de la materia legislada. A lo sumo, y dado el alabable tenor del expresado artículo 2511 , éste podría servir como expresión del criterio jurídico a seguirse en materia de indemnización por razones de expropiación (331) .

Algo similar corresponde decir respecto a la "*ocupación temporánea*", instituto contemplado en el artículo 2512 del Código Civil. Tratándose de una "limitación" a la propiedad privada en interés público, su tratamiento no le corresponde al derecho civil, sino al derecho administrativo. En el estado actual de las cosas, el Código Civil está contemplando un instituto ajeno a su ámbito (332) .

6° *Compensación.*

De acuerdo al artículo 823 , inciso 1° del Código Civil, las deudas y créditos entre particulares y el Estado no son compensables en los casos siguientes: a) cuando las deudas de los particulares provinieren de remates de cosas del Estado; b) cuando provinieren de rentas fiscales; c) cuando proviniesen de contribuciones directas o indirectas o de pagos que deban hacerse en las aduanas. En tales supuestos el Estado actúa en el campo del derecho público; esto, y el destino de esos créditos a fines de utilidad pública, justifica que en esas especies no se admita la compensación.

Pero cuando se trate de créditos contra el Estado provenientes de actos jurídicos que éste realice actuando en el campo de derecho privado, la compensación es admitida por la ley civil respecto a las deudas de los particulares. Para esto es menester que las deudas y créditos correspondan al mismo departamento o ministerio, o que los créditos de los particulares no estén comprendidos en una consolidación de los mismos dispuesta por la ley (Código Civil, artículo 823 , incisos 2° y 3°). Razones de contabilidad explican la primera de estas excepciones; la segunda porque en virtud de la consolidación de los créditos contra el Estado éstos han dejado de ser inmediatamente exigibles (333) .

7° *Cesión de créditos.*

El artículo 1443 del Código Civil prohíbe toda cesión a los ministros del Estado, gobernadores de provincia, empleados municipales, de créditos contra la Nación, o contra

cualquier establecimiento público, corporación civil o religiosa; asimismo prohíbe toda cesión de créditos contra la provincia en que los gobernadores actuasen, o de créditos contra las municipalidades a los empleados en ellas. La *ratio juris* de tal prohibición obedece a motivos de ética administrativa.

8º Cesión de pensiones.

El artículo 1449 del Código Civil prohíbe la cesión de montepíos, pensiones militares o civiles, o las que resulten de reformas civiles o militares, con la sola excepción de aquella parte que por disposición de la ley pueda ser embargada para satisfacer obligaciones (334) . La razón determinante de esta prohibición consiste en tratar de que las jubilaciones y pensiones cumplan el fin "*alimentario*" que las informa.

9º Locación de cosas.

De acuerdo al artículo 1502 del Código Civil, los arrendamientos de bienes nacionales, provinciales o municipales, o bienes de corporaciones o de establecimientos públicos (335) , serán juzgados por las disposiciones del derecho administrativo y sólo en subsidio por las del expresado Código. En este texto se trata, o por lo menos quedan también comprendidos en él, de los bienes del *dominio público* (336) .

Como ya lo advertí en otra oportunidad, la locación o el arrendamiento -figuras típicas del derecho privado- no son formas jurídicas adecuadas para atribuir y regular el uso de las dependencias del dominio público. Por ello estimo que, en todo lo no previsto, para resolver las cuestiones que se susciten en los pretendidos "arrendamientos" o "locaciones" de bienes dominicales, deberán aplicarse los respectivos principios del "*permiso*" o de la "*concesión*" de uso, según los casos, y de ningún modo las normas del Código Civil (337) . Por lo demás, correspondiendo la regulación del uso de los bienes públicos al derecho administrativo exclusivamente, y siendo éste un derecho "local" o "provincial", el legislador nacional carece de imperio para disponer que, en tales hipótesis, en subsidio se aplicarán las disposiciones del Código Civil. Excepcionalmente esto último podría ocurrir respecto a bienes públicos ubicados en jurisdicción *nacional*.

10º Limitaciones al dominio privado por causa de interés público.

El artículo 2611 del Código Civil contiene una regla fundamental que, por su índole, aunque el Código no la contuviere regiría igualmente; su fundamento es de origen constitucional (artículos 104 (338) y 105 (339) de la Constitución): pertenece a la serie de poderes reservados por las provincias y no delegados por éstas a la Nación. Dice aquel texto: "Las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo". Así es en efecto: trátase de una materia "administrativa" típica.

El expresado artículo 2611 implica, primordialmente, un deslinde de competencias entre las provincias y la Nación. No se trata, entonces, de un punto de contacto entre el derecho civil y el derecho administrativo.

11º Régimen de los privilegios.

Es materia propia del derecho privado ("civil", en la especie) legislar en materia de privilegios, estableciendo el derecho con que un acreedor ha de ser pagado con preferencia a otro acreedor. El artículo 3879 del Código Civil se ocupa de esta materia. En lo que al Estado respecta, le atribuye un privilegio general sobre los bienes del deudor, para cubrir los créditos por impuestos, sean directos o indirectos. Es éste un punto de contacto entre el derecho civil y el derecho *público*. Si bien la generalidad de los autores circunscribe ese contacto al derecho civil con el derecho "administrativo", resulta más acertado establecerlo entre el derecho civil y el "*financiero*", dada la autonomía reconocida a éste.

44. i) *Comercial*. El derecho comercial es una rama del derecho privado, en varios de cuyos aspectos tiene una influencia decisiva el derecho público a través de normas *administrativas*. De ahí la vinculación entre el derecho comercial y el derecho administrativo. Baste recordar, a estos efectos: a) la injerencia estatal para evitar la ilícita elevación de precios en contra de los administrados, es decir en perjuicio del público; b) la intervención del Estado para evitar formas o modos de ventas que impliquen actos tendientes a lograr una elevación indebida de precios (verbigracia, prohibición de vender frutas a tanto por kilogramo y no a tanto por docena); c) hay instituciones de derecho comercial, como el transporte, cuya vinculación con el derecho administrativo es obvia, pues generalmente trátase de actividades cuyo ejercicio requiere una previa autorización administrativa (concesión de servicio público); d) en materia de seguros y bancos el contralor estatal, con sobrada razón, es riguroso y constante (340) .

La actividad del comerciante, especialmente la del que se dedica al tráfico de artículos de primera necesidad (alimentos, medicamentos, etc.), tiene una substancia tal que trasciende lo meramente "privado" para penetrar en lo "*social*", saliendo así del estricto ámbito del derecho "privado" para ubicarse en una zona francamente regulada por el derecho público. En muchos casos hallamos que la actividad del comerciante implica un verdadero servicio público impropio; es lo que ocurre con los farmacéuticos y aun con los titulares de casas de venta de artículos alimenticios -de primera necesidad- al por menor. En ambos supuestos trátase de actividades vinculadas con necesidades "*vitales*" de la colectividad. En todo esto el derecho administrativo tiene una amplia esfera de aplicación, sea a través de normas reguladoras o de normas de contralor.

El Código de Comercio contiene varias disposiciones que traducen otros tantos puntos de vinculación entre el derecho administrativo y el derecho comercial. Entre tales disposiciones pueden recordarse:

1º *Sociedades anónimas*.

El Poder Ejecutivo autoriza la constitución de dichas sociedades (artículo 318 , inciso 4º); puede prorrogar su duración (artículo 325) y asimismo puede disolverlas (artículo 370) (341) .

Tratándose de sociedades anónimas que exploten concesiones o tuvieran constituido en su favor cualquier privilegio, podrán también ser fiscalizadas por agentes de las autoridades respectivas, remunerados por las sociedades (artículo 342) (342) .

2º Quiebra de sociedades que prestan servicios públicos (343) .

Si se tratare de la quiebra de sociedades, cualquiera sea su naturaleza, que tengan por objeto la prestación de servicios públicos, su funcionamiento o explotación no podrá suspenderse. Podrá, sin embargo, suspenderse la parte de las obras pertinentes que estuviere en construcción, siempre que esta suspensión no causare perjuicio al funcionamiento regular de la parte que se encuentra en explotación (artículo 195 de la ley de quiebras). La explotación de las obras continuará bajo la dirección del síndico o liquidador, a cuyas órdenes quedará sometido todo su personal (artículo 198 de la ley de quiebras).

3º Régimen de los privilegios (344) .

En materia de quiebra, el Fisco goza de un privilegio general respecto a sus créditos por impuestos (artículo 129 , inciso 5º de la ley de quiebras).

45. j) Marítimo.

Con el derecho marítimo, el derecho administrativo está íntimamente vinculado. Baste advertir que las actividades que origina la navegación en su gran mayoría exigen el concurso de la Administración (verbigracia, actividades de la Prefectura Marítima y Fluvial; de la Dirección de Aduanas, etc.) (345) .

Algunas disposiciones del Código de Comercio, relativas al derecho marítimo, tienen vinculación directa con el derecho administrativo. Así, por ejemplo: (346) .

1º Atribuciones del capitán (347) .

Este es delegado de la autoridad pública para la conservación del orden en el buque y salvación de los pasajeros, gente de mar y carga. La tripulación y pasajeros le deben respeto y obediencia (artículo 905 del Código de Comercio). En tal orden de ideas, los capitanes tienen jurisdicción policial, pudiendo imponer las penas correccionales establecidas por la ley o reglamentos, incluso la de arresto, a los que se hicieren culpables de algún delito, debiendo entregar los delincuentes a la autoridad competente (artículos 906 y 927 , párrafo 4º, inciso 7º).

Los capitanes también tienen funciones de oficial de registro civil respecto de ciertos actos: anotación de nacimientos, defunciones, inserción de testamentos otorgados a bordo con arreglo a las disposiciones del Código Civil, de todo lo cual deben hacer la respectiva anotación en el "*Diario de Navegación*" (artículo 927 , párrafo 4º, incisos 5º y 8º).

2º Régimen de los privilegios (348) .

En materia marítima, el Código deslinda cuáles son los créditos privilegiados sobre las cosas cargadas, sobre el flete y sobre el buque. Sobre la carga embarcada son privilegiados "los derechos de *Aduana* debidos por las mismas cosas en el lugar de la descarga" (artículo 1373 , inciso 3º). Sobre el buque son privilegiados "los *impuestos* de navegación establecidos por las leyes" (artículo 1377 , inciso 3º). Respecto al flete, el Código no establece privilegio en favor del Estado (véase el artículo 1375).

46. k) *Aeronáutico* (349) .

Entre el derecho aeronáutico y el derecho administrativo hay vinculaciones evidentes, que no sólo resultan de las conclusiones de la doctrina, sino también de normas expresas del Código Aeronáutico. Entre otras, tales relaciones concrétnanse en lo siguiente:

1º En el carácter dominical de los aeródromos y aeronaves estatales afectados al servicio público de transporte de pasajeros y cargas (350) . El dominio público es una institución propia del derecho administrativo.

2º En la delimitación del "ámbito físico" (dominio público aéreo) en que se desenvuelve la aeronavegación (Código Aeronáutico, artículos 1º y 2º (351)). No obstante, cuadra advertir que, si bien el Código Aeronáutico expresa que "a los efectos de este Código, el territorio comprende las aguas *jurisdiccionales*" (artículo 2º), esto último implica un error de información jurídica, pues ni las aguas "jurisdiccionales", ni el espacio aéreo que cubre a estas aguas integran el territorio del Estado (352) .

3º En los servicios "auxiliares" terrestres, sometidos al régimen *administrativo* en lo esencial ("competencia", "jerarquía", etc.). Ver artículos 84 a 88 y 109 del Código Aeronáutico.

4º En las limitaciones al dominio (Código Aeronáutico, artículo 30 y siguientes). Dichas "limitaciones" constituyen una institución del derecho administrativo.

5º En el registro de aeronaves (Código Aeronáutico, artículo 37 y siguientes).

6º En las atribuciones del comandante de la aeronave, que son de dos órdenes: a) policiales, pues tiene poder de disciplina sobre el personal navegante, en cuanto sea indispensable para la circulación aérea, y poder de autoridad sobre los pasajeros, durante el viaje (artículo 76 del Código Aeronáutico); b) funciones de encargado de registro civil, pues debe registrar en los libros correspondientes los nacimientos, defunciones, matrimonios y testamentos ocurridos, celebrados o extendidos a bordo, debiendo remitir copia auténtica a la autoridad competente. En caso de muerte de un pasajero o miembro de la tripulación, deberá tomar medidas de seguridad con respecto a los efectos que pertenezcan al fallecido, entregándolos bajo inventario al cónsul argentino, o en su defecto al representante del propietario, en la primera escala que hiciere (artículo 80 del Código Aeronáutico).

7º En lo atinente a la "extinción" de la autorización que se hubiere otorgado para la explotación del servicio aéreo (artículo 176 del Código citado). Va de suyo que los medios

jurídicos por los cuales es posible extinguir las autorizaciones otorgadas para explotar servicios aéreos rigen por el derecho administrativo.

47. l) *Industrial.*

El derecho industrial, o más precisamente la "legislación industrial", ya que al "*derecho*" industrial aún no se le reconoce autonomía orgánica, vincúlase con el derecho administrativo en dos órdenes de ideas, en las que hállese en juego el interés *colectivo* o *público*: a) en lo atinente a las normas de policía (seguridad, higiene, etc.) sobre establecimientos peligrosos, incómodos o insalubres; b) en lo relacionado con la tutela jurídica de los obreros y empleados en la industria. Como bien se ha expresado, aunque el derecho industrial sea rama del derecho privado, la protección de aquel interés público es materia de derecho administrativo (353) .

48. m) *Minería.*

El derecho de minería vincúlase al derecho administrativo en cuanto regula las relaciones entre el Estado y los particulares respecto a la apropiación, uso y goce de las sustancias minerales, y, en especial, en lo atinente a la adquisición del dominio de las minas de la primera y de la segunda categorías, adquisición que se efectúa a través de la "*concesión minera*" (354) .

Por supuesto, la "naturaleza" jurídica de la concesión minera difiere, por su objeto, de la concesión de servicio público, de la de obra pública y de la de dominio público. Contrariamente a éstas, la concesión de minas es, esencialmente, "traslativa" de dominio: mediante la concesión la mina sale del dominio del Estado y entra en el dominio particular (Código de Minería, artículo 10). Pero esto no obsta a que la concesión minera constituya una concesión "*administrativa*", vale decir regida por el derecho administrativo, tanto más cuanto tal "concesión" reviste carácter de *utilidad pública* (Código de Minería, artículo 13). Trátase de una "concesión" de caracteres propios (355) , como asimismo tienen caracteres propios la concesión de servicio público, la de obra pública y la de dominio público, todo ello sin perjuicio del *fondo común* que se encuentra en todas ellas.

49. n) *Eclesiástico.*

El derecho *administrativo* vincúlase con el derecho *eclesiástico*. Tanto el funcionamiento, establecimiento o actuación de los *órganos* religiosos, considerados como entes jurídicos (lo que, en general, integra el "régimen jurídico del patronato"), del mismo modo que todo lo atinente a la "policía" cultural, requieren normas de carácter administrativo que regulen esas actividades. La vinculación entre ambos derechos es, pues, obvia (356) .

Pero cuadra advertir que cuando se habla de derecho "*derecho eclesiástico*", se entiende referir al que rige la *comunidad cristiana* (357) . A su vez, como el cristianismo presenta tres confesiones principales: la católica, apostólica y romana; la cismática, dividida en dos sectas principales: la luterana y la reformada; el derecho eclesiástico debe entonces ser

referido a la Iglesia católica, apostólica y romana, a la Iglesia luterana y a la Iglesia reformada (358) .

Nuestro Código Civil menciona la "*Iglesia*" entre las personas jurídicas de existencia necesaria (artículo 33 , inciso 4º) (359) . A pesar de esa referencia genérica, trátase de la Iglesia *católica* (360) . La personalidad jurídica de la "*Iglesia*" no sólo le compete a la Iglesia *universal*, sino también, dentro de nuestro país, a cada una de las iglesias o parroquias en particular (361) . Pero la Iglesia católica es, esencialmente, una entidad de derecho *público* (362) , sin perjuicio de su posible actividad en el campo del derecho privado; no obstante, aun siendo una entidad jurídica de derecho público, de ningún modo debe considerársele como un organismo o persona jurídica *estatal*: no integra la organización jurídica de la Nación, ni constituye un poder político en nuestra organización (363) . La Iglesia es una persona jurídica pública no estatal (364) .

Los "*bienes*" de la Iglesia católica, a pesar de ser ésta una persona jurídica *pública*, no constituyen dependencias dominicales, ni integran un *dominio público eclesiástico*, como se ha pretendido: son bienes *privados* de la Iglesia. Para que dichos bienes tengan carácter público o dominical, falta un requisito esencial: el elemento *subjetivo* de la dominicalidad (365) . No hay, pues, *dominio público eclesiástico*, institución propia del derecho administrativo. Por lo demás, recuérdese que sobre los bienes de la Iglesia católica existentes en nuestro país, el dominio sobre ellos le corresponde a la respectiva Iglesia, y que el Sumo Pontífice no tiene ni conserva el dominio sobre los mismos (366) . De manera que la vinculación que pueda haber entre el derecho eclesiástico y el derecho administrativo en materia de bienes de la Iglesia es muy limitada: sólo se relaciona con lo que, respecto de la enajenación de esos bienes, dispongan las leyes que rigen el patronato nacional (Código Civil, artículo 2345), y con lo atinente al régimen de los bienes afectados a un servicio público.

49 bis. ñ) *Militar*.

El derecho que podríamos llamar "*militar*", o sea el aplicable en el ámbito *castrense* (fuerzas armadas, *lato sensu*), incluso el de índole "*disciplinario*" -que es, en general, el aplicable por la llamada "*justicia*" militar-, es un derecho carente de autonomía, pues no ofrece el complejo de principios requerido para constituir una "ciencia". Trátase de una mera sección del derecho administrativo aplicable en el expresado ámbito de las fuerzas armadas.

En consecuencia, entre el derecho "militar" y el derecho "administrativo" no existen relaciones, porque aquél no es otra cosa que una simple sección de éste. Nadie puede tener "relaciones" consigo mismo.

En todo lo no previsto por las leyes y reglamentos específicos del derecho militar, rigen los principios jurídicos propios del derecho administrativo. El derecho militar debe desenvolverse "*dentro*" del ordenamiento jurídico fundamental del Estado, respetando sus principios esenciales. Véase el nº 181, sobre "*órgano castrense*".

50. Relaciones con ciencias no jurídicas.

a) Moral.

El derecho administrativo relaciónase con la moral desde dos puntos de vista:

1) En cuanto toda actuación administrativa ha de tener inexcusablemente una base moral. En esto ocurre lo mismo que en el ámbito del derecho privado: nada es concebible y aceptable sin un substrato ético. La moral es y debe ser la base de toda la actividad de la Administración; del mismo modo, la moral debe ser el soporte de toda la actividad de los administrados. El concepto de "moral" incluye el de "buenas costumbres"; son conceptos correlativos. Un "*acto de administración*" o un "*acto administrativo*" contrario a la moral es un acto viciado de nulidad (argumento de los artículos 21 y 953 del Código Civil; además, la Constitución Nacional -artículo 19 - somete al juicio de los magistrados los actos que ofendan a la moral pública) (367). En los pueblos civilizados y cultos, las relaciones estables requieren indispensablemente una base ética, en consonancia con la cultura del respectivo pueblo, base ética cuya rigidez será mayor o menor según el *standard* de cultura ambiente.

Una de las formas en que la moral se expresa o traduce es la pureza de las intenciones y de la actuación de las partes (en general, "comportamiento" de las partes), lo cual integra la "*buena fe*". No hay una buena fe "*civil*" y una buena fe "*administrativa*": una sola y única buena fe rige en todo el ámbito jurídico (privado y público). Quizá resulte pleonástico decir que la buena fe debe existir en todo acto o negocio jurídico, sean ellos de derecho privado o de derecho público, pues de antaño se acepta que la buena fe es el *alma* de los contratos (y, correlativamente, de todo acto jurídico). Todos los conceptos esenciales de la buena fe civil son de aplicación en materia de buena fe administrativa (368).

2) En cuanto el derecho administrativo, a través de sus normas, debe reglar diversas actividades con el objeto de defender la moralidad; por ejemplo: policía de la prostitución, de la embriaguez, de la mendicidad, del juego, etcétera (369).

51. b) Sociología.

Vincúlase el derecho administrativo con la sociología, porque, como bien se ha dicho, la primera condición requerida para que una ley o un reglamento o cualquier disposición administrativa sean eficientes, es el conocimiento de la sociedad que se administra (370). Si así no fuere, la norma respectiva sería inadecuada, por no corresponder al ambiente en que se la pretendería aplicar: trataríase de un "*derecho*" que no corresponde al "*hecho*" que con él se pretende regir. La tarea de proporcionar aquella clase de conocimientos es propia de la sociología, por ser ésta la ciencia que estudia los intereses sociales (371).

52. c) Economía política.

Al Estado, a través del órgano administrador, le incumbe cierta injerencia en todos los fenómenos que caen bajo el estudio de la economía política, y que, en síntesis, constituyen los cuatro ciclos vinculados a la riqueza: producción, circulación, reparto y consumo. El

pertinente contralor se hace efectivo a través de normas de tipo *administrativo*; de ahí la vinculación entre el derecho administrativo y la economía política.

Por lo demás, acentuando dicha vinculación, es de recordar que muchos problemas administrativos tienen un indudable substrato "*económico*"; verbigracia: ferrocarriles, puertos, etcétera (372) .

53. d) *Estadística*.

La *estadística*, una vez formada, revela datos para apreciar las necesidades del país y los recursos para satisfacerlas (373) . Todo ello tiende a facilitar que la gestión administrativa se logre con eficiencia.

Desde luego, la utilización de la *estadística* obliga a organizar el respectivo *servicio*, y éste traduce la concreción de un esfuerzo de la Administración Pública (374) .

"La estadística es un procedimiento administrativo; es además una función especial de la Administración, cuyo propósito es aplicar la doctrina de los hechos humanos y sociales que resulta de sus investigaciones, a la Administración del Estado" (375) .

Las relaciones entre el derecho administrativo y la estadística son, pues, evidentes.

CAPÍTULO III - FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

SUMARIO: A. *Generalidades*. 54. Noción de "*fuerza*". - 55. Las fuentes del "*derecho administrativo*". - 56. Clasificación de las fuentes. - 57. Jerarquía de las fuentes. Su orden de prelación en derecho administrativo. - B. *De las fuentes en particular*. - 58. Constitución. - 59. Ley. Concepto; especies. Formación de la ley: sanción, promulgación, publicación. Contenido de la ley. Reglamentación. Caracteres de la ley. Vigencia de la ley: espacial y temporal; lo atinente a la retroactividad. - 60. *Continuación*. Leyes de presupuesto general del Estado que contienen normas extrañas al mismo: régimen y caracteres de las respectivas normas. - 61. *Continuación*. Leyes "*administrativas*" en particular. Carácter o naturaleza. Interpretación. Retroactividad. Pérdida de vigencia de las mismas: medios normales; "*derogación orgánica*" o "*institucional*". La derogación de la ley es instantánea y definitiva. Supuesto en que la norma abrogante sea a su vez derogada: situación de la norma originariamente derogada. - 62. Decreto-ley. Noción conceptual. Su situación respecto a la ley. Sólo puede ser dictado por el Ejecutivo de facto. Oportunidad de su emanación y contenido del decreto-ley. Su vigencia temporal. - 63. El reglamento. Noción conceptual. Principios generales. - 64. *Continuación*. El reglamento frente a la ley. Principios de ésta aplicables a aquél. Distinción entre ley y reglamento. Naturaleza jurídica del reglamento. - 65. *Continuación*. Potestad reglamentaria: su fundamento. - 66. *Continuación*. Clasificación de los reglamentos. - 67. *Continuación*. a) Reglamentos de ejecución. Noción conceptual. Fundamento positivo. Ámbito del mismo. - 68. *Continuación*. b) Reglamentos autónomos, independientes o constitucionales. Noción conceptual. La "*reserva de la Administración*". Reglamento "*autónomo*" y "*facultad discrecional*". - 68 bis. Efectiva existencia de la zona de "*reserva de la Administración*". -

69. *Continuación.* c) Reglamentos delegados. Noción conceptual. El reglamento delegado en Argentina: doctrina y jurisprudencia. Terminología. La "*subdelegación*". Reglamentos delegados inconstitucionales. - 70. *Continuación.* d) Reglamentos de necesidad y urgencia. Noción conceptual. Fundamento jurídico. Autoridad de que proceden. Régimen jurídico. Obligatoriedad y eficacia del reglamento de necesidad y urgencia: lo relativo a su publicación; modalidad particular de ésta. - 71. *Continuación.* Límites de la potestad reglamentaria. Límites de cada especie de reglamento en particular. Límites generales a todas las especies de reglamentos: la "*reserva de la ley*"; la "*no retroactividad*". - 72. Tratados. - 73. Analogía. - 74. Principios generales del derecho. - 75. Jurisprudencia. - 76. Doctrina. - 77. Costumbre. - 78. Equidad. - 79. Instrucciones y circulares (reglamentos internos). - 80. Actos administrativos. Contratos administrativos. - 81. Decretos. Resoluciones. - 82. Normas jurídicas corporativas. El "*estatuto autónomo*". - 83. *Ordenanzas.*

A. GENERALIDADES

54. Los autores, en general, entienden por "*fuerza*" del derecho los lugares de donde "brota" o "mana" la regla jurídica (376) . Otros expositores entienden por tal a los "hechos" y "actos" de producción jurídica (377) ; pero hay discrepancias respecto a la determinación de cuáles son esos modos, formas o actos, pues algunos tratadistas limitan el concepto a los actos o hechos de *producción normativa*, es decir, de producción de *normas jurídicas* (378) , temperamento que puede incidir en la calidad que, como "fuente", se le reconozca o no al acto administrativo, al contrato administrativo, a la doctrina científica, etcétera (379) , cuestiones de las que me ocuparé más adelante; en ese orden de ideas hay quienes, para que el hecho o acto pueda ser considerado como "fuente" del derecho, exigen que ellos tengan "*imperatividad*".

Otros autores consideran "fuente" del derecho al "hecho creador del derecho", es decir, a la causa de su origen (380) . Finalmente, hay quien, para dar la noción de fuente del derecho, se vale de otro modo de expresión; así, dice, "las fuentes del derecho son los criterios de objetividad a los que acuden los órganos comunitarios para la decisión de los conflictos o los integrantes del grupo social en la elección de cursos de conducta que por su objetividad faciliten el entendimiento colectivo" (381) , entendiendo por *objetividad* "la posibilidad de que la solución encontrada al problema pueda ser compartida y aceptada en el seno de la comunidad. Ello significa que el punto de vista adoptado por el órgano al dirimir la disputa, sea un punto de vista aceptable para los demás" (382) .

Para que a un hecho o acto se le tenga por fuente del derecho, antes que exigirle "normatividad" o "imperatividad", debe requerírsele "substantividad", o sea que, por sí mismo, por su contenido, por su "*substancia*", por la lógica jurídica que lo informa, tenga aptitud para servir como criterio de solución de conflictos o cuestiones. Por ello considero que la "*doctrina científica*" debe ser tenida como fuente del derecho. Juzgo entonces de interés el criterio que basa el concepto de fuente en la "objetividad", pues, en este orden de ideas, advierto correlación conceptual entre "substantividad" y "objetividad".

Lo cierto es que por "fuentes" del derecho, y en particular del derecho administrativo, deben entenderse los diversos orígenes posibles de las normas y principios que interesan al derecho administrativo, tengan o no eficacia normativa expresamente establecida (383) .

55. En materia de "fuentes", todas las ramas del derecho tienen un fondo común: constitución, ley, doctrina científica, etcétera; es decir, las fuentes de todas esas ramas son, por principio, las fuentes generales del derecho. Eso mismo ocurre con el derecho administrativo. Pero éste, aparte de las fuentes generales o comunes, tiene algunas fuentes específicas, como los *reglamentos* administrativos, de gran importancia cuantitativa, o como los actos y contratos administrativos, etcétera. Los lugares de donde brota la regla jurídica administrativa, constituyen, pues, las fuentes del derecho administrativo, que, según quedó expresado, pueden ser generales o específicas.

De manera que cuando se estudian las fuentes del derecho administrativo, todo se reduce a deducir de las reglas generales de las fuentes del derecho lo que tenga importancia especial en derecho administrativo (384) .

56. La clasificación de las fuentes del derecho, en general, y del derecho administrativo, en particular, ha sido objeto de los más variados y extraños criterios. Muchos de éstos son simplemente caprichosos o arbitrarios.

La clasificación que tiene más aceptación, por su sencillez y claridad, es la que divide las fuentes en *directas* e *indirectas*, *inmediatas* y *mediatas*. Las *mediatas* también pueden llamarse "subsidiarias". Es la clasificación que adoptaré en la presente obra. Pero las dificultades aparecen cuando las distintas *especies* de fuentes deben ser referidas a esa clasificación y encuadradas en ella. ¿Cuáles de dichas fuentes específicas son "*directas*" o "*indirectas*"; cuáles "*inmediatas*" o "*mediatas*"? He ahí la cuestión. Entre los autores hay grandes discrepancias al respecto.

Al referirme a cada una de las distintas fuentes en particular, indicaré su carácter como tal, expresando el motivo de ello. Por ahora me limitaré a dar los conceptos generales.

Son fuentes *directas* las basadas en normas jurídicas *positivas*; verbigracia: Constitución, leyes (formales y materiales, incluidos los "reglamentos" administrativos), los tratados, la analogía y, además, los principios generales del derecho, pues gran parte de estos últimos surgen del ordenamiento jurídico general del Estado. También corresponde incluir a la "jurisprudencia", ya que, como lo advertiré en el lugar respectivo, debe colocársele en el mismo plano jurídico que a los reglamentos de ejecución.

Son fuentes *indirectas* las que no se basan en normas o textos positivos; por ejemplo, la *doctrina*, que actúa como elemento primordial en la elaboración de la jurisprudencia e incluso de la ley. En cuanto a los "contratos" y a los "*actos administrativos individuales*", me ocuparé de ellos oportunamente, aunque desde ya adelanto que han de considerarse como "fuentes" del derecho administrativo.

Entre las fuentes *directas* algunas son "inmediatas": Constitución, leyes (formales y materiales), tratados; otras son "*mediatas*" o "*subsidiarias*": analogía, principios generales del derecho y jurisprudencia, pues sólo ha de recurrirse a ellas cuando falte el texto legal expreso.

Legaz y Lacambra clasifica las fuentes del derecho en "materiales" y "formales". Las primeras son de naturaleza metajurídica ("más allá del derecho") y radican, principalmente, en la esfera sociológica. Las fuentes formales radican en el ámbito propiamente normativo (385) . Pero esta clasificación es rechazada por la doctrina actual, en virtud de las graves dificultades teóricas que ella crea (386) .

57. El sistema jurídico está constituido por una serie de grados (387) . Ello determina entre las normas jurídicas una verdadera jerarquía o un sistema de prelación entre las diversas fuentes del derecho.

Hablar de *jerarquía de las fuentes* implica "establecer el orden de aplicabilidad de las normas jurídicas al caso concreto y el criterio para solucionar las contradictorias prescripciones que se encuentren en normas de distinto rango" (388) . También se ha dicho que el orden de prelación de las fuentes del derecho administrativo, implica establecer la preferencia con que corresponderá aplicar unas fuentes respecto de otras, o, en otras palabras, el mayor o menor valor que jurídica y legalmente es posible asignar a unas en relación con las demás (389) .

Los autores, en general, suelen establecer el orden jerárquico entre las diversas fuentes del derecho (390) . En concreto, ese orden jerárquico depende de cada ordenamiento jurídico.

¿Cuál es, entre nosotros, ese orden de prelación? Sobre la base de la clasificación adoptada y expuesta en el párrafo anterior (nº 56), la jerarquía u orden de prelación entre las fuentes del derecho administrativo sería el siguiente: el primer lugar le corresponde a las fuentes *directas e inmediatas*; el segundo a las fuentes *directas y mediatas* o subsidiarias; el tercer lugar a las fuentes *indirectas*.

A su vez, dentro de las fuentes "directas" e "inmediatas", la jerarquía entre ellas aparece determinada por el artículo 31 de la Constitución Nacional; y dentro de las fuentes "directas" y "*mediatas*" o subsidiarias, la jerarquía entre las mismas se determina de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 16 del Código Civil, o sea: analogía, principios generales del derecho y, en último término, jurisprudencia.

En su mérito, entre nosotros el orden jerárquico de las fuentes del derecho administrativo es el siguiente:

- a) Constitución Nacional.
- b) Leyes dictadas en consecuencia de la Constitución.
- c) Tratados con potencias extranjeras.

- d) Reglamentos administrativos.
- e) Analogía.
- f) Principios generales del derecho.
- g) Jurisprudencia.
- h) Doctrina científica.

En cuanto al orden jerárquico que, como fuentes jurídicas, les corresponda al "contrato" y al "acto administrativo individual", en el párrafo pertinente me referiré a ello.

Es común decir que, en el orden jurídico, la ley está siempre en un plano superior al reglamento (391) . Sin embargo, un reglamento del Ejecutivo puede ser superior a la ley. Ello ocurrirá cuando se trate de un reglamento "*autónomo*", es decir, dictado en ejecución directa de potestades constitucionales del Ejecutivo, y cuando la ley en cuestión haya estatuido sobre materias que la Constitución le atribuye exclusivamente al Ejecutivo, con lo cual la ley formal habría penetrado indebidamente en la zona de "*reserva de la administración*". Verbigracia: creación por "ley" de una entidad autárquica institucional, referente a una materia administrativa puesta exclusivamente por la Constitución a cargo del Ejecutivo; si en tales supuestos el Ejecutivo dicta un "reglamento" contrario a esa ley, la primacía jerárquica o la preferente aplicación le corresponderá al reglamento y no a la ley (392) . Véanse los números 64 y 68.

B. DE LAS FUENTES EN PARTICULAR

58. *Constitución.*

La fuente primaria, no sólo del derecho administrativo, sino de todas las ramas del derecho, es la Constitución. Esta constituye el punto de partida de todo el ordenamiento jurídico. Con razón la norma constitucional es denominada "*superley*": ley de las leyes. Toda norma jurídica debe concordar, en forma inmediata o mediata, con la Constitución.

En la escala jerárquica de las "fuentes", la Constitución ocupa la grada o plano más elevado, lo cual vale tanto para el derecho administrativo, en particular, como para las otras ramas del derecho. Esta jerarquía preeminente surge de los propios textos constitucionales, cuyo artículo 31 la consagra. La íntima "*relación*" entre derecho constitucional y derecho administrativo confirma tal aserto. Toda la actividad jurídica de la Administración Pública encuentra sus limitaciones en la Constitución (ver nº 36). Como bien dijo un autor, en la Constitución se hallan las bases de la Administración Pública, o sea los grandes principios del régimen administrativo de un país (393) .

Pero no sólo constituyen fuentes del derecho administrativo las "normas" constitucionales, sino también los "*principios*" constitucionales. Muchos problemas que plantea el derecho administrativo, hallan solución a través de "*principios*" contenidos en la Constitución (394) .

Ha de advertirse, por último, que la vigencia plena de la Constitución, y más precisamente la de las declaraciones, derechos y garantías constitucionales, no depende de que los mismos estén "*reglamentados*", pues tales declaraciones, derechos y garantías tienen "*operatividad*" por sí mismos (395) ; si así no fuere, el imperio de la Constitución dependería de las leyes o reglamentos que deban o puedan dictarse en su consecuencia, lo que no armonizaría con lo dispuesto en su artículo 31 , que proclama la supremacía de la Constitución.

59. Ley.

Después de la Constitución, la ley es la fuente cualitativamente más importante del derecho administrativo. Por "ley" ha de entenderse la norma jurídica que emite el órgano *legislativo*, siguiendo para ello el procedimiento que al efecto establece la Constitución.

Trátase de la ley "*formal*" (396) , que se diferencia u opone a la ley "*material*" o substancial, o sea ésta *el acto jurídico que establece una regla de derecho* (397) . En cambio, la ley "formal" puede o no contener o establecer una regla de derecho. Pero cuando nuestra Constitución habla de "ley", por principio entiende referirse a dicho acto en sentido formal, o sea al sancionado conforme al procedimiento establecido en la misma. Como expresa Sayagués Laso respecto al Uruguay, cuya noción es aplicable entre nosotros, cuando la Constitución menciona la ley, no es admisible ninguna otra interpretación en cuanto al acto a que se refiere. En nuestra técnica constitucional *ley* es la ley en sentido formal (398) . Sin embargo, lo expuesto sólo constituye el "*principio*" básico en esta materia, pues el orden jurídico reconoce una excepción. Así, el artículo 14 de la Constitución dice que todos los habitantes de la Nación gozan de los derechos que ahí enumera, "conforme a las *leyes* que reglamenten su ejercicio". ¿Qué ha de entenderse aquí por "ley"? ¿La ley "formal" o la ley "material"? Puede tratarse de una o de otra de esas categorías de ley, según la materia que se considere. Si se tratare de la reglamentación de un derecho de substancia política, verbigracia el derecho de "reunión", tal reglamentación le corresponde al Congreso, y éste la efectúa mediante ley "formal". En cambio, cuando *dentro* del ámbito de la *Administración Pública* sea menester reglamentar el ejercicio de derechos *administrativos stricto sensu*, tal reglamentación -por referirse a cuestiones comprendidas en la "*zona de reserva de la Administración*"- le corresponde inexcusablemente al Poder Ejecutivo, quien la efectúa a través del instrumento jurídico con que expresa su voluntad, o sea mediante decreto o reglamento, vale decir, mediante ley "material"; en la especie trátase del reglamento "*autónomo*", en el que se estatuye sobre materias absolutamente ajenas a la competencia del legislador y exclusivamente reservadas a la competencia del Poder Ejecutivo. De manera que cuando se trate de reglamentar el ejercicio de derechos *administrativos*, dentro de la esfera de la *Administración Pública*, tal reglamentación sólo puede efectuarse mediante "*reglamento*" del Poder Ejecutivo, o sea mediante ley "material", y de ningún modo mediante ley "formal", como equivocadamente podría desprenderse de una despreocupada lectura del artículo 14 de la Constitución. Pero salvo este supuesto, siempre que en la Constitución se habla de "ley", ha de entenderse que se trata de la "*ley formal*". Esta cuestión no es simplemente académica; al contrario, tiene trascendencia práctica (véanse: n° 77, texto y notas 332 y 333, y n° 253, punto 4°).

La ley "material" o "substancial" abarca o comprende los otros actos normativos, excluidos los sancionados específicamente por el legislador. En tal orden de ideas, integran la ley "material" los *reglamentos*, a los cuales me referiré en un párrafo próximo; eventualmente, también la integran los otros actos creadores de *normas jurídicas* que emitiere la Administración.

El proceso de formación de la ley, propiamente dicha (ley formal), hasta adquirir ésta carácter imperativo, comprende diversas etapas: la *sanción*, que es acto típicamente legislativo (399) ; la *promulgación*, que es acto propio del Ejecutivo (400) , debiendo considerársele como acto administrativo de colegislación, y la *publicación*, que es también acto que se realiza y cumple en el ámbito administrativo (401) . Tales son los principios y conceptos generalmente aceptados por los juristas en esta materia. Pero cuadra advertir que nuestra Constitución dista mucho de ser clara y precisa al respecto, pues, si bien en sus artículos 68 a 73 (402) pone a cargo del Congreso la "*sanción*" de las leyes, en el artículo 86 , inciso 4º (403) , incurre en el error de decir que el Presidente de la Nación participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las "*sanciona*" y promulga. ¿Es esto exacto? ¿El Presidente interviene en la "*sanción*" de las leyes? Por más que González Calderón diga que "se ve, pues, que el ejecutivo tiene su parte en la sanción de las leyes, lo que obviamente se explica si se tiene en cuenta el papel importante que la Constitución le ha asignado en la labor legislativa" (404) , la verdad científica, como acertadamente lo hizo notar el profesor uruguayo Alberto R. Real, es que en el expresado inciso 3º del artículo 86 (405) de nuestra Constitución se ha deslizado una "*deficiencia técnica, de gran inconsecuencia sistemática*" (406) . Procede, entonces, que en una próxima reforma de nuestra Constitución se subsane la falla mencionada, suprimiendo del expresado inciso 4º toda referencia a la "*sanción*" de las leyes.

La publicación de la ley, en principio general, debe efectuarse en el diario oficial, llamado entre nosotros "Boletín Oficial" (407) . Ello se impone no sólo por la "*autenticidad*" que le atribuye al texto publicado, sino también por la *seguridad o certeza* jurídicas referentes al día en que comienza a regir la ley. No obstante, hay quienes piensan que el requisito de la "publicación" queda igualmente satisfecho con la inserción del texto legal en diarios particulares o privados de gran difusión (408) ; otros consideran que esto último no satisface el requisito mencionado (409) , temperamento éste que comparto por las razones ya expuestas, además de que también los grandes diarios, aunque generalmente son leídos por la mayoría de las personas, no siempre ocurre así; entonces resulta más conveniente adoptar el criterio de que la publicación idónea debe efectuarse en el diario oficial, pues en esa forma se logran la "*autenticidad*" del documento transcripto o publicado y la *seguridad o certeza* jurídicas referentes al día en que comienza a regir la ley. Pero la controversia a que hago referencia ha quedado resuelta, en este último sentido, con la sanción de la ley n° 16504 , de octubre de 1964, que, reformando el artículo 2º del Código Civil, dice así: "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*" es esencial: constituye la base de la presunción de conocimiento de la ley atribuida a los habitantes del país (410) . Por esa vía queda satisfecho el precepto constitucional según el cual "ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe" (artículo 19 de la Constitución). Respecto a los habitantes o administrados, la "*publicación*" de la ley es un corolario del expresado precepto constitucional. No obstante, la falta de publicación de la ley no siempre impedirá que ésta sea eficaz y produzca sus efectos normales de obligatoriedad. Así, por ejemplo, una ley aprobada o promulgada es obligatoria para el propio Poder Ejecutivo, aunque no la publique, pues para él tiene vigencia con ese solo requisito (411) , lo cual se explica fácilmente, ya que, procediendo la ley de la actividad estatal, el Estado, órgano creador del derecho, no podría invocar la falta de publicación para alegar desconocimiento de la existencia de la ley. Eso sería insensato: si él la creó no puede ignorarla. La publicación es necesaria respecto a los *habitantes* o administrados, no respecto al Estado: tal es el principio; pero, aun respecto a los habitantes o administrados, la publicación sería innecesaria cuando se tratare de una ley referente a una determinada persona, o a varias personas determinadas, y el o los destinatarios de la norma tuvieran conocimiento de la misma. En este supuesto, aunque la ley no hubiere sido publicada, igualmente surtiría todos sus efectos jurídicos respecto a las personas a quienes ella se vincula.

Finalmente, hay leyes cuya publicación no corresponde. Son las llamadas "*leyes secretas*", dictadas para realizar propósitos de alta política, cuya divulgación podría poner en peligro la suerte de la República (412) . "De ahí que en las ediciones o compilaciones que se efectúan de las leyes se haya resuelto, en esos casos, poner solamente el número de la ley, sin dar a conocer su contenido, colocando como subtítulo la palabra *secreta*" (413) . En esos supuestos, las leyes "*secretas*" tienen por objeto esencial fijar la esfera dentro de la cual, para los fines previstos, puede desenvolver *válidamente* su acción el Poder Ejecutivo.

Las leyes formales tienen un "*contenido*" específico: la materia reservada por la Constitución a la competencia del Parlamento. Es lo que se llama "reserva de la ley". En cuanto a los *actos administrativos*, cuadra advertir que éstos, por principio, escapan al contenido de la ley formal, salvo que se tratare de actos administrativos atribuidos expresamente al legislador por la Constitución (414) .

En lo atinente a la "*reglamentación*" de la ley, debe tenerse presente que no siempre la falta de ella impedirá la aplicación de la norma; para que esto último ocurra es menester que el "*reglamento*" sea *indispensable* para la ejecución de la ley. Si se aplicare una ley no reglamentada, pero que necesitare indispensablemente de tal reglamentación, la aplicación de la ley implicaría, en tal caso, una violación de la expresada ley (415) .

¿Cuáles son los caracteres de la ley? Desde antiguo se le atribuyó, como rasgo esencial, el de regla "*general*" y "*abstracta*" (416) , entendiendo por "*general*" la norma emitida no "*in concreto*", en relación a un caso particular o actual, sino "*in abstracto*", para alcanzar todos los casos de la misma naturaleza que puedan presentarse en lo futuro. No se trata de una decisión tomada en relación a uno o más individuos determinados, sino que está concebida sin referencia a personas y destinada a aplicarse a todos los individuos que se encuentren

comprendidos en las condiciones previstas en el texto (417) . La "generalidad" de la ley ha sido considerada, desde un principio, como condición de la libertad.

La doctrina de la "generalidad" fue objetada por Laband, quien sostuvo que ese carácter de la ley no es esencial en ella, y que la noción de ley no excluye la posibilidad de una ley que establezca una regla de derecho aplicable a un hecho único o destinada a regir jurídicamente una relación individual. Ciertamente, agrega, la mayor parte de las leyes que contemplan casos aislados deben considerarse como simples actos administrativos bajo forma de leyes. Sin embargo, se concibe la posibilidad, en ciertas circunstancias particulares, de sentar un principio o un conjunto de principios de derecho para un hecho que sólo puede realizarse una sola vez. Ejemplo: un monarca, por circunstancias especiales, resulta impedido de cumplir sus deberes y una ley establece su reemplazo para ese caso único. Del mismo modo, una ley establece la vacancia al trono en vista de un caso particular; o bien una ley declara a cierto príncipe, nacido de una unión morganática, legítimo y hábil sucesor al trono. Si bien tales leyes sólo se aplican a un caso, contienen reglas de derecho, porque el orden de sucesión al trono tiene calidad de derecho objetivo (418) . Un sector considerable de la doctrina estima que la "generalidad", si bien es de la *naturaleza* de la norma jurídica, no es de su *esencia* (419) , opinión que comparto.

Una objeción de importancia hecha a la teoría de la "generalidad" se relaciona con las instrucciones y circulares. Si la ley es general, se dijo, las circulares e instrucciones que tienen ese carácter general también serían leyes. Pero se hizo notar que esta objeción no tiene asidero jurídico, por cuanto las instrucciones y las circulares se refieren exclusivamente al orden interno de la Administración, no regulan relaciones entre ésta y los particulares (420) .

A la teoría de la "generalidad" se la intentó sustituir por la de la "*novedad*" jurídica, posición ésta adoptada por un sector de los autores alemanes, entre ellos Laband. Pero tal teoría presenta fundamentales reparos: su aceptación llevaría a confundir los verdaderos caracteres de las funciones estatales, por cuanto corresponde a la función administrativa, y en parte a la función judicial, la *creación* de situaciones jurídicas individuales (421) .

Otro rasgo característico de la ley es su "*obligatoriedad*", que comprende dos aspectos: 1) obligación de todos los habitantes de cumplir el mandato imperativo de ella, o sea, darle cumplimiento; 2) respetar el derecho que a favor de terceros ha establecido un texto legal. De manera que la ley es obligatoria, sea que cree situaciones jurídicas generales o individuales (422) .

¿Cuál es el ámbito *espacial* de vigencia de la ley? Esta rige y tiene imperio en todo lo que constituye el ámbito físico integrante del Estado. En su mérito, la ley no sólo impera en la parte "terrestre" del Estado, sino también en la parte acuática pertinente y en el espacio aéreo, tanto en la porción de éste que constituye una propiedad "privada" de los superficiarios, como en la parte del "dominio público aéreo" (423) . Aparte de ello, téngase presente que la ley de un Estado puede hallar aplicación fuera de sus propias fronteras, cuando se trata de sus propios organismos acreditados en el exterior (embajadas, consulados, etc.), organismos que suponen una prolongación del territorio Estado a que

pertenecen (424) . Todo esto, que constituyen principios generales, es de estricta aplicación a las leyes "*administrativas*" en particular.

¿Y cuál es la vigencia de la ley con relación al tiempo? El principio general consiste en que las leyes rigen "*ex nunc*", para el futuro y, además, sin término, vale decir, por tiempo indefinido (425) . Excepcionalmente, las leyes pueden tener un lapso dado de duración (426) . Con el mismo carácter "*excepcional*", la ley puede regir para el pasado, es decir, puede tener efecto retroactivo, "*ex tunc*"; pero la intención del legislador de dar efecto retroactivo a una ley debe resultar de una declaración *expresa* o bien de otra forma *inequívoca* (427) : la regla es la irretroactividad, principio que también rige para el derecho administrativo (428) , afirmación que, como lo haré ver luego, no se desvirtúa entre nosotros por lo dispuesto en el artículo 5º del Código Civil, según el cual "ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público", pues, como también lo advertiré, no todas las leyes administrativas son de orden público (429) . Según afirma Burdeau, citado por Linares Quintana, la regla de la irretroactividad de la ley es considerada a justo título como el fundamento de la libertad civil, por cuanto si la ley pudiera afectar retroactivamente lo que ha sido hecho bajo el imperio de la ley precedente, no habría ninguna seguridad jurídica y, por consiguiente, ninguna garantía para lo que ha sido creado libremente (430) .

Respecto a la retroactividad o a la irretroactividad de las leyes, sean éstas las de carácter general o las administrativas en particular, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación es constructiva e interesante, aunque en algunos aspectos merezca una crítica adversa, lo que así haré en el momento oportuno. Para su mejor comprensión, corresponde hacer una síntesis metódica de ella, a través de los siguientes pronunciamientos:

a) El principio de la no retroactividad de las leyes comprende también a la Constitución general, que es ley suprema de la Nación. La Constitución sólo rige desde su aceptación por las provincias ("Fallos", tomo 5, página 326). Esta declaración es trascendente, pues, por lógica implicancia, permite incluir en la misma a las "*reformas*" constitucionales.

b) La regla que niega fuerza retroactiva a las leyes, no estando escrita en la Constitución, sino en los códigos comunes, es una advertencia hecha a los jueces para la interpretación y aplicación de las leyes, y no una limitación al poder de las legislaturas, ni una causa de nulidad para sus disposiciones ("Fallos", tomo 10, páginas 428-429, especialmente páginas 438-439; tomo 108, página 389).

c) Las leyes de carácter "*administrativo*" no están comprendidas en la disposición del artículo 3º del Código Civil respecto de su retroactividad ("Fallos", tomos 117, páginas 23 y 48; 151, página 103; 152, página 268; 184, página 621; 197, página 569; 202, página 5; 242, página 142). Esta reiterada declaración de la Corte Suprema, que vincula las leyes "*administrativas*" al "*orden público*", dada la "*generalización*" de la misma, la juzgo poco alabable como expresión de un principio. No es exacto que toda ley "*administrativa*", por el hecho de ser tal, sea a su vez de "*orden público*" y que, por esto, sea o pueda ser "*retroactiva*". Muchas leyes administrativas son, efectivamente, de "*orden público*", pero no

todas dichas leyes revisten este carácter; de ahí que la generalización hecha por la Corte Suprema no resulte plausible. Más adelante, n° 61, al referirme al carácter de las leyes administrativas, volveré sobre esta cuestión.

d) Si bien el principio de la no retroactividad de las leyes es, en general, de mero precepto legislativo y susceptible, por lo mismo, de modificación o derogación por el mismo poder que hace la ley, adquiere sin embargo el carácter de un principio constitucional cuando la aplicación de la ley nueva prive al habitante de algún derecho incorporado definitivamente a su patrimonio. En tales casos, el principio de la no retroactividad se confunde con la garantía relativa a la inviolabilidad de la propiedad consagrada por el artículo 17 de la Constitución ("Fallos", tomos 137, página 294; 145, páginas 168 y 309; 155, página 290; 163, página 156; 180, página 16; 184, página 621 ; 199, página 467; 202, página 5). Acerca de la noción conceptual de "*derecho adquirido*", véase el tomo 2º, n° 445.

e) El principio de la irretroactividad de la ley en el artículo 3º, Código Civil, no rige en el ámbito del derecho público administrativo, en lo atinente al establecimiento de impuestos nacionales o provinciales ("Fallos", tomo 252, páginas 219 y 223; además, "Fallos", tomo 287, página 104 y siguientes, considerando 6º). Tal es el *principio* aceptado por la Corte Suprema; por excepción, no podría haber "retroactividad" si al respecto hubiere mediado convenio con el Estado, o liquidación del tributo aceptada por sus órganos, o exceso manifiesto en cuanto al monto o incidencia del tributo (fallo citado). Además, véanse: "Fallos", tomos 185, página 166; 187, página 306 ; 198, página 95 (431) . En este orden de ideas, la Corte Suprema considera que las leyes de impuesto son leyes administrativas de orden público ("Fallos", tomo 185, página 169, considerando 3º). Véase: García Belsunce, Horacio: "Garantías Constitucionales", página 170 y siguientes; Corte Suprema: "Fallos", tomo 303, página 1835 .

60. Respecto a la vigencia temporal de la ley, se plantea una cuestión interesante relacionada con las llamadas leyes de "*presupuesto*". Estas se refieren al ejercicio financiero del Estado y en principio se las sanciona *anualmente*, lo que entre nosotros tendría base constitucional (artículo 67 , inciso 7º (432) de la Constitución). Por una defectuosa práctica parlamentaria, que a su vez traduce un mal método legislativo, es común, incluso en nuestro país, introducir en la ley de "*presupuesto*" normas que nada tienen que ver con el mismo y que, por el contrario, implican una verdadera modificación del derecho objetivo. Es lo que entre nosotros ocurre, por ejemplo, con el artículo 56 de la ley de presupuesto general de la Nación, n° 16432, promulgada el 1º de diciembre de 1961, según cuyo texto las cuestiones que, con motivo de daños y perjuicios, surjan entre organismos administrativos del Estado nacional, cuando tengan un monto inferior a veinte mil pesos, no darán lugar a reclamación alguna; cuando excedieren de esa suma hasta un millón de pesos, serán resueltas por el Procurador del Tesoro de la Nación, y cuando pasen de un millón de pesos serán resueltas por el Poder Ejecutivo (433) (434) . Dado que a la ley de presupuesto se la establece "*anualmente*", se plantean los siguientes problemas: a) en primer lugar, cuál es el carácter de las normas de esa ley relativas estrictamente al "*presupuesto*"; b) cuál es el carácter de las normas que, incluidas en esa ley, no se refieren al presupuesto; c) hasta cuándo rigen las disposiciones de la ley de presupuesto, ya se trate

de las normas atinentes específicamente al presupuesto, como de las que nada tienen que ver con éste; d) qué hechos *anteriores* a la vigencia de esa ley pueden quedar regidos por las normas que nada tienen que ver con el presupuesto en sí, tal como el artículo 56 de la ley de presupuesto general de la Nación a que hice referencia.

Un sector de tratadistas considera que las normas estrictamente presupuestarias contenidas en la respectiva ley no son leyes "materiales", no constituyen "reglas jurídicas", porque no crean "reglas de derecho", ya que se trata de prescripciones por las cuales el Estado regula su propia actividad, sin que de ello resulte para los administrados modificación alguna de su situación jurídica. El derecho, dicen, supone esencialmente una potestad ejercida por el Estado sobre personas distintas de sí mismo. Las reglas de conducta que el Estado se da a sí mismo no pueden constituir derecho, como tampoco pueden constituirlo las reglas que un particular se traza personalmente para la gestión de sus negocios. Nadie puede obligarse jurídicamente consigo mismo, nadie puede crearse derecho a sí mismo. No son, pues, "*reglas de derecho*" las leyes formales que simplemente regulan la actividad del Estado, entre ellas la ley sobre "*presupuesto*" de la Nación (435). Pero otro sector de tratadistas estima que las normas de tipo estrictamente presupuestario constituyen "derecho", porque el concepto de derecho es más amplio: comprende indistinta e indefinidamente todas las prescripciones que concurren para establecer en el Estado cierto orden, cierta reglamentación, que gobierne superiormente su actividad o la de sus miembros (436). Ciertamente, las normas llamadas "*organizativas*" y las de "acción", entre ellas las leyes de "presupuesto", contribuyen al orden jurídico, pues delimitan competencias y atribuyen potestades, cuyo efecto, sin embargo, en la generalidad de los supuestos agótase en el ámbito interno de la Administración; pero no puede decirse que tengan igual esencia que las normas llamadas de "*relación*", ya que éstas contemplan esferas jurídicas *distintas*, resultando de esto la posibilidad de alteraciones o modificaciones en el *status* de los administrados. El criterio de Laband, y de quienes le siguen, aparece inspirado, pues, en una noción conceptual más concreta y, a mi juicio, más aceptable.

En cuanto a las normas totalmente ajenas a la materia presupuestaria, incluidas en la ley de presupuesto, como podría serlo el artículo 56 ya citado, no hay discrepancias acerca de su carácter de "*reglas jurídicas*", vale decir de leyes no sólo formales sino también "materiales" (437), lo que es razonable que así sea, pues la ubicación de una norma no puede alterar su substancia. Tales normas implican verdaderas modificaciones del derecho objetivo, pero esto, aparte de su defecto como método legislativo -cuestión de "técnica" jurídica-, no tiene otra efectiva limitación a la actividad del órgano legislativo que la resultante de los derechos y garantías esenciales asegurados por la Constitución (438).

La vigencia temporal de la ley de presupuesto, tanto en lo atinente a las normas específicamente "presupuestarias", como en lo relativo a las normas incluidas en esa ley pero extrañas a la materia presupuestaria, se rige por el principio general sobre vigencia de las leyes: en principio, pues, su duración es *ilimitada* en el tiempo, salvo que se hubiere establecido un límite de vigencia (439). El hecho de que el presupuesto se *fije* "anualmente", no significa forzosamente que su duración sea de un año. "*Fijar*" es una cosa y "*durar*" es otra cosa. La Constitución no dice que el presupuesto fijado anualmente por

ley sólo tenga una vigencia de un año. Entre nosotros, esta afirmación hállase expresamente confirmada por la ley de contabilidad, según la cual las disposiciones de la ley de presupuesto referentes a "*recursos*" no caducarán al fenecer el ejercicio en que fueron dictadas y serán aplicables hasta tanto se las derogue o modifique, salvo que las mismas indicaren un término especial de duración (artículo 20 del decreto-ley 23354/56). Con mayor razón esto es aplicable respecto de las normas no presupuestarias que impliquen una modificación del derecho objetivo.

Por último, en lo atinente a qué hechos pueden quedar regidos por las normas de tipo no presupuestario contenidas en la ley de presupuesto, verbigracia el artículo 56 tantas veces recordado, es de advertir que al respecto rigen los principios generales sobre entrada en vigencia de las leyes. Estas se hacen obligatorias a partir de los plazos señalados en el Código Civil, tornándose aplicables de pleno derecho a las situaciones existentes, en tanto de tal aplicación no resulten vulneradas garantías esenciales consagradas por la Constitución. Si esto último no ocurre, dichas normas regirán los hechos respectivos aunque éstos se hubieren producido en una fecha anterior a la de sanción de la norma (440).

61. Con referencia a las leyes "*administrativas*" en particular ¿cuál es su carácter o naturaleza?; ¿cómo debe interpretárselas?; ¿son de aplicación retroactiva?; ¿cómo pierden vigencia, vale decir cómo se produce su derogación?

Es frecuente sostener que las leyes administrativas son de "*orden público*", derivando o pretendiendo derivar de ello las consecuencias pertinentes (441). Sin embargo, tal afirmación es aproximativa tan sólo, pues si bien las leyes administrativas, dada su finalidad, es frecuente que revistan carácter o naturaleza de "*orden público*" (442), no siempre ocurre así; vale decir, las leyes administrativas, por el solo hecho de ser tales, no son al propio tiempo de orden público; para que esto último ocurra es menester que la ley administrativa reúna los requisitos que la doctrina exige para que una norma sea de orden público (443). De modo que, a pesar de ser las leyes administrativas, normas de *derecho público*, no siempre serán también de "*orden público*" (444). "*Derecho público*" y "*orden público*" son conceptos distintos (445).

"*Interpretar*" una norma implica establecer el exacto significado de la misma (446). ¿Cómo se interpretan las leyes administrativas? ¿Existen reglas especiales para ello? Las leyes administrativas, en lo atinente a su interpretación, hállanse sometidas a las reglas aplicables a las leyes en general. La doctrina es unánime al respecto (447). No obstante, algunos tratadistas insisten en que, en materia de interpretación "*auténtica*" de las leyes administrativas, más que a las palabras del legislador, debe estarse a la "*intención*" del mismo (448); pero estimo que este temperamento no sólo se impone respecto de la ley administrativa, sino respecto de cualquier ley, ya que sólo la "*intención*" del legislador revelará el verdadero "*espíritu*" de la norma, que es lo que en realidad desea indagarse (449). En cuanto a la aplicación subsidiaria del derecho civil en derecho administrativo, y en cuanto a la interpretación analógica en este campo del derecho, véase lo que expuse precedentemente, n° 43, texto y notas 88 y 88 bis.

En materia de aplicación "*retroactiva*", es decir para el pasado *-ex tunc-*, las leyes administrativas halláanse sujetas a los principios que al respecto se aplican a las leyes en general, todo ello sin perjuicio de las discriminaciones particulares establecidas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Véase lo que expuse precedentemente, n° 59, texto y nota 174 y siguientes.

Para terminar con lo atinente a la ley, corresponde hacer referencia a la pérdida de vigencia de las leyes administrativas. ¿Cómo se produce esa pérdida de vigencia? Ante todo, la derogación de una ley puede ser expresa o tácita; lo primero, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga a la anterior; lo segundo, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior, caso en que la antigua ley queda vigente en todo lo que no resulte incompatible con las disposiciones de la ley nueva (450) . Pero aparte de estos dos tipos clásicos de derogación -aplicables, desde luego, a las leyes administrativas-, los tratadistas de derecho administrativo, especialmente los profesores chilenos, hacen una inteligente referencia a una tercera forma de derogación que presenta especial importancia en esta materia. Es la llamada "*derogación orgánica*" o "*institucional*". Esta se produciría cuando una nueva ley, sin derogar expresamente la ley anterior, ni ser totalmente incompatible con las disposiciones de aquélla, regla de modo general y completo una determinada institución u organismo jurídico. Ejemplos: a) se dicta una nueva ley sobre municipalidades; en estos casos se entiende que la nueva ley deroga a la anterior, porque no pueden coexistir dos legislaciones simultáneas y completas sobre una misma materia; b) se dicta un estatuto administrativo para regir las relaciones entre el Estado y sus funcionarios. Este estatuto derogaría automáticamente al anterior, aun cuando en el primitivo se contemplasen materias que no figuran en el más reciente. El fundamento de la derogación "orgánica" parte del supuesto de que si el legislador creyó del caso reglar en forma armónica todo un cuerpo de disposiciones, no sería lógico suponer que haya estado en su mente hacer subsistir disposiciones que figuraban en un cuerpo legal anterior y análogo (451) . Estimo que la derogación "*orgánica*" de la ley administrativa, en la forma expuesta por los tratadistas chilenos citados, también debe aceptarse entre nosotros (452) , pues no implica otra cosa que una plausible interpretación racional o lógica de la clásica derogación "tácita" a que me referí precedentemente: diríase que la derogación "*orgánica*" es una variante de la expresada derogación "tácita" (453) .

La derogación de las leyes, sean administrativas o no, salvo texto expreso en contrario, se produce en forma *instantánea*, al entrar en vigencia la ley derogatoria o abrogante. Además, la derogación es *definitiva*; la única forma de que el contenido de una ley derogada recobre imperio, es volver a sancionar una ley de contenido igual. ¿Pero qué ocurre si la ley abrogante es, a su vez, derogada? ¿Recobra vigencia la ley anterior que fue derogada por ella? La doctrina está conteste en que la abrogación de una norma abrogante no tiene la función de volver a su anterior estado a la norma abrogada por esta última. Más aún: si la derogación se produjo por un procedimiento "formalmente" válido, ni siquiera la posterior comprobación de la invalidez "material" de la norma abrogante que debía ocupar el lugar de la norma abrogada, hace recobrar vigor a esta última (454) .

62. *Decreto-ley*.

El "decreto-ley" es una fuente de derecho administrativo que, *cualitativamente*, debe equipararse a la ley propiamente dicha, es decir al acto emanado del Poder Legislativo: su contenido y su razón de ser así lo justifican. Lo mismo que la "ley", puede o no contener "*reglas jurídicas*", revistiendo, entonces, en unos casos los caracteres de ley "material" y en otros los de ley meramente "formal". A igual que las "leyes", los decretos en cuestión pueden ser de contenido "general" o abstracto o bien de contenido "particular" o "individual" (455) .

Desde el punto de vista de la jerarquía de las fuentes, el decreto-ley ocupa el mismo plano que la ley (456) .

Por cierto, la existencia del decreto-ley presupone que en el respectivo ordenamiento jurídico, exista lo que se ha dado en llamar "*reserva de la ley*", es decir un dominio propio de la ley o una competencia especial del Poder Legislativo (457) : de lo contrario no correspondería hablar del "decreto-ley", porque ello carecería de sentido.

El decreto-ley procede del Poder Ejecutivo. En tal supuesto, la diferencia *orgánica* entre acto legislativo y acto administrativo se extingue o desaparece temporalmente. Es lo que ocurre al surgir un gobierno de facto, que en verdad siempre es "*ejecutivo de facto*", el cual asume las funciones administrativas y legislativas (458) .

Puede expresarse, entonces, que el decreto-ley es el acto, de contenido legislativo, que produce el Poder Ejecutivo (459) . Pero esto requiere una doble aclaración: de qué Poder Ejecutivo ha de tratarse y cuál ha de ser el contenido de dicho acto.

Nuestra Constitución no autoriza al Poder Ejecutivo *de jure* para dictar decretos-leyes; si los dicta, éstos adolecen de total nulidad, por implicar actos inconstitucionales, ya que en tal supuesto, el Ejecutivo habríase arrogado el ejercicio de potestades legislativas, violando así el principio de división de los poderes. Sólo el Poder Ejecutivo de facto, en el cual se subsume un "*gobierno*" de facto -y donde, por inexistencia del órgano legislativo, el Ejecutivo es, al propio tiempo, Legislativo-, puede emitir entre nosotros "decretos-leyes" (460) . En suma: al gobierno de facto, o sea al "*Ejecutivo de facto*", se le reconocen facultades normativas de contenido legislativo (461) . ¿Pero de qué gobierno de facto ha de tratarse? Algunos autores creen, equivocadamente, que ha de tratarse de un gobierno de facto de origen "*revolucionario*" (462) ; esta limitación es inconcebible y carente de todo fundamento lógico, debiendo aceptarse, en cambio, que dicho gobierno de facto puede responder a cualquier origen, revolucionario o no: lo esencial es que efectivamente se trate de un gobierno de facto (463) .

Otros autores estiman que, entre nosotros, sólo el Ejecutivo *de jure* puede emitir decretos-leyes, y ello sólo por razones de *necesidad y urgencia* (464) . Esto implica un error, a la vez que una confusión entre "decreto-ley" y "reglamento de necesidad y urgencia". El Ejecutivo *de jure*, en nuestro país, jamás podrá dictar válidamente un decreto-ley; en cambio sí podrá dictar un "reglamento de necesidad y urgencia". El régimen jurídico de ambos actos es distinto: baste advertir que el decreto-ley no requiere ratificación ni aprobación legislativa, en tanto que el reglamento de necesidad y urgencia sí la requiere;

aparte de ello, el "contenido" o "substancia" de ambos difiere fundamentalmente: el decreto-ley puede tener el contenido *general* de las leyes (465) , en tanto que el reglamento de necesidad y urgencia debe responder inexcusablemente a una súbita razón de *necesidad y urgencia* (terremotos, incendios, epidemias u otra repentina y grave necesidad del momento, que incluso puede ser de tipo económico) que torne indispensable su emanación sin tener que supeditarse a las comprensibles dilaciones del trámite legislativo (466) .

¿Qué decir de la vigencia temporal de los decretos-leyes, o sea de los actos de substancia legislativa emanados de los gobiernos de facto? Al respecto la doctrina reconoce dos tesis: una que extiende dicha vigencia hasta el restablecimiento del gobierno o régimen constitucional del país, oportunidad en que los decretos-leyes pierden su valor de tales; la otra tesis, que es la técnica y lógicamente aceptable, les reconoce a los decretos-leyes una vigencia temporal ilimitada, igual a la de las leyes en general, por lo que, lo mismo que éstas, sólo pierden vigencia al ser derogados de acuerdo a los medios reconocidos al efecto por la ciencia jurídica. En nuestro país, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación siguió, en un principio, el criterio de que los decretos-leyes perdían vigencia con la restauración del régimen constitucional de la República (467) ; pero a partir del año 1947, y aceptando en definitiva la opinión de uno de sus componentes, doctor Tomás D. Casares, el Tribunal se orientó en sentido opuesto, o sea reconociendo la buena doctrina, en cuyo mérito los decretos-leyes, a igual que las leyes, rigen ilimitadamente en el tiempo, mientras no sean derogados (468) . Con escasísimas excepciones (469) , la doctrina, tanto nacional como extranjera, se inclina por la tesis que les reconoce vigencia temporal *ilimitada* a los decretos-leyes (470) : considera que el criterio contrario atenta contra la seguridad jurídica. Con todo, entre nosotros, se ha seguido la práctica de dictar leyes que expresamente declaraban la subsistencia, de todos o parte, de los decretos-leyes del respectivo gobierno de facto (471) : es una práctica innecesaria, por superabundante, ya que los decretos-leyes, por su propia naturaleza, continúan rigiendo mientras no se los derogue.

63. Reglamentos.

Desde el punto de vista "*cuantitativo*", el reglamento es la fuente más importante del derecho administrativo.

Implica una manifestación de voluntad de órganos administrativos, creadora de *status* generales, impersonales y objetivos. No existen reglamentos para regir un caso concreto; solamente la ley formal puede dictar disposiciones para un caso particular (472) .

Si bien el reglamento *stricto sensu* proviene comúnmente del Poder Ejecutivo, en los ordenamientos jurídicos en general, y en el nuestro en particular, se admite que el reglamento provenga de otros órganos, verbigracia del Legislativo o del Judicial (ver Constitución Nacional, artículos 58 y 99 (473)). Aun en estos últimos supuestos se tratará de un reglamento "*administrativo*", pues ya quedó expresado precedentemente que, en la presente obra, la función administrativa es considerada en su aspecto substancial, material u objetivo, vale decir teniendo en cuenta la naturaleza jurídica interna de la actividad desarrollada, con total prescindencia del órgano o del agente productor del acto o de la actividad (ver nº 11); no obstante ello, como bien lo advierte Quintero, frente al reglamento

administrativo típico, que es el emitido por el Poder Ejecutivo, "lo cierto es que tanto los llamados reglamentos legislativos como los judiciales son actos muy singulares, y el nombre de reglamentos les resulta un poco anómalo" (474) . Convendría reservar el nombre de "*reglamento*" para el respectivo acto emanado exclusivamente del Poder Ejecutivo (475)

Pero lo lamentable es la terminología poco depurada que utiliza nuestra Constitución Nacional en el artículo 67 , inciso 28 (476) , cuando autoriza al Congreso para "hace 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". Para poner en ejercicio dichos poderes el Congreso se vale de "leyes", no de reglamentos; a lo sumo podrá valerse de actos "particulares" o "concretos" sin forma de ley -pero siempre al margen del reglamento, que es acto "general"- cuando, por ejemplo, deba aprobar o desechar un tratado (art. 67, inc. 19 (477)). Igual crítica corresponde hacerle al inciso 23 del artículo 67 (478) de la Constitución, que autoriza al Congreso para formar "*reglamentos y ordenanzas*" para el gobierno del Ejército.

64. Jurídicamente, el "reglamento" goza de las prerrogativas de la "ley". De ahí, por ejemplo, que, dentro de un juicio, la existencia del reglamento no esté sujeta a prueba (479) . En los tribunales, los reglamentos tienen, en principio, la misma fuerza y valor que las leyes, debiendo ser aplicados e interpretados por los jueces de la misma manera que éstas (480) . Pero, a igual que la ley, la obligatoriedad del reglamento depende de que las etapas de su formación se hayan cumplido satisfactoriamente: promulgación y publicación (481) ; las respectivas reglas aplicables a la ley, lo son igualmente al reglamento. Así, los reglamentos -nombre que también reciben los "decretos" de carácter "*general*" (482) -, lo mismo que las leyes, no pueden entrar en vigencia antes de su publicación (483) ; pero la exigencia de publicación de los decretos del Poder Ejecutivo sólo atañe a los que tienen contenido normativo general (484) .

¿Qué decir del rango o plano del reglamento respecto a la ley? Algunos autores, como D'Alessio y Forsthoff, consideran que el reglamento hállese "*subordinado*" a la ley; que ésta condiciona al reglamento (485) . Disiento con tal opinión. Pienso, en cambio, con Merkl, que al respecto no es posible dar una regla fija: a veces la ley ocupará un plano o rango preeminente con relación al reglamento; otras veces éste lo ocupará respecto a la ley. Todo depende de las circunstancias. En el primer caso se hallan los reglamentos de ejecución, que indiscutiblemente han de subordinarse a la ley que ejecutan; en el segundo caso se encuentran los reglamentos que no dependen de ley alguna, sino que encuentran su origen positivo en la propia Constitución, por referirse a materias atribuidas por la Constitución exclusivamente al órgano Ejecutivo de gobierno: trátase de los reglamentos llamados "autónomos", "independientes" o "constitucionales" (486) . En tal orden de ideas, considero que si una ley formal estatuyere sobre una materia que, constitucionalmente, es propia y exclusiva del órgano Ejecutivo, dicha ley debe ceder ante un reglamento del Ejecutivo que preceptúe en forma distinta sobre dicha materia. Véase el n° 68.

¿Cómo se distinguen el reglamento y la ley? Para ello no bastaría decir que el reglamento siempre debe ser "general", en tanto que la ley puede ser "general" o "particular", o sea para un caso individual, pues aun quedaría en pie la necesidad de diferenciar una ley y un reglamento cuando "*ambos*" son *generales* o abstractos. En tal supuesto, ¿qué los distingue? Corresponde descartar, por insuficiente, el criterio que pretendió fundar esa diferencia en que el reglamento sólo puede consistir en medidas de "ejecución" de la ley, pues es bien sabido que hay reglamentos que no tienen ese objeto, tales los "autónomos", "independientes" o "constitucionales". A mi juicio, aparte del *distinto* órgano de que proceden habitualmente la ley formal y el reglamento -y todo ello sin perjuicio de que los órganos Legislativo y Judicial pueden también emitir reglamentos-, la diferencia esencial entre ambos radica en su *contenido*: el reglamento de ejecución contiene disposiciones que tienden a facilitar la aplicación de la ley, en tanto que el reglamento autónomo, independiente o constitucional, se refiere a materias cuya regulación, por imperio de la propia Constitución, le está reservada al órgano Ejecutivo y excluida de la competencia del órgano Legislativo. Así como existe la llamada "*reserva de la ley*", juzgo que también existe la "*reserva de la Administración*": todo esto sin perjuicio de lo que ocurre con los reglamentos "delegados" y de "necesidad y urgencia", cuya substancia es efectivamente legislativa, y cuya razón de ser justifica que, en este orden de ideas, se les someta a un tratamiento jurídico distinto que a los reglamentos de ejecución y autónomos (487). También debe admitirse la llamada "*reserva del juez*", o "reserva de la justicia", en cuyo ámbito no pueden constitucionalmente penetrar ni el legislador ni el administrador.

El reglamento típico -que aquí se considera- no es acto "legislativo": es acto *administrativo*, lo que resulta tanto más exacto tratándose de los reglamentos de "ejecución" y "autónomo", cuyo carácter "administrativo" no sólo resulta de su forma, sino también de su substancia o contenido. Pero la doctrina no es uniforme en lo que a esto respecta: mientras un sector sostiene que el reglamento es acto administrativo (488), otro sector lo niega (489). Algunos expositores, al negar que el reglamento tenga carácter de acto administrativo, invocan la "generalidad" del reglamento, pues para ellos el acto administrativo es decisión individual y concreta, criterio que no comparto, según así lo haré ver al referirme al acto administrativo, donde sostendré la noción amplia de éste. Incluso los reglamentos "delegados" y los de "necesidad y urgencia" -a pesar de su contenido o substancia-, desde el punto de vista "formal", son actos administrativos; una cosa distinta ocurre con el "*decreto-ley*", que es acto *legislativo*.

65. Establecida la noción conceptual de reglamento, su naturaleza jurídica, su diferencia con la ley y su rango frente a ésta, corresponde determinar ahora cuál es el "*fundamento*" de la potestad reglamentaria.

Al respecto, se pregunta Carré de Malberg: "¿Cómo es que el jefe del Ejecutivo puede dictar reglas que parecen reunir todos los caracteres y producir todos los efectos de la ley? Esta cuestión -dice- sólo se formula después del advenimiento del régimen constitucional moderno. En la antigua monarquía absoluta, la distinción entre la ley y el reglamento no existía, o por lo menos no presentaba interés práctico verdadero. En efecto, cuando el monarca acumula en su plenitud los poderes legislativo y administrativo, poco importa que

las reglas dictadas por él sean emitidas en calidad de leyes o de reglamentos administrativos... La distinción entre la ley y el reglamento sólo adquiere verdaderamente toda su importancia en el Estado constitucional moderno" (490) .

¿Pero cuál es, en la actualidad, el fundamento jurídico de la potestad reconocida al órgano administrador para dictar reglamentos? Según una doctrina, el poder reglamentario es una dependencia de la potestad ejecutiva y proviene de la misión que tiene el jefe del Ejecutivo de asegurar la ejecución de las leyes. Contra esta doctrina tradicional se ha manifestado un movimiento de reacción. En oposición a la teoría del reglamento, que tiende únicamente a asegurar la ejecución de las leyes, se ha formulado una doctrina que sostiene que el poder reglamentario no solamente se ejerce para la ejecución de las leyes, sino que se funda también en la potestad gubernamental del jefe del Estado: el gobierno se haría imposible, si junto al cuerpo legislativo y en caso de silencio de las leyes, no tuviera el jefe del Estado el poder de tomar aquellas medidas reglamentarias cuya necesidad puede sentirse imperiosamente (491) .

66. La doctrina reconoce cuatro clases o especies de reglamentos: los de ejecución; los autónomos, independientes o constitucionales; los delegados; los de necesidad y urgencia (492) . En los párrafos siguientes me ocuparé de cada uno de ellos.

67. a) *Reglamentos de ejecución.*

Estos son los que, en ejercicio de atribuciones constitucionales propias, emite el Poder Ejecutivo para hacer posible, o más conveniente, la aplicación o ejecución de las leyes, llenando o previendo detalles omitidos en éstas. Como lo expresó en cierta oportunidad la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con referencia a esta clase de reglamentos, "las normas reglamentarias, si bien subordinadas a la ley, la completan regulando los detalles indispensables para asegurar no sólo su cumplimiento sino también los fines que se propuso el legislador" (493) .

En el orden nacional, el fundamento positivo de estos reglamentos es el artículo 86 , inciso 2º (494) de la Constitución, que autoriza al Presidente de la República para 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. En tanto el Ejecutivo, al ejercitar su expresa potestad reglamentaria, observe los límites establecidos en la Constitución, el reglamento así dictado forma parte de la ley misma, integrando su régimen, con todas sus consecuencias (495) .

Pero, como bien se dijo, "*ejecutar*" la ley no es "*dictar*" la ley; de ahí la obvia limitación contenida en el mencionado inciso 2º del artículo 86 (496) de la Constitución: no es posible alterar el espíritu de la ley con excepciones reglamentarias. Si así no fuere, el Ejecutivo se convertiría en legislador.

Estos reglamentos, aparte del límite que deriva del citado artículo 86 , inciso 2º (497) de la Constitución, tienen otros límites específicos, sin perjuicio de los límites *generales* para

todos los reglamentos, materia que trataré en un párrafo próximo al referirme a los límites de la potestad reglamentaria.

68. b) *Reglamentos autónomos, independientes o constitucionales*

Son los que puede dictar el Poder Ejecutivo sobre materias acerca de las cuales dicho Poder tiene competencia exclusiva, de acuerdo a textos o principios constitucionales. Estas materias son las que, a mi criterio, integran lo que llamo "*reserva de la Administración*", por oposición a la "*reserva de la ley*" que contempla un ámbito reservado al legislador (498) .

Así como el Ejecutivo no puede invadir con su acción la esfera propia y exclusiva del Legislativo, éste tampoco puede invadir -so pena de inconstitucionalidad- la esfera propia y exclusiva del Ejecutivo. Por la misma razón en cuyo mérito el Poder Ejecutivo no puede constitucionalmente dejar sin efecto una "*ley formal*" vigente, el Poder Legislativo carece de imperio para dejar sin efecto un decreto del Ejecutivo, dictado por éste en ejercicio de potestades constitucionales. Cada poder sólo puede actuar válidamente en la esfera de su respectiva competencia establecida por la Constitución. A la "*reserva de la ley*" se opone, pues, la "*reserva de la Administración*", sin perjuicio de que frente a ambas exista la "*reserva de la justicia*". Por eso, contrariamente a lo que consideran algunos tratadistas, no siempre una ley tendrá preeminencia respecto a un reglamento administrativo; todo depende de que la materia regulada sea propia del Ejecutivo o del Legislativo. Entre nosotros es lo que ocurre, por ejemplo, con los decretos que crean entidades autárquicas institucionales, los cuales, en caso de conflicto, tienen o pueden tener preeminencia de rango respecto a la ley que sobre la misma materia dictare el Congreso (499) .

La "*reserva de la Administración*" es un obvio corolario del principio de separación de los poderes o división constitucional de las funciones estatales, que aparejan la adjudicación de competencias propias y exclusivas a cada uno de los tres órganos esenciales integrantes del gobierno.

El nombre de reglamento "autónomo", "independiente" o "constitucional", deriva de que su emanación no depende de ley alguna, sino de facultades propias del Ejecutivo resultantes de la Constitución. Va de suyo que tales reglamentos no provienen de una "autorización" ni "delegación" del Legislativo, pues, de lo contrario, trataríase de reglamentos "delegados".

Como ejemplos de reglamentos autónomos pueden mencionarse: a) los relacionados con la organización administrativa; b) el estatuto referente al personal civil de la Administración, que el Poder Ejecutivo puede dictar como consecuencia de su facultad constitucional de nombrar y remover a ese personal (Constitución, artículo 86 , inciso 10 (500)); dicho estatuto puede contener, entre otras cosas, autolimitaciones del Poder Ejecutivo para ejercer la referida facultad de nombrar y remover; c) el reglamento o decreto que instituye el recurso jerárquico, mediante el cual el Ejecutivo dicta normas en cuyo mérito, ante el reclamo de los administrados, ejercitará sus atribuciones de revocar, modificar o confirmar los actos administrativos que los particulares consideren lesivos a sus derechos o intereses legítimos; etcétera. Desde luego, una vez dictados dichos reglamentos autónomos, ellos

constituyen una "*limitación*" a la actividad jurídica de la Administración, pues integran el llamado "*bloque de la legalidad*" (véase nº 9, nota 83).

La emisión de reglamentos "autónomos", "independientes" o "constitucionales", no ha de confundirse con el ejercicio de facultades discrecionales. La Constitución no le otorga facultades discrecionales al Ejecutivo: se limita a determinar, en forma concreta o en forma genérica, cuáles son sus atribuciones. Las facultades discrecionales del Ejecutivo surgen, no de la Constitución, sino de la "*legislación*", cuando ésta se limita a señalar "*fin*" prescindiendo de la mención específica de los medios para lograr aquéllos. Todo esto tiene consecuencias prácticas (501) . Con acertado juicio escribe Fiorini: "actividad discrecional administrativa y actos privativos de la administración son dos objetos completamente distintos" (502) .

68 bis. En el párrafo precedente quedó establecido que en nuestro orden jurídico existe una zona que constituye la "*reserva de la Administración*", del mismo modo que existen otras zonas que implican reservas de la ley y reserva del juez, respectivamente (503) .

Quizá alguien pretenda negar que, entre nosotros, exista la zona de "*reserva de la Administración*", dado que el artículo 67 , inciso 28 (504) , *in fine*, de la Constitución faculta al Congreso para "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", de donde resultaría que el Congreso podría dictar leyes referentes a las atribuciones dadas al Poder Ejecutivo, ya que éste integra también el "gobierno" de la Nación (505) . Pero no es así: el Congreso no puede dictar leyes que impliquen el ejercicio de facultades que la Constitución le confiere *expresamente* al Poder Ejecutivo, "o que deban considerarse conferidas por necesaria implicancia de aquéllas", y que constituyan la "*substancia*" misma de la labor propia del órgano Ejecutivo.

El "*principio*" constitucional es que cada uno de los tres poderes es supremo en su esfera, como así que el Congreso debe acatar y respetar los actos del Presidente que se hallen de acuerdo con sus exclusivas y expresas facultades constitucionales (506) . Ya lo dijo la Corte Suprema de Justicia: "Es una regla elemental de nuestro derecho público que cada uno de los tres altos poderes que forman el Gobierno de la Nación, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente" (507) . De manera que en el ejercicio de sus respectivas potestades constitucionales, cada uno de los poderes que integran el gobierno es juez del medio elegido para ello, sin otra limitación que la de que ese medio no resulte incompatible con alguna de las limitaciones impuestas por la misma Constitución. En este sentido, dijo el alto Tribunal: "Esta Corte ha declarado en efecto, que para poner en ejercicio un poder conferido por la Constitución a cualquiera de los órganos del gobierno nacional es indispensable admitir que éste se encuentra autorizado a elegir los medios que a su juicio fuesen los más conducentes para el mejor desempeño de aquéllos, siempre que no fuesen incompatibles con alguna de las limitaciones impuestas por la misma Constitución" (508) .

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha repudiado la doctrina de la *"omnipotencia legislativa"*. Dijo así: "La doctrina de la omnipotencia legislativa que se pretende fundar en una presunta voluntad de la mayoría del pueblo, es insostenible dentro de un sistema de gobierno cuya esencia es la limitación de los poderes de los distintos órganos y la supremacía de la Constitución. Si el pueblo de la Nación quisiera dar al Congreso atribuciones más extensas que las que ya le ha otorgado o suprimir alguna de las limitaciones que le ha impuesto, lo haría en la única forma que él mismo ha establecido al sancionar el artículo 30 de la Constitución. Entretanto, ni el Legislativo ni ningún departamento del gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas *expresamente o que deben considerarse conferidas por necesaria implicancia de aquéllas*. Cualquiera otra doctrina es incompatible con la Constitución, que es la única voluntad popular expresada en dicha forma" (509) .

La zona de *"reserva de la Administración"* surge, pues, de la Constitución (510) .

El ámbito dentro del cual el Congreso puede ejercer los "poderes implícitos" con referencia a atribuciones del Ejecutivo, sólo es concebible respecto a facultades que, si bien son por su naturaleza propias de este último Poder, no aparecen atribuidas al mismo en forma *"expresa"* o por necesaria implicancia de éstas. De lo contrario los preceptos constitucionales implicarían un contrasentido, aparte de que el principio de separación de los poderes o de las funciones estatales resultaría subvertido.

Cuando la Constitución quiere que el Presidente de la República ejerza sus atribuciones bajo el control del Congreso, lo establece expresamente; verbigracia: nombra los magistrados de la Corte Suprema y de los demás tribunales federales inferiores, *con acuerdo del Senado* (art. 86 (511) , inc. 5º); concede jubilaciones, retiros, licencias y goce de montepíos *conforme a las leyes de la Nación* (art. 86 , inciso 7º); algo similar ocurre con los supuestos de los incisos 8º, 9º, 13, 18, 21, etcétera, de dicho artículo. Pero para ejercer la "administración general del país" (art. 86 , inc. 1º), o para nombrar o remover los ministros del despacho, los oficiales de sus secretarías, los agentes consulares y demás empleados de la Administración, "cuyo nombramiento no está reglado de otra manera por esta Constitución" (art. 86 , inciso 10), el Presidente tiene facultades propias y exclusivas otorgadas por la Constitución; en su mérito, puede dictar los reglamentos relacionados con la organización administrativa; puede dictar, asimismo, el estatuto referente al personal civil de la Administración; del mismo modo, puede instituir el reglamento o decreto orgánico sobre recurso jerárquico, pues todo eso traduce atribuciones *"expresas"* del Presidente de la República, que integran lo que ha de llamarse *"reserva de la Administración"*.

69. c) Reglamentos delegados.

Son los que emite el Poder Ejecutivo en virtud de una atribución o habilitación que le confiere expresamente el Poder Legislativo. De modo que no emanan de la potestad reglamentaria normal del Poder Ejecutivo.

Nuestra Constitución no hace referencia, expresa o implícita, a este tipo de reglamentos. De ahí que la validez de éstos, entre nosotros, haya sido y sea motivo de vivas controversias. La doctrina argentina hállase dividida: un sector de ella niega la posibilidad constitucional de tales reglamentos, pues considera que ello implica una violación del principio de división de los poderes; otro sector sostiene la posibilidad de que, constitucionalmente, esos reglamentos sean emitidos entre nosotros, aunque supeditándolos a ciertos requisitos. Ambos sectores esgrimen interesantes y atendibles argumentos (512) - (513) .

Bielsa acepta la posibilidad de que estos reglamentos sean constitucionalmente emanados, "en materia de *administración*, siempre que no importe remisión del poder impositivo, ni represivo penal, ni de imposición fiscal, ni de cargas personales, ni actos que restrinjan el derecho de propiedad, la libertad personal de locomoción, industria, trabajo, enseñar y aprender, ni la inviolabilidad del domicilio" (514) . Pero, como lo advierte un tratadista, "es obvio que resulta de lo más difícil establecer la distinción entre materias *legales* y materias *administrativas*" (515) . Lo cierto es que a la emisión de reglamentos "delegados" debe restringírsela o limitársela, en beneficio de las libertades públicas (516) .

La Corte Suprema de Justicia de la Nación acepta que el reglamento delegado pueda emitirse en nuestro país, sin que ello implique agravio a texto o principio alguno de orden constitucional. Pero supedita la validez de esos reglamentos a ciertas condiciones: las facultades normativas otorgadas al Poder Ejecutivo deben serlo dentro de un ámbito *cierto y determinado expresamente*. Últimamente, con particular referencia a materia punitiva (legislación de policía), circunscribió aún más el ámbito de las reglamentos delegados.

En un famoso caso, "A. M. Delfino & Cía., apelando de una multa impuesta por la Prefectura Marítima", con relación a la ley de policía marítima y a su decreto reglamentario, la Corte dijo:

"Que, ciertamente, el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo o en otro departamento de la administración, ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido expresa o implícitamente conferidos. Es ése un principio uniformemente admitido como esencial para el mantenimiento e integridad del sistema de gobierno adoptado por la Constitución y proclamado enfáticamente por ésta en el artículo 29 (Willoughby, página 1317. Cooley, C. L., 7ª edición, página 163).

"Que, ello no obstante, ni la ley 3445 , en la parte objetada, ni los artículos 43 y 117 del Reglamento, son incompatibles con el mencionado principio. Desde luego, 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. No puede decirse que en el caso de autos el Congreso por medio de la ley 3445 haya puesto en manos del Poder Ejecutivo todos o algunos de los poderes legislativos que la carta fundamental le atribuye en los incisos 11 y 12 del artículo 67 (517) . Existe una distinción fundamental entre la delegación del poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo, a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquélla. Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido aun en aquellos países en que, como los Estados Unidos de América, el poder

reglamentario del Poder Ejecutivo se halla fuera de la letra de la Constitución. No ha sido definitivamente trazada, dice Marshall, la línea que separa los importantes asuntos que deben ser regulados por la legislatura misma de aquellos de menor interés acerca de los cuales una provisión general puede ser hecha, dando facultad o poder a los que deben cumplirlos bajo tal general provisión para encontrar los detalles. La diferencia entre los departamentos es ciertamente la de que la legislatura hace la ley, el Ejecutivo la ejecuta y el Poder Judicial la interpreta, pero quien hace la ley puede cometer algo a la discreción de los otros departamentos y el límite preciso de este poder es materia de delicada investigación (10, Weaton 1,43).

"Que la Corte Suprema de los Estados Unidos, interpretando preceptos mucho más restringidos que los nuestros, pues aquella Constitución no atribuye expresamente al Poder Ejecutivo facultades reglamentarias, ha podido decir con todo acierto: `negar al Congreso el derecho de delegar el poder para determinar algún hecho o estado de cosas de las cuales depende la fuerza de sus sanciones, sería parar la máquina del gobierno y producir confusión sino parálisis en el campo de las necesidades públicas' (204 U. S. pág. 364).

"Que atentos los términos en que se encuentra concebido el artículo 3º de la ley 3445, no es posible desconocer que el Congreso ha legislado la materia relativa al buen mantenimiento de las condiciones sanitarias del puerto de la Capital, a su limpieza y cuidado y al orden de la navegación.

"Que para cumplir la voluntad legislativa expresada en esa ley sólo de un modo general el Poder Ejecutivo se hallaba constitucionalmente facultado para dictar ordenanzas y reglamentos especificando y definiendo las circunstancias particulares o los hechos o conjunto de hechos, mediante los cuales se hacían efectivos los poderes de policía conferidos y cuyo detalle aquélla no había reglado, normas y reglamentos tan obligatorios para los habitantes como si sus disposiciones se encontraran insertas en la propia ley, siempre que ellas se mantuvieran dentro de las limitaciones señaladas por el inciso 2º del artículo 86 (518) .

"Que la cuestión de saber si el Poder Ejecutivo tiene facultades para crear por medio de su poder reglamentario sanciones punitivas constituidas por el arresto o la multa, no existe en la hipótesis, desde que la propia ley 3445 en su artículo 3º , inciso 6º, ha atribuido expresamente a aquél el derecho de aplicar multas dentro del *maximum* que la misma señala y la impuesta en el caso al recurrente, manifiestamente se halla dentro de lo autorizado por aquélla" (519) .

Más recientemente, año 1957, en otro caso de fundamental importancia, relacionado con leyes penales de policía, la Corte Suprema, después de dejar establecido que la *configuración* de un delito, por leve que sea, y la *sanción* pertinente, son propias del Poder Legislativo, dijo: "Que, conforme a esta doctrina, la `ley anterior' de la garantía constitucional citada y del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, exige indisolublemente la doble precisión por la ley de los *hechos* punibles y de las *penas* a aplicar, sin perjuicio de que el legislador deje a los órganos 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 máximo ("Fallos", tomo 148, página 430). En el sistema representativo republicano de gobierno adoptado por la Constitución (art. 1º) y que se apoya fundamentalmente en el principio de la división de los poderes, el legislador no puede simplemente delegar en el Poder Ejecutivo o en reparticiones administrativas la total configuración de los delitos ni la libre elección de las penas, pues ello importaría la delegación de facultades que son por esencia indelegables. Tampoco al Poder Ejecutivo le es lícito, so pretexto de las facultades reglamentarias que le concede el artículo 86, inciso 2º (520), de la Constitución, sustituirse al legislador y por supuesta vía reglamentaria dictar, en rigor, la ley previa que requiere la garantía constitucional del artículo 18.

"Que es innegable la necesidad de mantener estrictamente la vigencia del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, contenido en la garantía consagrada por el artículo 18 de la Constitución, no sólo porque se trata de un principio constitucional -y esta única consideración bastaría para aquel efecto- sino, también, porque es notorio que las modernas formas de autoritarismo o despotismo utilizan los edictos policiales como uno de los instrumentos más eficaces para la opresión de los ciudadanos y la restricción de las libertades públicas" (521).

Tal es el estado de nuestra jurisprudencia en materia de reglamentos delegados.

No todos los expositores están de acuerdo con la denominación de tales actos. Mientras Villegas Basavilbaso considera que es indudable que la expresión "*determinación de competencia*" es más exacta que la de delegación legislativa (522), otros expositores, dado el contenido posible de esos reglamentos, estiman más adecuado designarlos como "*reglamentos de integración*" (523).

¿Puede el órgano "delegado" -el Ejecutivo, en este caso- *subdelegar* a su vez? La doctrina, con acierto, se pronuncia en sentido negativo. La delegación se hace a favor de un órgano determinado por considerársele -sea por su origen, su composición, los criterios de su funcionamiento, como también por las tareas que ejerce normalmente- como el más adecuado para el cometido; si se admitiera que el mismo puede delegar ese cometido a otro órgano, el presupuesto lógico de la delegación quedaría contravenido (524). Aparte de ello, el "delegado" no podría delegar válidamente la "*competencia*" que expresamente le atribuyó el delegante.

Para finalizar con este tipo de reglamentos, cuadra advertir que el acto que emita el Ejecutivo como consecuencia de esta delegación legislativa, desde que integra la respectiva ley, participa de los caracteres de ésta; en consecuencia, dicho acto podría ser enjuiciado por los mismos medios por los que podría serlo la ley que integra (verbigracia, podría ser tachado de inconstitucional, si existiere tal vicio). Si la ley que efectúa la delegación se refiere a una facultad indelegable -por ejemplo, creación de impuestos, configuración de delitos, etc.-, y el Ejecutivo emitiera un acto creando impuestos o configurando delitos, tanto la ley que contenga esa delegación, como el acto del Ejecutivo que le dio curso, pueden ser objetados de inconstitucionales.

70. d) *Reglamentos de necesidad y urgencia.*

Estos, lo mismo que los reglamentos delegados, tienen contenido legislativo; es decir, la materia sobre la cual versan es propia del legislador e integra la competencia de éste. De ahí que, en definitiva, su eficacia ulterior dependa de la ratificación o aprobación del Parlamento. En cambio, los reglamentos de "ejecución" y los "autónomos", por ser su contenido exclusivamente "*administrativo*", no requieren ni admiten la ratificación parlamentaria.

En el reglamento delegado el asentimiento del Congreso aparece expresado *a priori*, a través de la ley que contiene la delegación; en los reglamentos de "necesidad y urgencia" dicha aprobación es *a posteriori*; pero en ambos supuestos se requiere esa conformidad o aquiescencia del Parlamento.

El fundamento jurídico de estos reglamentos es el *estado de necesidad y urgencia*, lo cual constituye una cuestión de hecho. Pero ha de tratarse de una *necesidad y urgencia* súbita y aguda (terremotos, incendios, epidemias u otra repentina y grave necesidad del momento, incluso de orden económico) que torne indispensable su emanación sin tener que supeditarse a las comprensibles dilaciones del trámite legislativo (ver precedentemente n° 62, texto y nota 206) (525). Si ese estado de necesidad y urgencia no existiere, el reglamento que se dictare sería nulo, por carecer de "*causa*". Precisamente, la inexistencia de esa necesidad y urgencia autorizaría al Parlamento a no ratificar o aprobar el reglamento respectivo. De modo que tales reglamentos no tienen una base jurídica positiva; su fundamento lo constituyen "*hechos*" específicos que concretan un estado de necesidad y urgencia de las características mencionadas. Como lo expresa un autor, "se trata de *hechos*, de hechos engendradores de situaciones jurídicas" (526). Pero cuadra agregar que la "justicia" (Poder Judicial) carece de potestad y competencia para decidir si, en la especie, han concurrido o no la "necesidad y urgencia" indispensables para autorizar la emanación del respectivo reglamento: tal valoración -que hace a la prudencia y oportunidad para la emanación de la norma- escapa al conocimiento del Poder Judicial y, en estos casos, corresponde efectuarla al Poder Legislativo (véase precedentemente, nota 205, donde se transcriben fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, acerca de la competencia para juzgar sobre la conveniencia y oportunidad de legislar, fallos cuyos "principios" son de estricta aplicación en la hipótesis que aquí considero).

Estos "reglamentos" los dicta el Ejecutivo *de jure*, y los ratifica el Congreso, sea al reanudar sus sesiones, si estuviere en funcionamiento, o en el próximo período legislativo, si al dictarse el reglamento de necesidad y urgencia estuviere en receso (527). Si se tratare de un gobierno de facto, y hubiere que conjurar un estado de necesidad y urgencia, debe dictarse un "*decreto-ley*", que no requiere ratificación o aprobación legislativa. El gobierno de facto -*Ejecutivo de facto*- no ha menester del reglamento de necesidad y urgencia, porque siendo a la vez Ejecutivo y Legislativo, puede dictar directamente el pertinente acto de substancia "legal", o sea el "*decreto-ley*", cosa que no puede efectuar el gobierno *de jure* (ver precedentemente, n° 62). Entre nosotros, el reglamento de necesidad y urgencia es sólo instrumento jurídico del Ejecutivo *de jure*, no del Ejecutivo de facto, pues éste no lo necesita (528).

Es de doctrina que los reglamentos de necesidad y urgencia deben ser sometidos por el Ejecutivo a la legislatura tan pronto ésta entre en función. Si el Parlamento los aprueba o ratifica, dichos reglamentos quedan convertidos en leyes. ¿Y si no los aprueba, es decir, si los rechaza? Esto complica la solución, pero no la impide.

Si el reglamento es rechazado por el Congreso, aquél queda derogado. Pero ¿a partir de cuándo? ¿Desde su rechazo o desde su emanación? ¿*Ex nunc* o *ex tunc*? La doctrina prevaleciente se inclina porque el rechazo del reglamento por el Congreso produce efectos "*ex nunc*", es decir, para el futuro (529) . Se ha dicho que la derogación de un reglamento de necesidad y urgencia, salvo texto en contrario, debe surtir los mismos efectos que la derogación de una ley regular cualquiera (530) .

Puede ocurrir, asimismo, que el Parlamento no se pronuncie sobre el o los reglamentos de necesidad y urgencia emitidos en su período de inactividad e incluso en su período de sesiones. En tal supuesto, el reglamento ¿sigue o no rigiendo? La doctrina predominante coincide en que el reglamento debe seguir surtiendo sus efectos (531) . Es también mi modo de pensar, por cuanto si el Congreso, pudiendo rechazar el reglamento, no lo rechaza, su actitud debe interpretarse como una aprobación virtual.

¿Qué decir acerca de la "*publicación*" de los reglamentos de necesidad y urgencia, como requisito para su eficacia y obligatoriedad? Los autores han descuidado este punto, y al respecto someten dichos reglamentos a los requisitos comunes de publicidad exigidos para todos los actos normativos de contenido general, sean éstos legislativos o administrativos. Disiento con semejante criterio, el cual hace depender la obligatoriedad del reglamento de necesidad y urgencia de su efectiva publicación. Considero que respecto a dichos reglamentos, dada su especialísima razón de ser y fundamento, su eficacia y obligatoriedad no debe supeditarse a su previa publicación; deben ser tenidos por obligatorios y eficaces desde su emanación y "*eficiente divulgación*", sin que sea necesaria su publicación. Bastará, pues, con que en la fecha misma de su emanación, ésta haya sido suficientemente divulgada por radiodifusión a través de la estación oficial y de las radioemisoras que gocen de mayor preferencia en el público. Lo expuesto se justifica plenamente, porque si los reglamentos de necesidad y urgencia hacen excepción transitoria al principio de división de los poderes; si asimismo constituyen una excepción a la llamada "reserva de la ley", la "necesidad y urgencia" específicas que les sirve de fundamento también requieren que se acepte una excepción al régimen de su eficacia y obligatoriedad, dejando de lado, en este caso excepcional, los principios comunes sobre publicación en el Boletín Oficial o en diarios particulares. Por lo demás, los beneficios de la radiodifusión están al alcance de la generalidad de las personas, al extremo de que puede afirmarse que ese servicio público favorece a toda la población del país (532) .

71. Los límites de la actividad o potestad reglamentaria de la Administración deben estudiarse, primeramente, con relación a cada tipo de reglamento en particular, y luego en general respecto a todos ellos.

Con relación a los reglamentos de "ejecución" o "ejecutivos" existe una primera limitación: la que surge del artículo 86 , inciso 2º (533) de la Constitución, en cuyo mérito, si bien el

Presidente de la República está autorizado para expedir los reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, en el ejercicio de tal atribución debe actuar "*cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias*". La Corte Suprema de Justicia de la Nación, interpretando dicho texto, ha dicho que "los decretos reglamentarios del poder administrador pueden apartarse de la estructura *literal* de la ley, siempre que se ajusten al *espíritu* de la misma; el texto legal es susceptible de ser modificado en sus modalidades de expresión, siempre que ello no afecte su acepción sustantiva" (534) . Esta declaración fue reiterada por la Corte Suprema a través de toda su actuación, estableciendo, en unos casos, que la disposición constitucional había sido respetada y que en otros había sido vulnerada (535) .

Asimismo, los reglamentos de "*ejecución*" tienen el siguiente límite virtual o implícito: que la ley respectiva, por la materia de que se trate, sea de aplicación por el órgano Ejecutivo. De lo contrario éste estaría violando el principio constitucional sobre distribución de funciones y adjudicación de competencias entre los órganos de gobierno: el Legislativo, el Judicial y el Ejecutivo. Por eso es que el Ejecutivo no puede reglamentar el Código Civil, por ejemplo, ya que legislándose en éste sobre derecho *privado*, su aplicación -en lo que efectivamente constituya derecho privado- les corresponde a los jueces y no a la Administración Pública. Si el Ejecutivo reglamentase en esa parte el Código Civil, aparecería arrogándose facultades judiciales, ya que, respecto a los derechos disciplinados en el Código Civil, los administrados deben atenerse a la interpretación "judicial", no a la interpretación del órgano administrador, que entonces aparecería estatuyendo sobre fines extraños a la Administración (536) .

Los reglamentos "*delegados*" deben limitarse a desarrollar los principios básicos contenidos en la ley que hace la delegación. Tales reglamentos tienen un doble límite: uno inmediato, que es la ley de referencia; otro mediato, que es la Constitución, cuyos principios, en lo atinente a la materia delegada y a la extensión de la delegación, deben ser respetados por el delegante. De modo que la Constitución es el límite mediato del reglamento delegado. El límite inmediato de éste es la referida ley.

Los reglamentos "autónomos", "independientes" o "constitucionales", deben atenerse a las disposiciones expresas o virtuales de la Constitución que les sirven de fundamento.

Los reglamentos de "necesidad y urgencia" sólo pueden ser válidamente emitidos ante el "*hecho*" evidente de la necesidad y urgencia. Si tal "*hecho*" falta, el reglamento carecería de validez, por falta de "*causa*", todo ello sin perjuicio del respeto debido a los principios contenidos en la Constitución.

Aparte de los expresados límites específicos propios de cada uno de los distintos reglamentos, existen *límites generales* aplicables a todos ellos. Tales límites, en lo esencial, son los siguientes:

a) Al emitir un reglamento, el órgano Ejecutivo debe respetar la llamada "*reserva de la ley*", en cuyo mérito ha de abstenerse de estatuir sobre materias reservadas a la competencia del legislador. En ese orden de ideas, no podría establecer impuestos, configurar delitos y

establecer penas, organizar los tribunales (orden jurisdiccional y competencia), etcétera (537) .

b) Otro límite general, de muy fundamental importancia, consiste en que el reglamento no puede estatuir contra los *principios generales del derecho*, uno de los cuales es el de la "irretroactividad" de la norma. De modo que los reglamentos no pueden tener efecto "retroactivo", no sólo respecto a disposiciones legales, sino también respecto a otras disposiciones reglamentarias. Sólo la "ley" puede tener, *excepcionalmente*, carácter retroactivo. Los reglamentos sólo disponen para el futuro (538) . Waline cita un fallo del Consejo de Estado francés donde se aplicó tal principio, y Jeanneau, en su excelente libro, cita varios fallos de dicho tribunal en ese sentido (539) .

72. Tratados.

Dentro de la jerarquía de las normas a que hace referencia el artículo 31 de la Constitución, el "tratado" constituye una fuente de gran importancia, incluso para el derecho administrativo. Son numerosas las materias de esta índole que, por su trascendencia internacional, aparecen reguladas por tratados; verbigracia: correos y telecomunicaciones; trata de blancas; tránsito de personas de un país a otro, especialmente entre países fronterizos o vecinos (documentos personales que deban exhibirse); lucha contra ciertas enfermedades, etcétera (540) .

El tratado, por sí, como norma jurídica, constituye una categoría específica, autónoma, que de acuerdo con el artículo 31 de la Constitución *es ley suprema de la Nación* (541) . Se está en presencia de "tratados", no de "leyes", por más que el Congreso, al "aprobar" un tratado concluido por el Poder Ejecutivo, merced a una rutina en la expresión de su voluntad, utilice para ello la "ley formal".

La Constitución (artículo 67 , inciso 19 (542)), para la vigencia de un tratado en nuestro país, no exige que el mismo sea introducido en nuestro ámbito jurídico a través de "ley" alguna: basta el mero acto del Congreso "aprobandolo" el tratado. Se trata de un acto administrativo emitido por el Congreso (543) . De modo que los tratados concluidos y firmados por el Presidente de la Nación, aprobados por el Congreso, ratificados por las partes contratantes y publicados, deben ser considerados como recibidos en el ordenamiento jurídico argentino (544) . Ello en cuanto al "tratado"; pero se sostiene que cuando se trata de "convenciones" aprobadas en *conferencias internacionales*, por las cuales la Nación se compromete a adoptar determinados principios en su derecho interno, será necesaria la sanción, además, de una ley especial que confiera valor legal a los mismos (545) .

De acuerdo, pues, a nuestro ordenamiento constitucional, dada la autonomía del tratado respecto a la ley, aquél, una vez vigente, es fuente directa de derecho administrativo, como que es ley suprema de la Nación.

El tratado debe estar de acuerdo con los principios contenidos en la Constitución; de lo contrario sería inconstitucional. Esto es obvio (546) . Pero puede ocurrir una disarmonía

entre el tratado y una "ley" ordinaria, sea ésta *anterior* o *posterior* al mismo; en tal supuesto, cuál tiene preeminencia ¿el tratado o la ley?

En el conflicto entre un tratado y una ley "posterior", algunos autores, para darle prelación a la ley, sostienen que ésta, al traducir una voluntad soberana ulterior, implica una denuncia implícita del tratado, cuya inmutabilidad sería absurdo suponer, porque los Estados no pueden enajenar su futuro (547) . Otros autores sostienen que, en estos supuestos, la derogación de un tratado por el Congreso no le pone fin como contrato internacional. Se deroga el tratado exclusivamente como derecho interno, pero la Nación tiene que hacer frente a sus obligaciones internacionales (548) .

En cuanto a la posibilidad de que una ley "anterior" sea derogada por el tratado, si éste es incompatible con ella, hay general asentimiento en doctrina, y así también lo declaró la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos de América (549) .

73. Analogía.

En nuestro país, la analogía tiene gran campo de aplicación en el derecho administrativo, lo que obedece a las modalidades propias de este derecho: amplitud de contenido y legislación aún incompleta.

En el terreno doctrinario existen discrepancias acerca de si la analogía debe o no ser considerada como "*fuentes*" jurídica. Mientras un grupo de tratadistas se pronuncia por la afirmativa (550) , otro lo hace por la negativa (551) .

Los que niegan que la analogía sea una "*fuentes*" jurídica, afirman que más bien constituye una forma de conocimiento del orden jurídico total y un medio de *interpretación* e integración de las normas (552) . Disiento con tal criterio. La analogía, lo mismo que los principios generales del derecho, es, por disposición de la ley, una forma o modo de "*resolver*" cuestiones o situaciones jurídicas. No es un simple medio de "interpretar" la norma: precisamente, se recurre a la analogía cuando "no hay norma"; en tal caso no es posible "interpretar" lo que no existe. La aplicación "analógica" implica "creación" de una nueva norma (553) . De acuerdo al artículo 16 del Código Civil, cuando una cuestión civil no puede "*resolverse*", ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, "se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso". Dicho artículo 16 del Código Civil, no obstante su ubicación, pertenece a la llamada parte general del derecho, aplicable en todos los ámbitos del mismo (554) . De modo que la analogía y los principios generales del derecho, si bien constituyen medios de integrar los vacíos de la ley, constituyen una base para "*resolver*" cuestiones o situaciones jurídicas no contempladas por un texto expreso, implicando, entonces, una "*fuentes*" de derecho, porque se concretan en la "*creación*" de una nueva norma.

La analogía es una fuente "*escrita*". La posibilidad de recurrir a ella surge *expresamente* de la ley, y la solución del caso no previsto surge, asimismo, de una norma *expresa* de la ley. Trátase, pues, de una fuente "*escrita*". Por eso juzgo equivocada la opinión de autores que,

como D'Alessio, la consideran fuente "no escrita" (555) . De acuerdo a la clasificación de las fuentes que he adoptado, trátase de una fuente "*directa*", *subsidiaria* (556) .

En nuestro país, no pocas cuestiones o situaciones de derecho administrativo hallaron solución jurídico-legal recurriendo a la analogía. Por cierto, ello ocurre cuando deban regularse "supuesto similares" a los expresamente previstos por el legislador y pueda afirmarse que la *ratio legis* vale igualmente para los unos y para los otros (557) . Es lo que entre nosotros sucede, por ejemplo:

a) Con los principios sobre nulidades de actos jurídicos contenidos en el Código Civil, que, a falta de correlativas disposiciones específicas para actos administrativos, se aplican por analogía, pues, como lo expresó la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "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 aquéllas una construcción jurídica basada en la justicia, su aplicación se extienda al derecho administrativo, cuyas normas y soluciones también deben tender a realizar aquélla, con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la substancia de esta disciplina" (558) . En sentido concordante, en otra ocasión el Tribunal dijo que las disposiciones de la ley civil sobre nulidades se aplican al derecho público solamente en cuanto son compatibles con la índole de éste (559) .

b) En instituciones que presentan carácter patrimonial evidente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo que el derecho civil es legislación subsidiaria del derecho administrativo (560) .

c) En materia de responsabilidad de personas jurídicas de derecho público se aplican principios del derecho civil sobre personas jurídicas (561) .

d) En materia de "procedimiento administrativo", con particular referencia al recurso jerárquico, si bien en tal caso el decreto del Poder Ejecutivo cierra la instancia administrativa y no es, en principio, susceptible de ser recurrido, ello sufre excepción en los supuestos del artículo 241 de la ley nº 50, en los cuales se admite, por aplicación "analógica", la procedencia de un *recurso administrativo de revisión*. La Procuración del Tesoro de la Nación reiteradamente aconsejó que se admitiere, por vía analógica, dicho recurso, especialmente en situaciones en que en el decreto del Poder Ejecutivo habíase omitido el pronunciamiento sobre alguno de los puntos de la reclamación (véase más adelante, nº 279) (562) .

Por supuesto, la aplicación extensiva de normas de derecho privado en derecho administrativo, sólo y únicamente procede ante la falta total de normas y principios administrativos de posible aplicación en la especie (563) .

Sin embargo, a fin de evitar confusiones, es de advertir que resolver por vía analógica lo atinente a la *condición legal* de un bien o cosa, estableciendo si es público o privado, no implica resolver una cuestión de "*derecho administrativo*", sino una cuestión de "*derecho*

civil" (564) . Entre nosotros, la condición jurídica de diversos bienes dominicales -regidos, *una vez establecida tal calidad*, por el derecho administrativo- se resuelve por vía analógica (vgr., islas marítimas argentinas situadas fuera del mar territorial; lagos no navegables por buques de más de cien toneladas; espacio aéreo estatal; etc.) (565) .

Pero lo mismo que en el derecho penal sustantivo, es de advertir que en el llamado "derecho penal administrativo" y en el derecho disciplinario, por aplicación del principio constitucional *nulla poena sine lege* (Constitución Nacional, artículo 18 , primera parte), no procede la analogía cuando ésta resulta en perjuicio del administrado (566) . En términos generales, cuadra afirmar que la aplicación "analógica" es improcedente tratándose de restricciones a la libertad individual.

74. Principios generales del derecho.

Todo lo dicho acerca de la importancia de la analogía como fuente del derecho administrativo, y sobre el tipo o índole que, como fuente, reviste la analogía, es de estricta aplicación a los *principios generales del derecho* (ver precedentemente nº 73).

Sólo cuando una cuestión no pueda ser resuelta ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, ni por la analogía, ha de recurrirse a los principios generales del derecho (567) . Así lo dice el artículo 16 del Código Civil. El procedimiento contrario conduce a `conclusiones equivocadas (568) .

Tal como acaece respecto a la analogía, tampoco existe unanimidad entre los autores acerca de si los principios generales del derecho deben o no ser considerados como "fuente" jurídica. La generalidad de la doctrina se pronuncia afirmativamente (569) ; los expositores que les niegan el carácter de "fuente" a los principios generales del derecho, son minoría (570) . En nuestro país es obvio que constituyen una "fuente" del derecho; ello se desprende claramente del artículo 16 del Código Civil, y al respecto es de aplicación todo lo expresado acerca de la analogía (571) .

Por supuesto que los principios generales del derecho, considerados como "fuente", tienen *autonomía*. Se les aplica e invoca porque existen por sí mismos. Por eso es que, ni aun respecto a Francia, donde la actuación del Consejo de Estado es tan característica, creo acertado sostener, como lo hace un autor, que los principios generales del derecho son "*normas jurisprudenciales*", que constituyen una "*manifestación del poder normativo de la jurisprudencia*" (572) , pues eso importa confundir jurisprudencia con principios generales del derecho, siendo que se trata de dos fuentes jurídicas independientes y distintas. Si el Consejo de Estado francés invoca y aplica los "principios generales del derecho" es porque éstos "*existen*". El hecho de que los tribunales, al dictar sentencia, se "*valgan*" de los principios generales del derecho, o los "*utilicen*", es cosa muy distinta a sostener que éstos sean creación de la jurisprudencia. Cuando el juez resuelve un caso aplicando "principios generales del derecho", dicho juez actúa del mismo modo que cuando resuelve un caso aplicando una ley expresa; y así como en este supuesto sería insensato decir que el juez creó la ley, del mismo modo resulta inadmisble sostener que en el caso resuelto en mérito a un principio general de derecho, el juez haya *creado* tal principio. En ambos casos el juez

no hace sino "*aplicar*" la ley o el principio general del derecho, que actúan como "*fuentes*" jurídica.

¿En qué consisten los principios generales del derecho? ¿De dónde provienen? Al respecto indicanse varias fuentes: el derecho romano, el derecho natural, el derecho de gentes, la moral, el ordenamiento jurídico general del país de que se trate, etcétera (573) .

Considero que los "principios generales del derecho" no provienen "exclusivamente" de *una* de las fuentes indicadas, sino de *todas* ellas en conjunto. De modo que puede aceptarse que tales "principios" provienen simultáneamente de los preceptos básicos y esenciales del derecho romano, del derecho natural, del derecho de gentes, de la moral y del ordenamiento jurídico general del país de que se trate. Todas estas fuentes han constituido jalones en la historia del progreso de la humanidad; de ahí que sus preceptos básicos e inmutables deban aceptarse como faros que orientarán el espíritu de los hombres en la solución de sus querellas (574) .

El derecho romano sentó tres "*principios*" capitales: "*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*" (575) , o sea: "Los principios del derecho son éstos: vivir honestamente, no hacer daño a otro, dar a cada uno lo suyo" (576) . Dichos principios capitales tienen recepción en nuestro derecho (577) .

El derecho natural (578) y el derecho de gentes (579) también constituyen fuentes de principios generales del derecho. El "*ius gentium*", aparte de un conjunto de principios *universales* de derecho privado, traduce la idea de un embrionario derecho internacional público (580) . La diferencia esencial entre derecho *natural* y derecho *de gentes* radicaría en que el primero aparece fundado en la "naturaleza" humana, en tanto que el segundo aparece establecido por la "razón". Pero ambos son de vigencia *ecuménica*. Dado su respectivo carácter, resulta harto comprensible que tanto el derecho *natural* como el *derecho de gentes* sean origen o fundamento de "principios generales del derecho" (581) . En nuestro país, la vigencia del derecho *de gentes* tiene fundamento positivo: el artículo 21 de la ley federal n° 48, y así lo declaró la Corte Suprema de Justicia de la Nación (582) . Si bien el derecho *de gentes* es el que la razón natural establece entre todos los hombres y es observado en todos los pueblos, siendo usado por *todas las gentes*, su contenido exacto dio lugar a discusiones. Como lo expresa Oppenheim, "es posible que estos principios generales de derecho comprendan también *las consideraciones elementales de humanidad*, todavía más exigentes en tiempos de paz que de guerra, aducidas por el Tribunal Internacional de Justicia en el asunto del Canal de Corfú como uno de los fundamentos de la responsabilidad de Albania por su omisión de anunciar la existencia de campos de minas en sus aguas" (583) .

La "*moral*", al constituir la inexcusable esencia de todo acto jurídico -público o privado- es lógicamente fuente de principios generales de derecho, los cuales, para ser tenidos por tales, han de ofrecer un substrato ético. Ya en otro lugar de esta obra me referí a la íntima relación entre el derecho administrativo y la moral (ver n° 50).

Finalmente, otra fuente de los principios generales del derecho es *el ordenamiento jurídico general del país de que se trate*, resultando de esto que tales principios trasuntan la modalidad o sello de la nacionalidad correspondiente, armonizando con ésta y con su historia (584) . De esto dedúcese que, entre nosotros, la fuente primaria de estos principios generales es la Constitución Nacional, sin perjuicio de que también surgen de otras normas, verbigracia, del Código Civil.

Aclarado en qué consisten y de dónde provienen los principios generales del derecho, corresponde establecer cuáles son dichos principios. Cuadra advertir que si bien los "*principios generales*" que mencionaré hallan fundamento en nuestro ordenamiento jurídico, concuerdan con el ordenamiento de la generalidad de los países civilizados sometidos a un régimen de derecho. Entre tales "*principios generales*" pueden mencionarse:

1) El primer principio general de derecho consiste en el reconocimiento del "*derecho a la vida*", sobre el cual descansan todos los derechos, al extremo de que lo presuponen. En la jerarquía u orden sucesivo de los derechos, aquél ocupa el primer lugar o rango. Trátase de un derecho obviamente implícito. Con todo acierto dijo Alejandro Groizard y Gómez de la Serna: "La vida es para el derecho y la libertad lo que para los cuerpos el espacio, lo que para los hechos el tiempo" (585) . Este indiscutible derecho a la "*vida*", como expresión de respeto hacia la personalidad humana, es la más firme y clara manifestación de supervivencia del derecho natural. Nuestra Constitución Nacional no menciona expresamente el derecho a la vida, pero va de suyo que lo reconoce virtualmente, ya que, para el goce efectivo de los demás derechos cuya existencia garantiza, es requisito *sine qua non* la vida del presunto titular de aquéllos.

2) Todos los que fluyan de la forma republicana de gobierno, entre éstos el de la división de los poderes o funciones estatales, con la correlativa atribución excluyente de las respectivas competencias, en cuyo mérito, por ejemplo, el Poder Judicial no puede *crear* la ley, ni el Legislativo o el Ejecutivo pueden resolver, con carácter definitivo, controversias entre particulares; ni el Ejecutivo puede reglamentar leyes relativas exclusivamente al derecho privado de los administrados, ya que esto implicaría una intromisión en el ámbito propio del Poder Judicial (ver nº 71, texto y nota 251).

3) El de igualdad ante la ley (586) .

4) Como corolario o aplicación del anterior, el de la proporcionalidad o igualdad en las cargas públicas (587) .

5) El de que nadie pueda ser juzgado ni penado sin previo acatamiento de las garantías y reglas propias del "debido proceso legal" -incluso "*audiencia*" previa al interesado-, las que no sólo rigen en el ámbito jurisdiccional judicial, sino también en el ámbito administrativo (588) .

6) El de que la privación de la propiedad privada y, en general, todo menoscabo patrimonial, por razones de utilidad o interés público, debe ser indemnizado (589) .

7) El que establece que los reglamentos del Poder Ejecutivo -o "decretos" de contenido general-, carecen de efecto retroactivo; sólo rigen para el futuro, *ex nunc* (590) .

8) El de la teoría de lo principal y de lo accesorio, en cuyo mérito lo accesorio, por "principio" general, sigue la condición jurídica de lo principal. Pero, en derecho administrativo, tal principio admite excepciones, como ocurre con ciertos accesorios de bienes dominicales, según así lo expresé en mi "Tratado del Dominio Público".

9) El de la teoría del enriquecimiento sin causa, en mérito al cual nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro. Algunos hacen surgir este principio general de la "*equidad*", concepto que no comparto, pues la equidad, entre nosotros, no es fuente jurídica. Estimo que el fundamento de esta teoría es, por una parte, el principio *alterum non laedere* -no dañar a otro- del que ya me ocupé precedentemente, y, por otra parte, la "*moral*", de la que también me ocupé en páginas y párrafo anteriores (591) .

10) El que establece que la validez de todo acto jurídico -sea de derecho privado o público- requiere inexcusablemente un substrato ético, una base moral. Una regla jurídica, carente de tal contenido, implicaría un sarcasmo. Tal exigencia constituye un verdadero principio general de derecho. El concepto de "*moral*" incluye el de "buenas costumbres" y el de "buena fe" (ver nº 50).

11) El que consagra la "*libertad*" integral del ciudadano, y en cuyo mérito toda limitación a la libertad debe surgir de una norma jurídica legislativa (592) .

12) Destacados y muy calificados expositores del derecho indican como otro "*principio general de derecho*" el de la intangibilidad de los efectos individuales de los actos administrativos regulares (593) .

13) También se incluye entre los principios generales del derecho, el "*de la personalidad*", que comprende, entre otros, el derecho exclusivo al uso del nombre y al de la propia imagen (594) .

75. Jurisprudencia.

Otra importante fuente del derecho en general, y del administrativo en particular, es la "*jurisprudencia*". De acuerdo a la clasificación que he adoptado, trátase de una fuente *directa* (es decir, basada en normas jurídicas positivas) de aplicación *subsidiaria* o *mediata*, pues sólo se recurre a ella a falta de texto legal expreso (véase el nº 56).

Es obvio que la jurisprudencia debe reposar en normas jurídicas positivas -en sentido lato-, pues la actividad del juez o del funcionario de la Administración, por más creadora que sea, siempre debe desenvolverse *infra legem*; de lo contrario el juzgador invadiría el ámbito propio del legislador. Dentro del orden jurídico, el juez o el funcionario de la Administración desarrollan una actividad estatal sub-legal.

Trátase, por lo demás, de una fuente "*escrita*", aunque algunos distinguidos expositores la incluyen entre las "*no escritas*" (595) . Los fallos se emiten por *escrito* -entre nosotros, tal

es el principio general-; la repetición orgánica y concordante de fallos sobre una misma cuestión constituye "*jurisprudencia*". La jurisprudencia, lo mismo que la ley, por ejemplo, puede ser compulsada y conocida mediante su lectura. Trátase, pues, de una fuente "escrita". No debe confundirse la jurisprudencia, que es *escrita*, con los materiales de que a veces se vale el juez para elaborar sus fallos, materiales que pueden ser "no escritos", como ciertos "principios generales del derecho" que son implícitos.

Pero no todos los expositores le reconocen a la jurisprudencia carácter de "fuente", e incluso los que lo admiten disienten en su calificación, es decir acerca de la modalidad que reviste como tal. No obstante, la generalidad de la doctrina le reconoce carácter de fuente a la jurisprudencia (596) , sin perjuicio de que un sector de tratadistas mantenga la posición contraria, o sea que la jurisprudencia no es fuente jurídica (597) .

Los que niegan que la jurisprudencia tenga carácter de fuente, se valen para ello de distintos argumentos: a) que aparece más bien como una modalidad del derecho consuetudinario (Presutti, Lentini, García Oviedo); b) que no tiene por finalidad crear el derecho (Fraga, De Valles); c) que no tiene fuerza obligatoria (Garrido Falla).

Para mí es evidente que la jurisprudencia es fuente jurídica, "*creadora*" de normas. Como expresa Legaz y Lacambra, "el juez, al aplicar la norma general, crea una norma nueva, no general, sino individual, pero norma al fin, que aporta un *plus* al conjunto del orden jurídico y que tiene, frente a la relación individual que regula y frente a los actos ejecutivos que han de convertirla en realidad, el mismo valor autárquico de exigibilidad que posee la norma general frente a todos los órganos jurisdiccionales encargados de su aplicación y frente a todos los hombres que han de ajustar sus conductas a sus preceptos" (598) . Pero como lo advertí precedentemente, la jurisprudencia, como entidad "*creadora*" de normas, tiene un ámbito que es siempre *infra legem* y se manifiesta a través de la aplicación e interpretación de la norma: es en ese sentido y con ese alcance que la jurisprudencia es "fuente" jurídica (599) .

El aporte de la jurisprudencia al orden jurídico es extraordinario. Baste recordar que en Francia puede decirse que el derecho administrativo es obra del Consejo de Estado (600) , el cual elaboró numerosas doctrinas trascendentales, después perfeccionadas por la *ley* o por la *doctrina*, verbigracia: la teoría de los derechos reales administrativos (601) , la teoría de la imprevisión (602) , la teoría de las "circunstancias excepcionales" (603) , etcétera. Entre nosotros, a través de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -tribunal de gran prestigio y autoridad-, la jurisprudencia, aparte de haber contribuido a depurar y perfeccionar ciertas materias, como por ejemplo el régimen de los servicios públicos, la condición jurídica de los cementerios, la naturaleza jurídica de la relación de empleo o función públicos, el régimen de las nulidades de los actos administrativos, etcétera, ha "*creado*" verdaderas instituciones de notoria influencia en el adelanto jurídico del país; en este último aspecto cuadra recordar la acción de "amparo", el recurso por "arbitrariedad", la exigencia del *solve et repete* en materia impositiva, la responsabilidad extracontractual del Estado, etcétera.

Dentro de la naturaleza de las fuentes, la jurisprudencia debe asimilarse al "*reglamento administrativo de ejecución*". Ambos son de igual substancia. Ha de tenerseles en el mismo plano jurídico. No ha de olvidarse que la jurisprudencia es nada menos que una modalidad de la forma en que expresa su voluntad y actividad uno de los órganos esenciales del Estado: el órgano "*judicial*"; de ahí que la jurisprudencia tenga raigambre o base "*positiva*".

Entre "jurisprudencia" y "reglamento administrativo de ejecución" hay una evidente identidad conceptual:

a) El reglamento crea situaciones de carácter objetivo, general e impersonal. Si bien la jurisprudencia reposa en "sentencias" o "fallos", y cada uno de éstos crea situaciones individuales y particulares, es de advertir que cuando los fallos se convierten en "*jurisprudencia*", aparece una situación nueva: la *generalidad* o la "*cuasi generalidad*"; es precisamente por eso que estamos en presencia de lo que se llama "*jurisprudencia*"; de lo contrario continuaríamos frente a una mera "sentencia" o "fallo". La *reiterada repetición* de un mismo criterio para resolver cuestiones similares entre sí, da lugar a la formación de la "*jurisprudencia*" (604) . Cuando ésta surge, la originaria individualidad o particularidad de la sentencia o fallo se transforma en "*generalidad*", proviniendo de este carácter el valor intrínseco o fuerza expansiva de la "*jurisprudencia*" (605) , todo ello sin perjuicio de la facultad de los tribunales para "cambiar" de jurisprudencia, así como el legislador tiene facultad para "cambiar" las leyes y como también la tiene el Ejecutivo para cambiar los reglamentos (606) . Resultan, así, equiparados el reglamento de ejecución y la jurisprudencia, ya que ambos, en definitiva, dan lugar a situaciones objetivas, generales e impersonales. Una cosa es la "*jurisprudencia*", y otra muy distinta cada uno de los "fallos" o "sentencias" cuyo conjunto la constituyen.

b) Así como el reglamento de ejecución trata de adaptar las leyes -cuya aplicación le corresponda a la Administración- a las particularidades del ambiente, llenando los detalles dejados en blanco por el legislador, así también la jurisprudencia -a través de los respectivos fallos o sentencias- adapta las leyes comunes al detalle requerido por el caso particular sometido a decisión del magistrado.

76. *Doctrina* (607) .

Por "doctrina", o "derecho científico", ha de entenderse la opinión de los estudiosos del derecho acerca de cuestiones jurídicas, como así las soluciones que proponen al respecto. Dichas cuestiones, por lo general, no se hallan reguladas legalmente, pero nada obsta a que la opinión de los autores se refiera a la interpretación de normas positivas.

La doctrina es también una fuente del derecho, incluso del derecho administrativo. Trátase de una fuente "*indirecta*", es decir sin base *positiva* (normativa), y de aplicación *subsidiaria*. Su valor depende del mérito "*lógico*" de los argumentos de que se valgan los autores, todo lo cual se concentra en el "*prestigio*" del respectivo tratadista. Un expositor prestigioso y respetado ejerce gran influencia en el ambiente jurídico, contribuyendo con sus ideas o teorías a la solución de situaciones no previstas expresamente por la legislación o legisladas con poca claridad. Ese aporte de la doctrina al afianzamiento y adelanto del

derecho, se advierte especialmente en el derecho administrativo, rama de la ciencia jurídica aún en formación y en la cual la ley todavía ofrece muchos claros o materias no disciplinadas por ella.

Desde antaño se le reconoció a la "doctrina" de los juristas gran influencia en la consolidación y progreso del derecho. Baste recordar lo ocurrido en la vieja Roma, donde -como lo expresa Luis Legaz y Lacambra- "una célebre constitución del emperador Valentiniano III, conocida con el nombre de 'Ley de citas', instituyó una especie de 'Tribunal de los muertos' constituido por las magnas figuras de Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gayo y Modestino, cuyas opiniones, y las de los autores citados por ellos, eran sancionadas y refrendadas como fuente de Derecho en ciertos casos de lagunas" (608) . Y si bien más tarde el privilegio atribuido en el año 426 a dichos juristas -llamado "*jus publice respondendi ex auctoritate principis*"- fue negado en el "Código de Justiniano" (609) , el antecedente mencionado sirve para poner de relieve el alto valor atribuido a la "doctrina" científica como fuente del derecho.

Actualmente la generalidad de los tratadistas le reconoce carácter de "*fuerza*" a la doctrina (*fuerza indirecta*) (610) , aunque no faltan estudiosos que le niegan tal carácter (611) . Para mí hállese fuera de toda duda que la doctrina es "*fuerza*" jurídica, en los términos expuestos al comienzo de este párrafo.

El argumento de que la doctrina científica no es fuente jurídica porque no tiene "*imperatividad*", aparece rebatido exitosamente por Cueto Rúa, quien dice al respecto: "Pretender negar carácter de fuerza a la doctrina por la simple consideración formal de que el juez no se encuentra obligado a aceptar el criterio de un autor en determinada obra, es perder de vista la función primordial que ella ha jugado en la dinámica jurídica, en la formación de especialistas, y en la articulación y desarrollo de los valores jurídicos. Es prestar atención a un hecho de significación secundaria omitiendo considerar que aunque los jueces no se encuentren obligados formalmente a acudir a los autores, en Occidente de hecho acuden a ellos y se inspiran en su obra para adoptar las decisiones que competen a su función". "La pregunta que debe formularse en esta materia no es tanto la de si los jueces se encuentran legalmente obligados a inspirarse en la doctrina, cuanto la de si, de hecho, se inspiran en ella y por qué razones".

..."Efectuada la pregunta no en torno a una determinada obligación formal, sino acerca de una realidad de experiencia, la respuesta no es difícil. En lo que se refiere a los países de formación romanista, la doctrina ha sido y es una fuerza del Derecho". ... "En síntesis: tratándose de comunidades herederas de las instituciones jurídicas romanas, en las que el Derecho ha alcanzado un alto grado de centralización y especialización, la labor doctrinaria de los juristas constituye un poderoso factor de desarrollo. Es una fuerza del Derecho en el más estricto sentido de la palabra, cuyo peso excede en mucho el hecho de que los jueces no se encuentren formalmente obligados a guiarse por sus enseñanzas. De hecho lo hacen y en una forma más profunda de lo que habitualmente se acepta por los propios especialistas" (612) .

Con relación a la "doctrina", en nuestro ordenamiento jurídico no existe, como ocurre respecto a la "costumbre", norma positiva alguna que "*impida*" invocarla como fuente. Y si bien la doctrina no tiene la imperatividad propia de la "*ley*", pues no procede de un órgano estatal, tiene en cambio la imperatividad de la lógica y del buen sentido.

La "*lógica*" vertida en la exposición o argumentación de los tratadistas tiene, por sí, suficiente poder para elevar la "*doctrina*" al plano o categoría de fuente jurídica en derecho administrativo. Todo depende del "*valor*" o "*mérito*" de esa lógica y del prestigio que, a través de su labor, merezca el respectivo tratadista. Es, pues, una cuestión de valoración.

La "*imperatividad*" que debe reconocérsele a la doctrina deriva, además, de su concordancia o armonía con el artículo 16, *in fine*, del Código Civil, ya que es obvio que el razonamiento del jurista -que en definitiva constituye "doctrina"-, lejos de controvertir los principios generales del derecho, ha de armonizar con ellos, utilizándolos como "substrato" de la solución propuesta. A falta de ley expresa, ningún jurista puede pretender "soluciones" que contradigan dichos principios generales. Al contrario, la fórmula o solución propuesta por el jurista ha de implicar una virtual sistematización de tales principios generales; si así no fuere, dichas conclusiones doctrinarias serían inaceptables: les faltaría entroncamiento con el ámbito jurídico del país. De modo que si la doctrina no tiene imperatividad plena, tiene por lo menos una "*cuasi imperatividad*" que justifica sobradamente su carácter de fuente "*indirecta*" del derecho administrativo.

77. *Costumbre.*

Al estudiar las fuentes del derecho es necesario referirse a la "*costumbre*", a fin de establecer si debe o no considerársele como fuente jurídica en derecho administrativo. Por "*costumbre*" ha de entenderse la práctica constante y uniforme de una conducta, por parte de los miembros de una comunidad social, con la convicción de que tal comportamiento es jurídicamente obligatorio (613) .

Fue la primera fuente del derecho en la sociedad primitiva (614) . Pero "en los tiempos actuales el derecho consuetudinario ha perdido su antigua importancia". ... "Y, en efecto, después que se dictaran en el siglo XIX códigos completos y cerrados, en las naciones modernas, la costumbre queda relegada a un plano muy secundario, donde se pierde en la modestísima penumbra" (615) .

¿Es fuente jurídica la costumbre? Ello depende del ordenamiento legal del país que se considere. No es posible dar una respuesta válida para todos los ordenamientos. Además, dicha pregunta debe referírsele a *una* de las especies de costumbre reconocidas por la doctrina: la introductiva, supletoria o *praeter legem*, o sea la que tiene por objeto llenar vacíos o lagunas de la ley y que, en consecuencia, no está en colisión con texto positivo alguno. Es con relación a este tipo de costumbre que se plantea el problema de si ella es o no fuente. Las otras dos especies de costumbre no ofrecen dificultades en este aspecto, según lo expresaré a continuación.

Hay tres clases de costumbre (616) :

a) La costumbre según la ley, interpretativa o *secundum legem*, que es aquélla a la cual la ley remite la solución del caso, pues la norma consuetudinaria deriva aquí su vigencia de una disposición de la ley. Es lo que ocurre, entre nosotros, con las siguientes disposiciones del Código Civil: artículo 950 , que sujeta las "*formas*" de los actos jurídicos al régimen de las leyes y usos del lugar; artículo 1424 , referente al plazo que determine el *uso* del país para hacer efectivo el precio de la cosa comprada; artículo 1627 , que establece que en la locación de servicios, a falta de convención, rige el *precio de costumbre*; artículo 2631 , que obliga al dueño de un predio a recibir las goteras del edificio vecino, cuando así lo imponga la *costumbre del pueblo*; etcétera. Esta clase de costumbre está expresamente prevista por el artículo 17 del Código Civil, que dice así: "El uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos, *sino cuando las leyes se refieren a ellos*".

El referido tipo de costumbre, si bien no ofrece dificultad alguna acerca de su aplicabilidad y vigencia, sí la ofrece respecto a si, por ella misma, constituye o no una fuente de derecho. Prevalece la opinión, que comparto, de que tal "costumbre" no es, por sí, fuente de derecho, sino que, en esos supuestos, la fuente es la ley que la acepta y se refiere a ella. "La costumbre *según ley* -expresa Legaz y Lacambra- no es, en rigor, Derecho consuetudinario, sino el Derecho escrito convertido en costumbre: es decir, un Derecho cuyas normas escritas han sido realmente aceptadas por la sociedad como formas de vida, es decir, vividas consuetudinariamente por ésta" (617) .

b) La costumbre introductiva, supletoria de la ley, o *praeter legem*. Como ya lo expresé, este tipo de costumbre es el que verdaderamente crea el problema de si la costumbre es o no fuente jurídica.

En el ordenamiento legal argentino, dicha costumbre ¿es fuente jurídica? Nuestros autores hállanse divididos. Mientras un sector afirma que la costumbre *praeter legem* es fuente jurídica entre nosotros (618) , la mayoría de nuestros expositores niega tal posibilidad (619) . También la doctrina foránea está dividida al respecto (620) . Ya en otra oportunidad expresé mi opinión contraria a que, en nuestro ordenamiento legal, la costumbre *praeter legem* pueda ser considerada como fuente jurídica (621) .

En nuestro derecho la costumbre *praeter legem* no es ni puede ser fuente jurídica. Se oponen a ello los artículos 19 y 22 de la Constitución Nacional. El primero de éstos establece que ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la "*ley*", ni privado de hacer lo que ella no prohíbe. El segundo de estos textos dispone que el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por la Constitución. En consecuencia, como la "costumbre" difiere de la "*ley*" -derecho no escrito y derecho escrito, respectivamente-, va de suyo que no es fuente jurídica entre nosotros: carece de fuerza obligatoria por expresa disposición constitucional. Además, como la costumbre es producto espontáneo del pueblo, ella no puede tener valor alguno como norma jurídica, porque el pueblo no ha podido implantarla, ya que él no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por la Constitución. De modo que, entre nosotros, sólo la costumbre basada en "*ley*" (*secundum legem*) es fuente jurídica.

No obstante, un autor, para darle entre nosotros carácter de fuente jurídica a la costumbre *praeter legem*, ha dicho: "no creemos que pueda argüirse contra la vigencia de la costumbre *praeter legem* con lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución Nacional, en el sentido de que nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley, pues consideramos que la voz 'ley' está aquí tomada en la significación de 'derecho', que por cierto está también integrado por las normas consuetudinarias" (622) . Juzgo errado tal argumento. Cuando la Constitución habla de "ley" entiende referirse, por principio, a la ley "formal", o sea a la que, para existir como norma, ha debido recorrer toda la vía que al respecto establece la Constitución (623) .

También se ha objetado la aplicación del artículo 19 de la Constitución Nacional en este supuesto, sosteniendo que en muchas oportunidades los habitantes deben cumplir las disposiciones reglamentarias que dicte el Poder Ejecutivo, lo que significa que también son de aplicación disposiciones que no son "leyes" (624) . No comparto este argumento. Adviértase que de los cuatro tipos de reglamentos que puede dictar el Poder Ejecutivo, tres de ellos (los de ejecución, los delegados y los de necesidad y urgencia), por su contenido, son simples ecos de la ley o de la actividad legislativa, por lo que deben asimilarse a la "ley" propiamente dicha. Sólo el reglamento "autónomo" -constitucional o independiente- puede y debe estatuir sobre materias ajenas a la ley, pues dicho tipo de reglamento lo emite el Ejecutivo ejercitando atribuciones constitucionales propias integrantes de la zona de "reserva de la Administración". El legislador no puede estatuir sobre materias reservadas al ámbito del reglamento autónomo, del mismo modo que el Ejecutivo no puede estatuir sobre materias que integran la zona de "reserva de la ley". El reglamento "autónomo" es, así, dentro de la Administración, exactamente lo que la "ley formal" es dentro del Poder Legislativo. En su mérito, por extensión lógica del expresado principio contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional, dentro de la Administración, y aparte de lo que preceptúen los reglamentos de ejecución, delegados y de necesidad y urgencia, los habitantes del país sólo están obligados a hacer lo que dichos reglamentos "autónomos" -que son normas "escritas"- dispongan; queda así excluida la costumbre, norma "no" escrita. Aplicar, en este supuesto especial, el "principio" del artículo 19 de la Constitución Nacional es, por cierto, muy distinto a pretender incluir en él la "costumbre", que entonces deformaría el concepto de "ley" hasta equipararlo con el de "derecho". La "costumbre", norma no escrita, no puede ser incluida en el principio contenido al respecto por el artículo 19 de la Constitución Nacional, que habla de "ley", norma escrita, porque, aparte del ya expresado significado constitucional del vocablo "ley", faltaría la "identidad de razón" indispensable para la aplicación extensiva de las normas. La inclusión de los reglamentos "autónomos" dentro del referido principio del artículo 19 de la Constitución Nacional es la conclusión lógica que se impone "forzosamente" como consecuencia de la índole de tales reglamentos.

c) La costumbre contraria a la ley, derogatoria o *contra legem*. Esta es la que, al ir contra la ley vigente, plantea el problema de si la costumbre puede o no derogar la ley y convertirse en fuente del derecho. ¿Qué decir al respecto? En nuestro país tal costumbre no es fuente jurídica, porque carece de imperio para derogar la ley vigente. Así lo proclama el Código Civil, artículo 17 , que dice: "Las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte, sino

por otras leyes (625)). El uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos". Este texto, incluido en el título preliminar del Código, constituye una disposición de carácter general, que rige tanto para el derecho privado como para el derecho público (626) . Antes de ahora expresé mi criterio acerca de que la costumbre *contra legem* no es fuente jurídica entre nosotros (627) ; tal es, también, la opinión de prestigiosos maestros de derecho público, tanto nacionales (628) , como extranjeros (629) . Dicha costumbre derogatoria es, pues, inconcebible en nuestro derecho. Los jueces que basan sus sentencias en costumbres contrarias a la ley, fallan ilegalmente y su actitud es repudiable. Como bien lo dijo Fleiner, la práctica contraria a la ley, debe considerarse como una infracción a la ley (630) .

Para finalizar con este párrafo, corresponde hacer referencia a la "*práctica*" administrativa, distinguiéndola de la "*costumbre*" administrativa. La distinción positiva surge del expresado artículo 17 del Código Civil -de vigencia en el ámbito jurídico privado y público-, que en efecto habla de "*costumbre o práctica*" (631) . La generalidad de la doctrina niega que la "*práctica*" administrativa sea fuente jurídica. Se sostiene que sólo constituye una actividad *interna* de la Administración, y no una producción espontánea de la vida social. Algunos tratadistas, para hacer resaltar el fundamento de su afirmación y darle base jurídica a ésta, asimilan la "*práctica administrativa*" al "*reglamento interno*", que sólo obliga a la Administración (632) . Ciertamente, la "*práctica*" administrativa no puede considerarse como fuente jurídica (633) .

En mérito a lo que dejo expuesto, a falta de "*ley*" que lo autorice, la costumbre administrativa -y menos aún la *práctica* administrativa- no obliga a la Administración respecto a terceros, ni al administrado respecto a la Administración. Ambos sólo quedan obligados a la "*ley*" *lato sensu*, vale decir tanto a la ley formal como a la material, pues ambos tipos de ley integran el bloque de la legalidad (634) .

78. *Equidad.*

Aristóteles fue quien sentó la doctrina fundamental en materia de equidad, que substancialmente ha sido seguida por todos los autores. Según lo recuerda Legaz y Lacambra, "lo equitativo no es para el filósofo griego algo distinto por esencia de la justicia, sino una misma cosa con ella; la equidad no sustituye ni corrige a la justicia, sino que es la misma justicia que corrige la injusticia que se comete en el caso particular, cuando sólo se le considera bajo el esquema genérico y abstracto de la norma general". ... "Los romanos vieron en la equidad -a la que apelaron ampliamente como fuente del derecho- una dulcificación del rigor de la justicia por la misericordia". ... "*La equidad es la justicia del caso concreto*" (635) .

¿Cuál es el "*contenido*" de la equidad? Esta, en parte, hállase determinada por los principios generales de la legislación, pero en parte también por el complejo de ideas morales, sociales y económicas que en un pueblo dado y en una época determinada se consideran como las mejores para regular las relaciones humanas (636) .

Abstractamente considerada, ¿es "*fuentes*" de derecho la equidad? Hay quienes contestan afirmativamente sosteniendo que en estos casos existe una norma que tiene valor para el caso particular que motiva el juzgamiento (637) ; otros contestan negativamente, expresando que la equidad por sí sola no crea ninguna norma general, es decir que no crea norma alguna de derecho objetivo, y que se trata de una mera interpretación de la norma jurídico-administrativa (638) . Pienso que, desde un punto de vista abstracto o de principio, la equidad puede ser fuente de derecho. Ella, lo mismo que cualquiera de las fuentes del derecho, tiene su "*contenido*": de ahí lo "*objetivo*" de ella como norma, cuya aplicación -como también ocurre respecto a las demás fuentes- puede variar de un caso a otro de acuerdo a la apreciación subjetiva del juzgador acerca del "*contenido*" de la equidad con relación al caso en examen. Trátase de una "norma" de contornos difusos, pero norma al fin.

Pero que, en el terreno de los principios, la equidad "*pueda*" ser fuente de derecho, no significa que lo sea. Tal como acaece con la costumbre, para aclarar esto hay que tener en cuenta los distintos ordenamientos jurídicos vigentes, por cuanto el de un país es o puede ser diferente al de otro. En materia de "*equidad*" no es posible dar una respuesta única, válida para todos los ordenamientos.

De acuerdo al régimen legal argentino la equidad no es fuente jurídica (639) , pues ninguna "*ley*" le atribuye tal carácter. Así también lo ha declarado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación (640) . De modo que, en nuestro país, resulta fundamentalmente erróneo pretender o proponer soluciones de derecho basadas en la equidad.

En otros ordenamientos legales la solución es distinta. Así ocurre en Inglaterra (641) y en Estados Unidos de América, cuya Constitución -artículo 3º, sección 2ª- hace referencia expresa a la equidad como fuente jurídica (642) .

En la República Argentina, pues, la equidad no es fuente de derecho, incluso de derecho administrativo (643) .

79. Instrucciones y circulares (reglamentos internos).

Las "instrucciones" y las "circulares", que pueden agruparse bajo la denominación de "reglamentos internos", ¿constituyen una "*fuentes*" de derecho administrativo?

Precedentemente, número 27, texto y notas 194 y 195, me ocupé del régimen jurídico de las instrucciones y circulares (644) .

Si bien es cierto que, por principio, las instrucciones y las circulares agotan su eficacia en el ámbito *interno* de la Administración, ello no obsta para que se les considere como una importante fuente de una "parte" del derecho administrativo: la que regula la actividad interna de la Administración, pues ésta también se desenvuelve o desarrolla de acuerdo a principios de derecho. De manera que, por más que las instrucciones y circulares se apliquen en el ámbito interno de la Administración, no por ello dejan de constituir una fuente de gran importancia para el derecho administrativo, en todo el sector de éste en que

ellas tengan vigencia. Baste advertir que el derecho administrativo no sólo se ocupa de las relaciones de la Administración con los administrados, sino también de las relaciones de la Administración con sus propios funcionarios y empleados, y que el incumplimiento de las "instrucciones" por parte de funcionarios o empleados puede hacerlos pasibles de sanciones disciplinarias, cuya "*causa jurídica*" sería, precisamente, aquel incumplimiento. El carácter de fuente de derecho administrativo que revisten las "*instrucciones*" resulta obvio: la actividad que ellas rigen integra también el "contenido" y el "objeto" del derecho administrativo, del cual, en lo pertinente, aquéllas son "fuente" jurídica (acerca del "contenido" y "objeto" del derecho administrativo, véanse los números 30 a 32).

No obstante, cuadra advertir que la doctrina hállese dividida en este aspecto. Una parte de ella niega que las circulares e instrucciones (reglamentos internos) tengan carácter de fuente (645), en tanto que otra parte les reconoce esta calidad (646). Los que se pronuncian en el primer sentido, es decir, *negativamente*, sostienen que tales instrumentos sólo constituyen un medio interno atinente a la actividad administrativa; agregan que tales instrucciones y circulares sólo obligan a los funcionarios y empleados que son sus destinatarios, y que la obligatoriedad de la instrucción o de la circular deriva del deber de obediencia que incumbe al funcionario. Como ya lo expresé, nada de ello obsta a que el sector de la actividad administrativa donde tienen aplicación las instrucciones y circulares también esté reglado por el derecho administrativo. No debe olvidarse que el derecho administrativo no sólo regula las relaciones de la Administración con los administrados, sino, además, las de la Administración con sus funcionarios y empleados. El sector de la doctrina que se expide en sentido *afirmativo*, o sea reconociendo que las instrucciones y circulares constituyen una fuente del derecho administrativo, afirma que se trata de verdaderas normas jurídicas, aunque internas.

Las instrucciones y las circulares constituyen, en lo pertinente, una fuente "*directa*" e "*inmediata*" del derecho administrativo.

80. *Actos administrativos. Contratos administrativos.*

Se discute en doctrina si el *acto administrativo* y el *contrato administrativo* constituyen o no fuentes del derecho administrativo. Algunos autores los incluyen entre dichas fuentes (647); otros les niegan tal carácter (648).

Los tratadistas que se pronuncian por la afirmativa consideran que dichos actos limitan la esfera jurídica de acción en ellos comprendida, siendo, por lo tanto, fuentes del derecho subjetivo (Fernández de Velasco Calvo, Sayagués Laso).

Los expositores que se expiden por la negativa estiman que los actos de referencia producen normalmente efecto entre personas determinadas, por lo que la situación resultante de tales actos no tiene carácter objetivo, oponible a todos, como ocurre por ejemplo con la ley (Vedel), o que no se trata de actos de producción normativa, es decir, que no se trata de normas jurídicas (Garrido Falla).

Comparto la opinión de Fernández de Velasco Calvo y de Sayagués Laso, pues, para actuar como "*fuentes*" de derecho administrativo basta con que el acto pertinente, máxime si en todo o en parte es obra de la Administración, incida en la esfera jurídica de ésta, ampliando o limitando su ámbito legal. Juzgo sin importancia el hecho de que el acto no sea oponible a todos. Tampoco creo relevante la circunstancia de tratarse de normas jurídicas concretas o especiales, creadoras de situaciones jurídicas individuales, pues incluso pueden existir "*leyes*" de efectos particulares o individuales.

Los "actos" administrativos y los "contratos" administrativos constituyen una fuente "*directa*" e "*inmediata*" del derecho administrativo, pues, en lo pertinente, resulta acertado trasladar al campo del derecho público el viejo principio establecido por el derecho privado, en cuyo mérito los contratos -y, por extensión, los actos jurídicos creadores de situaciones individuales o subjetivas- tienen entre las partes el mismo efecto que la "*ley*".

81. *Decretos. Resoluciones.*

"*Decreto*" es toda decisión, disposición o mandamiento emanado de autoridad superior de un poder u órgano administrativo, en especial del jefe de Estado. Su contenido puede ser "general" o "individual" (649) . El acto individual implicará una "decisión"; el acto general significará una "disposición" (650) . Si el decreto tuviere contenido general, se estará en presencia de un "*reglamento*" (651) ; si tuviere contenido individual, se tratará de un *acto administrativo* individual.

En consecuencia, para resolver lo atinente al "*decreto*" considerado como fuente jurídica, me remito, según se trate de un decreto "general" o "individual", a lo dicho acerca del "*reglamento*" y del "acto administrativo", respectivamente, cuyas conclusiones son aplicables en este caso por vía analógica.

"*Resolución*" es toda disposición o decisión emanada de autoridad administrativa no superior, ya se trate de autoridad no superior respecto a un mismo órgano (verbigracia, dentro del órgano Ejecutivo, el "ministro" con relación al Presidente), ya se trate de la autoridad que preside un mero organismo burocrático (por ejemplo, jefe de una repartición administrativa) (652) . La "resolución" también puede ser "general" o "individual"; en consecuencia, para resolver lo atinente a ella como "fuente" del derecho, me remito asimismo a lo expresado acerca del "*reglamento*" y del "acto administrativo", cuyos principios o conclusiones pueden ser extendidos a la "resolución".

En la calificación de un acto del órgano administrativo como "decreto" o como "resolución", hay imprecisión en la doctrina y en la práctica jurídicas, pues la terminología sobre esta materia no está consolidada (653) .

De lo expuesto dedúcese la notoria importancia del "*decreto*" y de la "*resolución*" como fuentes de derecho administrativo (654) . En este orden de ideas, tienen el mismo valor reconocido al "*reglamento*" y al "acto administrativo" (655) .

82. *Normas jurídicas corporativas. El "estatuto autónomo".*

Ciertos organismos constituidos o creados para la satisfacción de intereses públicos, hallanse dotados de la facultad de darse las normas que los regirán. A esa potestad -la de darse sus propias normas- suele denominársele "*autonomía*", pero trátase de una autonomía "limitada", ya que sólo puede desarrollarse dentro del marco determinado por el ordenamiento jurídico general vigente. La norma así establecida por el ente es denominada por la doctrina -especialmente italiana- "estatuto autónomo" o "norma jurídica corporativa" (656) .

El origen de esos órganos o entes puede ser estatal (público) o privado (657) .

Se discute si tales normas tienen una naturaleza propia o especial y si constituyen o no una fuente de derecho administrativo.

Aunque hay quien considera que dichas normas tienen una característica "especial" (658) , predomina el criterio de que, si bien se trata de una subespecie de normas que entra en la formación del ordenamiento jurídico objetivo (659) , ellas carecen de caracteres específicos que permitan diferenciarlas de las otras normas (660) . Su estudio por separado, en párrafo aparte, sólo responde a consideraciones didácticas (661) .

Las expresadas normas "corporativas" ("estatutos") serán fuente de derecho administrativo, si los fines de la entidad son de índole administrativa (662) .

En nuestro país, contrariamente a lo que ocurre en otros países, como Italia, no se justifica el estudio de estas normas como categoría especial: ellas quedan subsumidas dentro del ordenamiento jurídico general, debiendo recibir el tratamiento que su respectiva estructura requiera. La referencia especial a ellas en esta obra sólo responde a una cuestión didáctica, tendiente a esclarecer conceptos.

83. Ordenanzas.

El vocablo "*ordenanza*" es de significado legal impreciso.

Según Escriche, ordenanza es "la ley o estatuto que se manda observar, y especialmente se da este nombre a las que están hechas para el régimen de los militares o para el buen gobierno de alguna ciudad, comunidad, corporación o gremio" (663) .

En el derecho argentino, el término "*ordenanza*" está especialmente reservado para los actos normativos, de contenido general, emitidos por las municipalidades. Ciertamente es que, entre nosotros, también se denomina "ordenanzas" a otro tipo de normas: las ordenanzas de aduana; pero esto constituye un vestigio o resabio de la terminología usada antaño. Las "ordenanzas" de aduana son, en realidad, "*leyes*" de aduana, criterio que concuerda con la transcrita definición de Escriche: "ley o estatuto que se manda observar". Nuestra Constitución también emplea la palabra "*ordenanza*" en cuanto autoriza al Congreso a formar "*reglamentos y ordenanzas*" para el gobierno del Ejército (artículo 67, inciso 23 (664)); a pesar de ello, el término que ha prevalecido al respecto es el de "reglamento" y no el de "ordenanza", y en ese sentido se habla de "reglamento para el Ejército".

Entre nosotros, cuando se habla de "*ordenanzas*" se entiende referir, como ya lo expresé, a los actos normativos emitidos por las municipalidades, criterio que también concuerda con el expresado por Escriche. Trátase de "*actos administrativos*" (665) , de contenido "*general*" (666) y "*abstracto*".

Su carácter de "*fuerza*" del derecho administrativo es obvio, ya que un sector fundamental de la actividad administrativa, regulada por el derecho administrativo, es el correspondiente a la actividad de las municipalidades, cuyo instrumento jurídico principal es la "*ordenanza*". Esta, en realidad, es un "*reglamento*" emitido por las municipalidades (667) , por lo que, considerada como fuente, la ordenanza tiene las mismas características que el reglamento.

En otros países, como Alemania e Italia, el concepto de "ordenanza" es distinto del existente en nuestro país. En Italia llámase "ordenanza" a lo que nosotros denominamos "reglamento de necesidad y urgencia"; en Alemania "ordenanza" equivale a nuestro "*reglamento*", con la diferencia de que ahí se habla de ordenanza "administrativa" y ordenanza "jurídica", distinción que incide en el régimen de cada una de esas especies (668) .

CAPÍTULO IV - CODIFICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

SUMARIO: 84. Noción conceptual de codificación y de código. Ventajas e inconvenientes de la codificación. - 85. Controversia entre Thibaut y Savigny acerca de la conveniencia y oportunidad de la codificación civil en Alemania. - 86. La codificación del derecho administrativo en particular. La doctrina. ¿Es conveniente codificar el derecho administrativo? La cuestión en el derecho positivo extranjero. 87. La codificación del derecho administrativo en la República Argentina. - 88. Movimiento argentino hacia la codificación del derecho administrativo: códigos y proyectos existentes.

84. También con relación al derecho administrativo se plantea el problema de la "*codificación*", en el sentido de si ella es conveniente y si es o no posible.

Gramaticalmente, "codificar" implica hacer o formar un código, y esto se logra reduciendo a una unidad orgánica y homogénea, metódica y sistemática, las normas que han de regular una rama determinada del derecho. Tal es lo que se entiende por *código*.

Antaño el concepto de código era distinto del actual. El código moderno comprende una rama determinada del derecho, o una parte de esa rama; el código antiguo tenía un carácter general, pues abarcaba la totalidad del derecho (669) .

La codificación tiene sus detractores y sus defensores, que respectivamente señalan los inconvenientes y las ventajas de ella. Entre los *inconvenientes* se mencionan: a) que la sanción de los códigos causa la impresión de que en adelante todo el derecho queda condensado en ellos y en las leyes que los completan o modifican, pudiendo inducir a la errónea creencia de que todo queda resuelto por la aplicación del código; b) que algunas veces el derecho, concentrado en los códigos, queda estancado, en tanto que las

transformaciones sociales exigirían una transformación paralela de las reglas jurídicas. Entre las *ventajas* se mencionan: a) facilita el conocimiento y aplicación del derecho; b) por lo mismo que un código es una obra concreta y metódica, permite extraer de él ciertos principios generales, que sirven de base para la orientación jurídica del pueblo (670) .

La valoración de los inconvenientes y ventajas atribuidos a la codificación permite una franca decisión a favor de ésta, justificando así el movimiento universal que se observa en pro de ella.

La crítica más seria hecha a la codificación, consistente en que provoca o produce un estancamiento del derecho, es más aparente que efectiva. Se ha dicho que la codificación implica un fenómeno en el proceso histórico de los pueblos, índice y síntesis de una evolución, y que aun cuando la codificación constituyera un cierto obstáculo a la fácil evolución del derecho, esto sería igualmente una necesidad histórica inherente al progreso: la codificación no constituiría un impedimento en el proceso histórico de la humanidad, sino un elemento o un factor de ésta (671) . Por lo demás, al respecto son dignas de transcripción las siguientes palabras de von Thibaut, escritas en su famoso opúsculo "*De la necesidad de un derecho civil común para Alemania*", en el que dicho jurista se declara ferviente partidario de la codificación: "Es verdad que nuestro derecho adquiriría mayor inmutabilidad aun allí donde los cambios son necesarios. Pero de ello no hay que asustarse, porque, por otro lado, nos libraríamos del mal mucho mayor de las modificaciones introducidas a la ligera. Cierta inmovilidad de la legislación ha traído siempre más provecho que daño, y los ingleses seguramente deben buena parte de su firmeza y fuerza al hecho de que entre ellos son muy raros los cambios en las leyes, y el Parlamento no se deja inducir fácilmente a innovaciones por una duda cualquiera de jueces aislados" (672) .

85. La dominación francesa en Alemania -a través de las conquistas de Napoleón-, a principios del siglo XIX, logró aplicar en ciertas regiones el Código Napoleónico en reemplazo del derecho local. Esta introducción del derecho extranjero, a la vez que ofendía el amor patrio de los alemanes, les demostraba la insuficiencia de su propio derecho, compuesto por leyes y estatutos locales de cada uno de los Estados y por el antiguo derecho romano. De ello nació la idea de crear un código civil general para todos los Estados alemanes, que, además, implicaría un primer paso hacia la unificación y centralización federativa, que todos consideraban como una necesidad urgente.

Haciéndose eco de tal idea, el jurisconsulto Antonio Federico Justo von Thibaut publicó en Heildelberg, en junio de 1814, un opúsculo titulado "*De la necesidad de un Derecho Civil común para Alemania*". Sostenía que el derecho alemán era insuficiente y que el desenvolvimiento ulterior del derecho local facilitaba la desmembración del espíritu nacional. Por lo demás, el derecho romano que se aplicaba en Alemania era extranjero, ajeno a la modalidad alemana, no respondía a las necesidades nacionales y sus disposiciones, por oscuras y contradictorias, dificultaban su conocimiento. Para salvar todo ello era indispensable crear un código civil común, a cuyo efecto proponía la *reunión de un congreso de juristas teóricos y prácticos* para que lo elaborasen. Tales fueron sus

argumentos jurídicos y políticos en pro de la idea de sancionar cuanto antes el código civil común para Alemania.

Federico Carlos von Savigny refutó de inmediato a Thibaut con otro opúsculo, que apareció también en 1814, que tituló *"De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho"*. Considera que no puede admitirse que el derecho sea un producto del azar o de la voluntad de los hombres. Resulta de las necesidades y de la vida de los pueblos. Estima que el derecho es un producto espontáneo del pueblo y de la historia, aunque puede ser modificado por las leyes. Pero en esos momentos, con la creación del código general para Alemania, se pretendía mejorar el derecho nacional y unificar el país. Ambas cosas, según Savigny, eran difíciles, inoportunas y casi imposibles; consideró que Alemania no estaba en modo alguno preparada para la codificación. El derecho, decía, no se cultivaba suficientemente y no había la menor uniformidad entre las tendencias jurídicas de los diversos Estados. Los distintos derechos de éstos no coincidían entre sí. Aconsejó "buscar en la tradición romano-germana el verdadero derecho y no improvisarlo en un instante. Los principios del derecho moderno eran, en gran parte, de origen romano; pero en los siglos transcurridos desde los tiempos de Roma se habían modificado y enriquecido. Era preciso, pues, distinguir y apreciar las modificaciones y los agregados hechos por el pueblo en tantos siglos. Por último había que comprobar en el Derecho Romano qué principios habían caído en completo desuso para olvidarlos y no seguir obedeciéndolos".

Mientras llegaba la oportunidad de emprender la codificación, Savigny consideraba que el remedio consistía en *una organización progresiva de la ciencia del derecho*, que podía ser común a toda la Nación (673) .

Si bien los argumentos de Thibaut tienen una enorme dosis de sensatez, práctica y teóricamente Savigny -representante de la escuela histórica que fundó el jurista alemán Gustavo Hugo- triunfó sobre Thibaut. Tanto es así que el Código Civil alemán recién fue sancionado en 1896 y puesto en vigencia en 1900. Pero si en ese entonces el historicismo venció al racionalismo, como sistema de legislación, como forma de expresión del derecho la *"codificación"* se abrió paso en los tiempos sucesivos, de lo cual da cuenta el movimiento universal en favor de la codificación revelado por la sanción de códigos en la generalidad de los países. Hoy nadie pone en duda las ventajas de codificar el derecho.

La polémica entre Thibaut y Savigny es ilustrativa en lo atinente a la *"oportunidad"* de una codificación determinada. Ambos deseaban el mismo objeto: el código civil común para Alemania, pero disentían acerca de los medios adecuados para lograrlo. Mientras Thibaut veía la causa del mal en las fuentes del derecho y estimaba como buen remedio la creación de un código, Savigny encontraba el mal en la falta de adecuados conocimientos por parte de los juristas de la época, considerando por ello que el país no estaba en condiciones de proceder a una codificación (674) .

86. La idea de codificar el derecho administrativo ha provocado disparidades de criterio en el terreno doctrinario. Un sector de tratadistas se pronuncia en favor de la codificación de ese derecho (675) ; al efecto, algunos de dichos autores consideran el derecho administrativo en su totalidad, en tanto que otros sólo contemplan como posible la

codificación de los principios fundamentales que ya adquirieron cierto grado de madurez o cristalización. Otro sector de tratadistas niega la posibilidad de codificar el derecho administrativo (676) .

Lo cierto es que uno de los rasgos actuales del derecho es su falta de codificación *general* (677) .

En el ámbito doctrinario se han dado los siguientes motivos para justificar la imposibilidad de codificar el derecho administrativo, argumentos que a su vez han sido rebatidos:

a) *Abundancia o amplitud de la materia*. Se aduce que esto obstaría a su codificación.

A ello se ha contestado que sólo se trata de codificar las normas de carácter "*fundamental*", que representando la base de la actividad administrativa, constituyen un *todo orgánico*, de *vigencia constante*. Tal complejo de normas, así circunscripto, es perfectamente codificable (678) .

b) *Inestabilidad y contingencia de la materia*. El valor de esta objeción es sólo aparente, pues en todo ese complejo de normas *hay un substrato de carácter general y constante*. No es posible, entonces, hablar de *inestabilidad y contingencia* en sentido absoluto, sino tan sólo relativo (679) .

c) *Falta de orden*. Se sostiene que la falta de orden en la legislación administrativa obsta a su codificación. Se ha contestado que este argumento implica una petición de principio, un círculo vicioso, por cuanto si bien es exacta esa falta de orden, ella constituye un motivo más para proceder a la codificación, ya que cuando ésta se haya logrado aparecerá el orden que ahora no existe (680) .

No hay, pues, razón alguna que obste a la codificación del derecho administrativo, en los términos y condiciones a que hice referencia. Tal codificación es *útil y necesaria* (681) . Esto último resulta fácilmente comprensible en nuestro país, donde, en materia administrativa y al menos en el orden *nacional*, existe una inmensa cantidad de leyes, decretos y resoluciones, cuya existencia no todos conocen, aparte de que es difícil llegar a conocerla en su integridad, todo ello sin perjuicio de que muchos de esos textos están parcialmente derogados o modificados. La codificación, aparte de sus otras ventajas innegables, tendería a facilitar el conocimiento del derecho.

No ha faltado quien sostuviera la inconveniencia de esa codificación, por cuanto ésta, se dice, estanca o paraliza el curso del derecho. Pero a esto se ha contestado diciendo que la vigencia de los diversos códigos existentes -remozados en su gran mayoría- hace que dicha objeción tenga un mero valor teórico, respuesta que si bien se refiere en concreto a los códigos civiles, comerciales y penales, también vale para el eventual código administrativo (682) . Si los demás códigos no estancaron el derecho ¿por qué ha de suceder ello con el código administrativo?

Si bien el actual derecho administrativo se caracteriza, como dije, por su falta de codificación, existen excepcionalmente algunos países que cuentan con instrumentos

jurídicos ahí llamados "*códigos administrativos*", pero que en realidad aún no tienen los atributos técnicos de tales. Me refiero a Portugal y a las Islas Filipinas (683) .

El Código Administrativo de Portugal tiene una larga tradición. Fue creado hace más de un siglo, en 1836, habiendo sido objeto de diversas reformas. Una de las últimas de éstas es de 1940. Pero recién en 1936 adquirió caracteres propios de código. No obstante, en general su contenido dista mucho de abarcar toda la materia a incluir en un código administrativo (684) .

El llamado "*Código Administrativo*" de las Islas Filipinas, sancionado en 1916, no es un código: es un conjunto de normas correspondientes a diversas ramas del derecho y no exclusivamente al derecho administrativo; no responde a "principio" alguno. Es extenso: tiene dos mil setecientos cincuenta artículos, más un "*artículo final*". Quizá en su país de origen haya prestado un gran servicio, facilitando el conocimiento del derecho. Considerando la fecha de su creación, tiene el mérito indiscutible de todos los grandes esfuerzos realizados en pro de la seguridad jurídica (685) .

87. En el número 33, al referirme a la característica propia del derecho administrativo en Argentina, dije que era un derecho esencialmente "*local*", es decir un derecho "*provincial*", por cuanto la potestad de legislar al respecto era uno de los tantos poderes reservados y no delegados por las provincias a la Nación. Agregué que, sin perjuicio de ello, para el cumplimiento de los respectivos fines *puestos a su cargo por la Constitución*, la Nación goza de todas las consiguientes potestades de carácter administrativo, del mismo modo que, en sus esferas, las provincias gozan de tales potestades.

Todo ello repercute en la facultad para legislar sobre materia administrativa y, desde luego, para "*codificar*", en todo o en parte, dichas materias. Hay algunas de éstas cuya legislación o codificación les compete exclusivamente a las provincias (verbigracia, regulación del uso de los bienes del dominio público); hay otras materias administrativas a cuyo respecto la competencia es exclusiva de la Nación (por ejemplo, facultad de legislar sobre policía sanitaria animal cuando el interés público protegido sea de índole nacional); finalmente, hay otras materias acerca de las cuales son competentes, en sus correspondientes esferas, tanto la Nación como las provincias, por existir en el caso una "conurrencia de fines" (verbigracia, disponer la expropiación por utilidad pública).

En los supuestos respectivos, a fin de determinar qué autoridad es la competente para legislar, el intérprete debe aplicar las normas y principios constitucionales pertinentes.

Como consecuencia de lo dicho, en nuestro país no puede sancionarse un código administrativo *comprensivo de toda la materia*, con vigencia para toda la República. La doble jurisdicción -nacional y provincial- obsta a ello. Debe haber un código nacional para regir en jurisdicción de la Nación, y tantos códigos provinciales como provincias existan, los cuales regirán dentro del territorio de cada una de ellas.

De modo que tanto las provincias como la Nación, cada una en su respectivo ámbito jurídico, pueden crear o sancionar códigos administrativos, abarcando *toda* la materia administrativa, o secciones de la misma (686) .

88. En nuestro país existe un evidente movimiento hacia la codificación del derecho administrativo. Pero trátase, por ahora, de un movimiento hacia la sanción de códigos administrativos por "*materias*", es decir de códigos administrativos parciales. Por lo demás, aun dentro de esa tendencia, la actividad prevaleciente es de orden "*provincial*".

Dentro de ese orden de ideas, pueden mencionarse los siguientes trabajos:

a) Proyecto de Código de Aguas para la Provincia de Buenos Aires, del año 1939. La Comisión Permanente estuvo integrada, entre otros, por los doctores Benjamín Villegas Basavilbaso, Manuel F. Castello y Alberto G. Spota. El proyecto, no obstante que la comisión redactora tenía origen oficial, no fue convertido en ley (687) .

b) Proyecto de Código de Aguas para la Provincia de Mendoza, del año 1940. La comisión redactora, designada por el Poder Ejecutivo de la provincia, estuvo integrada por el doctor Alberto Corti Videla, por el ingeniero Ludovico Ivanissevich y por el autor de la presente obra, doctor Miguel S. Marienhoff. El proyecto no fue convertido en ley (688) .

c) Códigos de Aguas de Salta (año 1945), de Jujuy (año 1950) y de Santiago del Estero (año 1950) (689) .

d) Diversos códigos de Procedimiento en lo Contencioso-administrativo, vigentes en nuestras provincias. Entre ellos merece especial mención el de la provincia de Buenos Aires que, cronológicamente, fue el primero en aparecer; entró en vigencia en 1905, siendo su autor el doctor Luis V. Varela. Existen varios otros de estos códigos, como el de Córdoba, Santa Fe, etcétera. Sin perjuicio de la existencia de tales códigos, téngase presente lo dicho en el n° 30 acerca de que la materia "contencioso-administrativa" no integra el contenido del derecho administrativo.

e) Proyecto de Código de Obras Públicas para la Provincia de Buenos Aires, del año 1960, redactado por el doctor Homero C. Bibiloni por encargo del Consejo de Obras Públicas de la provincia. La edición del trabajo fue hecha por la Cámara Argentina de la Construcción (delegación provincia de Buenos Aires), La Plata, 1960.

f) Anteproyecto de Código Nacional de Energía, del año 1958, redactado por una comisión designada por decreto n° 22163/56, que estuvo presidida por el ingeniero Francisco M. Malvicino e integrada por el ingeniero Francisco García Olano y los doctores Ángel Corti y Enrique Martínez Paz. Véase la ley de energía eléctrica, n° 15336 .

g) Aunque no se trate, precisamente, de un "código", corresponde mencionar el proyecto de "Ley sobre Procedimiento en la Administración Pública", para la provincia de Buenos Aires, preparado por el Instituto de Derecho Político, Constitucional y Administrativo, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata, dirigido por el Dr. Bartolomé A. Fiorini; en este trabajo colaboraron diversos abogados y estudiantes. El

proyecto fue presentado a consideración de la Cámara de Diputados de la provincia de Buenos Aires, el 26 de octubre de 1961. A pesar de su brevedad -consta de ochenta y tres artículos-, dicho texto traduce un plausible esfuerzo por estructurar orgánicamente una sección importante del derecho administrativo de la provincia de Buenos Aires (690) .

h) Asimismo, corresponde mencionar el proyecto de "Código Administrativo" para la provincia de Córdoba, redactado por el doctor Guillermo Alberto Saravia por encargo del gobierno de esa provincia. Dicho proyecto fue entregado por su autor a la provincia en enero de 1963. La denominación de "*Código Administrativo*" responde, según el doctor Saravia, a que el texto no sólo comprende normas de procedimiento administrativo, sino también normas de fondo, como las relativas al régimen de los actos, a los contratos administrativos, a la responsabilidad de los funcionarios y de la Administración. Consta de ciento ochenta artículos. La edición -aparecida en 1963- fue costeadada por la Asociación de Industriales de Córdoba. Este trabajo constituye otra valiosa y meritoria contribución hacia la sistematización orgánica de una parte apreciable del derecho administrativo.

CAPÍTULO V - EL MÉTODO EN DERECHO ADMINISTRATIVO

SUMARIO: 89. Noción. Principios generales. - 90. Diversidad metódica. - 91. a) Método exegético. - 92. b) Método sociológico. - 93. c) Método realista. - 94. d) Método jurídico. - 95. El método a utilizar en el derecho administrativo.

89. Hay general acuerdo acerca de lo que ha de entenderse por "*método*". Se entiende por tal el procedimiento o el camino que sigue el pensamiento humano para llegar al conocimiento de la verdad sobre el contenido de determinada rama del saber.

Cada ciencia tiene su técnica particular (691) . De ahí que la elección del método a seguir no quede librada al arbitrio del investigador: debe corresponder a la índole de la materia respectiva.

En el presente capítulo haré referencia a los principales métodos utilizados con el objeto de conocer el contenido y el alcance del derecho administrativo, indicando luego cuál es el método aconsejable con relación a esa rama de la ciencia jurídica.

Para esto último no debe perderse de vista que las ciencias modernas se basan, en general, en datos externos, productos de la experiencia, y que sobre tal base elaboran las nociones teóricas. Por ello se ha dicho que sus verdades son fundamentalmente *objetivas* (692) . Esto es de una importancia enorme, y no debe olvidársele al formular las respectivas conclusiones, so pena de hacer afirmaciones falsas y sin valor, ajenas a la realidad.

90. Sucesivamente, el tratamiento del derecho administrativo fue objeto de diversos métodos. Los principales son el exegético, el sociológico, el realista y el jurídico. Me ocuparé de cada uno de ellos.

91. a) *Método exegético*.

Se caracteriza por el extraordinario culto hacia la ley escrita. El culto del "derecho" aparece substituido por el culto de la "ley". En lugar de "principios" se consideran "disposiciones legislativas".

El desarrollo de este método fue considerado como una consecuencia fatal de la codificación. Apareció en Francia y tomó auge con posterioridad a la sanción del Código Civil. Tuvo vigencia hasta las postrimerías del siglo pasado.

Aparte del culto de la ley, la escuela de la exégesis se caracteriza por la llamada "*intención del legislador*", en cuyo mérito un texto legal nada vale por sí mismo, sino por la intención del legislador que se supone que traduce, con lo cual se cierra la posibilidad de incluir en el espíritu de la ley la situación que no pudo tener en cuenta el legislador.

En su hora este método fue útil. Pero en definitiva se ha expresado que el imperio de la escuela exegética ha sido contraproducente para el progreso de la ciencia del derecho, porque en vez de propender a su desarrollo contribuyó a estancarla (693) . En este orden de ideas, se ha dicho que el abuso del criterio exegético implica la degeneración del elemento práctico del derecho, del mismo modo que el abuso del criterio meramente filosófico produce la degeneración del elemento teórico del derecho (694) . En la escuela de la exégesis es la ley la que supone el sistema orgánico del derecho, y no el sistema jurídico el que supone la ley (695) .

El método exegético en derecho administrativo también tuvo representantes entre nosotros, a través de los primeros expositores de la materia. Ramón Ferreyra, que en 1866 publicó el primer libro sobre derecho administrativo que apareció en el país, concebía a esta disciplina como "*el conjunto de leyes y decretos que determinan las relaciones de la sociedad con los ciudadanos en el orden administrativo*" (696) . También cuadra incluir en este grupo a Lucio Vicente López quien, como ya lo expresé, habló desde la cátedra de la Facultad de Derecho de Buenos Aires en 1890, y cuyas lecciones fueron tomadas taquigráficamente por algunos alumnos suyos, y publicadas más tarde, en 1902 (697) .

92) b) *Método sociológico.*

En los últimos años del siglo pasado, como consecuencia del criterio que le asigna al derecho administrativo la exposición de la actividad total del Estado, apareció al respecto un nuevo método de estudio: el "*sociológico*", cuyo principal expositor fue el jurista alemán Stein.

Dada la amplitud del contenido asignado al derecho administrativo, junto al examen jurídico de la materia, entran en juego otros diversos factores: el político, el social, el histórico y, sobre todo, el filosófico; los cuales desplazan el criterio jurídico, reduciendo al mínimo su consideración (698) . Como expresa Orlando, el abuso del criterio filosófico produce la degeneración del elemento teórico del derecho, del mismo modo que el abuso del criterio exegético implicó la degeneración de elemento práctico del derecho (699) ; agrega este autor que el excesivo uso de las teorías puramente filosóficas en el ámbito del

derecho público, resulta repudiado por el principio de la división del trabajo científico, que es fundamental en la escuela moderna (700) .

Esa manera de cultivar el derecho administrativo determina, a su vez, una diversidad metódica, ya que los métodos propios de las ciencias que entonces contribuyen con sus aportes, son también tomados en cuenta (701) .

Pero como el derecho administrativo es "*derecho*", y no filosofía, ni sociología, ni historia del derecho, el conglomerado de métodos a que hice referencia dificulta toda sistematización (702) .

93. c) *Método realista.*

Este método fue originariamente concebido por León Duguit para el derecho constitucional: formó parte de su llamado "*realismo jurídico*". Gastón Jèze lo trasladó al derecho administrativo.

El derecho de un país, dice Jèze, es el conjunto de reglas que en un momento dado son "*efectivamente*" aplicadas por los "prácticos" y por los "*tribunales*"; y una obra de derecho debe contener la exposición de las reglas que el legislador, la opinión pública de los juristas y, en particular, la opinión de los tribunales, declaran ser justas y útiles en un país y momento determinados.

De esos supuestos deduce Jèze cuál ha de ser la misión del teórico. Sea cual fuere su opinión personal, el teórico debe, *ante todo*, inducir esas reglas, clasificarlas, darles una forma clara y precisa, explicar sus orígenes, señalar su desenvolvimiento histórico bajo la presión de los hechos sociales, económicos y políticos. Toda teoría jurídica que no tenga por punto de partida la observación minuciosa y atenta de los *hechos* y que no sea de éstos la síntesis adecuada y exacta, está desprovista de valor. La perfecta conformidad con los hechos es el criterio que debe guiar a las teorías. El teórico nunca debe olvidar que el derecho sirve para resolver problemas sociales, económicos y políticos, y es la vida quien los plantea. No tiene por qué imaginar hipótesis. Es la vida la que se los muestra con toda la complejidad, con todos los conflictos de intereses y pasiones que constituyen la trama de las sociedades humanas.

¿Quiere decir que el teórico no tenga otra cosa que hacer que recoger hechos, clasificarlos y explicarlos? No, se contesta Jèze. Queda por hacer la "*síntesis crítica*", en cuyo mérito el teórico debe averiguar en qué medida tal o cual principio práctico, en un país y momento determinados, se conforma con los otros principios jurídicos y corresponde al sentimiento de justicia *relativa* de la época y del medio, a las necesidades sociales, económicas y políticas. Esta "*síntesis crítica*" es una parte muy delicada de la función del teórico; en ella las probabilidades de errar son muy numerosas; se cae muy fácilmente en la apología mística o en la denigración sistemática y apasionada (703) .

¿Qué decir respecto al método "realista"? El propio Jèze, con alabable sinceridad -que le enaltece-, expresó sus dudas acerca de la perfección de dicho método, porque apareja la

posibilidad de que se den como necesidades verdaderas y reales del país, lo que son sentimientos puramente subjetivos, personales, del intérprete; incluso no descarta la posibilidad de haber caído también él en esa falla (704) . Por su parte, García Oviedo dice que dicho método no es, por sí mismo, guía seguro, ni siempre en su manejo preside el acierto en los investigadores; agrega dicho autor que, tal como afirmaba Duguit, la ley no es expresión de la voluntad nacional, sino estrictamente la de los diputados y senadores que constituyen el Parlamento, lo que prueba la falacia del método realista y lo fácil que resulta confundir las apariencias con los hechos (705) .

94. d) *Método jurídico.*

El método "*jurídico*" -"dogmático" o "lógico", como también se le denomina- nació en Alemania, siendo Paul Laband su más caracterizado expositor, lo que así hizo en su obra "*Le droit public de l'empire allemand*".

Dicho método consiste esencialmente: 1) en descubrir los principios generales; 2) en establecer las consecuencias que derivan de tales principios y su concordancia con las instituciones realmente en vigor y con las normas positivas (706) .

El método jurídico se sirve de la *inducción* para extraer de la variedad de fenómenos que constituyen manifestaciones del derecho público (constituciones, códigos y leyes especiales, decisiones judiciales) los principios generales que representan el instrumental básico de toda ciencia. La *deducción* permite aplicar a los casos concretos las consecuencias de los principios descubiertos o puestos de manifiesto mediante la inducción. Esta segunda operación tiene extraordinaria utilidad para resolver los casos nuevos, no previstos por textos expresos (707) .

El guía de este método es la "*lógica*". La historia, la economía, la filosofía, la política, le preocupan poco. El papel científico del dogmático, dice Laband, en un derecho positivo determinado, consiste en analizar las formas jurídicas, en referir las nociones particulares a principios generales, en deducir de estos principios las consecuencias que procedan. Todo esto es un trabajo de espíritu puramente lógico (708) .

La introducción del método jurídico en el derecho público alemán alcanzó pronto gran éxito. El derecho administrativo no escapó a la acción sugestiva del nuevo método. Lo que venía ocurriendo en el derecho constitucional repercutió en el derecho administrativo. La corriente jurídica penetró en este campo a través de la obra de Otto Mayer, "*Le droit administratif allemand*" (709) .

La nueva corriente se introdujo pronto en Francia, donde Larnaude fue un entusiasta de ella. Creo, como Laband, decía Larnaude, que es necesario que el derecho público sea otra cosa que una serie de consideraciones filosóficas y políticas. Pienso que sólo la regla jurídica puede darle una envoltura sólida al cuerpo inconsistente de intereses y de fuerzas. Estimo que una cierta cristalización es necesaria en las instituciones, incluso en las más propensas a transformaciones. Pero no estoy tan convencido como Laband, agregaba

Larnaude, de la universalidad y del encadenamiento lógico de los principios generales del derecho, que parecerían ser de todos los tiempos y lugares.

En cuanto a la utilización, en derecho público, de ciertos principios contenidos en el derecho privado -a los cuales se refería Laband, sosteniendo que no constituían principios de derecho privado, sino principios generales del derecho (710) -, Larnaude sostuvo que el transporte de tales principios al campo del derecho público debía efectuarse con la mayor circunspección, porque -recordando a Montesquieu y a Cicerón-, agregó, "sería ridículo pretender decidir sobre los derechos de los reinos, de las naciones y del universo, por los mismos preceptos con que se resuelve entre particulares el derecho a una gotera". El derecho público tiene también sus principios y sus teorías: todo está en deducirlos y construirlos. Es de las entrañas mismas del derecho público de donde es necesario extraer las grandes teorías que explican las decisiones del derecho constitucional y del derecho administrativo (711) .

El método jurídico fue objeto de críticas. Se le imputó: a) el trasplante al derecho público de los conceptos y principios del derecho privado, especialmente de los del derecho civil; b) exceso de logicismo.

La primera objeción aparece contestada por Laband en los siguientes términos: se trata de principios que han sido científicamente establecidos y desarrollados en el ámbito del derecho privado, pero que, por su naturaleza, no son principios de derecho privado, *sino principios generales del derecho* (712) .

La segunda objeción la contesta Laband, diciendo: sé muy bien que acordar un predominio absoluto al método lógico en las cosas del derecho implicaría hacer gala de un exclusivismo totalmente inaceptable. No desconozco ni la importancia de las investigaciones de la historia del derecho, ni la utilidad que presentan para el conocimiento del derecho la historia, la economía política, la política, la filosofía. La dogmática no es la única faz de la ciencia del derecho, pero es por cierto una de ellas (713) .

En cuanto a la "*universalidad*" y encadenamiento lógico de los principios generales del derecho, de que hablaba Laband y de que dudaba Larnaude, estimo que las investigaciones posteriores y la posición actual de los juristas y tribunales más caracterizados, le han dado plenamente la razón a Laband (714) .

95. Después de lo dicho en los párrafos precedentes ¿cuál es el método que corresponde utilizar en derecho administrativo?

Desde que el objeto de éste es el "*derecho*" que, *lato sensu*, regula a la Administración Pública, va de suyo que el método de dicha rama de la ciencia debe ser el método "*jurídico*", ya que éste prescinde -o subestima-, como se vio, de consideraciones históricas, económicas, filosóficas y políticas. La doctrina hállase conteste en que el método jurídico es el adecuado para el estudio del derecho administrativo (715) .

Pero dado que -como el propio Laband lo advirtiera- las conclusiones de la historia del derecho, la historia, la economía, la política y la filosofía, también tienen o pueden tener trascendencia en esta clase de estudios, es razonable entonces no prescindir del método "*realista*" como mero auxiliar del método jurídico (716) .

TÍTULO III - LA PERSONALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO (Estado y Administración Pública)

CAPÍTULO I - PRINCIPIOS GENERALES

SUMARIO: 96. A qué personas se refiere. La "*Administración Pública*": el "*Estado*". Lo atinente al "*administrado*". - 97. Personalidad de la Administración Pública: a) como uno de los órganos esenciales del Estado; b) la Administración descentralizada, *lato sensu*. Lo atinente al "Poder" Legislativo y al "Poder" Judicial: contratos celebrados por ellos; controversias judiciales que se originen a su respecto. - 98. Generalidades sobre personas jurídicas. - 99. Las personas en el derecho administrativo. Personas jurídicas públicas: su diferencia con las personas jurídicas privadas. Personas de "interés" público. Criterios de distinción; solución adoptada. - 100. Clasificación de las personas jurídicas públicas: estatales y no estatales. Régimen jurídico de ambos tipos de entidades; consecuencias. Lo atinente a la Iglesia; otros supuestos. Clasificación de las personas jurídicas en el derecho argentino.

96. Cuando se hace referencia a la personalidad en el derecho administrativo, se alude al "*Estado*" y a la "*Administración Pública*", considerada ésta en sentido lato. De ambos me ocuparé sucesivamente en éste y en los capítulos que siguen.

Desde luego, el "*administrado*" puede ser, y generalmente es, uno de los sujetos de la relación jurídico-administrativa. Pero el particular o administrado, por principio y salvo expresa excepción o exigencia legal, concurre al campo del derecho administrativo -para actuar en él- con el *status* que le reconoce o asigna el derecho privado (717) . La originaria y específica personalidad para actuar en el campo del derecho privado, no obsta para que, ocasionalmente, despliegue su capacidad en el campo del derecho público, del mismo modo que la originaria o específica capacidad de las entidades públicas para actuar en el campo del derecho público, no obsta a que éstas puedan actuar en la esfera del derecho privado (718) .

97. La personalidad de la Administración Pública depende del punto de vista desde el cual se la analice.

Considerada como uno de los órganos *esenciales* del Estado, vale decir, como integrante del "Poder Ejecutivo" (ver números 13 y 14), la Administración carece de personalidad; en ese ámbito, la personalidad no le incumbe a la Administración, ni a alguno de los otros dos "poderes" (Legislativo y Judicial), sino al *Estado*. La personalidad de la "Administración" va subsumida en la del "*Estado*". Trátase de la Administración centralizada o general.

Otra cosa cuadra decir de la Administración *descentralizada*. Esta puede o no ser "autárquica".

La Administración meramente *descentralizada* (descentralización burocrática) carece asimismo de personalidad: se trata de simples órganos que ejercen porciones de la actividad de la Administración general, pero que no se separan *orgánicamente* de ésta: la separación es meramente *funcional*; más aún, desde este punto de vista trátase de una separación "relativa" (719) .

La personalidad "*específica*" de la Administración Pública recién aparece con la autarquía. La Administración autárquica traduce la respectiva creación de órganos dotados de personalidad (ver nº 26). Pero trátase de "personificaciones" *parciales* de la Administración, pues cada entidad autárquica tiene a su cargo una "parte" de la actividad administrativa: por eso se habla en estos casos de descentralización por "*servicios*". Con relación a la Administración general, la autarquía implica separación orgánica, a la vez que funcional.

Aparte de esos dos tipos extremos de Administración "*descentralizada*", pueden mencionarse otros: las empresas del Estado y las sociedades de economía mixta que, si bien son o pueden ser personas jurídicas *públicas*, en buenos principios en ningún caso integran los cuadros de la Administración *stricto sensu* (720) .

Algo similar cuadra decir acerca de los poderes "Legislativo" y "Judicial". Ninguno de ellos tiene personalidad jurídica. No obstante, tanto la Corte Suprema de Justicia, dentro del Poder Judicial, como las cámaras de Diputados o de Senadores, dentro del Poder Legislativo, suelen celebrar contratos con terceros, de índole y fines estrictamente administrativos, ya sea de compraventa, de suministros, de locación, etcétera. No existe texto constitucional alguno que faculte expresamente tales contratos. No obstante, la "*genérica*" facultad de contratar por parte de la Corte Suprema de Justicia puede deducirse del "*principio*" contenido en el artículo 99 (721) , *in fine*, de la Constitución, en cuanto éste faculta al tribunal para "*nombrar todos sus empleados subalternos*". Esta, como todas las relaciones de empleo público, es de tipo "*contractual*" de derecho público. En la Constitución no sólo existe un conjunto de "*normas*", sino también un conjunto de "*principios*" que se deducen de esas normas. Es posible, asimismo, admitir que la facultad de celebrar contratos *directa e inmediatamente* vinculados al funcionamiento de cada uno de esos poderes -Legislativo y Judicial- surja de la atribución constitucional que cada uno de ellos, y cada Cámara del Congreso en particular, tiene para dictar su reglamento interno (artículos 58 y 99 (722)), y en cuanto dichos contratos tiendan "*exclusivamente*" a facilitar el desenvolvimiento del respectivo poder. Tales reglamentos pueden autorizar la formalización de esos contratos. Así, el Senado de la Nación suele celebrar contratos de locación de servicios con determinadas personas; la Corte Suprema de Justicia celebra contratos para la impresión y distribución de sus fallos; etcétera. Pero es evidente que tales contratos, aunque aparezcan directamente celebrados por las cámaras del Congreso o por la Corte Suprema de Justicia, son celebrados por ellas, no en nombre propio, sino en nombre de la Nación, ya que al celebrarlos ejecutan facultades que se deducen de la Constitución.

Exactamente lo mismo ocurriría con un contrato de suministros, por ejemplo, celebrado por el Poder Ejecutivo, tendiente a facilitar el cumplimiento de la tarea administrativa: aunque el contrato aparezca celebrado por el Poder Ejecutivo, lo ha sido en nombre de la Nación. De modo que, en el supuesto de controversias originadas por los contratos de referencia, la eventual demanda judicial debe ser promovida por la Nación o contra la Nación, ya que la personalidad jurídica le corresponde a ésta, al Estado, considerado como unidad, y no aisladamente a cada uno de los poderes que integran el gobierno.

98. Lo atinente a las "*personas jurídicas*" también tiene aplicación en derecho administrativo. No se trata, pues, de un problema exclusivo y propio del derecho privado. Los principios fundamentales de la personalidad jurídica, originariamente expuestos con relación al derecho privado, hallan aplicación en derecho administrativo. Y como respecto a las personas jurídicas el derecho administrativo tomó mucho del derecho privado, resulta oportuno recordar algunas nociones básicas desarrolladas al respecto en el ámbito de este último (723) .

La teoría de las personas morales o jurídicas tiene fama de difícil y oscura. Pero como acertadamente lo expresa Waline, esa teoría fue oscurecida por una noción equivocada de lo que ha de entenderse por persona jurídica. Se partió erróneamente de la idea de que la palabra "*persona*" designa y se refiere exclusivamente a un ser humano. De la asimilación de "persona" a "ser humano" se dedujo que, por equiparación al ser humano, ciertas entidades o colectividades eran consideradas como personas por el derecho (724) .

Esa supuesta asimilación de las colectividades o entidades a los seres humanos dio lugar a las conocidas teorías de la ficción y de la realidad. Los que sostenían que esa asimilación de las colectividades a los seres humanos era puramente arbitraria, afirmaban que la persona jurídica o moral constituía una ficción; en cambio, los que sostenían que las *colectividades* humanas, son seres organizados como los *seres* humanos, consideraban que reconocerles personalidad implicaba extraer consecuencias jurídicas de la realidad.

Pero tanto los partidarios de la "realidad", como los partidarios de la "ficción", partían de una idea común: que la personalidad jurídica no podía serles conferida a las colectividades sino por asimilación de éstas a los seres humanos. Nada hay más inexacto que eso, afirma Waline. La palabra "persona", en el vocabulario jurídico, tiene un sentido preciso y determinado: sólo significa un ser capaz de ser sujeto de derechos, de tener derechos subjetivos (725) . Pero, y esto es lo fundamental, nada autoriza a pensar que la categoría de sujetos de derecho deba coincidir, *a priori*, con las de seres humanos. Recuérdese que en las sociedades antiguas, los esclavos -seres humanos- no eran personas en el sentido jurídico. Inversamente, en ciertas épocas se admitió que los animales, las cosas o los muertos, fuesen sujetos de derechos (726) .

Es necesario, pues, disociar esas dos nociones: ser humano (persona en el sentido del lenguaje corriente) y personas jurídicas. Para saber si un ser cualquiera es una persona jurídica, basta con determinar si es susceptible de convertirse en sujeto de derechos (727) . De ahí termina sosteniendo el profesor francés que una persona jurídica no es otra cosa que "*un centro de intereses socialmente protegidos*" (728) .

Las personas jurídicas son "reales", puesto que todos sienten su acción; lo que sucede es que no son tangibles, sino abstractas. No debe confundirse abstracción con ficción. La persona jurídica es un ente real creado por el Estado (729) o autorizado por él.

Para dar el fundamento de las personas jurídicas se han expuesto muchas otras teorías. Así, por ejemplo: 1) la de los "*patrimonios de afectación*", sosteniéndose que donde existe un patrimonio adscrito a un fin hay una persona jurídica. Entre otras objeciones, se le ha replicado diciendo que ella sólo contempla a las fundaciones; 2) la teoría "*voluntarista*", en cuyo mérito habría personas jurídicas allí donde existe una organización capaz de emanar una voluntad propia; pero esto, en definitiva, contempla los "centros de imputación de relaciones jurídicas" a que hice referencia citando a Waline (730) ; 3) la teoría "*normativa de Kelsen*", para quien la personalidad en sentido jurídico, tanto para el individuo como para el grupo, no es sino una categoría jurídica, un producto del derecho y que por sí no implica necesariamente ninguna condición de corporalidad o espiritualidad en quien la recibe. El hecho de que la norma atribuya a alguien un derecho o un deber, constituye a ese *alguien* en persona (731) .

99. La Administración Pública, considerada como sujeto activo de potestades administrativas, *siempre* es -en definitiva- una persona jurídica, ya se trate de la Administración central, en cuyo supuesto su personalidad subsúese en la del Estado, o ya se trate de la Administración indirecta o autárquica, en cuyo caso la personalidad le corresponde al ente autárquico. De ahí resulta que en derecho administrativo la importancia de todo lo relacionado con la personalidad moral o jurídica es fundamental. Como acertadamente se hizo notar, la Administración Pública siempre se expresa a través de una persona jurídica o moral, ya que los empleados y funcionarios sólo actúan como órganos de la Administración (732) . En cambio, el régimen de las "*personas individuales*" carece de trascendencia en lo atinente a la Administración Pública, considerada ésta como sujeto activo de las potestades administrativas, pues, en tal orden de ideas, ella -ya se trate de la Administración centralizada o de la autárquica- es siempre una "*persona jurídica*", no una persona individual.

La Administración -centralizada o autárquica- aparece como persona jurídica pública. Pero como también hay otras clases de personas jurídicas públicas y existen, además, personas jurídicas privadas, se hace necesario establecer las bases o criterios que permitirán diferenciar esos tipos de personas morales o jurídicas. Giannini dijo con razón que éste es uno de los temas más discutidos en nuestra ciencia (733) .

¿Cómo se diferencian o distinguen las personas morales o jurídicas "*públicas*" de las "*privadas*"? Varios son los criterios propuestos por la doctrina para establecer tal distinción.

Ante todo, cuadra advertir que establecer esa diferencia no constituye una mera cuestión académica, sino una cuestión de indiscutible interés práctico, que se concreta en lo siguiente: a) la persona jurídica pública se rige, por principio, por el derecho administrativo, es decir por el derecho público; b) la persona jurídica privada se rige por el derecho privado; c) la persona jurídica pública puede ser, además, persona estatal. De ello derivan

las siguientes consecuencias: los fondos o dineros de las personas públicas son o pueden ser fondos públicos, los de las personas privadas no revisten ese carácter; el contralor financiero de las personas públicas -especialmente el de una especie de éstas- hállese sujeto, en buenos principios, a la ley de contabilidad, no así el de las personas jurídicas privadas; los administradores o agentes (órganos personas) de las entidades públicas son, generalmente, funcionarios públicos, aunque a veces, según su jerarquía, pueden ser considerados como empleados u obreros sujetos al derecho privado; ciertas personas jurídicas públicas emiten actos "administrativos", en tanto que las personas jurídicas privadas emiten actos jurídicos comunes, regidos por el derecho privado; algunas personas jurídicas públicas tienen la posibilidad de ejercer sobre sus funcionarios y empleados el poder disciplinario; en caso de litigio, ciertas personas jurídicas públicas deben actuar ante la jurisdicción contencioso-administrativa, mientras que las personas jurídicas privadas litigan ante la jurisdicción ordinaria (734) . Es, pues, evidente la importancia de distinguir las personas jurídicas públicas de las personas jurídicas privadas.

Desde luego, el carácter público de una persona jurídica es sin perjuicio de la prerrogativa de dicha persona para desplegar su actividad en el campo del derecho privado, del mismo modo que el carácter privado de una persona jurídica no obsta a que la misma despliegue su actividad en el campo del derecho público (735) .

Los criterios propuestos para distinguir una persona jurídica pública de una persona jurídica privada son (736) :

- 1) *Origen del ente*. Sostiénese que las personas jurídicas públicas son *creadas* por el Estado, en tanto que las privadas lo son por los particulares. Se ha objetado este punto de vista diciendo que hay entes públicos de origen privado, como también entes privados de origen estatal (737) .
- 2) *Control administrativo*. Se dice que las personas jurídicas públicas están sujetas a dicho control, no así las privadas. Se ha objetado este criterio diciendo que ciertas entidades privadas, por la índole de sus actividades, hállese sometidas a un control estatal que varía en intensidad según los casos. Asimismo, se ha dicho acertadamente que el control de referencia es una *resultante* del carácter público de la entidad, pero no la *razón* de ese carácter.
- 3) *Potestad de imperio*. Para algunos, la potestad de imperio caracteriza a las personas jurídicas públicas. Pero a esto se contestó que hay entes privados que también gozan de potestad de imperio, en mayor o menor grado, verbigracia los concesionarios de servicios públicos, que aparte de la posibilidad de expropiar, ejercen la policía específica del respectivo servicio público. Asimismo se ha expresado que existen personas jurídicas, consideradas públicas, que carecen de dicha potestad de imperio: es lo que ocurre con entes públicos económicos.
- 4) *Criterio del servicio público*. Las personas jurídicas públicas tendrían a su cargo la prestación de un servicio público. Este punto de vista es inaceptable, pues actualmente -debido a una verdadera falla de sistemática jurídica- suele atribuírseles carácter de

"entidad autárquica", vale decir de persona jurídica pública estatal, a entidades cuya actividad nada tiene que ver con el servicio público, *stricto sensu*, ya que se trata de una actividad típicamente comercial o industrial; es lo que ocurre con ciertas "empresas del Estado". Todo ello sin perjuicio de las controversias existentes acerca de lo que ha de entenderse por servicio público.

5) *Fin público*. Según este punto de vista serían personas jurídicas de derecho público las destinadas a satisfacer intereses públicos, coincidentes con los fines esenciales del Estado y que éste considere como "suyos propios". Pero tal criterio, por sí solo, es insuficiente, pues, como quedó expresado en el punto anterior, debido a una falla de sistemática jurídica, existen entes cuyas "finalidades" nada tienen que ver con los fines esenciales del Estado y que, no obstante eso, son considerados como personas jurídicas públicas, como "entidades autárquicas" (verbigracia, ciertas "empresas del Estado"). Aparte de lo expuesto, queda aún la dificultad de establecer con precisión cuáles son los fines del Estado, tanto más cuando tales fines no son fijos e inmutables, sino que pueden variar con la época histórica e incluso con las condiciones ambientales permanentes de un país respecto a otro (738) .

Lo dicho acerca del "*fin público*" no se altera ante la opinión de autores que, como Giannini, hablan del "*doble fin*". Según esto, serían entes públicos los que cumplen un fin colectivo de interés general, en común con el Estado, y que al mismo tiempo cumplen un fin propio (739) . En lo atinente al expresado fin colectivo de interés general, en común con el Estado, tiene vigencia todo lo que acabo de expresar en el párrafo precedente acerca del "*fin público*".

6) Algunos tratadistas, partiendo del supuesto de que las personas jurídicas públicas siempre integran la Administración Pública, para diferenciar las personas jurídicas públicas de las personas jurídicas privadas, consideran, entonces, que es necesario averiguar cuáles son los signos que denotarán el "*encuadramiento*" del ente en la Administración Pública (740) . Este criterio adolece del error fundamental de asimilar "*persona jurídica pública*" a "*persona estatal*", lo que es inconcebible, según quedará de manifiesto más adelante.

7) Por último, hay quienes consideran que el criterio distintivo entre personas jurídicas públicas y personas jurídicas privadas depende de la "*voluntad del legislador*", ya que el legislador puede calificar como lo juzgue mejor los grupos jurídicos que él cree o autorice (741) . Este es un criterio sin valor científico, que sólo reposa en la omnipotencia legislativa. No siempre las afirmaciones contenidas en una ley concuerdan con los postulados de la ciencia jurídica. Antes que a la omnipotencia legislativa hay que atenerse a la teoría de la calificación jurídica. La "voluntad del legislador" sólo puede tener razonable influencia en supuestos efectivamente muy dudosos, donde los elementos de valoración, por sí solos, no permitan decidirse categóricamente en pro del carácter público o del carácter privado del ente.

Dada la insuficiencia de cada uno de los criterios mencionados, considerados éstos en forma aislada, la doctrina, que se muestra muy dividida al respecto, adopta diversos o distintos temperamentos para distinguir la persona jurídica pública de la persona jurídica privada.

Es de advertir que las dificultades para diferenciar las personas jurídicas públicas de las personas jurídicas privadas no se presentan con relación a los tipos que podrían llamarse "*extremos*", o perfectos, donde el respectivo carácter público o privado aparece exclusivo, nítido o indubitable. Las dificultades en cuestión surgen en los llamados "*tipos intermedios*", en los que aparecen entremezclados rasgos publicísticos y privatísticos. Esto hizo pensar en la existencia de un tercer grupo dentro de las personas jurídicas o morales: el de los establecimientos o personas de "*interés público*", o de "*interés colectivo*" como también suele denominárseles (742), que en substancia constituyen entes de carácter "*privado*", pero que poseen ciertas prerrogativas de poder público (verbigracia: facultad de expropiar, adhesión obligatoria sobre particulares y percepción de cotizaciones, ejercicio de cierto aspecto del poder de policía, etc.) (743). No creo que este punto de vista sea aceptable, pues esa categoría intermedia -que actúa en una zona difusa e indeterminada-, no implica ni ofrece una solución categórica. Como manifiesta Sayagués Laso, "no constituye una solución técnicamente aconsejable" (744).

Pero considerando que, en definitiva, es la Administración Pública la titular de esa competencia especial ejercida excepcionalmente por los establecimientos o personas denominadas de "*interés público*" o de "*interés colectivo*", se ha sostenido que estos colaboradores de la Administración Pública no pueden ser considerados como personas públicas, sino como personas privadas (745), mientras que otros tratadistas -siguiendo como criterio distintivo entre entidades públicas y privadas el "*finalístico*"- sostienen que, en estos supuestos, por el "*fin*" perseguido, estamos en presencia de personas jurídicas públicas (746). Siguen en pie, pues, las dificultades para desentrañar el carácter público del ente. Más aún: Giannini estima que, a igual de lo que ocurre en derecho privado, en derecho administrativo puede darse el caso de entes "*de hecho*" de interés administrativo (747), lo que agrava aún más lo atinente al criterio que ha de aceptarse para distinguir la persona jurídica pública de la persona jurídica privada.

¿Qué criterio ha de seguirse al respecto?

Otto Mayer estima que al efecto lo único a considerar es el "*fin*" que persigue la persona moral. En consecuencia, para saber cuál debe ser el fin que caracteriza la persona moral de derecho público, se debe tomar como modelos al Estado y a la comuna. Serán personas morales de derecho público las que, como el Estado y la comuna, *existan en vista de hacer Administración Pública* (748). Un criterio similar, basado en la idea de "*fin*", sustentan Romano (749), Zanobini (750) y Lentini (751). Una variante de este punto de vista es la opinión de Giannini que, al hablar del "*doble fin*" perseguido por la entidad, sostiene que la persona jurídica pública satisface uno o más intereses del Estado, conjunta o coincidentemente con intereses propios (752).

Busso adopta como criterio distintivo el basado en un conjunto de características, entre las que tendrían principal importancia el origen, la finalidad, la potestad de imperio y el control del Estado. Aun cuando pudiera faltarle alguno de estos caracteres, el ente sería público, siempre que ellos en su conjunto prevalecieran (753). Silva Cimma adopta un criterio similar (754).

Waline, en cambio, considera que cuando el ente goza aunque sea de un solo privilegio de poder público (verbigracia, derecho de establecer impuestos; monopolio legal; adhesión obligatoria sobre particulares; etc.), ello basta para hacer presumir el carácter público del ente y la ausencia de tal privilegio para hacer presumir su carácter privado (755) . En esta corriente doctrinaria se encuentra Spiliotopoulos (756) ; asimismo corresponde incluir en ella a Villegas Basavilbaso (757) .

García Trevijano Fos estima que para dirimir esta cuestión hay que atenerse a la "*forma*" como índice de distinción. Para dicho autor la diferencia se halla en dos puntos: en primer lugar, son entes públicos los que están con el Estado en una relación de derecho público, de manera que se *encuadren* en su organización general y, además, que el ente tenga forma de "corporación" o de "fundación". Según García Trevijano Fos, la forma es quizá hoy día el único medio de poder mantener las fronteras entre lo público y lo privado. Cuando se adopta la forma de "sociedad" es indudable -agrega- que se ha querido someter jurídicamente dichas personas morales a los dictados del derecho privado (758) . Garrido Falla comparte este punto de vista, en cuanto estima como requisito básico para que una persona jurídica sea considerada de derecho público su *encuadramiento en la organización estatal*, pero desestima, con razón, el requisito de la "forma" a que alude García Trevijano Fos (759) . Igual criterio -el del encuadramiento en la Administración- sustenta Alessi (760) . Pero esta teoría, en cuanto se refiere al encuadramiento del ente en la organización administrativa, tiene el fundamental defecto de suponer que persona pública es lo mismo que persona *estatal*.

Sayagués Laso distingue entre persona jurídica pública y persona estatal, de donde resulta que una entidad puede no formar parte de la Administración Pública y ser, sin embargo, persona jurídica pública (761) (762) . No obstante, esta posición, que juzgo correctísima, deja aún dos problemas a resolver: 1) cuándo una persona pública ha de ser tenida por persona "estatal"; 2) cómo se distingue una persona jurídica *pública* "no estatal" de una persona jurídica privada, máxime si ésta, por la índole de los poderes de que disfruta y la actividad que ejerce, se halla en los lindes del derecho público (763) .

En cuanto al primer problema, o sea cuándo una persona pública ha de ser tenida por persona "estatal", vale decir cuándo ha de considerársela "*encuadrada*" en la organización estatal, corresponde establecer que para ello deben concurrir los siguientes elementos, que, según cuáles sean, pueden concurrir juntos o separados:

1) *Potestad de imperio*, ejercida en nombre *propio*, para el cumplimiento total de su actividad. Así ocurrirá, por ejemplo, cuando el ente pueda autorizar o prohibir un acto determinado; imponer obligaciones; dictar disposiciones reglamentarias; etcétera (764) .

2) "*Creación*" directa del ente por el Estado (765) . Esto es decisivo para que el ente sea considerado "*estatal*". Los particulares o administrados no pueden crear personas jurídicas "*estatales*". Pero la concurrencia de este elemento o dato, si bien es *indispensable*, no basta cuando no concurren otros elementos que le complementen, como por ejemplo el "poder de imperio" con las características expresadas. La creación del ente por el Estado no basta, por sí sola, para tener por existente a la persona jurídica pública estatal, porque a veces el

Estado *crea* entes que, por sus fines y "*en buenos principios*", no deben considerarse como integrantes de la organización administrativa de la Nación: verbigracia, empresas del Estado destinadas a servicios comerciales o industriales, que si bien pueden ser personas jurídicas "públicas", no pueden o no deben ser personas jurídicas "estatales", es decir no pueden o no deben integrar los cuadros de la Administración *stricto sensu*.

3) Obligación del ente, para con el Estado, de cumplir sus fines propios (766) .

4) Tutela o control del Estado sobre el ente, a efectos de asegurar que éste cumpla con sus fines (767) .

5) Satisfacer fines específicos del Estado, y no fines comerciales o industriales. Lo que ha de tenerse por "*fin*" específicos y propios del Estado puede surgir o inducirse esencialmente de preceptos contenidos en la Constitución, en modo especial a través de las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo, complementados y aclarados estos preceptos con expresiones resultantes del preámbulo de la misma y con la nómina de los derechos reconocidos a los habitantes de la Nación, entre cuyos derechos figuran los de ejercer toda "*industria*" lícita y el de "*comerciar*" (768) .

Respecto al segundo problema, Sayagués Laso funda la diferencia entre persona jurídica pública y privada, en que la primera desarrolla su actividad bajo el derecho público y dispone de derechos de poder público, aunque no pertenezca a la organización jurídica del Estado (769) . Este punto de partida, como criterio general para distinguir ambas categorías de personas jurídicas, es interesante y útil. Pero estimo 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 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; trátase de un interés general *menos intenso* que el que satisface al Estado como función esencial y propia de él. Lógicamente, en lo que a los "*fin*" del ente respecta, debe admitirse una diferencia entre los que cumple la persona jurídica pública "estatal" y los que satisface la persona jurídica pública *no* estatal.

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. Puede ser de origen privado (770) . En este aspecto hay una diferencia esencial entre la persona jurídica pública *estatal* y la persona jurídica pública *no* estatal: mientras la primera indispensablemente debe ser *creada* por el Estado, las últimas pueden o no serlo. Pero como ya quedó dicho, respecto a las personas jurídicas públicas "*estatales*", el elemento referente a su "*creación*" u "*origen*" -aunque *siempre* debe tomársele en cuenta- no es el único a considerar para caracterizarlas.

e) El "*patrimonio*" de la entidad -se ha dicho- puede pertenecer total o parcialmente a las personas que la integran (accionistas, asociados, afiliados, etc.); asimismo, parte de dicho patrimonio puede ser del Estado, el cual muchas veces contribuye a su formación. Pero los integrantes de la entidad no tienen sobre dicho patrimonio los mismos derechos que poseen los socios de una sociedad privada sobre el capital social. Como se trata de entes destinados a la realización de fines públicos, su patrimonio queda de tal modo afectado por éstos, que en muchos aspectos la voluntad de sus componentes resulta limitada y dominada por tales fines (771) .

f) La "*forma*" del ente -corporación, fundación, etcétera- carece de influencia en esta materia. Puede haber persona jurídica pública bajo cualquier "*forma*", siempre que concurren los demás datos o elementos requeridos para ello (772) . Para revestir carácter "público", la entidad no sólo puede ofrecer la forma de "corporación" o de "fundación", sino también la de "*sociedad*"; ejemplo: sociedades de economía mixta que, en ciertos supuestos, pueden ser de derecho "público" y en otros de derecho "privado".

De modo que la persona jurídica es pública y se distingue de la persona jurídica privada por los siguientes datos: a) cuando la persona jurídica pertenece a la organización administrativa del país. En la especie, trátase de la persona jurídica pública "estatal"; b) cuando, sin tratarse de una persona jurídica pública estatal, la respectiva persona jurídica reúna los elementos o caracteres ya expresados.

100. En el párrafo precedente quedó establecido que hay dos clases de personas jurídicas públicas: las estatales y las no estatales, cuyos respectivos elementos característicos también quedaron de manifiesto.

De esa clasificación, y de esos distintos elementos característicos, derivan *consecuencias* fundamentales en el *régimen* del ente, ya sea en lo atinente al origen de la entidad, a la naturaleza de los actos que emite, al carácter de sus órganos personas, a su patrimonio, a la existencia o no de cierto poder coactivo o de imperio a disposición de la entidad, al control del Estado sobre el ente, a la finalidad a cumplir, etcétera.

Sobre la base de tales elementos de juicio, en los casos concretos podrá establecerse si el ente público es "estatal" o "no estatal" y cuáles son las consecuencias que derivan del hecho de pertenecer a uno o a otro grupo.

Tratándose de personas jurídicas públicas "*estatales*", las características de éstas son las propias de la Administración Pública, o sea: su origen es siempre estatal; sus "*fines*" son fines esenciales y específicos del Estado; emiten actos administrativos; sus órganos personas son funcionarios o empleados sometidos a una relación de derecho público; su patrimonio es del Estado, pudiendo integrarse el mismo por bienes del dominio público o del dominio privado; tienen las prerrogativas propias de la Administración Pública, especialmente la potestad de imperio, ejercida ésta en nombre propio para el cumplimiento total de su actividad (773) .

Otra cosa ocurre con las personas jurídicas públicas "*no*" estatales. Su origen o creación puede responder a un acto del Estado o de los particulares (774) . Sus "fines", si bien han de ser indispensablemente de "*interés general*", no es menester que coincidan en todo o en parte con los fines específicos del Estado; como lo expresé precedentemente, tratase de un interés general *menos intenso* que el que satisface el Estado como función esencial y propia de él. Sus órganos personas no son funcionarios o empleados públicos; en consecuencia, no se rigen por el derecho administrativo, sino por el derecho laboral. Sus actos o decisiones no son actos "administrativos". Su patrimonio no es totalmente del Estado, aunque parte puede ser de éste. Por la índole de la actividad que ejercen, están sometidas a un control más o menos riguroso por parte del Estado. Pueden poseer cierto poder coactivo o de imperio sobre los administrados o particulares que actúan dentro del ámbito en que el ente ejerce su actividad (775) .

Por aplicación de ideas que coinciden con las precedentes, y después de un análisis de sus elementos, entre nosotros se ha considerado que la Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires es una persona jurídica pública "*no estatal*" (776) . Del mismo modo, antes de ahora he considerado que, entre nosotros, la Iglesia Católica Apostólica Romana, si bien es una persona jurídica pública, no es, en cambio, una persona estatal, vale decir, no integra la organización jurídica de la Nación (777) .

Nuestro Código Civil, en materia de clasificación de las personas jurídicas, sigue un criterio que, con razón, ha sido criticado: personas de existencia *necesaria* y de existencia *posible* (artículo 33). La "necesidad" y la "posibilidad" de la existencia de los entes jurídicos constituye un dato meramente empírico y contingente, exento de criterio científico (778) . Se impone una modificación de nuestro sistema legal: las personas morales o jurídicas han de clasificarse en dos grandes grupos: públicas y privadas; a su vez, las personas jurídicas públicas deben subclasificarse en estatales y no estatales. En la actualidad, en nuestro país el carácter *público* -estatal o no estatal- de una persona jurídica, surge de las enseñanzas de la doctrina científica que, como tantas veces ha acontecido, sirve de guía a la futura acción del legislador (779) .

Para la condición jurídica del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (ley 23187), ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 308, página 987 y siguientes, considerandos 5º y 8º.

Para la condición jurídica de los sindicatos de trabajadores, véase: Benito Pérez, "La personalidad de las asociaciones profesionales" (separata de la revista "Jus", nº 7), La Plata 1966 y "La personalidad gremial", en "Trabajo y Seguridad Social", publicado por El Derecho, Buenos Aires, agosto 1984; Justo López, en el "Tratado de Derecho del Trabajo", dirigido por Antonio Vázquez Vialard, tomo 2º, páginas 586-588, Buenos Aires 1982; Ernesto Krotoschin, "Instituciones de Derecho del Trabajo", tomo 1º, páginas 91-92, Buenos Aires 1947.

En general, véanse los siguientes trabajos: Barra, Rodolfo C.: "El nuevo régimen de las obras sociales", en "El Derecho", 14 de junio de 1989; Canosa, Armando N.: "Algunas reflexiones acerca de las denominadas personas públicas no estatales", en "El Derecho", 19

de mayo de 1993; Creo Bay, Horacio D., "Las personas públicas no estatales y los límites del Estado", en "Doctrina Judicial", 23 de agosto de 1989; Docobo, Jorge J.: "Naturaleza jurídica de las obras sociales", en "Jurisprudencia Argentina", Doctrina 1975, página 207; Morello y Berizonce: "Las entidades profesionales y los desafíos del presente", en "Jurisprudencia Argentina", 4 de abril de 1984; Vázquez Vialard, Antonio: "Los colegios profesionales como agencias de la seguridad social", en "Jurisprudencia Argentina", Doctrina 1975, página 686.

CAPÍTULO II - EL ESTADO

SUMARIO: 101. Noción. El concepto de "Estado" comprende a la Nación y a las provincias. Lo atinente a las municipalidades y a las entidades autárquicas institucionales. - 102. Personalidad del Estado. Teorías. - 103. *Continuación*. a) Teoría que opone los conceptos de Estado y de Nación. - 104. *Continuación*. b) Teoría que niega la personalidad del Estado. - 105. *Continuación*. c) Teoría restrictiva de la personalidad del Estado, o sea que la admite parcialmente. - 106. *Continuación*. d) Teoría que considera al Estado como personificación del orden jurídico total. - 107. *Continuación*. e) Teoría afirmativa de la personalidad del Estado. Lo atinente a la doble personalidad. - 108. El Fisco.

101. Un Estado es un conjunto organizado de hombres que extiende su poder sobre un territorio determinado y reconocido como unidad en el concierto internacional. De ello surge que los elementos constitutivos esenciales del Estado son dos de carácter externo: el "pueblo" y el "territorio", y uno interno, el poder ordenador: el *imperium* (780) .

¿Tiene "personalidad" el Estado? Esto es lo que analizaré en el parágrafo siguiente.

Pero conviene dejar establecido que lo que, respecto a la personalidad se diga del Estado -*lato sensu*-, es igualmente aplicable a las "provincias", *pues en dicho aspecto los "principios jurídicos" a considerar son iguales, tanto más en un país federal como el nuestro donde las provincias -llamadas también "estados particulares" o estados miembros- preexistieron a la Nación, llamada asimismo "Estado general"*.

En el orden de ideas de que aquí se trata debe prescindirse de las "municipalidades", porque su personalidad surge concretamente de su calidad de *entidades autárquicas territoriales*. Por idéntico motivo debe excluirse del específico concepto de "Estado" a las demás entidades autárquicas, es decir a las "institucionales", cuya personalidad surge de su carácter de tales. La personalidad de las entidades autárquicas -territoriales e institucionales- deriva de las "*leyes*" o "*normas*" que establecen su "*régimen*".

102. En lo atinente a la personalidad del Estado la doctrina no es uniforme. Al contrario, existen diversos criterios. Los principales son: a) el que opone los conceptos de Estado y de Nación; b) el que niega la personalidad del Estado; c) el que sólo admite una personalidad parcial o restrictiva del Estado; d) el que considera al Estado como personificación del orden jurídico total; e) el que considera al Estado como titular de personalidad; este criterio se subdivide en dos corrientes: la que le asigna al Estado una doble personalidad y la que le reconoce una personalidad única.

Me ocuparé de cada uno de esos criterios o teorías.

103. En materia de personalidad hay quienes distinguen entre "Nación" y "Estado".

En tal orden de ideas, unos le niegan a la nación toda personalidad, la que sólo le compete al Estado; otros, en cambio, consideran a la nación como sujeto jurídico, pero distinto del Estado.

La nación -elemento demográfico- no entra en el Estado sino como uno de los elementos que concurren en su formación. Una vez constituido, el Estado no traduce la personificación de la nación; se personifica a sí mismo. La nación no interviene sino como un elemento de estructura, del mismo modo que los otros dos elementos: el territorio y el *imperium*. El Estado es una persona en sí (781) . De acuerdo a este punto de vista, la nación carece de personalidad.

La idea de que la nación es un sujeto jurídico, pero distinto del Estado, fue concebida en Francia. Ahí se dijo que, en virtud del principio de la soberanía nacional, la nación puede y debe ser considerada como el sujeto originario de la soberanía, y por consiguiente como una persona anterior al Estado; es la nación la que da vida al Estado al hacer delegación de su soberanía en los gobernantes que instituye la Constitución. Esta doctrina lleva a crear en el Estado una dualidad de personas, distintas una de otra: la persona nación en primer término; la persona estatal después (782) .

Estas teorías, que separan al Estado de la nación, están en contradicción -dice Carré de Malberg- con el principio mismo de la soberanía nacional, tal como fue establecido por la Revolución Francesa. Al proclamar que la soberanía, es decir, la potestad característica del Estado, reside esencialmente en la nación, la Revolución consagró "*implícitamente*", en efecto, en base del derecho francés, la idea capital de que los poderes y los derechos de los cuales el Estado es sujeto no son otra cosa, en el fondo, sino los derechos y los poderes de la nación misma. El Estado no es un sujeto jurídico que se yergue frente a la nación oponiéndose a ella; desde el momento que se admite que los poderes de naturaleza estatal pertenecen a la nación, hay que admitir también la identidad entre nación y Estado, en el sentido de que éste no es sino la personificación de aquélla (783) . "El Estado no es otro que la nación misma". ... "Así pues, la nación no tiene poderes, no es sujeto de derecho, no aparece como soberana sino en cuanto que está jurídicamente organizada y que actúa según las leyes de su organización. En otros términos, la nación no se convierte en persona más que por el hecho de su organización estatal, es decir, por el hecho de estar constituida en Estado. Del mismo modo que el Estado no puede constituir una persona fuera de la nación, la nación no tiene personalidad sino en y por el Estado" (784) .

Las precedentes consideraciones de Carré de Malberg son válidas, asimismo, para la generalidad de los Estados, incluso para el nuestro. En consecuencia, puede afirmarse que el Estado no es otra cosa que la nación -"*pueblo*"- jurídicamente organizada (ver nº 101), en mérito de lo cual ese pueblo no actúa por sí, "no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución" (artículo 22 de la Constitución Nacional). La "nación" va subsumida en el Estado.

104. Otro sector de la doctrina sustenta la tesis -hoy superada- en cuyo mérito el Estado carece de personalidad jurídica. Léon Duguit fue un entusiasta sostenedor de este punto de vista.

Para dichos autores, la comunidad nacional no constituye una persona distinta de sus miembros individuales; consecuentemente, el Estado no es una persona suplementaria que se añade y superpone a las personalidades particulares de sus nacionales, sino que representa únicamente a sus nacionales, considerados en su conjunto.

Agregan que no es posible reconocer la calidad de personas sino a los seres humanos, porque -expresan- sólo el hombre posee, como tal persona, una existencia real, y sólo él está dotado de voluntad. De ahí que tales autores sostengan que el concepto de una personalidad o de una voluntad estatales no es más que un concepto escolástico, nacido por entero del cerebro de los juristas, sin tener ningún fundamento real y por cierto totalmente superfluo para la construcción de la teoría jurídica del Estado.

Terminan sosteniendo que, "en el orden de las realidades, la potestad estatal consiste simplemente en el poder que tienen de hecho los gobiernos de imponer su voluntad a los gobernados, y esto por el único motivo de ser los más fuertes; concluyéndose de ello que la pretendida persona estatal se confunde con los gobernantes, al menos con la persona del gobernante supremo, por ser éste el verdadero sujeto de los derechos del Estado. Tal es el orden de ideas con el que se relaciona la doctrina de Seydel". Duguit se expresa del mismo modo: "El Estado es simplemente el individuo o los individuos investidos de poder, o sea los gobernantes" (785) .

La teoría realista del Estado ha sido objetada. En la actualidad no cuenta con el auspicio de los juristas. Se le imputa: 1) Que bajo el pretexto de establecer las realidades materiales, desconoce las realidades jurídicas, las mismas de que el jurista debe preocuparse antes que nada. 2) Que confunde la personalidad jurídica con la existencia física. El Estado, si bien no es una persona del mundo físico, sí lo es del mundo jurídico, pues el derecho se mueve en un campo de abstracciones. Incluso la personalidad jurídica de los seres humanos no es un hecho que cae bajo los sentidos, ni tampoco una consecuencia de su naturaleza física: es la expresión de una idea abstracta. 3) Que la consideración hecha por Duguit y por Seydel acerca de que el Estado no es capaz de querer, es poco decisiva, dado que la personalidad jurídica se le reconoce incluso al hombre incapaz de toda voluntad propia, al *infans*, al loco, aparte de que no puede decirse, propiamente, que la voluntad del Estado forme la base de su personalidad (786) .

105. Autores, como H. Berthélemy, en materia de personalidad estatal sostienen una tesis restrictiva o parcial, pues sólo aceptan la personalidad del Estado en el campo "*patrimonial*", no así en la actuación de éste como "*poder*".

Berthélemy sostiene que la "ficción" de la personalidad no es aceptable sino cuando se trata del Estado como *sujeto de derechos*. Sólo las personas tienen derechos. Pero es un grave error ver en el uso del poder público el ejercicio de derechos. Los funcionarios que mandan no ejercen *derechos* del Estado; ejercen *funciones* cuyo conjunto constituye el poder

público. La autoridad sobre los administrados no es un derecho subjetivo de la Administración (787) .

Esta teoría tiene el inconveniente inicial de considerar la personalidad del Estado desde un *doble* punto de vista: en su actuación en el campo del derecho privado y en el campo del derecho público. Reconoce la personalidad en el campo del derecho privado y la niega en el campo del derecho público. Ello es inaceptable: la personalidad del Estado es *única*, si bien ésta puede desenvolverse en ambas esferas jurídicas: la privada y la pública.

Aparte de ello, la teoría de referencia persiste en el error de asimilar la personalidad jurídica con el ser humano, es decir con la existencia física. Por eso Berthélémy dice que "sólo las personas tienen derechos".

Finalmente, es bien sabido que el Estado, como titular del "poder", aun actuando netamente en el campo del derecho público, puede tener no sólo "potestades" (788) , sino también derechos subjetivos (789) .

106. Kelsen considera al Estado como la personificación del orden jurídico total. Hay aquí una identificación de derecho y Estado.

Para dicho expositor, el concepto de persona "jurídica" no es distinto al de persona "física": es sólo la expresión unitaria para un orden jurídico que regula la conducta de una *pluralidad* de hombres. Cuando es la personificación de un orden jurídico *total*, que constituye una comunidad jurídica comprensiva de todas las comunidades jurídicas parciales, esa personificación es el Estado.

A esta teoría se le formuló una objeción ilevantable: si se identifica el derecho y el Estado, ¿cómo establecer la limitación del Estado por el derecho? (790) .

107. La doctrina predominante reconoce y acepta la personalidad jurídica del Estado, basándose en que tal personalidad corresponde a un hecho real: la "*unidad*" de los individuos que lo integran y su "*continuidad*" en el tiempo, a pesar de los cambios constantes de los individuos que lo componen (791) . La personalidad del Estado no implica, pues, una ficción. Corresponde a una realidad. Trátase de una realidad jurídica.

El Estado es el ser colectivo supremo, dice García Oviedo; en ninguno como en él se dan las condiciones de la personalidad. El Estado representa el máximo interés colectivo; posee medios para satisfacerlo y voluntad para hacer actuar las correspondientes potestades y sanciones jurídicas (792) . El Estado, expresa Legaz y Lacambra, es la comunidad jurídica por excelencia y la comunidad política por antonomasia (793) .

El carácter de persona jurídica del Estado es conquista del constitucionalismo. Pero, por regla general, dicha personalidad no surge de una norma específica y concreta de las constituciones (794) ; surge o se deduce del contenido de éstas y de sus diversas expresiones. Entre nosotros, la personalidad jurídica del Estado surge claramente del artículo 1º de la Constitución, que habla de la "*Nación Argentina*"; de los artículos 9º , 14 , 15, 16, 17, 18, 20 , 31 , 36 , 74 , 94 y 110 (795) de la Constitución, que hablan de la

"Nación" o de la "Nación Argentina"; del artículo 10 , que se refiere a la "*República*"; del artículo 21 , que habla de la "*Patria*"; del artículo 23 , que se refiere al Presidente de la "*República*" y del artículo 86 (796) que habla del Presidente de la "*Nación*". En todos estos preceptos queda claramente aludida la "*persona*" Estado. Siguiendo literalmente al proyecto del juriconsulto brasileño Augusto T. de Freitas (797) , el codificador argentino, Dalmacio Vélez Sarsfield, incluyó al Estado entre las personas jurídicas de existencia necesaria (Código Civil, artículo 33 , inciso 1º), con lo cual no se hizo otra cosa que concretar el concepto que surge como obvia consecuencia de la Constitución Nacional. De modo que, desde el punto de vista normativo, entre nosotros la personalidad del Estado surge de la Constitución y no precisamente del Código Civil, aunque éste se refiera concretamente a ella (798) .

"La personalidad del Estado, como bien lo expresa Carré de Malberg, deriva, pues, directamente del orden jurídico mismo sobre el cual se asienta el Estado" (799) . El concepto de tal personalidad aparece como la base del derecho público y hasta como la condición de la existencia del tal derecho (800) .

La generalidad de la doctrina reconoce la personalidad jurídica del Estado (801) . Trátase de una "*personalidad*" única -de carácter público-, aunque con doble "*capacidad*", es decir con amplitud suficiente para desenvolverse o actuar en el campo del derecho público o en el campo del derecho privado (802) . Pero no debe confundirse capacidad o competencia con personalidad. Repudiando la tesis de la doble personalidad jurídica del Estado, un autor la califica de "*monstruosidad jurídica*" (803) .

No obstante, hay quienes sostienen que el Estado no sólo posee una doble "*capacidad*", sino una doble "*personalidad*" (804) . Como bien se dijo, este dualismo no se concilia con el concepto unitario del Estado (805) . La doctrina predominante rechaza la existencia de esa doble personalidad (806) . "El Estado, como sujeto de derecho, como persona jurídica es siempre uno", expresa Bullrich. Y agrega: "Así el Estado A. que está en guerra con el país B., es el mismo Estado A. que otorga una concesión de un servicio público o el mismo Estado A. que celebra un contrato de locación con un particular al alquilar una casa para oficinas. En el primer caso la relación es de derecho internacional público, en el segundo de derecho público interno y en el tercero de derecho privado, pero en los tres casos el sujeto de la relación es siempre el mismo Estado A. La naturaleza de la relación no modifica la naturaleza del sujeto" (807) . Las inoportunas expresiones de las leyes 3952 y 11634 -que hablan de la Nación como "persona jurídica" o como "persona de derecho público"-, carecen de todo imperio para contrarrestar los hechos reales y para desvirtuar las conclusiones de la doctrina científica o ciencia del derecho.

108. Cuando se habla del "*Estado*", aparece la noción de "*Fisco*". ¿Qué es el Fisco?

El concepto de éste ha cambiado a través del tiempo. El Fisco no es sino un aspecto de la personalidad del Estado. Denomínase "Fisco" al Estado cuando desenvuelve su personalidad en el campo del derecho privado.

Precedentemente, nº 8, me he ocupado de lo atinente al Fisco. Me remito a lo dicho entonces.

CAPÍTULO III - ENTIDADES AUTÁRQUICAS

SUMARIO: 109. *Noción conceptual. Consideraciones generales.* - 110. Orígenes históricos de la institución autárquica. - 111. Soberanía, autonomía, autarquía, autarcía. - 112. Autarquía y descentralización. Diferencias. - 113. Autarquía y jerarquía. - 114. Elementos de la autarquía: en qué consisten éstos. Supuestos oscuros en cuanto a si concurren o no los elementos pertinentes; solución. Consejo Nacional de Educación, Sociedad de Beneficencia de la Capital, Dirección Nacional de Aduanas. - 115. División de las entidades autárquicas: territoriales e institucionales. Descentralización por regiones y por servicios. La "región": advertencia. - 116. Clasificación. - 117. Caracteres de la autarquía. - 118. *Creación* del ente. ¿Ley o decreto? La constitucionalidad de las entidades autárquicas institucionales. - 119. *Continuación*. Creación del ente. - 120. *Continuación*. Creación del ente. Disposición de la ley de contabilidad de la Nación. Ineficacia de tal disposición. - 121. *Continuación*. Creación del ente: conclusión. - 122. Estructura del órgano gestor de la entidad. ¿Unipersonal o colegiado? - 123. *Modificación* del *status* del ente. - 124. *Extinción* de la entidad autárquica. - 125. Régimen jurídico de las entidades autárquicas. La cuestión en nuestro país. - 125 bis. Las entidades autárquicas y las empresas del Estado ¿pueden "transar" las cuestiones que les afecten? - 125 ter. ¿Pueden las entidades autárquicas y las empresas del Estado someter a "arbitraje" sus querellas o disensiones? - 126. Control sobre las entidades autárquicas. Legitimidad y oportunidad. Límites de dicho control. - 127. *Continuación*. Control sobre las entidades autárquicas. El recurso jerárquico contra actos de dichas entidades. - 127 bis. *Continuación*. Control sobre las entidades autárquicas. La Procuración del Tesoro de la Nación y el control sobre los actos de las entidades autárquicas institucionales. - 128. Responsabilidad de la entidad autárquica. Supuesto de imposibilidad de pago por insuficiencia de activo; deudor subsidiario. - 129. La entidad autárquica en la esfera contenciosa: cuestiones atinentes a ella. Competencia judicial. Tercera instancia. Ley de demandas contra la Nación. El contencioso interadministrativo.

109. Por entidad autárquica debe entenderse toda persona jurídica pública estatal que, con aptitud legal para administrarse a sí misma, cumple fines públicos específicos. De ahí que los rasgos esenciales de tales entidades son: 1) constituyen una persona jurídica; 2) tratase de una persona jurídica "pública"; 3) es una persona jurídica pública "estatal", vale decir, pertenece a los cuadros de la Administración Pública e integra los mismos; 4) realiza o cumple fines "públicos", que son fines propios del Estado; 5) su competencia o capacidad jurídica envuelve esencialmente la de "administrarse" a sí misma, conforme a la norma que le dio origen; 6) siempre es creada por el Estado.

Al tratar este punto, por no distinguir entre persona jurídica pública estatal y persona jurídica pública no estatal -distinción de la que me he ocupado en parágrafos precedentes-, muchos autores sostienen conclusiones equivocadas, al extremo de que alguno de ellos llega a considerar como entes autárquicos a las asociaciones profesionales legalmente

reconocidas (808) . Estas últimas podrán constituir personas jurídicas públicas, pero no entidades autárquicas (véase lo dicho en los números 99 y 100).

Nuestra entidad autárquica equivale al "*établissement public*" de los franceses y al "*ente autónomo*" de los uruguayos y chilenos. Pero al igual que estos dos últimos, la entidad autárquica es parte integrante de la Administración Pública (809) .

Cuando se habla de "*entidad autárquica*", va sobreentendido que se trata de una "*persona jurídica*", pública y estatal. La noción de entidad autárquica va referida, exclusivamente, a una "*persona jurídica*" de los caracteres indicados. Sería absurdo hablar de entidad autárquica con referencia a una "*persona individual*". Ya en el número 99 quedó dicho que la Administración Pública, considerada como sujeto activo de potestades administrativas, "*siempre*" es -en definitiva- una "*persona jurídica*".

La personalidad jurídica es lo que distingue a la entidad autárquica de los meros "*organismos*" administrativos, de los "*uffici*" de la doctrina italiana, que si bien pueden tener atribuciones propias, carecen en cambio de una personalidad distinta a la del Estado (810) .

La "*autarquía*" es, entonces, un régimen jurídico que se adscribe o vincula a una *persona jurídica* pública estatal. En este orden de ideas, resulta inconcebible hablar de persona individual o física *autárquica* (811) . Distinto es que el órgano directivo o gestor de la entidad autárquica, en lugar de ser colegiado o plural, sea singular o individual: integrado por una sola persona. Esto último es posible en el terreno de los principios.

De manera que, en *técnica pura*, las entidades autárquicas -*sean éstas territoriales o institucionales*- son, siempre, personas jurídicas públicas estatales, caracterizadas esencialmente por el específico "*fin*" público que las determina (812) .

110. Desde el punto de vista histórico, en el derecho administrativo originariamente sólo se conocían lo que hoy se denomina "*entes territoriales*" (Estado, provincia, comuna); no existían los entes "*institucionales*".

La idea de dotar de personalidad jurídica a ciertas entidades, llamadas entonces "*establecimientos*", surgió -dice un autor- por la necesidad de atraer las liberalidades que los particulares llevasen a cabo en su favor. En efecto, agrega, existe una gran diferencia entre dejar una manda o legado a un municipio para su posterior inversión en un fin benéfico, o legar directamente al establecimiento dedicado precisamente al desarrollo de tal fin; en el primer supuesto, el heredero o legatario es el municipio, si bien sujeto a una cláusula modal; pero en todo caso los bienes pasarían por el tamiz de la administración municipal, entremezclados normalmente con la hacienda de la misma; por el contrario, en el segundo supuesto, los bienes de manera directa e inmediata se adscriben a la entidad benéfica o cultural. Este es el verdadero origen del concepto de establecimiento público como persona jurídica (813) . Tal "*establecimiento público*" es lo que hoy se conoce como "*entidad autárquica institucional*".

111. Es necesario diferenciar la noción de "*autarquía*" de la de otras expresiones que, por aparejar ideas afines, podrían introducir confusiones. Es lo que ocurre con los conceptos de soberanía, autonomía y autarcía, cuyo sentido preciso debe determinarse respecto al de autarquía.

Mientras "soberanía" y "autonomía" implican conceptos *políticos*, "autarquía" y "autarcía" traducen conceptos *administrativos*.

El concepto de "*soberanía*" puede ser analizado desde dos puntos de vista: a) En el orden externo, significa "autodeterminación", "independencia" en suma; b) en el orden interno traduce la *potestas* del Estado sobre las personas y bienes existentes en su territorio. La Nación Argentina es soberana.

"*Autonomía*" significa que el ente tiene poder para darse su propia ley y regirse por ella. Nuestras provincias son autónomas (814) , pero no soberanas. La autonomía, en suma, denota siempre un poder de legislación, que ha de ejercitarse dentro de lo permitido por el ente soberano. De modo que autonomía es un concepto "político", porque "*político*" es el poder de propia legislación.

"*Autarquía*", en cambio, significa que el ente tiene atribuciones para administrarse a sí mismo, pero de acuerdo a una norma que le es *impuesta* (815) . Así, una entidad autárquica -por ejemplo, el Banco de la Nación Argentina- se administra a sí misma, pero de acuerdo a la ley de su creación.

"*Autarcía*" traduce la idea de autosuficiencia económica (816) .

Entre nosotros hay algunos entes, como las universidades y las municipalidades, a cuyo respecto se ha discutido si son autónomos o autárquicos. En cuanto a las "*municipalidades*", si bien Bielsa y Villegas Basavilbaso sostienen que son "*autárquicas*" (817) , Greca estima que son "*autónomas*" (818) . Comparto la tesis que las considera "autárquicas": trátase de entes autárquicos *territoriales* (819) . En lo atinente a las "*universidades*", Bielsa y Villegas Basavilbaso las consideran "*autárquicas*" (820) ; Sánchez Viamonte las estima "*autónomas*" (821) . Comparto el criterio de quienes las tienen por meramente "autárquicas".

Se ha dicho que la autonomía es comprensiva, por definición, de la autarquía como el género y la especie. Integran aquélla los elementos de ésta, más la diferencia. Toda institución autonómica es autárquica, pero no a la inversa; la autarquía es sólo una autonomía parcial y limitada a determinadas materias (822) .

En algunos países, para hacer referencia a los entes "*autárquicos*", se habla de entes "*autónomos*"; es lo que ocurre, por ejemplo, en Chile (823) y en Uruguay (824) . En esos países, de régimen unitario, se explica -aunque no se justifica- que a las entidades autárquicas se les denomine entes "*autónomos*", pues ahí no existen -como ocurre en Argentina- las "*autonomías*" provinciales que habrían obligado a utilizar el término exclusivamente en sentido técnico.

112. La "autarquía" implica "descentralización", pero la inversa no es exacta: no toda descentralización apareceja autarquía. ¿Cuál es el signo que distingue a estos conceptos?

La autarquía traduce la idea de un ente dotado de "*personalidad*", con facultades para administrarse a sí mismo de acuerdo con la norma de su creación. En cambio, en la mera descentralización no existe esa "*personalidad*", pues la descentralización sólo consiste en la atribución de funciones de la autoridad central a una repartición o funcionario, quienes las ejercen con relativa libertad, pues continúan estando "*jerárquicamente*" subordinados al órgano central, con todas las consecuencias de ello (825) .

En la autarquía desaparece la relación jerárquica del ente autárquico con el órgano central, relación que es reemplazada por el "control administrativo". En la mera descentralización sigue imperando la relación jerárquica. Tal es el "*principio*" general que, en nuestro país, como lo expresaré más adelante, admite excepciones.

En la autarquía, además de la respectiva descentralización funcional, existe descentralización subjetiva u orgánica, pues la actividad correspondiente será realizada por una nueva persona jurídica: la entidad autárquica. En la mera descentralización sólo existe una separación funcional.

113. En el número anterior quedó expresado que entre el ente autárquico y el órgano central no existe relación jerárquica, pues en ese ámbito la "jerarquía" aparece reemplazada por el "*control administrativo*".

Generalmente las normas que crean entidades autárquicas disponen que el ente queda bajo la dependencia de tal o cual ministerio o secretaría. Pero esto, como claramente lo expresó un tribunal, no tiene, por principio, otro alcance que determinar cuál de los ministerios o secretarías debe servir de intermediario para las relaciones entre el órgano autárquico y el Poder Ejecutivo (826) .

En las relaciones del órgano autárquico y el poder central no hay, pues, relación jerárquica. La capacidad de administrarse a sí mismo que implica la autarquía, excluye teóricamente la posibilidad de que entre el órgano autárquico y el poder central exista relación jerárquica que, por principio, expresa la idea de "*subordinación*" del inferior hacia el superior. Todo esto constituye el "*principio*" general que, como ya lo expresé, en nuestro país admite excepciones, según lo aclararé oportunamente.

Pero como autarquía no significa "independencia", y como las funciones del ente autárquico son, en definitiva, funciones del Estado, la vigilancia que se cumpliría a través del poder jerárquico, en materia de entidades autárquicas también se cumple, pero en forma y grado distintos, a través del "*control administrativo*".

114. Para que exista autarquía se requiere la concurrencia simultánea de tres elementos esenciales: 1) "*personalidad*" del ente; 2) "*patrimonio*" afectado para el cumplimiento de sus fines; 3) "*fin público*". Sobre esto no hay discrepancias en el campo doctrinario.

Algunos expositores incluyen, además, entre los elementos de la autarquía la creación del ente por el Estado (que lo sería por ley o por decreto, según los casos) y el contralor de la entidad autárquica por el Poder Ejecutivo. Pero estas notas implican, no precisamente "elementos" de la autarquía, sino virtuales o implícitos presupuestos de ella. No hay entidad autárquica cuyo origen o creación no dependa de un acto estatal, y tampoco hay entidad autárquica cuyo funcionamiento o actuación esté exento del "*control administrativo*", sea éste de legitimidad o de oportunidad o de ambos a la vez. Autarquía no significa independencia, sino mera facultad de auto administración, pero de acuerdo a una norma establecida por una autoridad superior.

La "*personalidad*" del ente, al convertirlo en "*un centro de intereses socialmente protegidos*" (ver nº 98), es lo que le permite adquirir derechos y contraer obligaciones, de acuerdo a la norma que le dio origen. Esa "*personalidad*" es la que le permite, entre otras cosas, estar en juicio.

El "*patrimonio*" afectado al ente es el que, desde el punto de vista material, le permite cumplir sus fines y desenvolver su acción (827) .

El "*fin público*" que integra los elementos esenciales de la autarquía equivale a fines propios del Estado y que éste considera como "*suyos propios*". ¿Pero cuáles son los fines del Estado? En muchos autores ese concepto aparece oscurecido o desvirtuado por el error de creer que "*persona jurídica pública*" es lo mismo que persona "*estatal*", cuestión ésta que aún no terminó de abrirse paso en el camino doctrinario. Por esa razón no es posible aceptar -como creen algunos tratadistas- que dicho "*fin público*" exista cuando un ente satisfaga "*intereses colectivos*", pues esto puede ser perfectamente realizado por personas jurídicas públicas "*no estatales*". El "*fin público*" que aquí se considera es un "*fin público específico*", no es un mero fin de "*interés general*".

Como lo expresé precedentemente en esta obra, el "*fin público*", que constituye la esencia de la actividad del ente autárquico, es de substancia idéntica a la de los fines cuya satisfacción es propia y característica del Estado, y más concretamente de la *Administración Pública* (verbigracia, educación primaria o universitaria, provisión de agua potable a la población, lo atinente al servicio cloacal y, en general, la prestación de cualquier otro servicio público *stricto sensu*, pues todos esos objetos integran los fines propios y específicos del Estado). Ver nº 26.

Ciertamente, los fines del Estado no son fijos e inmutables: pueden variar con la época histórica e incluso con las condiciones ambientales de un país respecto a otro. Pero los fines "*específicos*" del Estado no pueden consistir en fines comerciales e industriales: estos últimos no constituyen fines estatales específicos, ya que habitualmente constituyen o representan la actividad de los particulares o administrados. Por eso juzgo poco alabable crear "*empresas del Estado*" con carácter de "*entidades autárquicas*", ya que el objeto de tales empresas, cuando es industrial o comercial, resulta ajeno a los fines específicos del Estado. Estas empresas podrán ser creadas con otro carácter jurídico -verbigracia, persona jurídica no estatal, persona jurídica privada, etcétera-, pero no como "*entidades autárquicas*", pues éstas son desprendimientos -"descentralizaciones"- de la Administración

Pública y se crean para que cumplan propias y específicas finalidades estatales. Como lo expresé anteriormente, nº 26, al referirme a la administración autárquica, la creación de "*entidades autárquicas*" para que se dediquen a actividades comerciales o industriales sólo encuentra apoyo en la omnipotencia del legislador, pero no en los postulados de la ciencia jurídica (828) .

Como también lo expresé en párrafos anteriores, lo que, en un momento dado de la historia de un país ha de tenerse por "*fin*" específicos y propios del Estado puede surgir o inducirse esencialmente de preceptos contenidos en la Constitución de ese país, en modo especial a través de las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo, complementados o aclarados esos preceptos con expresiones resultantes del preámbulo de la misma y con la nómina de los derechos reconocidos a los habitantes de la Nación, entre cuyos derechos figuran los de ejercer toda "*industria*" lícita y el de "*comerciar*", lo que prueba que estas últimas actividades corresponden, por principio, a los administrados.

De Valles advierte acertadamente que, en determinados casos concretos, por oscuridad de una norma, no surge con precisión la existencia de una entidad autárquica. Entonces es al intérprete a quien le corresponde la indagación pertinente (829) . Entre nosotros hay diversas entidades que se hallan en estas condiciones; es lo que ocurre, por ejemplo, con el Consejo Nacional de Educación (830) , con la Sociedad de Beneficencia de la Capital (831) , con la Dirección Nacional de Aduanas (832) , etcétera.

115. La doctrina divide en los siguientes tipos a las entidades autárquicas: territoriales e institucionales (833) . La autarquía territorial denomínase también descentralización por "*región*" (834) , y la autarquía institucional llámase además descentralización por "*servicios*" (835) . Como ya quedó expresado, nuestra entidad autárquica institucional equivale a lo que el derecho francés denomina "*établissement public*" (establecimiento público), y a lo que el derecho chileno y el derecho uruguayo denominan "*ente autónomo*".

El elemento característico de la autarquía territorial es la existencia de un "*territorio*" -circunscripción- dentro del cual el ente despliega su actividad. Esa es su nota típica. Es lo que ocurre, por ejemplo, con las comunas, cuya acción desarróllase dentro de un ámbito físico o geográfico determinado. Dentro de ese ámbito el ente lleva a cabo "*todas*" sus correspondientes actividades, que pueden comprender diversas materias de administración.

En cambio, en la autarquía institucional el elemento básico y característico no es el "*territorio*", sino el "*fin*" que debe satisfacer el ente. En este tipo de autarquía puede hallarse también el elemento "*territorio*", pero no como elemento esencial, sino como nota accesoria expresiva del ámbito físico dentro del cual la entidad autárquica puede actuar para el cumplimiento del fin concreto que motivó su creación.

No debe confundirse la expresada entidad autárquica "*territorial*" -descentralización por región-, con el "*ente*" llamado "*región*", establecido y reconocido en forma expresa como persona por algunos ordenamientos jurídicos, como el italiano (836) . En éste, la "*región*" es, sin duda, un ente territorial, pero distinto a la entidad autárquica territorial de nuestro sistema: es de mayor amplitud que las provincias y tiene en cuenta, mejor que éstas, los

factores naturales, históricos y sociales. En Italia, por ejemplo -donde la "región" tiene base constitucional-, Lombardía, Liguria, Valle d'Aosta, Veneto, etcétera, son "*regiones*". Más adelante volveré a ocuparme de la "*región*" considerada como persona. No obstante, es de advertir que en nuestro ordenamiento legal la "*región*" carece de trascendencia alguna, pues en nuestro sistema no es reconocida como persona jurídica (837) .

116. Los entes autárquicos pueden ser objeto de *clasificación*. Pero no todos los criterios para lograr ésta tienen importancia científica.

La clasificación puede basarse en los siguientes puntos de vista:

1) Entidades cuya creación requiere "*ley formal*" (verbigracia, bancos oficiales de la Nación, universidades nacionales) y entidades cuya creación requiere un "*decreto*" del Poder Ejecutivo (838) .

Esta es la clasificación de mayor trascendencia por sus proyecciones jurídicas, que se concretan en la "extensión" del contralor del Poder Ejecutivo sobre el ente. En las entidades creadas por ley formal, el contralor del Poder Ejecutivo debe limitarse a la "*legitimidad*" del acto respectivo, en tanto que en las entidades creadas por decreto el contralor es amplio: de legitimidad o de oportunidad o de ambos a la vez.

2) Otra clasificación que puede tener trascendencia jurídica, debido al diferente régimen legal imperante en los distintos lugares o jurisdicciones, es la que considera a las entidades autárquicas en "nacionales", "provinciales" y "municipales". Va de suyo que en cada una de esas jurisdicciones el régimen legal del ente puede variar, y de ahí deriva el interés que ofrece esta clasificación.

3) Finalmente, otro criterio de clasificación es el que tiene en cuenta la "*actividad*" del ente. Así, existen entidades autárquicas que satisfacen servicios públicos; otras que cumplen finalidades de previsión social, actividades bancarias, universitarias, etcétera. Pero esta clasificación carece de interés científico: sólo tiene un interés práctico o descriptivo.

117. ¿Cuáles son los *caracteres* de la autarquía?

Después de lo dicho en los párrafos anteriores, y sin perjuicio de lo que expresaré en los párrafos que siguen, dichos caracteres pueden concretarse en los siguientes:

1) La entidad autárquica es una persona jurídica pública "estatal". Correlativamente:

a) Debe satisfacer fines públicos específicos (ver nº 114).

b) Integra los cuadros de la Administración Pública.

2) Se administra a sí misma, de acuerdo a lo dispuesto por la norma que le dio origen (839) .

3) Es siempre creada por el Estado, sea mediante ley formal o mediante decreto del Poder Ejecutivo.

4) Con relación al órgano central del Estado, no está unida por el vínculo jerárquico, el que aparece reemplazado por el "*control administrativo*", todo ello sin perjuicio de las excepciones que corresponde admitir en nuestro derecho.

5) Su régimen jurídico es esencialmente publicístico.

118. En párrafos precedentes quedó dicho que la entidad autárquica es siempre creada por el Estado. Como antaño lo expresara Ducrocq, tal creación depende, indefectiblemente, de un acto de "*poder*" (840) . Pero de qué acto de poder ha de tratarse ¿de una ley formal o de un decreto del Poder Ejecutivo? He ahí la cuestión.

En nuestro país -y me refiero especialmente al orden nacional- existen numerosas entidades autárquicas institucionales creadas por "ley" del Congreso; otras lo fueron por "decreto" del Poder Ejecutivo.

Esa creación de la entidad autárquica por "ley" o por "decreto" plantea el siguiente interrogante: ¿tienen base constitucional esos actos normativos que dan origen a las entidades autárquicas? Debe analizarse separadamente lo atinente a la creación por ley formal y a la creación por decreto.

Adelanto mi opinión: salvo las "*excepciones*" que mencionaré, la creación de esas entidades mediante "ley" formal implica un acto inconstitucional; en cambio, la creación de dichas entidades mediante "decreto", vale decir mediante un acto emanado directamente del Poder Ejecutivo, es perfectamente constitucional.

Entre nosotros la tesis que sostiene la inconstitucionalidad de las entidades autárquicas creadas por ley, cuenta con la autorizada y alta opinión de Villegas Basavilbado; también parece compartirla Félix Sarria (841) . Recientemente, en su obra "Derecho Constitucional", el profesor Germán J. Bidart Campos adhiere categóricamente a mi opinión acerca de la inconstitucionalidad de las entidades autárquicas institucionales creadas por ley formal y a la necesidad de que tal creación se realice por decreto del Poder Ejecutivo (842) .

La cuestión de tipo constitucional que actualmente se plantea sobre esta materia en nuestro derecho, es exactamente igual a la que se planteó en el derecho uruguayo hasta el año 1917, en que se reformó la Constitución del año 1830 y se introdujo en el artículo 100 la atribución legislativa de crear lo que ahí llaman "entes autónomos". Posteriores reformas a la Constitución uruguaya volvieron a ocuparse de las entidades autárquicas. En esa forma -como se dijo- en Uruguay quedó constitucionalizado lo atinente a dichas entidades (843) . Lo cierto es que nosotros continuamos viviendo en la misma etapa jurídica que Uruguay superó en 1917.

La importancia práctica en dilucidar este asunto es obvia. Se vincula nada menos que a las potestades de control del Poder Ejecutivo sobre los entes autárquicos. Aparte de ello, esto puede vincularse a la "*personería*" del ente para actuar en juicio.

La cuestión debe ser estudiada con particular referencia al derecho argentino, en el cual ofrece caracteres singulares, como también lo ofreció antaño en el derecho uruguayo.

¿En qué se basan los que sostienen la "*constitucionalidad*" de las entidades autárquicas creadas por "*ley*" formal? Invocan los siguientes argumentos:

- a) Que la respectiva atribución del Congreso tiene su fundamento en el artículo 67 , inciso 17 (844) de la Constitución, en cuyo mérito corresponde al Congreso "*crear y suprimir empleos*" y "*fijar sus atribuciones*". En consecuencia, manifiestan que "ninguna objeción puede hacerse a la creación de entes autárquicos, no sólo en cuanto sujetos de derecho, sino también en lo que respecta a la determinación de los empleos que el funcionamiento de esos órganos presupone".
- b) Que la Constitución pone a cargo del Poder Ejecutivo la administración "*general*" del país, mas no la administración "*total*". Atento a ello, el Congreso puede crear una entidad autárquica para que realice cierta parte de esa administración. Un argumento parecido a éste, aunque oponiendo al concepto de administración "*general*" el de administración "*especial*", se hizo en el derecho uruguayo antes de la reforma constitucional de 1917 (845) .
- c) Que al Congreso, como consecuencia de su facultad presupuestaria, le corresponde asignar los fondos para que la entidad autárquica pueda cumplir su cometido; de ahí que si el Congreso no autoriza la respectiva inversión, la entidad autárquica no puede funcionar.
- d) Que el Poder Ejecutivo no puede "*delegar*" en la entidad autárquica toda o parte de su competencia.
- e) Que la competencia de la entidad autárquica debe surgir, no del decreto del Ejecutivo, sino de una "*ley*" formal, desde que la *competencia* sólo puede resultar de una ley de esa naturaleza.
- f) Que la "*promulgación*" que el Poder Ejecutivo haga de la ley del Congreso creadora de la entidad autárquica significa, de parte del Poder Ejecutivo, una tácita o virtual aquiescencia con la creación de dicho ente, quedando entonces purgado por esa vía cualquier vicio o exceso en que hubiere incurrido el Legislativo al crear la entidad.
- g) Que las *personas jurídicas* son creadas por "*ley*", según así resulta del Código Civil.

Juzgo erróneos dichos argumentos.

A.

El "*empleo*" que se creare, y al cual se refiere el artículo 67 , inciso 17 (846) de la Constitución, nada tiene que ver con una "*entidad autárquica*". Tener atribución para crear un "*empleo*" no significa tenerla para crear una "*entidad autárquica*", tanto más cuanto la teoría de la personalidad jurídica de derecho público y, en particular, la de las personas

jurídicas administrativas, no estaban desarrolladas en la época en que se sancionó la Constitución de 1853.

Entre "empleo" y "entidad autárquica" hay una manifiesta disociación conceptual. Aquél, por principio, carece de los atributos esenciales de esta última; 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.

El "empleo" no es un sujeto de derecho, sino únicamente el medio de cumplir una función o de hacerla efectiva. El "empleo" puede crearse dentro de la "entidad autárquica", pero la creación de aquél no implica la creación de una entidad autárquica. Esta última constituye un "*órgano*" administrativo *stricto sensu* -con todas sus implicancias-, a cuyo cargo se adscribe una función estatal o un sector de ésta; en cambio, el "empleo", en buenos principios, es sólo el medio de cumplir una función estatal o parte de ella, función que puede o no estar asignada a una entidad autárquica. Hay, pues, una total disociación entre "empleo" y "entidad autárquica".

La atribución que la Constitución le da al Congreso en su artículo 67 , inciso 17 (847) , para "crear empleos" y "fijar sus atribuciones", no puede ejercerse en discordancia con lo que la propia Constitución establece en el artículo 86 , inciso 1º (848) , en cuanto este texto pone a cargo del Presidente de la Nación "*la administración general del país*". En su mérito, el Congreso, si bien puede "crear empleos" y "fijar sus atribuciones", ello sólo será dentro de un sistema que le permita al Presidente de la República la conservación plena de sus facultades de "control" sobre el "empleo" en cuestión. *Ello significa que esos "empleos" y esas "atribuciones" sólo han de referirse a la administración centralizada o a la administración descentralizada desde el punto de vista meramente burocrático*, supuestos en los que continúa rigiendo en su plenitud la relación jerárquica que le permite al Presidente de la Nación el ejercicio total de sus facultades de control, sea éste de legitimidad o de oportunidad. Con todo acierto se ha dicho que cuando el artículo 86 , inciso 1º (849) de la Constitución expresa que el Presidente tiene a su cargo la administración general del país, quiere decir que es el jefe inmediato y superior de ésta y que representa la más alta jerarquía entre los diferentes agentes de la autoridad activa (850) .

Pero de ningún modo el Congreso, so pretexto de "crear empleos" y "fijar sus atribuciones", puede crear "entidades autárquicas institucionales", esto es, "entes" de derecho público a cuyo cargo se adscribe un sector mayor o menor de la *Administración Pública*. La creación legislativa de tales entidades autárquicas implica una violación del expresado artículo 86 , inciso 1º (851) de la Constitución, ya que tales entidades, teóricamente y por principio, están exentas del control de "oportunidad" por parte de la autoridad central, o sea del Presidente de la República, lo que da como resultado que esa parte de la administración del país quede sustraída a la actividad del Presidente de la República, con menoscabo evidente de la disposición constitucional que pone *a su cargo la administración general del país*. Habría, ahí, un cercenamiento de las facultades del Presidente de la Nación por parte del

Congreso, ya que éste, al crear la entidad autárquica, invade la zona constitucional que representa la *"reserva de la Administración"*, violando entonces la Constitución.

El citado precepto constitucional (artículo 86 , inciso 1º (852)) no queda a salvo por el hecho de que el Congreso se limite a "crear" el empleo y a "fijar sus atribuciones", dejando el "nombramiento" de los funcionarios y empleados a cargo del Presidente de la Nación. Eso no basta. En el supuesto de creación de una entidad autárquica, el agravio a dicho precepto se produce por el hecho mismo de "crear la entidad", la cual, *por principio general de doctrina*, está exenta de todo control de *"oportunidad"*, lo que entonces excluye la injerencia del Presidente de la Nación en ese aspecto de la actividad del ente. En doctrina, este tipo de control no es procedente, salvo texto expreso en contrario (853) . Racionalmente, dicha especie de control contrasta con la noción de autarquía (854) .

B.

Para sostener la constitucionalidad de las entidades autárquicas institucionales creadas por "ley", se razona, asimismo, de la siguiente manera: la Constitución pone a cargo del Poder Ejecutivo la administración *"general"* del país, mas no la administración *"total"*. En consecuencia, el Congreso puede disponer, a través de la creación de una entidad autárquica, de la forma cómo ha de realizarse cierta parte de esa administración.

Es exacto que al Presidente de la República se le ha atribuido la administración "general" y no la administración "total" del país. Pero las consecuencias que se pretenden deducir de ello son equivocadas.

El hecho de que el Poder Ejecutivo no tenga la administración *"total"* del país, únicamente responde a que no sólo administra el Poder Ejecutivo, sino también los poderes Legislativo y Judicial, pero éstos con relación a cuestiones propias de sus respectivas funciones específicas.

El Poder Legislativo y el Poder Judicial *administran* en todo lo requerido por el ejercicio de las funciones legislativas y judiciales (verbigracia, dictan sus reglamentos internos; nombran sus empleados administrativos; etc.). A eso se reducen las potestades administrativas de los órganos Legislativo y Judicial. Fuera de esa administración vinculada directa e inmediatamente a las funciones legislativas y judiciales, toda la demás administración propiamente dicha, la administración *general* del país, que constituye algo así como el "gran conjunto" de potestades administrativas, está a cargo de Poder Ejecutivo. Tal es el principio. La "administración general" del país, que la Constitución pone a cargo del Presidente de la República, "comprende todos los servicios que están a cargo del gobierno federal" (855) .

Lo que antecede no obsta a que ciertos actos especiales de tipo administrativo, dada su índole o naturaleza, requieran la intervención del Poder Legislativo, o una base legislativa; verbigracia, el otorgamiento de concesiones de servicios públicos que aparejen privilegios y recompensas de estímulo; la aprobación o el desechamiento de los tratados convenidos con las demás naciones; la admisión de otras órdenes religiosas a más de las existentes; la

prestación de "acuerdos" por parte del Senado; etcétera. Lo mismo ocurre con ciertos actos que no son precisamente de "*administración*", sino más bien de "*disposición*", como por ejemplo la contratación de empréstitos sobre el crédito de la Nación; la calificación de utilidad pública de un bien a efectos de expropiarlo; etcétera. Pero, por principio, el Poder Legislativo no "administra"; excepcionalmente ejerce los actos de carácter administrativo a que me he referido.

En dos palabras: el Poder Legislativo podrá realizar todos los actos de administración que la Constitución le autorice expresamente, o los que sean necesarios para poner en ejercicio dichas atribuciones; pero entre tales poderes expresos o implícitos no figura el de crear entidades autárquicas que tomen a su cargo *porciones de la administración no atribuida al Poder Legislativo*. Este "Poder" sólo ejercita o puede ejercitar las atribuciones de tipo administrativo que la Constitución le asigna en forma expresa o implícita, entre las que no figura la de crear entidades autárquicas que ejerzan porciones de la administración del país que la Constitución pone a cargo directo del Poder Ejecutivo.

De manera que el hecho de que la Constitución ponga a cargo del Presidente de la Nación la administración "*general*" y no la administración "*total*" del país, no significa que el Congreso tenga atribuciones para crear entidades autárquicas del tipo expresado.

Aparte de ello, cuadra advertir que lo contrario de "*general*" no es "*total*", sino "*especial*". De esto síguese que si el Presidente de la Nación tiene la administración "*general*" del país, el Congreso sólo podrá tener la administración "*especial*" que la Constitución le atribuya. Y así es en efecto: el Congreso tiene dichas atribuciones "*especiales*". Estas atribuciones administrativas "*especiales*" incluyen, por cierto, la correlativa facultad para crear entidades autárquicas que tengan a su cargo ese sector determinado de la administración. Así, por ejemplo, el Congreso pudo crear el Banco de la Nación Argentina con carácter de entidad autárquica, o el Banco Hipotecario Nacional, o el Banco Industrial, o las universidades nacionales, pues todo ello corresponde a las facultades administrativas "*especiales*" que le competen constitucionalmente al Congreso (Constitución Nacional, artículo 67, incisos 5º y 16 (856)) (857) .

En síntesis: correspondiéndole al Presidente de la República la administración "*general*" del país, el Congreso no puede crear entidades autárquicas para que ejerzan actividades incluidas o comprendidas en esa administración "*general*". En el orden administrativo, como ya quedó dicho, aparte de las potestades para poner en ejercicio sus propias funciones específicas, el Congreso sólo tiene a su cargo la administración "*especial*" que le atribuya la Constitución, pudiendo crear, como corolario de ello, las pertinentes entidades autárquicas que tendrán a su cargo esa administración "*especial*": ejemplos, los bancos y las universidades a que me he referido.

C.

Otro argumento que suele esgrimirse para atribuirle al Congreso la potestad de crear entidades autárquicas mediante "*leyes*", consiste en que al Poder Legislativo, como corolario de su facultad presupuestaria, le compete la de asignar los fondos respectivos para

que la entidad autárquica pueda desplegar su actividad y cumplir sus fines. De ahí que si el Congreso no autoriza la inversión correspondiente, la entidad autárquica no pueda funcionar.

En su vinculación con la potestad de crear entidades autárquicas institucionales, lo atinente a la asignación de dichos fondos constituye una cuestión meramente "*adjetiva*", no "*substantiva*", siendo de presumir que ante el ejercicio válido y eficiente de sus potestades por parte del Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo cumplirá su deber ético-jurídico de autorizar las inversiones pertinentes. Sólo legisladores de escasa cultura cívica podrían utilizar sus prerrogativas públicas como medio para obstruir la labor constructiva del Poder Ejecutivo.

Aparte de lo expuesto, es de advertir que la facultad presupuestaria no involucra la de crear entidades autárquicas. Esto es obvio. Se trata de cuestiones absolutamente distintas. Facilitar los fondos para el "funcionamiento" de una entidad, no significa estar facultado para "crear" esa entidad.

D.

El argumento de que el Poder Ejecutivo no puede crear entidades autárquicas institucionales por decreto, porque no puede "*delegar*" en la entidad autárquica toda o parte de su competencia, carece de eficacia.

En estos supuestos no hay "*delegación*" de competencia por parte del Ejecutivo, sino "*distribución*" de su propia competencia entre órganos que continúan como dependientes suyos a través del "*control administrativo*", control que, en este supuesto, es por principio "amplio": de oportunidad y de legitimidad. La entidad autárquica continúa integrando la esfera Ejecutiva de gobierno. Por autolimitación de sus atribuciones, el Ejecutivo puede, válidamente, crear la entidad autárquica y fijarle el círculo de sus atribuciones dentro de las que a él le corresponden. Va de suyo que el propio órgano Ejecutivo -Presidencia de la Nación- nunca realiza, por sí mismo, las pertinentes tareas administrativas: actúa por intermedio de sus subordinados, entre los cuales puede figurar una entidad autárquica institucional; jamás se le había ocurrido a alguien que en tales supuestos hubiere una "*delegación*" de competencia de parte del Poder Ejecutivo. Desde el punto de vista técnico, pues, no hay ahí "*delegación*" de competencia, sino únicamente asignación de funciones y atribuciones realizadas por el Ejecutivo a sus subordinados: ello no implica "*delegación*" alguna.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho 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*" (858) . En el supuesto de creación de entidades autárquicas institucionales el Poder Ejecutivo *no descarga* el ejercicio de poder alguno sobre la entidad autárquica, pues ésta le sigue supeditada a través del "*control administrativo*", que en nuestro derecho es amplio: de legitimidad y de oportunidad. No hay aquí, de parte del Presidente de la República, "*desprendimiento de un deber funcional*", que para algunos tratadistas caracteriza la "*delegación*" de competencia.

De parte del Presidente de la República no hay "*delegación*" alguna de competencia sino mera "*imputación de funciones*" a un órgano administrativo, lo cual constituye una indiscutible potestad que le compete innegablemente por integrar la zona constitucional de reserva de la Administración. Para efectuar esa "*imputación de funciones*", el Presidente de la República no necesita de "ley" formal alguna que le habilite a ello. Entre las potestades *naturales* del Presidente de la República, como jefe del Ejecutivo, figura la de la expresada "imputación funcional" a órganos administrativos (859) .

E.

Tampoco juzgo idóneo el argumento que niega la posibilidad de que el Poder Ejecutivo cree entidades autárquicas institucionales por decreto, en mérito a que la competencia de la actividad autárquica debe surgir, no del decreto del Ejecutivo, sino de una "*ley formal*", porque la competencia -se dice- sólo puede resultar de una ley de esa naturaleza.

Tal afirmación es inexacta. No es indispensable que la competencia surja de un texto "legal" formal. Basta con que surja o resulte de un "*principio jurídico positivo*" contenido en la Constitución, que es lo que ocurre en este caso con la competencia del Ejecutivo y que éste distribuye entre sus dependientes, entidad autárquica en la especie. La creación de entidades autárquicas por decreto del Poder Ejecutivo, ejercitando éste facultades constitucionales que le son propias, implica el ejercicio válido de atribuciones que integran la zona constitucional de "*reserva de la Administración*".

F.

Además, como ya lo expresé, otro argumento que se esgrime para sostener la validez constitucional de las entidades autárquicas creadas por ley formal, consiste en que la "*promulgación*" que el Poder Ejecutivo haga de la ley del Congreso creadora de la entidad autárquica, significa, de parte del Poder Ejecutivo, una tácita o virtual aquiescencia con la creación de dicho ente, quedando entonces purgado por esa vía cualquier vicio o exceso en que hubiere incurrido el Legislativo al crear la entidad.

El argumento en cuestión es absolutamente ineficaz para los fines que se pretenden. Su invocación significa el olvido de elementales principios de derecho constitucional y administrativo. Ya el doctor Benjamín Villegas Basavilbaso, con acertado y sereno criterio, hizo ver que el argumento de referencia carecía de eficacia; dijo así: "*La circunstancia de que las leyes orgánicas de los entes autárquicos hayan sido mandadas cumplir por el Poder Ejecutivo no importa darles validez, desde que su inconstitucionalidad no puede quedar purgada por el solo hecho de su ejecución*" (860) .

La "promulgación", acto administrativo de colegislación, carece en absoluto del alcance que se le pretende atribuir en materia de indebida creación de entidades autárquicas institucionales por el Congreso:

1) Porque la competencia que la Constitución Nacional les atribuye respectivamente al Congreso y al Poder Ejecutivo es absolutamente indelegable por parte de uno de esos

poderes al otro, cuando tal delegación no es consciente y reducida a límites precisos. Trátase de una competencia de orden público, como que ella hace a la esencia misma del régimen republicano de gobierno, aceptado por la Constitución, régimen que esencialmente se concreta en la división de poderes o en la distribución básica de competencias entre los tres órganos que integran el gobierno. Si uno de los poderes no puede delegar *expresamente* -y en forma indiscriminada- su competencia en otro poder, menos aun esa delegación podrá resultar en forma "implícita" o "virtual".

2) Porque la promulgación no tiene otro alcance que el que deriva de su propio objeto: poner en vigencia una ley del Congreso. Pero no apareja conformidad presunta del Poder Ejecutivo con la ley promulgada, tanto más cuando la inconstitucionalidad de la respectiva norma puede no ser advertida *ab-initio* por el Poder Ejecutivo, sino después de transcurrido un tiempo y de realizados los estudios pertinentes. Advertida por el Poder Ejecutivo la inconstitucionalidad de que padezca una ley promulgada por él, nada obsta a la ulterior consideración de la inconstitucionalidad de dicha norma, pues este vicio de inconstitucionalidad afecta al orden público, y puede entonces ser alegado o invocado en cualquier momento, máxime cuando -como en este caso- tal vicio trasunte una violación de los postulados del Estado de Derecho, o sea de los principios que consagran la división de poderes o la adjudicación de competencias entre los órganos integrantes del gobierno.

La "*promulgación*" de la ley que creare una entidad autárquica, pues, carece de toda eficacia para purgar el vicio de inconstitucionalidad de que adoleciera la ley promulgada. Estos actos inconstitucionales no son susceptibles de saneamiento (861) .

G.

Otro argumento que se invoca para sostener que las entidades autárquicas deben ser creadas por "ley", consiste en que las *personas jurídicas* deben ser creadas en esa forma, según así resulta del Código Civil.

Este argumento carece de fuerza alguna:

a) Según el propio Código Civil (artículo 45), las personas jurídicas tanto pueden ser creadas por el *legislador* como por el *Poder Ejecutivo* (por el "*Gobierno*" dice al respecto esa disposición legal).

b) Pero la inconsistencia de ese argumento surge especialmente de que las personas jurídicas a que hace referencia el Código Civil sólo son las de derecho "*privado*" (nota al art. 31), en tanto que las entidades autárquicas son personas de "*derecho público*" y, para más, "*estatales*". El Código Civil nada tiene que hacer respecto a las entidades autárquicas. La competencia orgánica (Poder Legislativo o Poder Ejecutivo) para crear entidades autárquicas institucionales no surge del Código Civil, sino de la Constitución Nacional.

119. De manera que, salvo el supuesto excepcional de tratarse de una actividad administrativa "*especialmente*" asignada al órgano Legislativo (verbigracia: bancos, universidades, etc.), la creación de entidades autárquicas institucionales no puede

efectuarse por "ley" formal, sino por "decreto" del Poder Ejecutivo. En tales casos, la creación de la entidad autárquica por "ley" implicaría un acto violatorio de la Constitución, porque traduciría, por parte del Legislativo, un cercenamiento de potestades atribuidas al Ejecutivo por el artículo 86 , inciso 1º (862) de la Constitución (863) , a la vez que una intromisión del Legislativo en la zona constitucional de *"reserva de la Administración"*; en cambio, la creación de una entidad autárquica por "decreto" del Poder Ejecutivo implica un acto constitucionalmente correcto, pues sólo traduce una autolimitación válida de sus propias atribuciones por parte del Ejecutivo.

Por supuesto que la autarquía que el Poder Ejecutivo le otorgue por decreto a un ente, puede ser modificada o extinguida por el propio Ejecutivo mediante otro decreto. Además, el Ejecutivo conserva incólumes sus totales prerrogativas de autoridad controlante, tanto en lo que respecta a la legitimidad como a la oportunidad del respectivo acto. La autolimitación de facultades a los efectos administrativos no alcanza a extinguir el vínculo "jerárquico" que liga al ente con el Presidente de la Nación. Dadas las modalidades de nuestro régimen jurídico, entre nosotros el control administrativo sobre los entes autárquicos, creados por decreto del Poder Ejecutivo, adquiere caracteres propios o singulares.

120. La ley de contabilidad de la Nación (decreto-ley nº 23354/56), en su artículo 136, segunda parte, establece que *"el Poder Ejecutivo no podrá disponer la descentralización de servicios de la administración nacional"*. (Téngase presente que ese decreto-ley ha sido derogado en gran parte).

Aparte de la imprecisa redacción de esa norma, que no aclara si la descentralización que menciona es meramente burocrática (funcional) o administrativa *stricto sensu* (funcional y orgánica), estimo que dicha disposición es írrita, por ser inconstitucional: cercena potestades propias del Presidente de la Nación, violando el artículo 86 , inciso 1º (864) de la Constitución Nacional, ya que el Poder Ejecutivo, según quedó expresado en párrafos anteriores, tiene facultades constitucionales para crear entidades autárquicas. Esa ley es inconstitucional, por cuanto, a través de ella, de hecho el Congreso aparece arrogándose una competencia que la Constitución no le atribuye (865) .

Si bien el Poder Ejecutivo carece de potestad para declarar la inconstitucionalidad de las leyes (866) , puede, en cambio, abstenerse de aplicar una ley inconstitucional. Así lo sostuve en alguno de mis dictámenes como Procurador del Tesoro de la Nación (867) .

En consecuencia, no obstante la expresada norma de la ley de contabilidad, el Poder Ejecutivo -dándole preeminencia a la Constitución- puede prescindir de aquélla y crear entidades autárquicas institucionales, en tanto y en cuanto tal creación corresponda a las atribuciones que la Constitución le asigna para la administración general del país (artículo 86 , inciso 1º (868)).

121. Las exigencias de la vida contemporánea, a los fines de una más eficiente atención de los negocios públicos, requieren la creación de entidades autárquicas institucionales. En este aspecto, puede decirse que, tal como ocurrió en Uruguay, también en nuestro país las

exigencias de la vida diaria sobrepasaron o desbordaron la Constitución, obligando a sancionar leyes de creación de dichas entidades (869) .

Pero como nada puede o debe hacerse en contra de lo que establece la Constitución, hay que reconocer que entre nosotros, en este orden de ideas, o bien debe aceptarse que la creación de las entidades autárquicas la efectúe el Poder Ejecutivo, mediante decreto, o el Poder Legislativo, mediante ley formal, según que al efecto cada uno de esos poderes ejercite facultades constitucionales que les son propias, o bien que debe reformarse la Constitución, siguiendo el ejemplo de lo ocurrido en Uruguay, dándole así expresas atribuciones al Congreso para crear dichas entidades autárquicas. Mientras esta reforma no se efectúe, entre nosotros las entidades autárquicas institucionales deberán ser creadas por el Ejecutivo o el Legislativo, según los casos, tal como quedó expresado en párrafos precedentes.

122. El órgano de administración o de gestión de la entidad autárquica ¿debe ser "colegiado" o puede ser simplemente de tipo "*burocrático*", es decir "individual"?

No hay razón alguna de "principio" en cuyo mérito ese órgano deba ser "colegiado". Puede ser "individual". Adoptar uno u otro sistema es cuestión de criterio personal o de la política que al respecto desee seguirse (870) .

Generalmente el órgano de referencia es colegiado, con lo cual se busca una mayor garantía de acierto en las resoluciones, a la vez que se tiende a asegurar una mayor responsabilidad en el cumplimiento de los fines del ente.

La gestión de tipo "individual" es, por cierto, excepcional. No obstante, en el terreno práctico, se la advierte en casi todos los supuestos de "*intervención*" -régimen transitorio-, en los cuales el interventor sustituye a los órganos ordinarios de gobierno y administración.

123. El *status* jurídico de una entidad autárquica puede ser *modificado*, adoptándose, en lo pertinente, un criterio en lugar de otro para lo sucesivo. ¿Quién debe establecer o autorizar dicha modificación?

Va de suyo que tal cambio del *status* no puede disponerlo, por sí, la propia entidad autárquica, ya que ésta no se administra de acuerdo a normas que ella se dé, sino en base a normas que le son impuestas por una autoridad superior.

La modificación del *status* jurídico de una entidad autárquica puede disponerlo única y exclusivamente la propia autoridad que lo creó (871) . Entre nosotros, tal como quedó expresado en un párrafo anterior, dicha autoridad puede ser el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo, según los casos. Impera aquí el "*parallelismo de las competencias*", en cuyo mérito la modificación del régimen de la entidad debe ser autorizada por el mismo órgano que le dio origen.

124. Ciertamente, las entidades autárquicas pueden ser *extinguidas* o *disueltas*. ¿Quién dispone tal extinción?

Es de principio que ésta no puede ser dispuesta por la propia entidad (872) , salvo que exista una norma que expresamente disponga lo contrario. Esto es así porque las entidades autárquicas sólo se autoadministran y gobiernan en base a lo dispuesto por una norma que les es impuesta por una autoridad superior: no en base a normas que ellas mismas se impongan.

En cambio, y también salvo texto expreso en contrario, es de principio que la extinción del ente sea dispuesta por la autoridad que lo creó (873) : Poder Legislativo o Poder Ejecutivo. Sigue imperando el principio del paralelismo de las competencias. En nuestro país, en materia de empresas del Estado, la ley autoriza al Poder Ejecutivo para disponer su extinción (874) .

Disuelta la entidad, los bienes, por principio, pasan al Estado (875) , quien dispondrá de ellos en la forma establecida por la legislación (876) .

125. El *régimen jurídico* de las entidades autárquicas existentes en nuestro país no responde a un tipo único (877) . Al no existir un modelo de estatuto al que deban ajustarse tales entidades, el régimen legal de éstas es harto variable. Así ocurre en el orden nacional y también en el orden provincial.

Si bien tal disparidad de regímenes no es exclusiva de nuestro país (878) , entre nosotros se explica perfectamente esa situación, que se debe, esencialmente, al "*origen*" del ente, es decir a si su creación es obra del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo; a su vez, ese distinto origen del ente determina diferencias en cuanto a la índole y extensión del control administrativo sobre la entidad: si la creación de ésta es de exclusiva incumbencia constitucional del Congreso, el control administrativo sobre ella sólo se refiere a la "*legitimidad*"; en cambio, si la creación del ente es de exclusiva incumbencia constitucional del Poder Ejecutivo, el control administrativo sobre aquél es amplio: de legitimidad o de oportunidad o de ambos a la vez. Todo ello determina regímenes jurídicos distintos.

La generalidad de nuestras "empresas del Estado" tiene carácter de entidades autárquicas. Pero la propia ley sobre la materia, n° 14380 , se encarga de poner de manifiesto la dispar situación jurídica de tales entes. De acuerdo al artículo 2° de la misma, las empresas del Estado ajustarán su funcionamiento "*a las disposiciones de la presente ley, a la de su creación y a los respectivos estatutos orgánicos que les fije el Poder Ejecutivo*".

Como consecuencia de lo dicho, para resolver si una determinada entidad autárquica tiene o no tal o cual facultad, y, en general, para establecer cuál es el régimen jurídico del ente, es indispensable el examen del complejo normativo a que dicha entidad se halla sujeta.

125 bis. En lo atinente a las facultades de que pueden disponer las entidades autárquicas y empresas del Estado, reviste fundamental importancia establecer si pueden o no "*transar*" y si pueden o no someter a "*arbitraje*" las cuestiones que les afecten.

Lo referente a la *transacción* hallase contemplado por el artículo 55, segunda parte, de la ley general de presupuesto, n° 16432, sancionada en noviembre de 1961. Dicha norma,

después de establecer que no requerirán aprobación del Poder Ejecutivo las transacciones que convengan los representantes judiciales de la Nación por los montos que ahí se indican, previa consulta con los organismos del Estado que hayan determinado o promovido la acción correspondiente, agrega: "La presente disposición no modifica las facultades que tuvieren acordadas en la misma materia por sus estatutos orgánicos los organismos descentralizados o *autárquicos* y las *empresas del Estado*" (879) . En consecuencia, las entidades autárquicas y las empresas del Estado podrán transar, por sí solas, directamente, si en sus estatutos orgánicos está incluida esa atribución.

¿Pero qué ocurrirá si en el estatuto de la entidad autárquica o de la empresa del Estado no figura la facultad de transar? Hay que distinguir de qué ente se trata, es decir si se trata de un ente creado por el Congreso mediante ley, en ejercicio de sus facultades constitucionales, o si se trata de un ente creado por decreto por el Poder Ejecutivo, también en ejercicio de sus facultades constitucionales.

En el primer supuesto no será posible efectuar la transacción si no se sanciona una ley que expresamente la autorice, ya que el régimen del ente -creado por el Congreso en ejercicio de exclusivas potestades constitucionales- depende de una "*ley*" formal, y la ley existente es muda al respecto.

En el segundo supuesto, la entidad autárquica o la empresa del Estado podrán igualmente transar, pero no por sí solas, sino mediante autorización del Poder Ejecutivo. Esto último es así porque, por principio general, es facultad del Poder Ejecutivo realizar y autorizar transacciones relacionadas con el ejercicio de la actividad administrativa que la Constitución le reconoce, temperamento, éste, que aparece ratificado por el citado artículo 55 de la ley 16432, de acuerdo al cual resulta que la facultad de transar le corresponde, por principio, al Poder Ejecutivo. La transacción constituye un acto que integra la zona de "reserva de la Administración", dentro de la cual la potestad para actuar es exclusiva del Poder Ejecutivo; y como, en este caso, la creación del ente sólo importa una autolimitación de sus facultades, el Poder Ejecutivo conserva la plenitud de su derecho para aumentar las atribuciones conferidas *ab-initio* al ente, autorizándole ahora a transar.

Por lo demás, adviértase que, en base al "paralelismo de las formas", y dado que la facultad de transar que, por acto posterior al de su creación, se le otorgue al ente autárquico o a la empresa del Estado, implica una modificación de su *status* jurídico, es obvio que tal modificación debe efectuarse por la misma vía utilizada para la creación del ente o empresa: "ley" formal o decreto del Poder Ejecutivo, según el caso.

125 ter. ¿Pueden las entidades autárquicas o las empresas del Estado someter a "*arbitraje*" sus querellas o disensiones? Nuestra legislación nacional, si bien contiene algunas disposiciones especiales para casos particulares (880) , no contiene un precepto "*general*" que regule la materia. En cambio, la doctrina y la jurisprudencia son elocuentes sobre este punto.

El doctor José Nicolás Matienzo, en uno de sus constructivos dictámenes como Procurador General de la Nación, si bien se inclinó por la improcedencia del sometimiento a árbitros de

los asuntos en que la Nación fuese parte, pues juzgaba que ello era inconstitucional por vulnerar el artículo 100 (881) de la Constitución, que coloca entre las atribuciones del Poder Judicial el conocimiento y decisión de los asuntos en que la Nación sea parte, aceptó, sin embargo, la siguiente distinción: cuando la Nación actúa en el campo del derecho privado podría admitirse la discusión acerca de la procedencia del arbitraje; pero cuando actúa en el campo del derecho público -como entidad soberana, decía el Dr. Matienzo- no puede aceptarse tal arbitraje. "El soberano, agregó, abdicaría su dignidad si sometiera al fallo de árbitros privados la existencia o extensión de sus facultades gubernativas" (882) .

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha interpretado el artículo 100 (883) de la Constitución en el sentido de que dicho texto no obsta a que los asuntos en que la Nación es parte sean sometidos a la jurisdicción arbitral, cuando así se haya pactado de acuerdo con las leyes especiales del Congreso, o cuando la Nación actúe como persona jurídica (884) .

Cuando la Nación actúa en el campo del derecho privado -como "*persona jurídica*", según la objetable expresión generalizada- la facultad de someter la cuestión a arbitraje le corresponde directamente al Poder Ejecutivo, por implicar ello el ejercicio de una facultad de administración general, que constitucionalmente le compete a dicho poder (Constitución, artículo 86 , inciso 1º (885)).

Si bien la precedente solución de "principio" se relaciona directamente con la "*Nación*", va de suyo que es también aplicable a las "*entidades autárquicas*" y "*empresas del Estado*", en cuyo supuesto el interés de la Nación es sólo indirecto. Pero si el estatuto orgánico de la entidad autárquica o de la empresa del Estado no les faculta para convenir el arbitraje, éste entonces deberá ser autorizado por el Congreso, mediante ley formal, o por el Poder Ejecutivo, mediante decreto, según el ente de que se trate. Las razones de esto último son las mismas que expuse en el parágrafo anterior al referirme a la "transacción".

126. La circunstancia de que las entidades autárquicas institucionales tengan aptitud para administrarse a sí mismas de acuerdo a lo establecido en la norma que las creó, no significa que su actuación sea libre y esté exenta de todo control acerca de cómo actúen para cumplir sus fines. Eso es lo que determina el "*control administrativo*", que en materia de entidades autárquicas reemplaza al "*control o poder jerárquico*" de la administración centralizada. Ya se dijo que autarquía no es independencia (886) .

El "*control administrativo*", según su objeto, puede responder a dos tipos: "legitimidad" y "oportunidad", mérito o conveniencia (887) .

El control de legitimidad tiene por objeto hacer respetar la "*legalidad*" (888) , asegurando que los actos del ente autárquico armonicen con el "*derecho objetivo*" (889) . El "*alcance*" del control de legitimidad es amplio: procede cuando se vulnera una ley, ya se refiera ésta a competencia o forma, o al fondo del acto, o en los supuestos de indebida aplicación de la ley; procede, asimismo, cuando se viola un contrato; cuando se lesiona un derecho adquirido, o cuando se incurra en desviación de poder (890) .

El control de oportunidad, mérito o conveniencia, se propone lograr una gestión eficiente de las entidades autárquicas, tratando de obtener, así, una "*buena administración*" (891) .

Si bien algún autor, como Fraga, estima que el control administrativo sobre los entes autárquicos institucionales no procede de oficio, sino a petición de parte interesada (892) , pienso que eso sólo será así en ciertos tipos de control y en casos *normales* de éstos, verbigracia el "preventivo" (autorización y aprobación), y que eso no es admisible en todos los demás supuestos de control que supongan falta de interés del ente autárquico en el respectivo pronunciamiento de la entidad controlante (893) . La vigilancia jurídica, que se traduce en el "control administrativo", constituye un *derecho propio* del poder central (894) .

La doctrina sostiene que, respecto a las entidades autárquicas, sólo procede, por principio, el control de "*legitimidad*", y que el control de "*oportunidad*", mérito o conveniencia, o no procede, o sólo es admisible excepcionalmente, cuando un texto expreso de derecho positivo lo autoriza (895) . Tal es lo que establece la doctrina, y que es exacto en legislaciones *foráneas*.

Pero en nuestro país las cosas no siempre son así. Para establecer qué tipo de control administrativo procede en un caso dado contra la decisión de una entidad autárquica institucional, es menester averiguar de qué entidad autárquica se trata, es decir si la creación de la misma le correspondía constitucionalmente efectuarla al Congreso mediante ley formal (bancos oficiales de la Nación, universidades nacionales, etc.), o si la creación de dicho ente le corresponde constitucionalmente al Poder Ejecutivo mediante el respectivo decreto. Esto refiérese al orden nacional; pero similar planteo corresponde efectuar respecto al orden provincial. Ver la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 18 de junio de 1991, *in re* "Municipalidad de Buenos Aires c/ Estado Nacional s/ inconstitucionalidad de decreto", considerando 8º.

En el primer caso se está dentro de la teoría general, o sea que contra el acto de la entidad sólo procede el control por razón de legitimidad.

En el segundo caso, debido a modalidades propias y específicas del derecho argentino, contra el acto de la entidad autárquica procede un control administrativo amplio, es decir, no sólo por razones de legitimidad, sino también por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. En estos supuestos el Poder Ejecutivo conserva la plenitud de sus potestades, no sólo de control administrativo, sino también de superior jerárquico, pues es de recordar que aquí se está en el ámbito de las *meras autolimitaciones* de parte del Poder Ejecutivo (ver números 118-121), cuestión típica de un aspecto de nuestro actual régimen jurídico atinente a entidades autárquicas institucionales. La regla precedente corresponderá aplicarla aun en los supuestos en que el ente hubiere sido creado por el Congreso, mediante ley formal, siendo que su creación le correspondía al Poder Ejecutivo (896) .

No obstante, el control administrativo está lejos de ser "*ilimitado*" (897) . Hállase sujeto a dos limitaciones esenciales: a) la autoridad de control carece de poder para "reformular" el acto impugnado: a lo sumo podrá "anular" dicho acto. Precisamente, ésa es una de las

diferencias entre poder de control y poder jerárquico (898) ; b) cuando se trata del control administrativo sobre actos de entidades autárquicas institucionales creadas por ley formal, para cuya creación el Congreso tenía facultades constitucionales, dicho control sólo podrá referirse a la "*legitimidad*" y de ningún modo a la oportunidad, mérito o conveniencia. Es lo que ocurriría, por ejemplo, con el control sobre actos de los bancos oficiales de la Nación, de las universidades nacionales, etcétera.

127. Con prescindencia del "*control administrativo*" -a que hice mención en el párrafo anterior-, que el poder central puede ejercer sobre el comportamiento del ente autárquico, actuando ya sea en forma directa, es decir de "*oficio*", o a petición o sugerencia de parte, dicho control puede efectuarse, además, a *petición de parte* mediante el procedimiento específico del "*recurso jerárquico*".

Desde luego, al referirme ahora al recurso jerárquico contra decisiones de entidades autárquicas, sólo diré lo que, respecto a ellas, dicho recurso tenga de especial o particular, pues todo lo demás será expuesto en el título siguiente al tratar el recurso jerárquico como manifestación o expresión de "*control*" dentro de la *organización administrativa* (véase: n° 253, punto 5°, y números 257 y 258).

En nuestro país, en el orden nacional, el recurso jerárquico se instituyó por decreto dictado en acuerdo general de ministros, el 7 de abril de 1933 (899) . Este decreto, si bien no mencionaba a las entidades autárquicas entre aquellas cuyos actos eran susceptibles de ser enjuiciados mediante el recurso jerárquico, tampoco las excluía. No obstante ello, en la primera oportunidad en que se trató de un recurso jerárquico contra actos de un ente autárquico, fue planteada la cuestión de si tal recurso procedía o no contra decisiones de esas entidades. Tratábase de un recurso contra la decisión de la Administración General de los Ferrocarriles del Estado, entidad que planteó lo atinente a si dicho recurso procedía o no frente a la autarquía de que ella gozaba. El expediente respectivo pasó a dictamen del Procurador del Tesoro de la Nación, quien se expidió afirmativamente el 9 de noviembre de 1933 (900) ; igual cosa hizo el Procurador General de la Nación, en dictamen del 6 de marzo de 1934 y en otro del 30 de septiembre de ese año (901) . Como consecuencia de ello, en acuerdo de ministros, el Poder Ejecutivo dictó el decreto del 7 de noviembre de 1934, declarando que el recurso jerárquico creado por el decreto del 7 de abril de 1933, comprendía a las entidades autárquicas (902) . Tales son los antecedentes del recurso jerárquico respecto a decisiones de entidades autárquicas.

En el año 1944, mediante el decreto n° 7520, se reestructuró lo atinente al recurso jerárquico (903) . En el artículo 1° del mismo decreto se declara procedente dicho recurso contra decisiones de entidades autárquicas, salvo -dice el decreto- "*cuando éstas hubieren obrado como personas jurídicas civiles*". De modo que el recurso jerárquico contra decisiones de entidades autárquicas sólo procede cuando tales entidades hayan actuado en el campo del derecho público desplegando sus potestades administrativas *stricto sensu*.

¿A qué aspectos del control se refiere o puede referirse el recurso jerárquico promovido contra decisiones de entidades autárquicas institucionales? ¿Al control de "*legitimidad*" exclusivamente, o también al de "*oportunidad*", mérito o conveniencia? Entre nosotros esta

cuestión hállese íntimamente ligada a lo expuesto en párrafos anteriores respecto al "*origen*" del ente, es decir, a si éste fue creado por el Congreso en ejercicio de especiales atribuciones constitucionales, a si fue creado por el Congreso sin atribuciones constitucionales o si fue creado por el Poder Ejecutivo en ejercicio de potestades constitucionales propias, integrantes de la llamada "*zona de reserva de la Administración*".

La respuesta acerca de la cuestión precedente, relacionada con el alcance o extensión del control a que puede referirse el recurso jerárquico respecto a decisiones de entidades autárquicas, es exactamente igual a la que he dado en el párrafo anterior al referirme al alcance del "*control administrativo*" sobre tales entes. Me remito a lo dicho ahí. Los fundamentos jurídicos son exactamente los mismos. En consecuencia: 1) tratándose de entidades autárquicas *debidamente* creadas por el Congreso, mediante ley formal, por haber ejercido al respecto obvias facultades constitucionales, el recurso jerárquico sólo puede referirse a la "*legitimidad*" del acto respectivo. En esto coinciden nuestro derecho y la solución dada por la doctrina general; 2) tratándose de entidades autárquicas *indebidamente* creadas por el Congreso, mediante ley formal, por haber ejercido potestades constitucionales del Poder Ejecutivo, el recurso jerárquico no sólo comprende la "*legitimidad*" del acto, sino también su "*oportunidad*", mérito o conveniencia; 3) tratándose de entidades autárquicas *debidamente* creadas por el Poder Ejecutivo, mediante decreto, por haber ejercido atribuciones constitucionales propias, integrantes de la llamada "*zona de reserva de la Administración*", el alcance del recurso jerárquico es también amplio; no sólo comprende la legitimidad del acto cuestionado, sino también su oportunidad, mérito o conveniencia. En este supuesto y en el anterior, la solución requerida por nuestro orden jurídico es distinta a la ofrecida por la doctrina general. En estos dos últimos supuestos se mantiene el vínculo "*jerárquico*" entre el ente y el Poder Ejecutivo (ver el párrafo anterior, texto y nota 143) (904) .

127 bis. Como consecuencia de lo dicho en los párrafos precedentes, y en particular por aplicación de idéntica doctrina que ya había adelantado en un trabajo publicado con anterioridad (905) , cuando fui Procurador del Tesoro de la Nación adopté como criterio jurídico de los respectivos dictámenes, el de que, tratándose de entidades autárquicas debidamente creadas por el Congreso mediante ley formal, el control administrativo sobre ellas sólo podía referirse a la "*legitimidad*" del respectivo acto; mientras que, cuando se tratare de entidades creadas por ley formal, pero cuya creación era potestad constitucional del Poder Ejecutivo -lo que significaba que la entidad había sido mal creada por el Congreso-, o cuando se tratare de entidades creadas por el Poder Ejecutivo, por decreto, en ejercicio de atribuciones constitucionales, el control administrativo sobre tales entes era amplio: de legitimidad y también de oportunidad, mérito o conveniencia.

En el sentido indicado fueron resueltos varios casos, con el consiguiente beneplácito de los ciudadanos, que veían en ello una nueva y efectiva garantía para la defensa de sus derechos: el "*debido derecho legal*" adquiría perfiles concretos.

Pero tan pronto como dejé el cargo de Procurador del Tesoro de la Nación, la nueva doctrina sentada por mí fue abandonada, reimplantándose la que anteriormente se había

seguido en esa repartición estatal, o sea que contra los actos de las entidades autárquicas institucionales sólo procede un control por razones de legitimidad (906) . Al proceder así no se advirtió que el criterio que se volvía a adoptar, y que era el que originariamente había seguido la Procuración del Tesoro, no tenía en cuenta las nuevas investigaciones realizadas al respecto entre nosotros, en las cuales tuve participación activa, como también la tuvo desde un principio el profesor y tratadista Benjamín Villegas Basavilbaso, cuya opinión coincide totalmente con la mía en lo que respecta a la inconstitucionalidad de las entidades autárquicas creadas por el Congreso al margen de su competencia constitucional. Y como ya lo advertí en páginas anteriores, a las mencionadas opiniones de Villegas Basavilbaso y mía, ahora se agrega la muy valiosa del profesor Germán J. Bidart Campos, quien en su reciente obra "Derecho Constitucional" (tomo 1º, página 760, nota 191, Buenos Aires 1964), adhiere en un todo a mi modo de pensar, compartiendo mi criterio de que tales entes deben ser creados por "decreto" del Poder Ejecutivo. Véase, además, el prólogo de Villegas Basavilbaso a la presente obra (páginas 11-13), donde el destacado jurista comparte total y categóricamente mis conclusiones sobre esta cuestión.

Aquí no se trata de que, indistintamente, pueda adoptarse o seguirse un criterio u otro a satisfacción del intérprete, sino que debe adoptarse el criterio que inexcusable e indefectiblemente se impone de acuerdo al actual juego de los principios constitucionales vigentes en el país. Si estos principios no satisfacen, habrá que reformar la Constitución, tal como se hizo en Uruguay, según quedó dicho anteriormente; pero mientras esto no suceda, debe respetarse la Constitución y procederse de acuerdo a lo que sus disposiciones exigen.

Aparte de la conclusión mencionada, en el dictamen referido se acepta que el control sobre los entes autárquicos se extienda al de "*razonabilidad*" del acto impugnado. Además, en dicho dictamen se sostiene que si el Poder Ejecutivo pudiese controlar los actos de las entidades autárquicas desde el punto de vista de su oportunidad, mérito o conveniencia, resultaría inoperante la autarquía que había creado el Poder Ejecutivo, ya que tal autarquía tiene por fin descongestionar la labor de dicho poder.

Considero erróneos los fundamentos del dictamen a que estoy refiriéndome:

1) En materia de control sobre entes creados por "ley" formal, pero que constitucionalmente debieron serlo por decreto del Poder Ejecutivo, la no admisión del control de oportunidad implica un cercenamiento de las potestades del Presidente de la República, con violación del artículo 86 , inciso 1º (907) de la Constitución. Sobre esto último nada dice el dictamen en cuestión. Queda, entonces, en pie mi impugnación de inconstitucionalidad, que será muy difícil controvertir, no sólo por las razones invocadas para ello, sino también frente a lo sucedido en idéntica situación en Uruguay, según quedó expresado en páginas anteriores. Precisamente, mis conclusiones acerca de la extensión del control sobre actos de entidades autárquicas obedecen a esa situación institucional existente entre nosotros en la actualidad.

2) En materia de control sobre entes autárquicos creados por decreto del Poder Ejecutivo, desde que en tal supuesto se está en el ámbito de las meras *autolimitaciones* (ver números 118-121 y 126), el "principio" es que el Presidente de la Nación conserva *todas* sus potestades de "*superior jerárquico*", derivándose de esto sus facultades para realizar el

control de oportunidad. Para que esto no proceda, se requiere una norma dictada por el Presidente, de carácter general o especial, estableciendo que no hará uso de ese tipo de control. Mientras esta norma no exista, dicho control es viable. Insisto en que todo este régimen es propio y característico del derecho argentino actual, por lo que nada valen al respecto las conclusiones generales de la doctrina foránea.

3) Como ya lo expresé, el dictamen de referencia incluye en el control de "ilegitimidad" al control sobre la "*razonabilidad*", extendiéndolo a ésta. Pero tal criterio no atempera lo equivocado del dictamen en cuestión, que excluye del control sobre los entes autárquicos a la "oportunidad", "mérito" o "conveniencia", pues la "*razonabilidad*" hállese en una zona gris situada entre la "legitimidad" y la "oportunidad". ¿Qué criterio permite distinguir con certeza la "*razonabilidad*" de la "*oportunidad*"? ¿Hay, acaso, una total identidad entre "razonable" y "legitimidad"? ¿Cuándo un control sobre "*razonabilidad*" deja de ser tal para convertirse en control de "*oportunidad*"? En términos *concretos*, el control sobre la "*razonabilidad*" ¿pertenece al control de legitimidad o al de oportunidad? En alguno de sus últimos pronunciamientos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al referirse a la "*razonabilidad*", de hecho se refirió al "*mérito*" o "*conveniencia*" de la cuestión, o sea a la "*oportunidad*" de la misma (908) . Y uno de nuestros más notables juristas, Juan Francisco Linares, se encarga de poner de manifiesto que "*legalidad*" no es exactamente lo mismo que "*razonabilidad*", ya que incluso puede haber "*razonabilidad*" sin "*legalidad*", y a la inversa (909) . No es fácil aislar los conceptos de oportunidad y razonabilidad, para adscribir este último al de legitimidad. Siendo así ¿no es más sensato considerar que todo aquello que no sea de estricta "*legitimidad*" se considere dentro de la "oportunidad", "mérito" o "conveniencia", haciendo lugar entonces, en estos supuestos, al control de "*oportunidad*"? (910) .

4) Finalmente, en el expresado dictamen se hace otro argumento: que la descentralización administrativa tiene por fin agilizar la Administración, descongestionando así al Poder Ejecutivo; de modo que si éste pudiere controlar cualquiera de los actos de los entes autárquicos desde el punto de vista de su oportunidad, mérito o conveniencia, haría prácticamente inoperante la institución que él mismo creó. Este argumento -que no es jurídico- es meramente efectista, pero absolutamente inexacto. Sabido es que el Poder Ejecutivo, y más concretamente el Presidente de la República, sólo en forma *estrictamente excepcional* ejerce *por sí* tareas administrativas: las cumple a través de los respectivos ministerios y correspondientes órganos menores: cuando en este orden de cosas interviene el Presidente, lo hace para resolver algún recurso promovido contra el acto administrativo de que se trate. De modo que cuando el Poder Ejecutivo -como consecuencia de nuestro actual sistema constitucional- crea una entidad autárquica, no lo hace precisamente para descongestionar "*su*" labor, sino para concentrar en la *entidad autárquica* -excluyendo de ello a otras reparticiones- el estudio y análisis de los respectivos problemas, buscando así una *mayor garantía de acierto* en la resolución definitiva que se adopte. Pero una vez que la entidad autárquica ha *agotado* el estudio de la cuestión y dicta resolución definitiva, si hubiere controversia sobre el acierto de lo resuelto, la controversia debe ser dirimida por el Poder Ejecutivo en ejercicio de su poder de control sobre la oportunidad, mérito o conveniencia, poder que, en nuestro *actual* sistema jurídico constitucional, permanece

incólume a disposición del Presidente de la República. Para que dicho control de "oportunidad" no sea ejercido por el Presidente de la República, se requiere al efecto una manifestación de voluntad de éste, que puede ser "especial" para el caso dado o "general" (911) . En síntesis: respecto a los actos de las entidades autárquicas institucionales, el Poder Ejecutivo sólo intervendrá a los efectos del "*control*", tanto de legitimidad como de oportunidad, mérito o conveniencia; *en todo lo demás actúa el ente exclusivamente*, comportamiento que está lejos de tornar inoperante la actividad de la entidad autárquica. Salvo la manifestación de voluntad del Poder Ejecutivo, a que hago referencia, en el sentido de que no ejercerá sus mencionados poderes de control, la expuesta es la solución que se "*impone*" como consecuencia lógica de nuestro actual régimen jurídico constitucional. No se trata de "*elegir*" la solución que más le agrade al intérprete, sino de adoptar la que surge imperativamente de la Constitución. Sobre tales bases, no se advierte cómo pudo afirmarse que al ejercer el control de oportunidad el Poder Ejecutivo tornaría inoperante la institución autárquica que él mismo creó.

Es de esperar que la Procuración del Tesoro de la Nación, en homenaje a la verdad científica, abandone su actual posición equivocada, y adopte nuevamente el criterio jurídico que al respecto impuse cuando ejercí esas elevadas funciones (912) . La rectificación de un error enaltece a quien la realiza. Cierta vez, nuestro sabio máximo, Florentino Ameghino, cambió de opinión acerca de una de sus teorías, e hizo saber que ese cambio no sería el último, con lo cual él trataba de acercarse cada vez más a la verdad. "Para eso trabajo y estudio, dijo Ameghino. Cambiaré de opinión tantas veces y tan a menudo como adquiera conocimientos nuevos; el día que me aperciba de que mi cerebro ha dejado de ser apto para esos cambios dejaré de trabajar. Compadezco de todo corazón a todos los que después de haber adquirido y expresado una opinión, no pueden abandonarla nunca más". Y José Ingenieros, refiriéndose a esas palabras de Ameghino, dijo: "Así pueden hablar los hombres que están seguros de su genio: las doctrinas son hipótesis perfectibles y deben variar para adaptarse a los resultados de la experiencia" (913) . A veces resulta muy difícil la comprensión y triunfo de las nuevas fórmulas jurídicas. Pero no todos los estudiosos son impermeables a las nuevas soluciones del derecho. Quizá algún día llegue a la Procuración del Tesoro quien valore mis conclusiones y las acepte, por ser esto lo que se impone ante la recta exégesis de la Constitución. Así lo deseo fervientemente en este caso, porque ellas -al ampliar el ámbito del control-, aparte de su raíz estrictamente jurídica positiva, implican una contribución al afianzamiento de las libertades públicas y al alejamiento de todo atisbo de procedimientos arbitrarios de la Administración Pública en contra de los administrados o particulares, eternas e indefensas víctimas de los malos funcionarios y de la Administración displicente (914) .

En el caso concreto del dictamen a que estoy refiriéndome, para hacer "*justicia*" no era menester echar fríamente por tierra toda una construcción jurídica: bastaba con haber dicho que en el caso particular a estudio, en la resolución de la entidad autárquica -Dirección General de Parques Nacionales, en la especie- no se advertía impertinencia alguna que justificase su anulación. Se habría hecho "*justicia*" respetando los "*principios*".

128. Como resultado de su "*personalidad*", la entidad autárquica puede ejercer sus derechos y, correlativamente, cumplir sus obligaciones. De ello derivase su *responsabilidad* por los hechos y actos que realice en el desenvolvimiento de su actividad. La "*responsabilidad*" por las consecuencias de los hechos y actos imputables es un corolario de la "*personalidad*". En este orden de ideas, la entidad es susceptible de ser directamente demandada ante los respectivos tribunales de justicia. El ente autárquico es responsable por su comportamiento (915) .

Normalmente, la entidad misma hará frente a su responsabilidad, utilizando para ello los fondos o bienes de afectación de que dispone. Pero puede ocurrir que el ente autárquico no pueda hacer efectiva su responsabilidad, por insuficiencia o falta de activo. ¿Quién responde en tal supuesto?

La doctrina -cuyas conclusiones comparto- hállase conteste en que, en tales eventos, responde el "*Estado*" creador del ente, ello por aplicación de los principios sobre responsabilidad "*indirecta*" (916) , que en nuestra legislación aparece contemplada en el artículo 1113 del Código Civil, cuyo texto dice así: "La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado" (917) . En la especie, el ente autárquico sería el "*dependiente*" y el Estado el "*principal*". Trátase de una adaptación del supuesto contemplado en el artículo 1113 del Código Civil, al caso de responsabilidad del Estado por obligaciones -cualquiera sea su origen- de una entidad autárquica, adaptación que juzgo plausible, no sólo por la similitud de situaciones, sino especialmente porque la propiedad de los bienes que la entidad autárquica tiene "*afectados*" para el cumplimiento de sus fines le *pertenece* al Estado (ver nº 114, texto y nota 100). De manera que, en última instancia, la responsabilidad del ente autárquico debe ser cubierta por el Estado (918) .

Si bien en derecho privado los autores consideran que el responsable indirecto es *solidario* con el responsable directo (919) , y que en ese orden de ideas el principal es deudor solidario de lo que resulte adeudar su dependiente, estimo que esa solidaridad no rige ni puede aceptarse en el supuesto de responsabilidad indirecta del Estado por una obligación de un ente autárquico, pues en este caso el principio de la responsabilidad indirecta no surge expresamente de ley alguna -como ocurre, en cambio, en el derecho privado- (920) , sino que se recurre subsidiariamente a él al solo efecto de llenar un vacío del ordenamiento jurídico-legal administrativo. En materia de patrón y dependiente la responsabilidad indirecta de aquél surge de texto "*expreso*"; de ahí que, como lo sugiere la doctrina, glosando los textos del derecho privado, la responsabilidad de patrón y dependiente sea solidaria. Pero eso no ocurre respecto a la responsabilidad del Estado por obligaciones de una entidad autárquica: de ahí que no pueda hablarse de responsabilidad "*solidaria*", y que sólo deba hablarse de responsabilidad "*subsidiaria*" del Estado por la obligación del ente autárquico (921) . El Estado es responsable, pero no en forma solidaria, sino en forma subsidiaria, o sea únicamente cuando el ente autárquico efectivamente no pueda hacer frente a su responsabilidad con los fondos o bienes que le fueron afectados para el cumplimiento de sus fines (922) . El acreedor del ente autárquico no puede, por el solo

hecho de serlo, requerirle el pago *directamente* al Estado. La de éste es una obligación "*subsidiaria*", no una obligación solidaria.

129. En el desarrollo de su actividad para el cumplimiento de sus fines, la entidad autárquica institucional, como consecuencia de su personalidad, puede verse obligada a intervenir en una contienda judicial, sea como actora o como demandada.

Tal posibilidad plantea las siguientes cuestiones que referiré al orden nacional:

- a) Fuero ante el cual debe radicarse la contienda.
- b) En el supuesto de que ello corresponda al fuero *federal*, qué juzgado de este fuero debe intervenir en la litis, es decir el juzgado federal con competencia en lo civil y comercial o el juzgado federal con competencia en lo contencioso administrativo.
- c) Si pueden o no las entidades autárquicas institucionales promover ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación el recurso ordinario de apelación (tercera instancia).
- d) Si a dichas entidades autárquicas les son o no aplicables las disposiciones de las leyes números 3952 y 11634, sobre demandas contra la Nación.
- e) Si las entidades autárquicas institucionales pueden demandar en juicio a la Nación.
- f) Si las entidades autárquicas institucionales pueden demandarse entre sí.

La Corte Suprema de Justicia ha establecido que el *fuero federal* compete en los juicios en que intervienen tanto la Nación como sus entidades descentralizadas (923), sin perjuicio de que, si se tratare de una causa civil seguida por una repartición autárquica nacional contra una provincia, corresponda la competencia *originaria* del Tribunal (924). No obstante, con referencia a ciertas entidades autárquicas, como Obras Sanitarias de la Nación y Consejo Nacional de Educación, la Corte Suprema hizo algunas distinciones que merecieron una crítica adversa; así, con referencia a Obras Sanitarias de la Nación, el Tribunal dijo que es una entidad administrativa local en cuanto ejerce su acción en la Capital Federal, y nacional cuando actúa fuera de los límites de ella en ejecución de leyes de la Nación (925). De ello dedujo el Tribunal que en el primer supuesto la jurisdicción judicial es la ordinaria, y en el segundo, federal. Una conclusión similar adoptó respecto al Consejo Nacional de Educación (926). Pero ello, como digo, fue objeto de una crítica adversa, sosteniéndose que "en realidad, el ente autárquico es uno solo y tiene evidentemente carácter nacional, atendiendo a los atributos que lo determinan y dentro de los propios conceptos fijados, en múltiples decisiones, por el alto tribunal" (927). En efecto, el sutil distingo realizado por la Corte Suprema no condice con la precisión y certidumbre que debe dársele a toda cuestión jurídica, máxime cuando el ente es el mismo en ambos supuestos.

Lo atinente al juzgado del fuero federal en que deba radicarse la *litis* en que es parte una entidad autárquica institucional, depende de la "*materia*" que origine la querella. Si la "*substancia*" de ésta es de índole *contencioso administrativa*, el pleito debe radicarse en el juzgado federal con competencia en dicha materia; si así no fuere, el juzgado que debe

entender en el pleito es el que tenga competencia general en asuntos civiles y comerciales. ¿Cuándo una causa es "*contenciosoadministrativa*"? La doctrina ha establecido cuándo una cuestión es de naturaleza contenciosoadministrativa (928) . La jurisprudencia de nuestro alto Tribunal interpretó con acierto esas conclusiones; así, en un caso donde, por haberse impugnado un decreto del Poder Ejecutivo de Salta, la parte demandada pretendió que se trataba de una cuestión administrativa que hacía improcedente la jurisdicción originaria de la Corte Suprema, ésta dijo: "Nada influye en el caso para cambiar el carácter civil de la litis, como pretende la demandada, el hecho de que el gobernador de Salta al dictar el decreto de 31 de mayo de 1928, haya procedido como poder público y no como persona jurídica. Si tal decreto ha desconocido derechos previstos y amparados por la Constitución o los códigos fundamentales de la Nación, y no derivados sólo de disposiciones administrativas locales, aquel desconocimiento es suficiente para engendrar acciones netamente judiciales que nada tienen que ver con la jurisdicción especial contenciosoadministrativa. Para la procedencia de ésta no basta que la autoridad a la que se imputa la resolución atentatoria haya procedido como poder público, es necesario además que el derecho desconocido sea también de carácter administrativo, establecido anteriormente en favor del reclamante, por una ley, decreto o reglamentos locales dictados dentro de facultades propias" (929) . Sobre las bases expuestas, en cada situación particular el intérprete deberá analizar los antecedentes del caso y resolver, así, si éste reviste carácter de "*causa contenciosoadministrativa*" o de "*causa civil*", radicando la litis en uno u otro juzgado federal según corresponda.

Hasta principios del año 1960 no se admitía el recurso ordinario de apelación -tercera instancia- ante la Corte Suprema de Justicia, deducido por entidades autárquicas institucionales. Ello obedecía a que dicho recurso sólo se otorgaba cuando la "*Nación*" era parte "*directa*" en el juicio (ver artículo 24 , inciso 6º, apartado *a.* del decreto-ley nº 1285 del 4 de febrero de 1958). En base a ello, y legislación anterior concordante, el Tribunal declaró reiteradamente la improcedencia de ese recurso ordinario de apelación deducido por tales entidades (930) . Pero en febrero de 1960, con la sanción de la ley nº 15271 , cambió la jurisprudencia. Dicha ley modificó el mencionado precepto del decreto-ley nº 1285, disponiendo que la tercera instancia por recurso ordinario de apelación procedía en las causas en que la Nación, directa o "*indirectamente*", fuese parte. En su mérito, la Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de admitir ese recurso ordinario de apelación deducido por una entidad autárquica institucional (931) .

Las leyes número 3952 y 11634 , llamadas leyes de demandas contra la "*Nación*", sólo se refieren a ésta, y no a las entidades autárquicas, que jurídicamente son distintas a la Nación. No siendo aplicables dichas leyes a las entidades autárquicas institucionales, va de suyo que éstas son directamente demandables sin necesidad de cumplir con el requisito de la reclamación administrativa previa (932) . No obstante, en lo relacionado con el efecto meramente declaratorio de las sentencias dictadas contra la Nación, a que se refiere el artículo 7º de la ley 3952, la Corte Suprema de Justicia extendió el alcance de esa ley a una entidad autárquica institucional: la Universidad Nacional de Buenos Aires (933) , criterio que consideré contrario a derecho, erróneo, y que por eso objeté en un trabajo especial (934) .

Todo lo atinente al contencioso *interadministrativo*, es decir a si las entidades autárquicas pueden pleitear entre ellas, o contra la Nación, hasta hace poco no estaba regulado por norma alguna en nuestro derecho. En otras legislaciones, como en la uruguaya, la materia está contemplada expresamente por la Constitución (935) . Teóricamente, no existe razón alguna que obste a un pleito entre entidades autárquicas, o de alguna de ellas contra la Nación, pues trátase de distintos sujetos jurídicos. Pero, como lo expresé en otro lugar de esta obra, el buen sentido requiere que no se dé lugar a litigios entre personas públicas estatales integrantes de una *misma* esfera de gobierno (vgr., pleitos *entre* entidades nacionales; pleitos *entre* entidades provinciales). El recto criterio rechaza la posibilidad de un "pleito" entre dos entes públicos nacionales, y con mayor razón entre la Nación y uno de sus entes autárquicos, pues esto último, en definitiva, equivale a litigar consigo mismo; igual cosa cuadra decir de las provincias y sus entes. Para cualquier diferencia que se suscitare entre órganos nacionales entre sí, o entre órganos provinciales entre sí, habría que instituir, con carácter obligatorio, un árbitro para que dirima la controversia, evitando así toda contienda judicial. En el orden nacional existe al respecto un valioso antecedente. Me refiero a las disposiciones legales que, en materia de "*daños y perjuicios*", erigen en árbitros al Procurador del Tesoro o al Poder Ejecutivo, según los casos, excluyendo así la posibilidad de demandas judiciales entre la Nación y sus órganos autárquicos o de éstos entre sí (936) . Esas disposiciones legales deben ser modificadas, en el sentido de que el arbitraje a que se refieren no sólo contemple las acciones de "*daños y perjuicios*", sino también cualquier otra acción, especialmente las de tipo "*pecuniario*" en general. Así lo declaró posteriormente la Cámara Federal en lo Contencioso administrativo, sala IV, en sentencia del 27 de agosto de 1986. Ver precedentemente número 27, sub-nota a. de la nota 199.

CAPÍTULO IV - EMPRESAS DEL ESTADO

SUMARIO: 130. Consideraciones generales. Noción conceptual. - 131. Condición jurídica. Observación fundamental. Las empresas del Estado no deben ser creadas con carácter de entidades autárquicas. - 132. Empresas nacionalizadas. - 133. Empresas del Estado y actividades comerciales o industriales del Estado. Diferencia con los particulares o administrados que realizan similares actividades. - 134. Clasificación de las empresas del Estado. - 135. Las empresas del Estado y la calidad de comerciante. El "*comerciante público*". - 136. Régimen jurídico. Derecho que las rige. Registro Público de Comercio. Quiebra. Celebración de contratos. - 137. *Continuación*. Régimen jurídico. Titularidad de los bienes. - 138. *Continuación*. Régimen jurídico. Situación legal del personal de las empresas del Estado. Derecho que le rige: distinciones a efectuar. Lo atinente al fuero judicial en casos litigiosos. Conflictos laborales o de trabajo: ley aplicable. El "*juicio de responsabilidad*": distinciones a efectuar. - 139. *Continuación*. Régimen jurídico. "*Creación*" del ente. ¿A quién le corresponde tal creación? - 140. *Continuación*. Régimen jurídico. "*Extinción*" de la empresa. - 141. Control sobre las empresas del Estado. "*Control administrativo*", "*control jerárquico*"; "*recurso jerárquico*". - 142. Fiscalización financiera y contable de las empresas del Estado. Carácter que deben reunir las normas pertinentes. - 143. Las empresas del Estado ¿pueden "*transar*" y someter a "*árbitros*" sus cuestiones? Remisión. - 144. Situación de los "*terceros*": usuarios, acreedores.

130. Si bien, en general, la teoría de la personalidad en el derecho administrativo aún no alcanzó la plenitud de su madurez, ya que todavía gran parte de los expositores no se compenetró de las obvias proyecciones que derivan, por ejemplo, de la distinción entre persona jurídica pública estatal y persona jurídica pública no estatal, puede no obstante aceptarse como exacta la afirmación de que, como entes jurídicos, las *empresas del Estado* representan la última etapa en la evolución institucional del Estado y del derecho administrativo. De allí que sean relativamente recientes en el panorama mundial (937) . Los contornos de esta noción aún están mal definidos (938) . Esta confusa situación se debe a que, al concretar los planes de la respectiva política, se descuidó el aspecto jurídico (939) .

Tal estado de cosas también es exacto en nuestro país, donde, a igual que en Francia, se ha cometido el error de asignarles a las empresas del Estado -de finalidades comerciales o industriales- carácter de "entidades autárquicas", cuya finalidad o razón de ser es absolutamente distinta a la de aquéllas; se ha involucrado y confundido, así, en un mismo régimen jurídico la "*función*" estatal con la mera "*actividad*" estatal. La entidad autárquica cumple una "*función*" típica del Estado, en tanto que la empresa del Estado realiza una "*actividad*" del Estado del mismo tipo de la que podrían desarrollar los particulares. En tal situación, la condición legal de ambos entes no puede ser la misma: equipararla implica una falla de sistemática jurídica.

La entidad autárquica, como quedó dicho en párrafos anteriores, es una rama de la Administración Pública, forma parte de ésta y pertenece a sus cuadros. La entidad autárquica es un medio que el Estado utiliza para realizar alguno de sus *proprios fines*, o sea para cumplir alguna de sus "*funciones*" específicas. La empresa del Estado, en cambio, sólo constituye un medio "instrumental" del Estado; y si bien los beneficios que éste obtiene de la gestión de sus empresas no responden a un exclusivo fin de lucro, como ocurre con la actividad de los particulares o administrados, la empresa del Estado no implica el ejercicio de una "*función*" estatal.

Por "*empresa del Estado*" debe entenderse toda persona jurídica, pública o privada, creada por el Estado, que realiza habitualmente actividades comerciales o industriales o que tiene a su cargo la prestación de servicios públicos de esa índole (940) .

131. Para que el Estado realice las pertinentes actividades comerciales o industriales, no es indispensable que cree o instituya "*órganos*" dotados de personalidad ("empresas del Estado", en la especie); puede realizar esas actividades por "*administración*", "*en régie*", como dicen los autores franceses (941) . Mas si a esos fines se crea la empresa del Estado, como órgano dotado de personalidad ¿cuál es su condición legal?

Dichas empresas son "*personas jurídicas*". Esto es obvio. ¿Pero qué tipo de personas jurídicas?

En nuestro país, como ya lo adelanté en el párrafo anterior, en materia de "*empresas del Estado*" hay una divergencia entre la legislación y la recta doctrina.

La generalidad de nuestras leyes sobre la materia, o los estatutos orgánicos pertinentes, erigen a las empresas del Estado en "*entidades autárquicas*". Y así revisten carácter de entidades autárquicas empresas destinadas a explotaciones industriales y comerciales; por ejemplo, a explotación de yacimientos petrolíferos y carboníferos. También reviste ese carácter la empresa estatal dedicada al expendio de gas a los administrados, aparte de que esta empresa se dedica asimismo a la venta de gas al por mayor, incluso al extranjero (942) . De manera que en nuestro país, la generalidad de las empresas del Estado son "*entidades autárquicas*". Tal es su condición legal. Pero esto importa una falla de sistemática jurídica.

Sabido es que entre los elementos esenciales de la Administración autárquica figura el "*fin público*", es decir que el organismo autárquico tiene como razón de ser el cumplimiento de "*específicas*" finalidades públicas, cuya satisfacción originariamente le compete al Estado *stricto sensu*. La entidad autárquica no cumple una simple "*actividad*" estatal, sino una "*función*" estatal. Es una rama de la Administración Pública y pertenece a la misma. En cambio, la empresa del Estado es un simple medio "*instrumental*" del Estado; no ejerce una "*función*" estatal; desarrolla una mera "*actividad*" estatal, cuya naturaleza es similar a la que desarrollan o pueden desarrollar los particulares o administrados. En el n° 114, al referirme a los elementos esenciales de la autarquía, me ocupé de lo que al efecto ha de entenderse por "*fin público*"; me remito a lo dicho entonces.

El "*fin público*", que constituye la esencia de la labor del ente autárquico, es de substancia idéntica a la de los fines específicos cuya satisfacción es propia y característica del Estado, y más concretamente de la *Administración Pública*. Por eso no resulta plausible crear "*empresas del Estado*" con carácter de "*entidades autárquicas*", ya que el objeto de tales empresas, por ser industrial o comercial, es ajeno a los fines específicos del Estado.

Por las razones mencionadas, las "*empresas del Estado*" podrán ser creadas con carácter de personas jurídicas -privadas o públicas- pero nunca con carácter de "*entidades autárquicas*" (943) . Dichas empresas podrán ser personas jurídicas "*públicas*", pero no personas jurídicas públicas "*estatales*", en el sentido técnico de la expresión, pues la actividad comercial y la actividad industrial, si bien pueden ser cumplidas por el Estado, no constituyen "*funciones*" estatales *stricto sensu*. La lógica jurídica rechaza la creación de una "*entidad autárquica*" para que se ocupe, por ejemplo, de la explotación de una mina y de la comercialización de su producido, o para que se ocupe de cualquier otra industria como pudiera hacerlo un particular, pues nada de esto integra los fines específicos de la función estatal.

La "*entidad autárquica*" y la "*empresa del Estado*" son personas que, desde el punto de vista de la técnica jurídica, difieren esencialmente entre sí por la índole de la labor que ambas desarrollan: la primera, "*funciones*" estatales típicas; la segunda, "*actividades*" no específicamente estatales, sino de tipo industrial o comercial, como las que podría realizar un administrado o particular. Insisto: la entidad autárquica cumple "*funciones*" estatales; la empresa del Estado realiza "*actividades*" instrumentales del Estado. Las finalidades de ambas son, pues, distintas.

La creación de "*entidades autárquicas*" para que se dediquen a actividades industriales o comerciales, como pudiera hacerlo un particular o administrado, sólo encuentra apoyo, pues, en la omnipotencia del legislador: no en los postulados de la ciencia o de la lógica jurídica.

Las empresas del Estado deben ser creadas como personas jurídicas, públicas o privadas, pero nunca como entidades autárquicas, vale decir, las empresas del Estado pueden ser personas jurídicas "*no*" estatales, pero nunca personas jurídicas públicas "*estatales*" (para la distinción entre la persona jurídica pública "estatal" y la "no estatal", véase precedentemente, números 99 y 100).

Algo similar a lo que sucede entre nosotros ocurre en Francia, donde en el originario concepto de "*établissement public*" (establecimiento público), equivalente a nuestra "entidad autárquica institucional", actualmente se ha incluido a las "empresas del Estado" (944) ; pero esto, aparte de demostrar que la referida falla de técnica jurídica no sólo existe entre nosotros, sino también en Francia, prueba que en dicho país, lo mismo que en el nuestro, no distinguen, como correspondería, entre persona jurídica pública estatal y persona jurídica pública *no* estatal. Lo cierto es que la inclusión de las empresas del Estado de naturaleza industrial o comercial en el concepto francés de "establecimiento público" (*établissement public*), equivalente a nuestra entidad autárquica institucional, traduce un síntoma de crisis de ese concepto (945) , como también traduce una crisis del concepto sobre nuestra entidad autárquica institucional; trátase de una crisis lamentable, porque implica un quebrantamiento de la noción de "establecimiento público" y de "entidad autárquica", que introduce imprecisión conceptual en el orden jurídico. Todo esto es fácilmente remediable, acudiendo, como corresponde, a las nociones de persona jurídica pública estatal y no estatal (946) .

132. Las empresas del Estado pueden ser creadas *ab-initio* -directa y originariamente- por el Estado, o pueden ser adquiridas por éste de los particulares. Esto último requiere un acto de liberalidad del particular, una compraventa o un acto expropiatorio del Estado (947) .

Cuando éste adquiere de los particulares una "*empresa*" industrial o comercial, se dice que dicha empresa ha sido "*nacionalizada*".

No hay razón alguna de principio que obste a que la nacionalización de una empresa se base en un acto de liberalidad de su dueño, dado que la transferencia del bien al Estado puede efectuarse por cualquier medio jurídico idóneo, entre éstos el acto de liberalidad. En modo alguno resulta indispensable que la nacionalización se base en una expropiación, a la que sólo ha de recurrirse en el supuesto de falta de conformidad del titular de la empresa.

¿Cuál es la condición legal de la empresa nacionalizada?

Como bien se ha expresado, los problemas jurídicos que plantean las empresas nacionalizadas son exactamente iguales a los que suscitan las empresas creadas directamente por el Estado, correspondiendo en ambos supuestos idénticas soluciones (948)

. De modo que, en cada caso particular, de acuerdo a sus modalidades, deben aplicarse las reglas correspondientes.

La condición jurídica de las empresas nacionalizadas depende, pues, del régimen legal a que la misma ha sido adscripta, lo cual constituye una cuestión de hecho que debe resolverse en cada caso. En ese orden de ideas, una empresa nacionalizada puede constituir una persona jurídica privada o una persona jurídica pública: todo depende de las circunstancias.

133. En doctrina no hay acuerdo acerca de si el Estado debe o no realizar actividades industriales o comerciales. Quienes niegan la conveniencia de que el Estado realice esa clase de actos, fundan su opinión en atendibles argumentos (949) .

El análisis de tal cuestión no corresponde a la índole de la presente obra. Sólo insistiré en que, si se decidiere que el Estado realice actividades comerciales e industriales a través de un ente dotado de personalidad, creado al efecto, dicho ente no debe tener carácter de entidad autárquica, sino simplemente de persona jurídica, que será pública o privada, según los casos.

Pero si bien la actividad comercial o industrial, por principio, es propia de los administrados o particulares, cuadra sin embargo poner de manifiesto la diferencia que, respecto a los beneficios obtenidos, existe entre el ejercicio de la actividad comercial o industrial por parte del Estado y por parte de los particulares o administrados.

En el ejercicio de dichas actividades, el "*fin*" perseguido por el Estado y el que persiguen los particulares no es idéntico. Los particulares explotan las empresas industriales o comerciales con un fin lucrativo, mientras que la Administración Pública lo hace con el objeto de satisfacer una necesidad pública (950) . De parte de la Administración, esa actividad no aparece determinada por el ánimo de lucro, "*sino por el hecho de la participación competidora en la vida económica*" (951) . En estos casos, según García Trevijano Fos, lo que diferencia a la Administración de un particular es que la "*devolución del lucro*" se dirige a fines de utilidad general (952) .

De modo que el particular o administrado que explota una empresa comercial o industrial, lo hace con un fin de lucro; en cambio, si bien la Administración, al ejercer dicha actividad obtiene también un beneficio, un lucro, el fin que la lleva a tal ejercicio no es el lucro en sí, sino la posibilidad de emplear ese lucro en la satisfacción -directa o indirecta- de necesidades públicas. Pero tal diferencia no altera la substancia de la actividad ejercida, pues es sabido que el destinatario de la actividad de la Administración Pública es, en definitiva, la *colectividad*, el "pueblo", que no puede actuar por sí, directamente, sino a través de las autoridades respectivas (Constitución Nacional, artículo 22) . El particular o administrado se beneficia él directamente con el lucro que obtiene con su labor; cuando la actividad la ejerce la Administración Pública -representante del pueblo-, el beneficiario de ese lucro es el pueblo, porque la actividad de la Administración Pública tiende a lograr el bienestar de éste. Siempre hay un beneficiario de ese lucro: el individuo particular en un caso; el pueblo en el otro caso, pero siempre dicho beneficiario es aquel en cuyo nombre se

ejerce la actividad correspondiente. No hay, entonces, diferencia substancial en la actividad comercial o industrial cuando ella es ejercida por el particular o por la Administración Pública.

134. Las empresas del Estado pueden clasificarse de acuerdo a la índole de la actividad que realizan, clasificación que reviste interés, porque incide en la rama del derecho -público o privado- aplicable.

En ese orden de ideas pueden clasificarse en empresas que realizan actividades de carácter industrial o comercial, y empresas cuya actividad consiste en la prestación de servicios públicos. En el primer caso la empresa queda sometida, principalmente, al derecho privado; en el segundo caso, en el régimen de la empresa tiene injerencia el derecho público en varios aspectos (953) . Debe tenerse presente que el "*servicio público*" tiene un sistema jurídico especial, que es de derecho público (954) .

Otra clasificación que puede revestir interés, por los diferentes regímenes jurídicos imperantes en los distintos lugares o jurisdicciones, es la que considera a las empresas del Estado en "nacionales", "provinciales" y "municipales".

135. Lo atinente a si las empresas del Estado deben o no ser consideradas comerciantes, vincúlase íntimamente al problema de si el Estado puede serlo.

Hay quienes estiman que ni al Estado, ni a sus entidades personalizadas, puede atribuírseles la calidad de comerciantes, sin perjuicio de que puedan realizar reiterada y habitualmente actos de comercio; pero ni aun en este supuesto el Estado o sus entes personalizados quedan sometidos a las obligaciones impuestas a los comerciantes (955) . Otros expositores piensan que el Estado o sus entidades o empresas personalizadas pueden ser considerados comerciantes (956) . Otros consideran que tales entidades pueden adquirir la calidad de empresarios o comerciantes, aunque el *status* legal de éstos no les sea aplicable en su integridad (957) .

Ante tal situación incierta, y ante el hecho incontrovertible de que en estos casos la aplicación del derecho comercial no es total y exclusiva, ya que éste hállese interferido por el derecho público, un jurista sostiene que la empresa del Estado cuya actividad sea comercial o industrial implica una categoría nueva en el derecho administrativo: la de la persona pública comerciante o, más brevemente, la del "*comerciante público*" (958) . Jean Rivero, considerando difícil negar la calidad de comerciante a empresas estatales cuya razón de ser es el ejercicio de una actividad comercial, estima que la expresada categoría de "*comerciante público*", propuesta por Vedel, concilia la comercialidad esencial de esas empresas con las restricciones que el derecho público le impone a dicha comercialidad (959) .

Entendida como una comercialidad influida por el carácter "*estatal*" de la empresa comercial o industrial y por las "*finalidades*" de tales entes, todo lo cual determina y revela una injerencia del derecho público en diversos aspectos del *status* del comerciante clásico, a la vez que una derogación de otros aspectos de tal *status* -que hallábanse regidos por el

derecho privado, comercial-, la proposición del profesor Vedel es aceptable, ya que la expresión "*comerciante público*" sintetiza los conceptos precedentes.

En suma: las empresas del Estado, cuyas actividades sean comerciales o industriales, pueden adquirir la calidad de comerciantes, sin perjuicio de que el *status* legal de éstos no les sea aplicable en su integridad. Así, por ejemplo, a las empresas del Estado no les es aplicable lo atinente a la quiebra, pues ésta no condice con la índole de aquéllas; tampoco pueden ser obligadas a someterse a todas las obligaciones impuestas a los comerciantes, siendo por ello, por ejemplo, que no están obligadas a inscribirse en el Registro Público de Comercio, etcétera.

136. Al estudiar el régimen jurídico de las empresas del Estado, corresponde aclarar en qué rama del derecho quedan encuadradas, o, en otros términos, qué rama del derecho las rige ¿el privado o el público?

Para ello previamente hay que conocer cuál es la actividad de la empresa, pues la rama del derecho aplicable relaciónase con dicha actividad.

La ley n° 14380, artículo 1°, se ocupa de esta cuestión. Si la empresa del Estado desarrolla actividades comerciales e industriales, queda sometida al derecho privado; si la actividad de la misma consiste en la prestación de servicios públicos, queda sometida al derecho público; igualmente queda sometida a este derecho en todo lo que atañe a sus relaciones con la Administración (ley y artículo citados). Pero esta afirmación de la ley, a pesar de los términos en que está concebida, no es absoluta, sino meramente aproximativa, pues en ninguno de esos supuestos la vigencia del derecho privado es total y exclusiva, como tampoco lo es la del derecho público. Lo único que ocurre es que en un caso la aplicación del derecho privado es prevaleciente y en otro caso la ventaja le corresponde al derecho público. La vigencia esencial del derecho privado no obsta a que también el derecho público tenga simultánea injerencia en ciertos aspectos; del mismo modo, la vigencia básica del derecho público no impide la aplicación del derecho privado en ciertos órdenes de relaciones. Véase lo que expuse en los precedentes números 134 y 135.

Entre nosotros, en el ámbito nacional, el régimen de las empresas del Estado hállese contemplado en las leyes 13653, del año 1949, 14380, del año 1954 y 15023, del año 1959. Pero el régimen o *status* de las empresas del Estado no sólo depende de esas leyes, sino de las de su respectiva creación o del estatuto orgánico que les fije el Poder Ejecutivo (ley 13653, artículo 2°, modificado por la ley 14380) (960).

En los supuestos de aplicación del derecho privado, la actividad de la empresa se lleva a cabo de acuerdo a procedimientos de derecho "*comercial*", y subsidiariamente de derecho "*civil*" (961).

Como quedó dicho en el párrafo anterior, aunque la empresa del Estado realice actos que deban considerarse comerciales, dadas las restricciones que el derecho público le impone a dicha comercialidad, hay ciertas disposiciones del derecho comercial que no le son aplicables. Así, por ejemplo, no estando obligadas esas empresas a someterse a todas las

obligaciones impuestas a los comerciantes, no tienen por qué inscribirse en el Registro Público de Comercio (962) . Tampoco les es aplicable lo atinente a la "*quiebra*", pues ésta no condice con la índole de aquéllas; en los casos en que el Poder Ejecutivo resuelva la disolución o liquidación de una empresa del Estado, determinará el destino y procedimiento a seguir respecto de los bienes que constituyen su patrimonio (963) .

En lo que respecta a la celebración de contratos, va de suyo que debe ser dispuesta por la autoridad con competencia para ello, de acuerdo a las normas que rijan la actividad del ente. En ese orden de ideas, la ley de contabilidad de la Nación dice así: "*En las entidades descentralizadas, la autorización y aprobación de las contrataciones serán acordadas por las autoridades que sean competentes según la respectiva ley y sus reglamentos*" (964) . En todo aquello que no esté previsto por las leyes sobre empresas del Estado, los estatutos específicos de cada empresa y las reglamentaciones pertinentes, serán de aplicación la ley de contabilidad y la de obras públicas n° 13064 (art. 11 , texto ordenado, de la ley 13653, modificado por la ley 15023 (965) .

¿Pueden celebrar contratos "*administrativos*" las empresas del Estado? Véase el tomo 3° A, n° 591.

137. Los bienes de que disponen las empresas del Estado ¿a quién le pertenecen? ¿Quién es su titular? ¿Le pertenecen a la respectiva empresa o al Estado?

Esta cuestión fue muy discutida en otros países, verbigracia en Francia, donde algunos expositores, como Vedel, estiman que tales bienes le pertenecen a la respectiva empresa (966) , en tanto que el Consejo de Estado de dicho país los considera como pertenecientes al Estado (967) .

¿Qué solución corresponde en nuestro país? Los bienes de que disponen las empresas del Estado *no son propiedad de ellas*; trátase, simplemente, de bienes que integran el patrimonio "*afectado*" al cumplimiento de los fines de la entidad. Su propiedad es del Estado. Concuera con este criterio lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia que, refiriéndose al alcance del derecho de las entidades autárquicas (968) sobre los bienes que les han sido afectados, dijo que el otorgamiento de esos derechos patrimoniales "no se justifica más allá de los límites del fundamento de la afectación de los bienes necesarios a la función encomendada"; agregó también que, con prescindencia de la voluntad legislativa, tales entidades carecen de atribuciones para acceder o desconocer la enajenación de esos bienes por acto del Gobierno nacional (969) .

138. Uno de los puntos donde con más claridad se advierte la interferencia entre el derecho privado y el derecho público en materia de empresas del Estado, es el referente al "*personal*" que presta servicios en tales empresas.

Partiendo del supuesto de que la actividad industrial y comercial de las empresas del Estado presenta similares caracteres exteriores que la de las respectivas empresas privadas, la doctrina y la jurisprudencia están contestes en que la actividad de aquellas entidades debe

regirse, en lo posible, por el derecho privado, tanto más tratándose de casos en que no sea indispensable recurrir a las reglas o normas especiales del derecho administrativo (970) .

De acuerdo a ello, en cuanto a las *personas* que prestan servicios en las empresas del Estado, la doctrina hace la siguiente distinción en lo atinente al derecho aplicable: la relación de servicio de las empresas del Estado con su "*personal subalterno*" rígease por el derecho privado; en cambio, el *personal dirigente* o *superior* queda sometido al derecho público (971) . Esta última categoría de personas es considerada como "funcionarios" o "empleados" públicos.

Entre nosotros la jurisprudencia ha seguido igual criterio. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado que si el actor no integraba las autoridades de la empresa, ni tenía a su cargo funciones de dirección, gobierno o conducción ejecutiva, en el caso *no mediaba relación jurídica de empleo público* (972) . Igual temperamento sigue la Cámara del Trabajo en pleno de la Capital (973) - (974) .

Las consecuencias de lo que antecede son de dos órdenes: a) en lo atinente al "*fuero*", federal u ordinario, ante el cual debe radicarse la demanda de la persona que accione contra la empresa del Estado, lo que generalmente ocurrirá por razones de cesantía o despido; b) en lo atinente a la norma aplicable para dirimir el reclamo que motiva la demanda. Respecto a lo primero, es decir respecto al "*fuero*", la Corte Suprema ha establecido que si la acción es promovida por quien está vinculado a la empresa por una relación de *derecho privado*, la justicia competente es la ordinaria -tribunales del Trabajo, en la Capital de la República- y no la federal, a pesar de que en la especie la demanda esté dirigida contra una entidad nacional (ver jurisprudencia citada en la nota anterior). En cuanto a lo segundo, si la demanda fue promovida por una persona vinculada al ente por una relación de derecho privado, las normas aplicables para resolver acerca del reclamo por cesantía o despido son las comunes del derecho laboral (véase, asimismo, la jurisprudencia de la Corte Suprema citada en la nota anterior); pero si el demandante estuviere vinculado a la empresa del Estado por una relación de empleo público, la norma aplicable en tal caso sería, en primer término, el estatuto para el personal civil de la Administración Pública nacional (decreto n° 6666/57, ratificado por la ley n° 14467) (975) .

Otra cuestión relacionada con el "*personal*" que presta servicios en las empresas del Estado, es la atinente al "*juicio de responsabilidad*" a que hállase supeditado "cualquier estipendiario de la Nación" (decreto-ley de contabilidad n° 23354/56, artículo 85, inciso e). Por su parte, la ley 14380, artículo 2° , establece que "todo el personal de las empresas del Estado se halla sujeto a los juicios de responsabilidad, conforme a la ley de contabilidad 12961 ". ¿Es exacto que "*todo*" el personal de dichas empresas está sujeto al expresado juicio de responsabilidad? Estimo que no. Considero que únicamente lo está el personal vinculado al ente por una relación de derecho público (funcionario, o sea personal superior, dirigente, de gobierno o ejecutivo), pero no el personal *subalterno*, vinculado al ente por una relación de derecho privado. Lo contrario implicaría un contrasentido o incongruencia, ya que al personal de las empresas estatales regido por el derecho privado debe equiparársele jurídicamente al de las empresas particulares. Además cuando se sancionó la

ley 14380 , en nuestro país, respecto al personal de las empresas del Estado, aún no había cristalizado la distinción entre personal vinculado al ente por una relación de derecho público y personal vinculado al ente por una relación de derecho privado: los fallos de la Corte Suprema de Justicia, a que hice referencia precedentemente (nota 202) son posteriores a la sanción de la ley 14380 . Finalmente, cuadra advertir que la actual ley de contabilidad -decreto-ley n° 23354/56- confirma la interpretación que antecede, pues el artículo 142, apartado tercero, establece que para los "*funcionarios*" de que trata el artículo 85, inciso e, la prescripción comienza a correr desde la fecha en que hayan cesado en sus cargos; pero entonces hay que recordar que sólo las personas vinculadas a la empresa por una relación de derecho público revisten carácter de "*funcionarios*", no así el personal subalterno, cuyo vínculo con la empresa es de derecho privado. La propia ley actual de contabilidad limita, pues, el juicio de responsabilidad a los "*funcionarios*". De modo que el juicio de responsabilidad debe considerársele limitado al personal superior de la empresa y, en general, a todo el personal de la misma vinculado a ella por una relación de derecho público. El personal vinculado al ente por una relación de derecho privado, en materia de responsabilidad debe considerársele regido por las disposiciones de la legislación común (civil). Es necesario, entonces, que el artículo 2° de la ley 14380, en cuanto se refiere al "juicio de responsabilidad" a que está sujeto el personal de las empresas del Estado, sea interpretado "*racionalmente*", en forma concordante con la expresada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que por lo demás concuerda con los postulados de la doctrina general. El "*juicio de responsabilidad*" es extraño al *derecho privado*: pertenece al derecho público y sólo corresponde a relaciones regidas por éste.

139. ¿Quién puede "*crear*" las empresas del Estado? ¿El Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo?

Al respecto los principios aplicables son análogos a los que rigen la creación de las entidades autárquicas institucionales; pero esto no obedece precisamente a que, en nuestro país -por la falla de técnica jurídica a que hice referencia-, la generalidad de las empresas del Estado estén creadas con carácter de entidades autárquicas, sino a que la actividad de las empresas del Estado se traduce en una actividad de tipo *administrativo*, tal como también acaece con las entidades autárquicas.

En su mérito, por análogas razones a las que expuse al referirme a la creación de las entidades autárquicas institucionales (véase números 118/121), la creación de las empresas del Estado le corresponde, por principio, al Poder Ejecutivo; excepcionalmente, tal facultad le corresponderá al Poder Legislativo, lo que ocurrirá cuando la posibilidad de crear una empresa de tal índole le esté atribuida al Congreso por alguna disposición constitucional. No teniendo el Congreso esa atribución constitucional, la facultad genérica de crear empresas del Estado le pertenece al Poder Ejecutivo, en virtud de los poderes generales de administración que le atribuye la Constitución Nacional en su artículo 86 (976) , inciso 1°.

Tales son los principios fundamentales a considerar.

Por eso juzgo inocua o superabundante la disposición del artículo 9° de la ley 14380, en cuanto dispone que "*el Poder Ejecutivo queda facultado para constituir empresas del*

Estado con los servicios actualmente a su cargo y que, por su naturaleza están comprendidos dentro de la presente ley, etcétera". La facultad del Poder Ejecutivo para crear empresas del Estado no depende de una ley del Congreso: surge genéricamente de la Constitución y forma parte de la zona de "*reserva de la Administración*", en la cual sólo puede actuar ésta, del mismo modo que en la zona de "reserva de la ley" sólo puede actuar el legislador, y de la misma manera que en la zona de "reserva de la justicia" sólo puede actuar el juez.

140. La facultad para extinguir o disolver una empresa del Estado le corresponde al poder que la creó: Legislativo o Ejecutivo, según los casos. Sigue imperando aquí el "*paralelismo de las competencias*". Tal es el principio que surge de la Constitución.

Pero la ley n° 14380, artículo 4° , faculta al Poder Ejecutivo para disolver o liquidar las empresas del Estado, agregando que dicho poder determinará el destino y el procedimiento a seguir respecto de los bienes que constituyen su patrimonio. Esta disposición legal, que "autoriza" al Poder Ejecutivo para tal disolución, resulta comprensible tratándose de empresas creadas por el Poder *Legislativo* y en cuanto éste haya ejercido para ello potestades constitucionales; en tal supuesto habría una "*delegación*" de facultades del Legislativo al Ejecutivo para disolver la empresa. En cambio, esa disposición de la ley resulta superabundante en cuanto se refiera a empresas del Estado creadas por el Poder Ejecutivo en ejercicio de atribuciones propias surgidas de la Constitución: en este supuesto el Poder Ejecutivo no ha menester de autorización alguna del Congreso para disolver la entidad; procede por sí mismo en ejercicio de atribuciones propias.

141. Las empresas del Estado pueden estar constituidas como entidades autárquicas -lo que implica una falla de técnica, según ya lo expresé- o como meras personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas. Estas diferencias en la estructura del ente inciden en lo relacionado con el control que el Poder Ejecutivo puede ejercer sobre ellos.

Si la empresa del Estado estuviere constituida como *entidad autárquica*, dicha empresa estará sujeta al "*control administrativo*". En tal caso, todo lo dicho al respecto en materia de entidades autárquicas es de estricta aplicación a las empresas del Estado. Véase lo expuesto en el n° 126. A mayor abundamiento, de la propia legislación vigente surge que las empresas del Estado también hallan supeditadas al control de "*oportunidad*", pues la ley 17023, artículo 1° , al reformar el artículo 3° de la ley 13653, establece que las empresas del Estado funcionarán bajo la dependencia del Poder Ejecutivo, y serán supervisadas directamente por el ministerio o secretaría de Estado que corresponda, "a los efectos de la *orientación de sus actividades* y no obstante cualquier disposición en contrario de las respectivas leyes o estatutos orgánicos". Si la empresa del Estado no estuviere constituida como entidad autárquica, sino como mera persona jurídica, sea ésta pública o privada, va de suyo que el "*control administrativo*", propiamente dicho, no procedería a su respecto, porque en ese caso la empresa del Estado -que a lo sumo sería una persona jurídica pública no estatal- no formaría parte de la Administración Pública *stricto sensu*, requisito esencial para la procedencia de tal tipo de control (977) .

¿Procede el "*control jerárquico*" respecto a las empresas del Estado? Conviene distinguir según cuál sea la estructura de la empresa. Si se tratare de empresas del Estado constituidas como entidades autárquicas, a pesar de este carácter, dadas las modalidades propias de nuestro régimen jurídico, el "*control jerárquico*" tiene o puede tener aplicación según de qué entidad autárquica se trate. Es aplicable al respecto lo ya expresado acerca de dichos entes en el número 126. En cambio, si la empresa del Estado funcionase como mera persona jurídica, sea ésta pública o privada, pero sin autarquía, el "*control jerárquico*" es pleno, procediendo entonces no sólo por razones de legitimidad, sino también por razones de oportunidad. En este caso, aunque en sentido estricto la empresa del Estado no forme parte de la "*Administración Pública*", es siempre una *dependencia* del Estado, y en tal virtud hállase sujeta al control jerárquico de éste. Estas empresas no son seres "*independientes*"; no pueden tener una ilimitada o incontrolada libertad de actuación, superior o más extensa aún que la de las empresas estatales constituidas como entidades autárquicas; además, siempre quedarían comprendidas en la transcrita disposición de la ley 15023, en cuyo mérito las empresas del Estado "*funcionarán bajo la dependencia del Poder Ejecutivo, no obstante cualquier disposición en contrario de las respectivas leyes o estatutos orgánicos*", lo que denota que hállanse supeditadas al Poder Ejecutivo: de ahí el "*control jerárquico*" de éste sobre ellas. Pero sin perjuicio de dicha ley, el "*control jerárquico*" del Poder Ejecutivo sobre las empresas del Estado constituidas como meras personas jurídicas -públicas o privadas- halla fundamento en el artículo 86, inciso 1º (978) de la Constitución, en cuanto dispone que el Presidente de la Nación es el jefe supremo de la misma y tiene a su cargo la administración general del país. No es posible negar o desconocer que, en lo pertinente, la actividad de tales empresas -aunque éstas no pertenezcan técnicamente a la "*Administración Pública*"- traduce un aspecto de la administración del país: de ahí la obvia injerencia del Poder Ejecutivo sobre ellas.

Otra forma en que puede manifestarse el control jerárquico es a través del "*recurso jerárquico*". ¿Procede éste respecto a las empresas del Estado? Para considerar si procede o no, debe distinguirse si la empresa del Estado actúa o no como entidad autárquica. En caso afirmativo, deben tenerse presentes las disposiciones del decreto n° 7520/44 y lo dicho precedentemente en el n° 127 (979). Si la empresa no estuviere constituida como entidad autárquica, sino como mera persona jurídica, pública o privada, el recurso jerárquico no procede, porque entonces el ente -"empresa del Estado"- no integra los cuadros de la Administración Pública, sus actos no son *actos administrativos*, sus órganos personas no son funcionarios o empleados públicos: trataríase de una persona jurídica pública "*no estatal*" (véase el n° 100), a cuyo respecto el "*recurso jerárquico*" no funciona (ver art. 1º del decreto n° 7520/44) (980).

La "empresa del Estado" -no constituida como entidad autárquica- puede celebrar un contrato para la construcción de una obra, por ejemplo. Pero aun en el supuesto de que ese contrato se rija por las disposiciones de la ley de obras públicas, el contrato no sería "*administrativo*", porque la "empresa del Estado" en cuestión, si bien es persona jurídica pública, no es en cambio persona *estatal*. En tales supuestos, la aplicación de la ley de obras públicas, e igualmente de la ley de contabilidad, no tienen por objeto "*calificar*" de

público o privado el acto o contrato del ente, sino lograr un efectivo y adecuado control sobre el mismo. En casos como éste el recurso jerárquico sería improcedente.

142. Las empresas del Estado hallanse sometidas a una severa y doble fiscalización financiero-contable, según así surge de la ley 15023 , de noviembre de 1959 (981) .

Por una parte, el Poder Ejecutivo, por conducto de la Secretaría de Hacienda, designa con carácter de síndico en cada empresa del Estado a un funcionario permanente en dicha Secretaría. Las atribuciones de este síndico están especificadas en la ley.

Aparte de lo anterior, el Tribunal de Cuentas de la Nación ejercía la fiscalización de las empresas del Estado, mediante el procedimiento de auditoría contable, en todos los aspectos relacionados con su desenvolvimiento legal, económico, financiero y patrimonial. A los efectos de este control, el Tribunal de Cuentas podía destacar, en cada empresa, representantes auditores con funciones continuas o periódicas. La intervención del Tribunal de Cuentas o de sus representantes era, en general, posterior a los hechos, pero podía realizarse previa o simultáneamente cuando, a su juicio, así lo exigían las circunstancias.

Las empresas debían ajustar los regímenes y procedimientos de control interno a efectos de coordinarlos con la fiscalización que ejercía el Tribunal de Cuentas de la Nación.

Posteriormente, mediante el decreto n° 10590, del 9 de noviembre de 1961, publicado en el Boletín Oficial el 25 de dicho mes y año, el Poder Ejecutivo creó la "*sindicatura general*" de las empresas del Estado. Dicha sindicatura general, de acuerdo a ese decreto, se crea en jurisdicción del Ministerio de Economía, y tendrá a su cargo el control *preventivo* de los planes de inversión de las empresas del Estado que se hallan bajo la supervisión jurisdiccional de los Ministerios de Economía y de Obras y Servicios Públicos (982) . Finalmente, el decreto dispone que el Poder Ejecutivo designará por conducto del Ministerio de Economía y de acuerdo con las normas que el mismo proponga, un síndico en cada una de las empresas del Estado, los cuales dependerán de la sindicatura general. Pero la sindicatura general y las sindicaturas de empresas ejercerán sus funciones independientemente del cometido que le compete al Tribunal de Cuentas de la Nación (983) .

Tales son las normas legales que integran el sistema en cuyo mérito ha de efectuarse el control financiero-contable sobre las empresas del Estado.

No siempre este "*sistema*" ha sido eficiente. Incluso, debido al excesivo formalismo, se le ha considerado perturbador de la acción que debe desarrollar la empresa del Estado. Por eso es conveniente que este "*sistema*" legal de control se adapte a las modalidades de la actividad de dichas empresas.

El sistema de control "financiero-contable" sobre estos entes -dada la índole de la actividad de los mismos: comercial o industrial, lo que muchas veces los coloca en franca competencia con los particulares- debe responder a normas ágiles, que permitan resolver los respectivos problemas con rapidez, ya que muchas veces el transcurso exagerado del

tiempo puede determinar la pérdida de la oportunidad para realizar una operación comercial o industrial, de la que podrían haberse obtenido beneficios satisfactorios. En suma: el sistema de normas y exigencias no debe trabar la actuación del ente, el cual debe poder desenvolverse y actuar con la misma celeridad y eficiencia con que lo haría un buen ciudadano que dedique su actividad a esa rama del comercio o de la industria. En el orden contable, los trámites y requisitos de tipo burocrático deben reducirse a lo indispensable. Si bien resulta evidente la necesidad de fiscalizar la empresa, no es posible alterar o desvirtuar la substancia de las cosas, convirtiendo a la empresa en un verdadero *auxiliar* del órgano que realiza el control financiero-contable. El órgano controlante debe realizar por sí la tarea fiscalizadora, con toda amplitud, pero sin distraer la actividad del ente controlado. Tal es lo conveniente y deseable.

143. En el desarrollo de sus actividades, muchas veces a las empresas del Estado se les plantearán cuestiones con terceros. Interesa saber si estas empresas pueden "*transar*" o someter a "*árbitros*" dichas cuestiones.

Estos puntos fueron analizados precedentemente -números 125 bis y 125 ter- al estudiar si las entidades autárquicas institucionales tenían o no esas atribuciones. Me remito a lo dicho entonces.

144. En ejercicio de su personalidad y en cumplimiento de sus fines, las empresas del Estado entran en relaciones con terceros. Resulta interesante, entonces, establecer cuál es la situación de esos terceros frente a dichas empresas.

Por "terceros" ha de entenderse toda persona individual o jurídica -de derecho privado o público- extraña a la respectiva empresa del Estado, o que, formando parte del personal de ésta, reclame contra la misma derechos particulares o propios. En este último sentido, deberá reputarse "tercero", por ejemplo, el funcionario que reclame por una corrección disciplinaria, el funcionario o empleado que reclame por su cesantía o despido, etcétera.

Entre los "terceros" pueden figurar los "*usuarios*", en el supuesto de que la entidad tenga a su cargo la prestación de un servicio público; pueden figurar, asimismo, las diversas clases de "*acreedores*" de ella, surgidos como consecuencia de relaciones extracontractuales, contractuales o legales, etcétera.

Las relaciones del ente con los "*usuarios*" del servicio público prestado por aquél rígense por el derecho privado -verbigracia, comercial en el servicio público de transporte-, sin perjuicio de la obvia injerencia del derecho público, derivada ésta del régimen jurídico propio del servicio público. Véase lo dicho en los números 134 y 136.

Si los "*terceros*" fuesen "*acreedores*" de la empresa del Estado, sus recíprocas relaciones han de regirse:

a) Por el derecho civil, en el supuesto, por ejemplo, de obligaciones cuasidelictuales (responsabilidad aquiliana de la entidad) (984) .

b) Por el derecho civil o comercial, o por ambos, o por el derecho administrativo o por el derecho laboral, en el supuesto de obligaciones contractuales (985) . Tratándose de "*acreedores*" de la empresa del Estado, cuyo vínculo contractual con ella derive de una relación de empleo, los mismos quedarán sujetos al derecho administrativo o al derecho laboral, según los casos. Véase lo expuesto en el n° 138.

c) Por leyes especiales, en el supuesto de que la obligación a cargo de la empresa del Estado surja de una ley específica, como ocurriría, por ejemplo, cuando la respectiva empresa del Estado le adeude aportes jubilatorios a la respectiva Caja de Previsión.

Va de suyo que los "*terceros*" que sean "*acreedores*" de las empresas del Estado pueden ejercitar contra éstas todas las acciones reconocidas por el ordenamiento jurídico vigente, salvo aquellas excluidas por las restricciones que, en estos casos, recibe el derecho privado por la injerencia del derecho público. Así, por ejemplo, los acreedores de una empresa del Estado no pueden pedir la quiebra de ésta; en cambio, pueden ejercer contra ella las medidas cautelares comunes, verbigracia embargo sobre fondos, salvo que éstos aparezcan fehacientemente afectados a la prestación de un servicio público. Esta última medida puede tener un mayor alcance en el supuesto de que el embargo lo requiera una persona jurídica "*pública*" -con mayor razón si ésta es *estatal*-, ya que entonces las pertinentes restricciones exigidas por el derecho público resultan atemperadas por la calidad jurídica del embargante (ejemplo: embargo que solicitare la Caja de Jubilaciones Civiles contra Gas del Estado o contra Teléfonos del Estado por el monto de aportes jubilatorios no efectuados).

Respecto a la "*tercera*" instancia ante la Corte Suprema, tratándose de acciones contra "empresas del Estado", "sociedades del Estado", etcétera; véase Corte Suprema de Justicia, "Fallos", tomo 303, páginas 1748-9 y 1750-52.

CAPÍTULO V - SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA

SUMARIO 145. Noción conceptual. - 146. Empresa del Estado y sociedad de economía mixta: diferencias. - 147. Razón del estudio de la sociedad de economía mixta en la presente obra. - 148. ¿Es plausible la participación del Estado en estas entidades? - 149. Antecedentes históricos. - 150. Actividades que justifican la creación de sociedades de economía mixta. - 151. El aporte estatal. En qué puede consistir. - 152. Creación de la sociedad. ¿Quién puede crearla? ¿Se requiere una "ley formal" para ello? - 153. Condición legal de la entidad. - 154. Derecho que las rige. Formas que puede asumir el ente. - 155. Régimen jurídico del ente. El personal de la sociedad de economía mixta. Sus actos o decisiones. Organización administrativa de la entidad: tendencia actual; la cuestión en nuestro país. Estructura del ente: sociedad anónima, sociedad cooperativa. - 156. Control sobre la sociedad de economía mixta. Sus especies. - 157. Los representantes estatales dentro de la sociedad de economía mixta. Situación jurídica de los mismos; lo atinente a su responsabilidad. - 158. Disolución de la entidad. Lo relacionado con la quiebra. - 159. Responsabilidad de los socios que integran la sociedad de economía mixta: a) del Estado: límite legal; b) de las personas particulares.

145. Sociedad de economía mixta es la que se forma por el Estado y particulares o administrados para la explotación de actividades industriales o comerciales, servicios públicos de esa naturaleza, u otra actividad de interés general, y cuya administración se realiza mediante un organismo en el que están representadas las dos categorías de socios.

De manera que los rasgos típicos y esenciales de estas entidades consisten: a) en la forma mixta de aporte del capital: por el Estado y por los particulares; b) en que en la administración del ente intervienen ambas categorías de socios (986) .

Cuando aquí se habla de "*Estado*", cuadra advertir que el concepto de éste no sólo comprende al Estado propiamente dicho, sino también a cualquiera de sus órganos o entes "*personalizados*" (987) . En ese orden de ideas, nuestra ley no sólo se refiere expresamente al Estado nacional, a los estados provinciales y a las municipalidades, sino también a las *entidades autárquicas* (artículo 1º del decreto n° 15349/46, ratificado por la ley n° 12962) (988) .

Las razones que pueden determinar al Estado a integrar esta clase de sociedades son de distinto orden; pero una de esas razones es o debe ser, *siempre*, la de asegurar el respectivo interés público mediante una acción concreta de su parte: de ahí lo esencial de la participación estatal en la administración de la sociedad.

146. De lo dicho precedentemente resulta que cuando esas mismas actividades son realizadas por el Estado por sí solo -es decir sin la participación de los administrados o particulares como socios-, a través de una entidad personalizada, creada por él, aparece generalmente la figura de "empresa del Estado", de la que ya se habló en el capítulo anterior. La sociedad de economía mixta requiere, en cambio, que las respectivas actividades sean realizadas, en sociedad, por el Estado y por los particulares o administrados, interviniendo ambas categorías de socios en la administración del ente.

Las diferencias entre empresa del Estado y sociedad de economía mixta son, pues, evidentes.

147. Si bien es cierto que, generalmente, la sociedad de economía mixta es una entidad de derecho privado -lo que la extrañaría del derecho administrativo-, no es menos cierto que, en determinados casos, dicha sociedad puede ser persona jurídica de derecho "*público*", oportunidad en que su régimen le interesa evidentemente al derecho administrativo. Esto por las siguientes razones:

1) Porque las personas jurídicas públicas, por la índole de la actividad que ejercen (de "*interés general*"), están sometidas a un control más o menos riguroso por parte del Estado (989) .

2) Porque pueden poseer cierto poder coactivo o de imperio sobre los administrados o particulares que actúan dentro del ámbito en que el ente ejerce su actividad (990) .

3) Porque el sistema de sociedad de economía mixta traduce un aspecto de la intervención estatal en actividades industriales o comerciales (991) .

4) Porque la participación financiera del Estado en la sociedad de economía mixta determina la existencia de un especial control administrativo sobre la entidad, ejercido desde el interior de ésta, ya que la Administración Pública está representada en los órganos de la sociedad. De modo que, en estos supuestos, el control administrativo sobre la entidad excede al normal del derecho comercial (992) . Hay aquí una derogación de los respectivos principios del derecho privado por el derecho público (993) .

Todas esas razones hacen que el estudio de la sociedad de economía mixta le interese al derecho administrativo.

Pero adviértase que, como ya lo he manifestado en otro lugar de esta obra, "persona jurídica pública" no implica "entidad autárquica": aquélla es persona jurídica pública "no" estatal, en tanto que ésta es persona jurídica pública "estatal".

148. Las sociedades de economía mixta tienen sus adversarios. Uno de éstos, al sostener que el Estado no debe formar parte de las mismas, se expide del siguiente modo: "Hay una directa y visible incompatibilidad entre sus fines, su organización, sus funciones (y, sobre todo, su autoridad moral) con esta forma subalterna de claudicar en beneficio de unos cuantos capitalistas o consorcios generalmente extranjeros (aunque sean del país, ello no modifica la situación). ...¿Qué beneficios le aporta al Estado el formar parte de una sociedad de economía mixta? Parece que no hay otro que el inconfesable de su incapacidad orgánica para realizar él, directamente, la gestión del servicio público o la explotación de la riqueza o industria de que se trate..." (994) .

No comparto este amargo escepticismo acerca de la actuación de la Administración Pública en esta clase de actividades. Pienso que la participación del Estado en las sociedades de economía mixta no siempre debe verse en la forma en que la presenta el autor de referencia. Estimo que la generalidad de las veces la participación del Estado en esas entidades se realiza a título de "*estímulo*", para que los particulares emprendan o colaboren en tal o cual actividad que aparece como económicamente riesgosa o sin aliciente y que, sin embargo, es conveniente para los intereses generales del país o para los de una de sus zonas.

Desde el punto de vista teórico, juzgo que la participación del Estado en las sociedades de economía mixta se explica y justifica plenamente.

149. Las sociedades de economía mixta, si bien desprovistas de los caracteres orgánicos que actualmente poseen, tienen remotos antecedentes, en cuanto éstos traducen la acción conjunta del Estado y del administrado en una empresa común.

Greca estima que estas sociedades tienen su antecedente en las grandes compañías de navegación y colonización de los comienzos de la Edad Moderna. Las mismas "capitulaciones", que los Reyes Católicos celebraron con los descubridores y adelantados para la conquista de América, agrega, pueden ser consideradas, en cierta manera, como convenios de empresas mixtas, en las que el monarca y el vasallo aportaban capitales, armas, buques, hombres y bastimentos para repartirse luego el mando y el provecho resultantes de la expedición (995) .

A pesar de estos antecedentes que nos ofrece el pasado remoto, puede afirmarse que la sociedad de economía mixta, con sus caracteres actuales, recién surge como consecuencia de la situación creada después de la guerra de 1914-1918.

150. Las actividades que determinan la formación de sociedades de economía mixta, generalmente se refieren a servicios públicos industriales o comerciales, pero nada obsta a que se refieran a *cualquier* otra actividad, con tal de que ésta sea de "*interés general*". De lo contrario no se justificaría la participación del Estado.

151. El posible aporte estatal en las sociedades de economía mixta -que, por su índole, difiere del aporte de los socios en cualquier otra sociedad- reviste caracteres de "especialidad", y trasunta la idea que lo justifica: "*estímulo*" a la actividad privada para el ejercicio de una rama de la industria o del comercio que ofrezca caracteres de interés general.

De ahí que ese aporte pueda consistir en:

- a) Concesión de privilegios de exclusividad o monopolio, exención de impuestos, protección fiscal (aduanera, por ejemplo), compensación de riesgos, garantías de interés al capital invertido por los particulares.
- b) Primas y subvenciones, aporte tecnológico;
- c) Anticipos financieros;
- d) Aportes de carácter patrimonial, en dinero, en títulos públicos o en especie, concesión de bienes en usufructo (996) .

152. Lo relacionado con la "*creación*" de la sociedad de economía mixta apareja un problema fundamental: ¿quién está facultado para tal creación, el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo? ¿Se requiere para ello una "*ley formal*"?

Se ha sostenido que para ello se requiere una ley, una ley formal. Se dan dos argumentos en apoyo de tal tesis.

- a) Argumento de fondo. Según éste la formación de una sociedad de economía mixta requiere una "ley", porque tal creación implica organizar un régimen administrativo derogatorio del derecho común comercial (997) .
- b) Argumento formal. Según éste la creación de tales organismos requiere una "ley" que faculte expresamente tal creación. Entre nosotros es la tesis de Villegas Basavilbaso, para quien el artículo 8º del decreto sobre régimen de las sociedades de economía mixta confirma tal opinión. Dice así dicho tratadista: "En efecto, de acuerdo con el texto citado, la atribución de veto se refiere, entre otros supuestos, a las resoluciones de la entidad que fueren, a juicio del presidente de la misma, contrarias a la *ley de su creación*, lo cual implica necesariamente que estos tipos de sociedad deben ser, por lo menos, autorizados por el Poder Legislativo" (998) .

En términos generales, disiento con ambos argumentos. Estimo, en cambio, que el Poder Ejecutivo, dentro de su competencia constitucional como *administrador general* del país (Constitución Nacional, artículo 86 , inciso 1º (999)), y en ejercicio de tales facultades, puede crear directamente sociedades de economía mixta. Si, como quedó expresado en los capítulos precedentes, en nuestro país el Poder Ejecutivo tiene atribuciones constitucionales para crear entidades autárquicas institucionales y empresas del Estado -que, por cierto, implican una derogación de normas del derecho privado por el derecho público-, por análogas razones a las ahí expresadas puede crear o constituir sociedades de economía mixta.

En particular, el argumento de "fondo" a que hice referencia lo considero inaceptable, al menos en nuestro país. En primer término, porque si bien es cierto que el propio régimen de la sociedad de economía mixta se basa en una derogación parcial de ciertas reglas o normas del derecho privado, comercial en la especie -por ejemplo, en lo atinente a la estructura del órgano gestor de la entidad, donde el Estado tiene representantes con atribuciones extrañas a las aceptadas por el derecho comercial; a la prohibición de que la sociedad sea declarada en quiebra; etcétera-, todo lo cual denota una marcada penetración del derecho público en el régimen del ente, no es menos cierto que esa derogación de normas del derecho privado por el derecho público, al no atentar contra principio *constitucional* alguno, resulta enteramente admisible. En segundo lugar, porque al permitir o contribuir a la creación o formación de la sociedad de economía mixta, el Poder Ejecutivo, lejos de violar la Constitución, no hace otra cosa que ejercer facultades de tipo *administrativo* que le competen constitucionalmente (Constitución Nacional, artículo 86 , inciso 1º (1000)). Reviste calidad "*administrativa*" la actividad de la Administración Pública tendiente a satisfacer necesidades de interés general. Claro está que si, en calidad de aporte estatal, hubiere el otorgamiento de un privilegio (monopolio, exención fiscal, etc.), si el Poder Ejecutivo no estuviere ya autorizado legalmente para ello, a ese solo efecto se requeriría una ley formal -pues el otorgamiento de tales privilegios es atribución del Congreso-; pero la ley formal sería necesaria para eso sólo, y no para "*crear*" la sociedad, ya que ésta puede ser creada y subsistir sin tales privilegios.

El argumento "formal" carece de fuerza o poder de convicción, pues se basa en la interpretación literal de los términos de la norma citada.

En doctrina es pacífica la opinión de que únicamente cuando la Constitución Nacional hace mención a la "*ley*", debe interpretarse que se refiere a la ley "*formal*", es decir a la ley establecida por el Congreso de acuerdo al procedimiento prescripto al efecto por la Ley Suprema (1001) . En todos los demás supuestos en que una norma o estatuto alude o menciona a la "*ley*", cabe interpretar que puede referirse tanto al supuesto de "ley formal" como al de "ley material", o sea, en este último caso, al decreto o reglamento dictados por el Poder Ejecutivo.

En consecuencia, cuando el artículo 8º del decreto 15349/46, ratificado por la ley nº 12962 , menciona a la "ley de su creación", debe admitirse tanto la posible referencia a la ley en

sentido formal como en sentido material, pudiendo tratarse, entonces, del decreto del Poder Ejecutivo (1002) .

De manera que la *creación* de una sociedad de economía mixta puede basarse, no sólo en una ley "formal" -emanada, desde luego, del Poder Legislativo-, sino también en una ley "*material*", emanada del Poder Ejecutivo (reglamento, decreto), todo ello sin perjuicio de lo dicho acerca del otorgamiento de privilegios (monopolio, exenciones fiscales, etc.b) (1003) .

153. En doctrina se discute cuál es la condición jurídica de las entidades de economía mixta, cuestión cuya aclaración es importante: incide en el régimen legal de la entidad. Si la sociedad de economía mixta fuere una entidad de derecho privado, se hallará regida, preferentemente, por el derecho privado, sin perjuicio de la injerencia simultánea de ciertos aspectos del derecho público, determinada por la participación estatal en el ente. Si la sociedad de economía mixta fuese una entidad de derecho público, se hallará regida, con más intensidad que en el caso anterior, por el derecho público, sin perjuicio de la aplicación que en este supuesto tendría el derecho privado, determinada tal aplicación por la participación de particulares o administrados en la sociedad y por el hecho fundamental de que, para esta clase de entes, se aplican las disposiciones del Código de Comercio relativas a sociedades anónimas (1004) .

¿Cuál es la condición legal de esas entidades? ¿Cuál es el criterio que permitirá dilucidar esta cuestión? Distintos puntos de vista se expusieron al respecto.

Para algunos tratadistas las sociedades de economía mixta deben ser clasificadas como personas de derecho privado o de derecho público, de acuerdo con el *predominio* que la Administración Pública ejerza en la constitución, administración y dirección de la empresa y el porcentaje de acciones u obligaciones con que contribuya a la formación del capital social (1005) . En ese orden de ideas, se ha dicho que cuando el Estado es *mero accionista* prevalece el carácter "privado" de la sociedad (1006) . En cambio, para otros expositores, aun cuando el Estado sea mayoritario y cualquiera sea el grado de integración en la vida administrativa del Estado, las sociedades de economía mixta no pierden su calidad de personas de derecho privado (1007) . Finalmente, hay quien sostiene que si el presupuesto de la sociedad es aprobado por ley o por el poder administrador, la entidad es "*pública*" (1008) .

Según el artículo 2º del decreto orgánico sobre sociedades de economía mixta, n° 15349/46, ratificado por la ley n° 12962 (1009) , tales sociedades pueden ser personas de derecho público o de derecho privado, según sea la "*finalidad*" que se proponga su constitución. Pero este criterio -si bien es trascendente- no es, por sí solo, una guía segura para establecer la distinción buscada.

Frente a tales discrepancias y a la correlativa incertidumbre conceptual que ello apareja ¿qué criterio debe adoptarse para establecer el carácter público o privado de las sociedades de economía mixta?

Estimo que para establecer la condición legal de tales sociedades debe adoptarse otro temperamento que el seguido hasta hoy por los autores, que consistió en establecer si el capital estatal tiene o no predominio dentro del ente; si en la administración de la sociedad el Estado tiene o no una mayor injerencia que el grupo de socios constituidos por personas privadas o particulares, etcétera.

En consecuencia, desde que las sociedades de economía mixta, por especial que sea su régimen, no son figuras situadas fuera del orden jurídico general del país, sino dentro del mismo, considero que para desentrañar su naturaleza jurídica o pública, el intérprete debe atenerse al criterio existente para distinguir las personas jurídicas privadas de las personas jurídicas públicas. Véase el n° 99, texto y notas 48 y siguientes. En tal sentido, las sociedades de economía mixta serán "públicas" si reúnen los siguientes requisitos:

- a) Obligación del ente hacia el Estado de cumplir 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. Este requisito de la "*finalidad*" es de gran trascendencia; a él hace expresa mención el artículo 2° del citado decreto número 15349/46. Determinar si la "*finalidad*" del ente es o no de "interés general" constituye una cuestión de hecho que debe determinarse en cada caso particular de acuerdo con las exigencias ambientales (1010) .
- b) Que la entidad tenga ciertas prerrogativas de poder público. Para determinar el carácter jurídico público o privado de la sociedad, esta potestad de imperio reviste particular importancia en los supuestos de que las actividades del ente sean de "interés general", pues entonces ambos datos (el fin de "interés general" y la "prerrogativa de poder") se complementan, orientando francamente la solución hacia la "publicidad" del ente.
- c) Que el control del Estado sobre la entidad sea constante. Este control "constante" es un síntoma revelador de la importancia que el Estado le asigna a la actividad de la sociedad de economía mixta en cuestión.
- d) La "creación" de la sociedad no es indispensable que provenga exclusivamente del Estado. Puede provenir conjuntamente del Estado y del grupo de socios integrado por personas particulares, lo que es tanto más comprensible en casos como éstos, donde la existencia misma de la entidad responde a un "*contrato*" de sociedad.

Correlativamente, las sociedades de economía mixta que no reúnan los requisitos mencionados deben tenerse por "*privadas*".

Pero ha de advertirse que las sociedades de economía mixta "*públicas*", constituyen personas jurídicas públicas "*no estatales*", pues no reúnen los requisitos que caracterizan a las personas "*públicas estatales*". Ver números 99 y 100 (1011) .

154. ¿Cuál es el derecho que rige a las sociedades de economía mixta? Todo depende del carácter público o privado de la entidad.

Si se tratare de una sociedad de economía mixta "*privada*", se hallará regida, en primer término, por el derecho privado, representado en la especie, principalmente, por las

disposiciones del Código de Comercio relativas a sociedades anónimas (artículo 3º del decreto n° 15349/46, ratificado por la ley n° 12962). Sin perjuicio de ello, simultáneamente el régimen de la entidad estará influido por normas de derecho público, "*administrativo*" en este caso, en virtud de la participación estatal en la sociedad, lo que, a su vez, le asigna al ente una estructura específica (artículos 4º, 5º, 7º, 8º y 11 del expresado decreto) (1012) .

Si la sociedad de economía mixta fuese "*pública*", sin perjuicio del derecho básico que la rige -disposiciones del Código de Comercio atinentes a sociedades anónimas-, en este supuesto la aplicación del derecho público, "*administrativo*", es de mayor alcance, lo que se debe a las finalidades de "*interés general*" a que responderá el ente, circunstancia que a su vez determina, por una parte, la existencia a favor de éste de ciertas prerrogativas de orden público y, por otra parte, el control constante del Estado sobre la entidad, todo lo cual se concreta en correlativas normas de derecho público.

Lo cierto es que tanto en uno como en otro supuesto, por más que tenga vigencia el derecho común de las sociedades anónimas, éste no se aplica exclusivamente, pues ya se trate de una sociedad de economía mixta privada o pública, siempre se advierte la derogación, en diversos aspectos, del derecho común de las sociedades anónimas por el derecho público. Esto se observa a través del decreto orgánico sobre sociedades de economía mixta vigente en nuestro país (n° 15349/46), y lo reconoce la doctrina (1013) - (1014) .

Pero cuadra advertir que si bien a las sociedades de economía mixta generalmente se las organiza según las formas de las sociedades comerciales de capital, especialmente de las sociedades *anónimas*, pueden no obstante constituirse sobre bases *cooperativas* (1015) . Desde el punto de vista "*jurídico objetivo*" no hay inconveniente en esto último, en tanto no existiere una norma -con fuerza suficiente para el caso- que lo prohibiere o impidiera.

155. El *régimen jurídico* de la sociedad de economía mixta depende del carácter, privado o público, de la entidad.

La sociedad de economía mixta "*privada*" está sometida al régimen jurídico común del Código de Comercio, atinente a las sociedades anónimas, con las modificaciones respectivas contenidas en el decreto número 15349/46 (1016) .

La sociedad de economía mixta "*pública*", como consecuencia de la actividad de "*interés general*" que esencialmente la caracteriza, tiene un régimen jurídico que difiere del de las sociedades de economía mixta privadas: está sometida a un control constante, y más o menos riguroso, por parte del Estado; puede poseer cierto poder coactivo o de imperio sobre los administrados o particulares que actúan dentro del ámbito en que el ente ejerce su actividad. Pero como se trata de una persona jurídica *pública "no estatal"*, sus órganos personas no son funcionarios o empleados públicos; en consecuencia, no se rigen por el derecho administrativo, sino por el derecho laboral. Sus actos o decisiones no son "*actos administrativos*" (1017) .

En cuanto a la organización administrativa de la entidad, la tendencia general es la de darle a la Administración Pública derechos que exceden los de simple control, y que implican

una verdadera dirección de la sociedad por parte del Estado (1018) . ¿Cómo está organizada entre nosotros la administración de las sociedades de economía mixta? Esto hállase contemplado en los artículos 7º y 8º del decreto nº 15349/46 (1019) . Según el primero de dichos textos, "el presidente de la sociedad, el síndico y, por lo menos, un tercio del número de los directores que se fije por los estatutos, representarán a la administración pública y serán nombrados por ésta, debiendo ser argentinos nativos. En caso de ausencia o impedimento del presidente, lo reemplazará, con todas sus atribuciones, uno de los directores que represente a la administración pública. Los demás directores serán designados por los accionistas particulares". Según el segundo de esos preceptos, "el presidente de la sociedad, o, en su ausencia, cualquiera de los directores nombrados por la administración pública, tendrán la facultad de *vetar* las resoluciones del directorio o las de las asambleas de accionistas, cuando ellas fueren contrarias a esta ley o la de su creación o a los estatutos de la sociedad, o puedan comprometer las conveniencias del Estado vinculadas a la sociedad. En este caso, se elevarán los antecedentes de la resolución objetada a conocimiento de la autoridad administrativa superior de la administración pública asociada, para que se pronuncie en definitiva sobre la confirmación o revocación correspondiente del veto, quedando, entretanto, en suspenso la resolución de que se trata. Si el veto no fuere conformado por dicha autoridad dentro de los veinte días subsiguientes al recibo de la comunicación que dispone este artículo, se tendrá por firme la resolución adoptada por el directorio o por la asamblea de la sociedad, en su caso. Cuando el veto se fundamentase en la violación de la ley o de los estatutos sociales, el capital privado podrá recurrir a la justicia de la resolución definitiva dictada".

Desde el punto de vista *jurídico objetivo*, la estructura de la entidad puede responder a la de las sociedades anónimas, sin perjuicio de que puede constituirse sobre bases cooperativas (1020) .

156. El control del Estado sobre las sociedades de economía mixta es doble:

a) En primer término, existe el control "*general*" que la Inspección de Justicia ejerce sobre las sociedades, a efectos de asegurar el cumplimiento de las disposiciones legales. Este control también alcanza a las sociedades de economía mixta, incluso a las de carácter "público".

b) En segundo término, existe un control "*especial*", que puede subdividirse en dos especies: 1) el control que el Estado ejerce desde el *interior* de la entidad, a través de sus representantes (presidente, síndico y un tercio de directores). El presidente de la sociedad o, en su ausencia, cualquiera de los directores nombrados por la Administración Pública, pueden "*vetar*" las resoluciones del directorio o de las asambleas de accionistas, cuando ellas fueren contrarias a la ley o puedan comprometer las conveniencias del Estado vinculadas a la sociedad (ver art. 8º del decreto 15349/46 y el trámite que establece para esos casos) (1021) ; 2) el "*control administrativo*" -que se ejerce desde afuera- exigido por las finalidades de "*interés general*" que persigue la entidad. Este control administrativo es obvio cuando la sociedad de economía mixta fuere persona jurídica "*pública*". Trátase de

una manifestación general del "control administrativo" sobre las personas jurídicas públicas, acerca de cuya actuación sería inconcebible el desinterés del Estado.

157. Dentro de la sociedad de economía mixta existen personas que son, a su vez, representantes del Estado y nombrados por éste; verbigracia: el presidente, el síndico y un tercio del directorio (artículo 7º del decreto n° 15349/46) (1022) .

¿Cuál es la situación jurídica de dichas personas? ¿Cuál es el régimen de su responsabilidad?

Para el tratamiento teórico de este problema hay que considerar dos supuestos posibles: a) que dichas personas, aparte de representar al Estado dentro de la sociedad de economía mixta, sean, también, funcionarios o empleados de la Administración Pública, prestando los correlativos servicios en alguna de sus reparticiones; b) que dichas personas sólo sean representantes del Estado dentro de la sociedad de economía mixta, pero sin ser, a su vez, funcionarios o empleados de la Administración Pública, vale decir sin prestar servicios en repartición alguna de ésta.

En el primer supuesto, frente al Estado, la situación de esas personas tiene un doble carácter: 1) como representantes suyos en el seno de la sociedad de economía mixta; 2) como funcionarios o empleados de la Administración Pública. Como representantes del Estado dentro de la sociedad de economía mixta, el vínculo que une a esas personas con el Estado es el del "*mandato*", figura jurídica de derecho privado. Como funcionarios o empleados de la Administración Pública, tales personas se vinculan a ésta por una "*relación de empleo público*". Ambas relaciones, la regida por las normas del "*mandato*" y la regida por las normas del "*empleo público*", son totalmente extrañas entre sí y nada tiene que ver una con la otra. Todo lo atinente a la representación del Estado dentro de la sociedad de economía mixta es materia de "*mandato*" (derecho privado); todo lo vinculado al empleo o función pública es materia de la "*relación de empleo o función pública*" (derecho administrativo). De esto derivase una consecuencia importante: en lo relacionado con la representación dentro de la sociedad de economía mixta, tales representantes del Estado *no están ligados a éste por vínculo jerárquico alguno*; esto por dos razones: la primera, porque las sociedades de economía mixta, aun siendo "públicas", *no son personas estatales*, ni pertenecen a los cuadros de la Administración Pública, no correspondiendo hablar, entonces, de vínculo o deber jerárquico fuera de la relación de empleo o función pública; la segunda, porque la actividad de esas personas, dentro de la sociedad de economía mixta, nada tiene que ver con la actividad que desempeñen como funcionarios o empleados públicos.

En el segundo supuesto, frente al Estado la situación de las personas que lo representan dentro de la sociedad de economía mixta, hállese exclusivamente regida por las normas propias del "*mandato*" (derecho privado).

De lo expuesto precedentemente derivanse consecuencias fundamentales respecto a la eventual responsabilidad en que incurran los expresados representantes estatales por incumplimiento de instrucciones de éste. No habiendo *subordinación jerárquica* de esas

personas, consideradas como "representantes" del Estado dentro de la sociedad de economía mixta, va de suyo que en ningún caso serán pasibles de las sanciones correspondientes a los empleados o funcionarios públicos. La subordinación jerárquica sólo se refiere a su eventual carácter de funcionarios o empleados públicos, y *en lo relativo a las funciones pertinentes*, pero nada tiene que ver con su actividad como representantes de la Administración Pública dentro de la sociedad de economía mixta. La única responsabilidad que podría corresponderles a tales representantes del Estado, sería la del "*mandatario*".

Lo que dejo expuesto refiérese a las relaciones de los mencionados representantes y el Estado.

En lo que respecta a las relaciones de tales representantes y la sociedad de economía mixta, rige el artículo 14, segunda parte, del decreto orgánico número 15349/46, en cuyo mérito "el presidente, los directores y el síndico, nombrados por la administración pública, tendrán las responsabilidades previstas en el Código de Comercio y la administración pública no responderá por los actos de los mismos" (1023) .

Entre los pocos autores que se ocuparon de este punto, hállese Forsthoff. Reconoce que, respecto a la sociedad de economía mixta, los representantes del Estado están sujetos a las disposiciones generales de responsabilidad del derecho de sociedades; agrega que "...el funcionario está obligado a cumplir las órdenes de sus *superiores jerárquicos* al ejercer los derechos sociales...", razón por la cual, dice, si al cumplir dichas órdenes le causa un daño a la sociedad de que forma parte como representante de la Administración, ésta -de acuerdo al texto legal que cita- deberá reintegrarle el importe de la indemnización que haya tenido que pagarle a la sociedad de economía mixta (1024) . La solución dada al caso por el expresado tratadista es correcta, pues se basa en textos legales expresos; pero la juzgo equivocada en cuanto al "*fundamento jurídico*" de la obligación de la Administración Pública hacia su representante en la sociedad de economía mixta, de resarcirle lo que dicho representante, por cumplir instrucciones del Estado, le hubiere tenido que abonar a la sociedad en concepto de daños. El fundamento de la obligación de la Administración Pública de indemnizar al representante que tiene en el seno de la sociedad, podrá surgir de una norma especial y expresa, como la que cita Forsthoff, o eventualmente de las reglas del mandato a que hice referencia, pero en modo alguno de una *relación jerárquica* que, aun en el evento de que el representante del Estado en la sociedad fuese, al propio tiempo, funcionario o empleado estatal -único supuesto donde hay "*relación jerárquica*"-, dicha calidad nada tiene que ver con la actividad desplegada como representante de la Administración Pública dentro del seno social.

158. En el estatuto de la sociedad debe establecerse cuándo empezará y *acabará* aquélla (artículo 9º del decreto nº 15349/46) (1025) . De modo que, por principio, las sociedades de economía mixta deben durar el término establecido y convenido al efecto, o mientras esté vigente la empresa que fue objeto principal de su formación (argumento del artículo 370 , inciso 1º del Código de Comercio).

Tratándose de entidades autárquicas institucionales y de empresas del Estado, su *disolución* puede disponerla este último, por sí, cuando lo considere conveniente. Se explica que así sea, pues en tales supuestos el Estado es el único interesado.

Pero en las sociedades de economía mixta las cosas no pueden ocurrir de ese modo, pues, implicando tales sociedades un *contrato*, el de sociedad, es de recordar que los contratos no pueden quedar sin efecto por voluntad de una sola de las partes. De ahí que, no tratándose de los casos de disolución legal, la sociedad no puede disolverse sin acuerdo de partes. Tal es el principio, que reposa en un doble fundamento: ético y jurídico.

Con prescindencia de la voluntad de los socios que las integran, las sociedades de economía mixta pueden ser disueltas por disposición "*legal*". Ello ocurrirá en los supuestos que prevén los artículos 369 , 370 y 371 del Código de Comercio, pero con una salvedad: dichas sociedades no pueden ser declaradas en "*quiebra*" (artículo 11 del decreto n° 15349/46) (1026) .

159. Como resultado de la actuación de la sociedad de economía mixta, puede ocurrir que su activo no alcance para cubrir el pasivo. En tal supuesto, los socios que integran la sociedad ¿tienen obligación de aportar un suplemento para cubrir dicho pasivo?

En lo que al Estado respecta, el decreto número 15349/46, en su artículo 14, dice así: "La responsabilidad de la Administración Pública, se limitará exclusivamente a su aporte societario". En consecuencia, fuera de dicho aporte, el Estado no tiene obligación de contribuir al pago del pasivo que resultare (1027) .

En lo atinente a los particulares o administrados, socios de la entidad, su responsabilidad personal debe resultar, en primer término, de lo establecido en el estatuto de la sociedad; en el supuesto de silencio de ésta, deben aplicarse los respectivos principios generales, correspondientes al tipo de sociedad de que se trate.

Trátase de una responsabilidad "*subsidiaria*", para el supuesto de insuficiencia del activo de la sociedad de economía mixta (1028) .

CAPÍTULO VI - OTRAS PERSONAS QUE SE MENCIONAN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

(Región; Ente Paraestatal; Corporación; Consorcio)

SUMARIO: 160. ¿Trátase efectivamente de categorías especiales de "personas"? Discriminación a efectuar. - 161. "*Región*". Derecho extranjero. Derecho argentino. Advertencia. - 162. "*Ente paraestatal*". Noción conceptual. Condición legal. Intrascendencia jurídica del concepto. - 163. "*Corporación*". Noción conceptual. Condición legal. Régimen jurídico. - 164. "*Consorcio*". Consideraciones generales. Antecedentes. Noción conceptual. Condición legal. Diferencia con "corporación".

160. Los tratadistas de derecho administrativo, especialmente extranjeros -y en particular italianos-, al referirse a las personas del derecho administrativo suelen mencionar la

"región", el "ente paraestatal", la "corporación" y el "consorcio". ¿Se trata, efectivamente, de "nuevos" tipos de personas?

No todos los "tipos" de referencia implican nuevas categorías jurídicas, pues simplemente constituyen supuestos de personas ya existentes. Es lo que ocurre con el "*ente paraestatal*", cuya estructura y finalidad lo encuadran en el tipo o categoría "*general*" de las personas jurídicas *públicas* "no estatales". De manera que la expresión "ente paraestatal" trasunta una mera terminología y en modo alguno una nueva categoría jurídica de personas. Cuando se habla de entes paraestatales, se entiende referir a personas jurídicas públicas que actúan "*junto al Estado*", o "al lado del Estado", las cuales pueden ser de cualquiera de las especies conocidas.

No ocurre lo mismo con la "*región*", la "*corporación*" y el "consorcio", cuyas estructuras y finalidades los revelan como nuevas y *especiales* categorías de personas públicas.

161. Algunos ordenamientos jurídicos, como el italiano, establecen y reconocen en forma expresa la existencia de un "ente" llamado "*región*".

En el ordenamiento italiano la "*región*" es un ente territorial, pero distinto a la entidad autárquica territorial de nuestro sistema: es de mayor amplitud que las provincias y tiene en cuenta, mejor que éstas, los factores naturales, históricos y sociales. En Italia, donde la "*región*" tiene base *constitucional*, Lombardía, Liguria, Valle d'Aosta, Veneto, etcétera, son "*regiones*". En dicho país la "*región*" es considerada como *ente autónomo*, con poderes y funciones propios; es un ente público territorial (1029). Cronológicamente, la "*región*" es el ente autárquico de más reciente creación en el derecho positivo italiano (1030).

En la legislación de Francia la "*región*" constituye una circunscripción administrativa, pero no una colectividad descentralizada: no tiene personalidad jurídica (1031).

En nuestro ordenamiento legal, la "*región*" carece de trascendencia alguna, pues en nuestro sistema no es reconocida como persona jurídica. Insisto en que no debe confundirse la "*región*" de la legislación italiana, por ejemplo, con nuestra "entidad autárquica territorial", pues son dos cosas distintas (1032).

162. En doctrina, especialmente italiana, se habla de "*entes paraestatales*". ¿En qué consisten? ¿Cuál es su condición legal? ¿Implican efectivamente una categoría especial de personas dentro del derecho administrativo?

Nuestra ley de contabilidad -decreto ley número 23354/56- se refería a ellos en sus artículos 84, inciso a, y 138. Este último decía así: "Las entidades de derecho privado en cuya dirección o administración tenga responsabilidad el Estado o a las cuales éste se hubiera asociado, garantizando materialmente su solvencia o utilidad, les haya acordado concesiones o privilegios, o subsidios para su instalación o funcionamiento, quedan comprendidas en la denominación de haciendas para-estatales y sometidas a la jurisdicción del Tribunal de Cuentas".

La redacción de este texto era poco alabable, en cuanto comprendía en la denominación de entes "*paraestatales*" a las entidades de derecho "*privado*" que menciona, pues para la generalidad de la doctrina los entes paraestatales son de derecho *público*, siendo de advertir que, por sus finalidades, estos últimos son los que efectivamente tienen importancia.

Para dicho decreto-ley, entes *paraestatales* son "las entidades de derecho privado que ejerzan una *actividad paralela* a la del Estado" (punto 10º de los considerandos del expresado decreto-ley). Trátase de entes que están y actúan "*al lado*" del Estado, colaborando con él en la satisfacción del "*interés general*", pero constituyendo administraciones separadas entre sí (1033) . Tal es el significado de "*ente paraestatal*". De acuerdo a ello, una sociedad de economía mixta, pública, sería un ente paraestatal.

Los autores discuten acerca de cuál es la condición legal de los entes paraestatales. Si bien hay quien pretende que se trata de entidades "*privadas*" (1034) , la generalidad de la doctrina sostiene lo contrario, o sea que se trata de entes "*públicos*" (1035) , criterio, este último, comprensible y aceptable, porque ente paraestatal es el que está junto o al lado del Estado colaborando con él en la satisfacción del "*interés general*", y esto lo realiza y satisface preferentemente la persona jurídica "*pública*", no la "*privada*".

Entre nosotros -y lo mismo ocurre para un gran sector de la doctrina italiana- lo relacionado con el ente "*paraestatal*" carece de trascendencia jurídica, porque tales entes no implican una nueva categoría de personas, sino una mera terminología dentro de las personas jurídicas públicas (1036) . Trátase de las personas jurídicas no estatales. El ente "*paraestatal*" comprende a "*todas*" las personas jurídicas públicas "*no estatales*"; de modo que no constituye una "*nueva*" categoría jurídica "*especial*" de persona con relación a las ya existentes y conocidas. Es una nueva denominación para una categoría de personas jurídicas ya conocida.

163. "*Corporación*" es la persona jurídica de derecho público que, organizada sobre la base de la cualidad de socio de sus miembros -cuyos intereses son coincidentes-, tiende a satisfacer fines de interés general. De modo que la "*corporación*" pública hállese organizada en forma de asociación. Es una asociación. Por lo demás, entre los fines perseguidos por la "*corporación*" y lo que en la especie ha de tenerse por interés general, debe existir una obvia conexión o concordancia (1037) .

Pertenecen a la categoría de "*corporación*" los "*colegios*" u "*órdenes*" profesionales, las "*cámaras*" (por ejemplo, de comercio, de industria), los "*sindicatos*", etcétera (1038) .

La "*corporación*" que le interesa al derecho administrativo es la que pertenece al derecho público. Trátase de una persona jurídica pública "*no estatal*". Para que la corporación revista carácter público no estatal debe reunir indefectiblemente los requisitos indicados precedentemente (véanse los números 99 y 100). De modo que la condición legal de la "*corporación*" es la de persona jurídica pública no estatal (1039) , con todas las consecuencias que de ello derivan en cuanto al régimen jurídico aplicable.

164. El "*consorcio*", como institución, tuvo vigencia originaria en el derecho foráneo, verbigracia en el italiano, donde ya en el año 1904 se legislaba sobre "consorcios hidráulicos". No obstante, halló recepción en textos legales de nuestro país, tanto de derecho público como de derecho privado (1040) . Con razón se ha dicho, pues, que el "consorcio" no constituye una figura exclusiva del derecho administrativo, aunque en éste son muy frecuentes (1041) ; a pesar de esto, lo relacionado con los consorcios administrativos aparece entre las materias más descuidadas por la doctrina de los administrativistas (1042) .

En el proyecto de Código de Aguas para la Provincia de Buenos Aires, preparado en 1939, al instituir el "consorcio" como persona jurídica de derecho público, se dice que hasta entonces el régimen legal de los consorcios no había sido estatuido de manera *orgánica y sistematizada* en nuestra legislación (1043) . Ello es exacto, sin perjuicio de que, como lo indico en la precedente nota 244, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1934 ya hacía referencia a los "*consorcios*".

¿Qué ha de entenderse por "*consorcio*"? El consorcio no es una "sociedad": es una mera "*unión*" formada para la gestión o la defensa de intereses comunes. Así también lo entiende la Real Academia Española, en el Diccionario de la Lengua Española: "Participación y comunión de una misma suerte con uno o varios"; "*Unión o compañía de los que viven juntos*". Sobre tal base, el consorcio administrativo, que es el que aquí interesa, puede definirse diciendo que es la unión de personas jurídicas públicas entre sí, o de ellas con personas particulares, o de personas particulares entre sí, para la gestión o defensa de un interés común a ellas, que tenga caracteres de *interés general*.

De modo que el consorcio puede existir entre personas jurídicas públicas (estatales o no estatales), entre éstas y personas particulares y entre personas particulares (1044) .

El consorcio se caracteriza, pues, porque la actividad de varios queda sustituida por la actividad del ente que actúa en nombre de ellos (1045) .

Las materias o razones que pueden determinar la formación de un consorcio "*administrativo*" son ilimitadas en número. Lo único que al efecto se requiere es que el pertinente interés común revista carácter de interés general.

¿Cuál es la condición legal de los consorcios administrativos? Dados los fines que los motivan, las prerrogativas de poder de que disfrutan y el control estatal que sobre ellos se ejerce, la doctrina, acertadamente, les reconoce carácter de personas jurídicas públicas (1046) , que podrán ser "estatales" o "no estatales", según los casos. Para determinar esto último el intérprete debe atenerse a lo ya dicho acerca de la distinción entre personas jurídicas públicas (ver números 99 y 100).

Dado que también pueden existir consorcios "privados", ¿como se diferencian éstos de los consorcios "públicos"? Tratándose en ambos casos de "personas jurídicas", para establecer la diferencia entre ellos hay que atenerse a las reglas generales dadas para distinguir la persona jurídica privada de la persona jurídica pública (ver números 99 y 100).

Finalmente ¿qué diferencia existe entre "*corporación*" y "*consorcio*"? Esta pregunta se impone ante la circunstancia de que en ambos supuestos aparecen varias personas agrupadas. La diferencia es la siguiente: en la corporación los miembros son "*socios*"; en el consorcio no hay "*socios*", sino meramente "*unión*" de intereses.

TÍTULO CUARTO - ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

CAPÍTULO I - PRINCIPIOS GENERALES

SUMARIO: 165. Planteamiento de la cuestión. Noción conceptual. - 166. Distintas formas de expresarse la actividad administrativa. - 167. Potestad para dictar normas sobre "*organización administrativa*". ¿A quién le compete constitucionalmente?

165. La adecuada "*actuación*" de la Administración Pública requiere una correlativa "*estructura*" técnicojurídica que permita y regule el funcionamiento de aquélla. Todo esto implica la existencia de una "*organización administrativa*", cuyo contenido técnico y jurídico será estudiado en los capítulos del presente Título.

Esencialmente, el poder de organización se concreta en la estructura de órganos y en la atribución de competencias (1047) , o, más bien dicho, en la asignación de funciones a dichos órganos (1048) .

166. La actividad de la Administración Pública puede expresarse en distintas formas, según sea el punto de vista que al efecto se considere.

Dicha actividad administrativa -que obviamente incide en la "*organización*" administrativa- puede considerarse desde dos puntos de vista:

1) De acuerdo a la "*naturaleza*" de las funciones. En tal orden de ideas, la Administración puede ser "*activa*", "*jurisdiccional*", "*interna y externa*", "*consultiva*", "*reglada y discrecional*", de "*control*".

2) De acuerdo a la "*estructura*" del órgano. En este orden de ideas, la Administración puede ser "*burocrática*", "*colegiada*" y "*autárquica*".

Aparte de ello, cuadra recordar que la actividad de la Administración puede ser "*interorgánica*", pudiendo dar lugar, además, a relaciones "*interadministrativas*".

De todo ello me he ocupado precedentemente: números 16 a 27, a los cuales me remito.

En la organización administrativa tiene evidente repercusión la manera de expresarse la respectiva actividad.

167. En el orden nacional, la potestad para dictar normas sobre "*organización administrativa*" le corresponde esencialmente, y por principio, al Poder *Ejecutivo* de la Nación. Tal potestad integra la llamada "*zona de reserva de la Administración*", cuya existencia surge de la Constitución Nacional. Véanse los números 68 y 68 bis.

"Excepcionalmente", para materias determinadas, dicha potestad puede corresponderle al Poder Legislativo, lo que ocurrirá cuando la facultad pertinente le esté atribuida en forma "especial" al Congreso por la Constitución. Es lo que sucede con la facultad para crear ciertas entidades autárquicas institucionales, como bancos oficiales, universidades nacionales, etcétera.

De modo que, desde el punto de vista constitucional, la potestad para dictar normas sobre organización administrativa le compete esencialmente al Poder Ejecutivo de la Nación.

CAPÍTULO II - LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

SUMARIO: 168. Razón de su estudio. - 169. Teoría del órgano. - 170. Órgano: noción conceptual. - 171. La "personalidad" del órgano. Lo atinente a la actividad "interorgánica" y a la relación "interadministrativa". - 172. Clasificación de los órganos. SECCIÓN 2ª - DE LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS EN PARTICULAR. 173. *Órgano presidencial*. Naturaleza jurídica. Atribuciones; la "zona de reserva de la Administración". - 174. *Órgano ministerial*. Consideraciones generales. Antecedentes. Atribuciones. Ley de organización de los ministerios. Los "secretarios de Estado". Naturaleza jurídica del órgano ministerial. - 175. *Órgano gobernación*. El "gobernador" en las provincias. Su calidad de agente natural del gobierno federal. - 176. *Órgano municipal*. a) Municipalidades de provincias; b) Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. Los órganos de las municipalidades. - 177. *Órgano intervención*. Dos especies de esos órganos: intervención "política"; intervención "administrativa". Naturaleza del órgano. El "acto" que dispone la intervención. El interventor: designación; funciones; facultades; "competencia" del mismo. Doble orden de funciones del interventor político. La intervención federal y la remoción y nombramiento de jueces. Lo atinente a la responsabilidad del interventor federal. - 178. *Órgano "territorio nacional"*. Su condición jurídica. Fundamento positivo del órgano "territorio nacional". Provincialización de territorios. Derechos y deberes de las nuevas provincias. El procedimiento de la "consulta" en el orden judicial de los territorios nacionales: carácter y alcance jurídico de la aprobación de los procedimientos recibidos en consulta. Resultados institucionales de la "consulta". - 179. *Órgano "autárquico"*. Ubicación del tema. Remisión. - 180. *Órgano "eclesiástico"*. Su estudio no corresponde al derecho administrativo. La cuestión en nuestro país. - 181. *Órgano "castrense"*: fuerzas armadas (ejército, armada nacional, aeronáutica militar). Fundamento racional de su existencia. Fundamento positivo. Naturaleza jurídica. - 182. *Continuación*. Órgano castrense. La disciplina militar. Su verdadera esencia y alcance. - 183. *Continuación*. Órgano castrense. La "justicia" militar (fuerzas armadas). Fundamento constitucional de la misma. Naturaleza de ella. Legislación vigente. - 184. *Continuación*. Órgano castrense. Problemas esenciales que suscita la justicia militar: a) caducidad de la jurisdicción y competencia de los tribunales y comisiones de honor por transcurso exagerado de los términos pertinentes; b) prescripción de la acción punitiva por hechos y actos cuyo juzgamiento les compete a los tribunales y comisiones de honor.

SECCIÓN 1ª - CONSIDERACIONES GENERALES

168. El Estado y todas las personas jurídicas estatales de que él se vale para el cumplimiento de sus fines, incluso -por cierto- las personas jurídicas que actúan en el ámbito *administrativo*, expresan su voluntad a través de personas físicas que las integran. Estas personas físicas constituyen los llamados "*órganos personas*" u "*órganos individuos*". La voluntad expresada por dichas personas físicas es imputable a la persona jurídica de que forman parte.

Además, las diversas competencias o funciones estatales, incluso, desde luego, las *administrativas*, están respectivamente asignadas a determinados organismos, los cuales tienen a su cargo determinada actividad. Estos organismos constituyen los llamados *órganos institución*.

La existencia de esos órganos "personas" o "individuos" y de esos órganos "institución" requiere y justifica que en una obra de derecho administrativo se haga referencia a los *órganos de la Administración Pública*.

169. Para explicar en mérito a qué las consecuencias jurídicas de las voluntades de las personas físicas que integran la persona jurídica son imputables a ésta y no a dichas personas físicas, se han propuesto sucesivas teorías. Las principales son la del "*mandato*", la de la "*representación*" y, finalmente, la del "*órgano*".

a) De acuerdo a la teoría del "*mandato*", las aludidas personas físicas obrarían como mandatarios de la persona jurídica, surgiendo de ese vínculo que lo actuado por las personas físicas valdría como actuado por la persona jurídica, "mandante" en la especie.

Este criterio fue rechazado, pues parte del supuesto de que la persona jurídica estuvo en condiciones de expresar su voluntad para otorgar el mandato, cuestión ésta que, en realidad, es lo que desea aclararse. Refiriéndose a esto, dice Michoud que dicho mandato es difícilmente admisible, porque para dar un mandato se requiere desde ese momento una voluntad, la cual aún no existe en la persona jurídica (1049) .

b) Rechazada la teoría del mandato, se recurrió a la teoría de la "*representación*". En su mérito, las personas físicas cuya conducta se le imputa o atribuye a la persona jurídica, son los representantes de ésta. Tal representación se estructura análogamente a la de los incapaces. Se le da un representante a la persona jurídica, como se le da al *infans* o al loco para suplir la insuficiencia de su voluntad. Pero esta teoría tiene la falla lógica de ser inaplicable al Estado, al que habría que reconocerle *ab-initio* la existencia de una voluntad para poder nombrarse o darse ese representante (1050) .

c) Ante lo inaceptables de las teorías del mandato y de la representación, aparece en Alemania una nueva teoría: la del "*órgano*", expuesta por el jurisconsulto Gierke.

Entre la noción de "órgano" y la de "representante" -lo mismo cabe decir de la noción de mandato- hay una diferencia esencial. La calidad de "representante" puede derivar de la ley o de un acto jurídico; en cambio, la calidad de *órgano* deriva de la propia "*constitución*" de la persona moral: integra la estructura de ésta y forma parte de ella. El "órgano" *nace* con la

persona jurídica. En la representación hay un vínculo jurídico entre dos sujetos de derecho, donde uno actúa en nombre del otro; en cambio, tratándose del "*órgano*" la persona jurídica actúa *ella misma*, porque el "*órgano*" forma parte de ella e integra su estructura; la persona jurídica se sirve del órgano como la persona física se sirve de la boca o de la mano. Cuando el alcalde de una ciudad le otorga poder a un procurador para que actúe ante los tribunales de justicia, el alcalde es un órgano, el procurador es un representante (1051) .

La teoría del órgano, dice Aparicio Méndez, "es la única que regula eficientemente en los aspectos jurídico y técnico, esto es, integralmente, el hecho de la fragmentación del Estado, las condiciones de funcionamiento de esas unidades, sus relaciones recíprocas y externas, y el todavía más sutil fenómeno de la acción del hombre por el Estado" (1052) .

170. Después de lo expresado en los párrafos anteriores, corresponde dar la noción conceptual de "*órgano*".

En este orden de ideas, el vocablo "*órgano*" fue considerado en dos sentidos: para unos, por órgano debe entenderse la persona física que realiza la función o cumple la actividad administrativa, actuando y expresando su voluntad por el ente; para otros el órgano se identifica con las reparticiones públicas que implican una determinada esfera de competencia. Esto último traduce el concepto de "*órgano institución*", del cual forman parte, y al cual pertenecen, las personas físicas encargadas de actuar y expresar su voluntad por el ente. Dicha "*institución*", que es permanente y estable, no se identifica con las personas físicas que la integran para actuar y expresar la voluntad de ella. La identidad de la referida "*institución*" no cambia a pesar del cambio de los individuos que la integran (1053) .

La doctrina dominante estima que el concepto de "*órgano*" debe comprender las dos nociones mencionadas, o sea que no sólo debe entenderse por tal a las *personas* físicas adscriptas a la función, sino también a las reparticiones estatales que impliquen esferas de competencias (1054) .

En mérito a esa dualidad conceptual del vocablo "*órgano*", los autores suelen emplear expresiones distintas para cada uno de los significados que se le atribuyen a dicho vocablo. Así, Méndez distingue el órgano "*estrictamente considerado*", en cuyo sentido se presenta como *una porción funcional nominada y definida*, y el órgano "*dinámicamente considerado*", en el que aparece el hombre o persona física (1055) . Villegas Basavilbaso habla de "*órgano institución*" y de "*órgano individuo*" (1056) . García Trevijano Fos, refiriéndose a la noción de órgano, habla de una "*opinión objetiva*", según la cual el órgano sería un centro de competencias, independientemente de las respectivas personas físicas, y de una "*opinión subjetiva*", según la cual el órgano sería la persona física (1057) .

Vitta, por considerar que el uso de un solo y mismo vocablo para expresar dos conceptos diversos puede generar confusiones, estima que el vocablo "*órgano*" no es el más adecuado para aclarar estos conceptos, por lo cual prefiere hablar, en un caso, de reparticiones públicas ("*uffici pubblici*") y en otro de funcionarios públicos (1058) .

171. ¿Tienen "personalidad" los órganos? ¿Son sujetos de derecho?

Los órganos que, como tales, integran una persona jurídica, no pueden considerarse como sujetos de derecho, con personalidad jurídica distinta de la persona a que pertenecen. La personalidad, en tal caso, le corresponde a la *persona jurídica* (1059) . Así, los órganos legislativo, judicial y ejecutivo, integrantes de la persona jurídica "Estado", carecen de personalidad, la cual le corresponde al Estado. De manera que los meros "órganos" de una entidad o persona jurídica no tienen personalidad: no son sujetos de derecho.

Lo que antecede constituye el "*principio*", el cual, sin embargo, puede verse modificado por un texto expreso de derecho. Siempre ha de tenerse presente el ordenamiento jurídico vigente, aplicable al caso que se considere.

Una persona jurídica puede tener diversos órganos. En tal supuesto, entre esos diversos órganos existe o se produce una división de atribuciones: cada uno representa a la persona moral dentro de una esfera determinada, fuera de la cual el órgano pierde su calidad de tal, en el sentido de que carece de "competencia" para actuar expresando la voluntad del ente. Los meros órganos, si bien carecen de personalidad, pueden tener atribuciones propias que determinan su competencia (1060) .

No obstante que los "*órganos*", como tales, carecen de personalidad, es de advertir que entre los diversos órganos de un mismo ente puede existir cierta actividad, determinando la llamada "*actividad interorgánica*", cuyo estudio o análisis le interesa al jurista. Del mismo modo, entre entes u órganos dotados de personalidad pueden establecerse relaciones, determinando la llamada "*relación inter administrativa*". De todo ello me he ocupado precedentemente (ver el nº 27).

172. Los autores suelen ocuparse de la *clasificación* de los órganos administrativos, que realizan de acuerdo a los más variados criterios. Tal clasificación puede hacerse desde tres puntos de vista:

a) Por su *origen*. En este orden de ideas el órgano puede ser "constitucional" o "legal".

Órgano de origen constitucional es el que encuentra fundamento en la Constitución. Como ejemplos pueden mencionarse los órganos "legislativo", "judicial", "ejecutivo". Este último es esencialmente administrativo; en cambio, los dos primeros realizan en forma excepcional funciones administrativas.

Órgano de origen legal es aquel cuya existencia se debe a una ley, sea ésta formal o material. Las distintas "reparticiones" de la Administración Pública pueden servir de ejemplo a esta clase de órganos.

b) Por su *estructura*. Desde este punto de vista los órganos pueden ser "burocráticos", "colegiados" o "autárquicos". Estos órganos coinciden con las respectivas formas de expresarse la actividad de la Administración Pública, de lo cual me he ocupado en otros lugares de esta obra (ver números 23 a 26).

c) Por la índole de las *funciones* que realizan. Considerados desde este aspecto, los órganos pueden ser internos o externos, activos o jurisdiccionales, consultivos o de control. También me he ocupado de este tipo de órganos al referirme a las formas de manifestarse la actividad de la Administración Pública (ver números 16 a 22).

Sección 2ª - *De los órganos administrativos en particular*

173. En orden administrativo, el órgano de mayor jerarquía es el "*presidencial*", cuyo origen es constitucional.

Dicho órgano hállase instituido por el artículo 74 (1061) de la Constitución Nacional, que dice así: "El Poder Ejecutivo de la Nación será desempeñado por un ciudadano con el título de Presidente de la Nación Argentina".

Como surge claramente del texto transcrito, el órgano "*presidencial*" tiene por misión desempeñar el Poder Ejecutivo de la Nación. A pesar de su prominente jerarquía, dicho órgano carece de personalidad: juntamente con los órganos legislativo y judicial, integra la persona jurídica "Estado".

Las atribuciones del órgano "*presidencial*" hállanse establecidas en el artículo 86 (1062) de la Constitución Nacional, norma que dentro de nuestro orden constitucional, sintetiza y traduce las facultades que le competen al *Poder Administrador*, atribuciones que integran y constituyen la "*zona de reserva de la Administración*", dentro de la cual sólo puede actuar válidamente ésta, del mismo modo que únicamente el legislador puede actuar en la llamada zona de "reserva de la ley", y de igual manera que sólo el juez puede actuar en la zona de "reserva de la Justicia". De no ser así, un "poder" invadiría la esfera de actuación de los otros poderes, violando entonces el principio fundamental de separación o división de los mismos. Acerca de la "zona de reserva de la Administración", véanse los números 68 y 68 bis.

De acuerdo al artículo 87 (1063) de la Constitución Nacional, el Poder Ejecutivo desenvuelve su acción a través de los ministerios (1064) .

Discuten nuestros expositores acerca de si nuestro Poder Ejecutivo es unipersonal o plural, o por lo menos dual, en el sentido de si dicho poder está exclusivamente constituido por el Presidente de la Nación o también por sus ministros, ya sea por todos éstos (plural) o por el que corresponda de acuerdo al asunto de que se trate (dual). Las opiniones hállanse divididas: mientras unos sostienen el carácter "*unipersonal*" de nuestro Poder Ejecutivo (1065) , otros sostienen su carácter "*plural*" o por lo menos "*dual*" (1066) . Si bien ambas posiciones aparecen defendidas con atendibles argumentos, comparto la tesis de quienes sostienen el carácter plural, o por lo menos dual, de nuestro Poder Ejecutivo, ya que, aun en el supuesto de que, haciendo valer sus atribuciones, el Presidente de la Nación separe de su cargo al ministro que se niegue a refrendar su firma, va de suyo que, por imperio de la Constitución, para la "*regularidad*" del acto del Ejecutivo, el presidente deberá *indefectiblemente* designar otra persona para que actúe como ministro en el caso dado, lo

que significa que esa función, en su expresión escrita, requiere la intervención *mínima* de dos personas: el Presidente y el respectivo ministro.

174. El órgano "*ministerial*" es de origen constitucional. Su fundamento positivo es el artículo 87 (1067) de la Constitución, cuya redacción, después de la reforma de 1898, que elevó a ocho a los cinco ministerios originarios, es la siguiente: "Ocho 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. Una ley especial deslindará los ramos del respectivo despacho de los ministros" (1068) - (1069) .

Trátase de un órgano carente de personalidad. Es un órgano de órgano, pues pertenece al órgano "ejecutivo".

Las atribuciones del órgano ministerial surgen, esencialmente, del artículo 89 (1070) de la Constitución, que dice así: "Los ministros no pueden por sí solos, en ningún caso, tomar resoluciones, a excepción de lo concerniente al régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos". La actual ley de organización de los ministerios, n° 14349 -del 13 de junio de 1958-, ha reglamentado dicho texto. pero en los casos de duda, para determinar si el ministro tiene tal o cual facultad, es decisivo lo dispuesto por el expresado artículo 89 (1071) de la Constitución, pues la ley reglamentaria del mismo no puede alterar su espíritu (1072) - (1073) .

Los ocho ministros a que alude la Constitución tienen entre sí igualdad de rango: ninguno de ellos tiene superioridad sobre el otro. Pero la ley 14439 , aparte de esos ocho ministros, ha creado doce "*secretarías de Estado*" (art. 17); a los secretarios de Estado les asigna rango ministerial (art. 19) (1074) . Para Linares Quintana la institución de los secretarios de Estado con jerarquía de ministros es inconstitucional, pues la Constitución sólo habla de "*ocho*" ministros, inconstitucionalidad que no se purga por el hecho de que los "*secretarios*" de Estado no refrenden ni legalicen los actos del Presidente de la Nación por medio de su firma (1075) . Para dicho tratadista los referidos "secretarios de Estado" vienen a ser "*simples subsecretarios*", a los que, al margen de la ley suprema, y por la vía legislativa, se ha pretendido atribuir la jerarquía ministerial (1076) ; para otro autor, dichos secretarios de Estado "*forman una especie de ministros de segunda clase, de uso interno*" (1077) .

En cuanto a la naturaleza jurídica del órgano ministerial, o sea si integra o no el Poder Ejecutivo, ya me he referido en el párrafo anterior al tratar la naturaleza jurídica de dicho poder, pues en ese orden de ideas hay una total interdependencia entre el órgano presidencial y el órgano ministerial. Tal como lo expresé en dicho párrafo, comparto la tesis de quienes consideran que el órgano ministerial integra el Poder Ejecutivo, que, en consecuencia, entre nosotros, no sería unipersonal, sino plural o, por lo menos, dual (1078).

175. El órgano "*gobernador*", en las provincias, es -dentro de su esfera- análogo al órgano "*presidente*" del orden nacional.

En términos generales, el órgano "*gobernador*" hállese regido por los mismos principios que el órgano "*presidente*". De ahí que -huelga decirlo- los gobernadores de provincia sólo pueden actuar válidamente dentro de la esfera de su respectiva competencia constitucional (1079) .

De acuerdo a la Constitución Nacional, "los gobernadores de provincia son agentes naturales del Gobierno Federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación" (artículo 110 (1080)). Pero la circunstancia de que sean "*agentes*" naturales del Gobierno Federal, no constituye a los gobernadores en funcionarios nacionales, y menos aún en inferiores jerárquicos del Presidente de la República (1081) .

No comparto la opinión de quienes consideran que, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 110 (1082) de la Constitución Nacional, la institución gobernación se convierte en "*órgano del órgano presidencial*" (1083) :

1) Considero que los gobiernos de provincia no pueden ser tenidos como "*órganos*" del órgano presidencial, pues ello implicaría establecer o aceptar una relación de dependencia. La "*autonomía*" de las provincias rechaza esa posibilidad, sin perjuicio de que, como consecuencia de nuestro sistema político jurídico de gobierno, los gobernadores de provincia actúen como "*agentes*" del gobierno federal al solo y exclusivo efecto de hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación. La relación existente entre el órgano que actúa como órgano de otro es de substancia "*administrativa*"; en cambio, la relación que existe entre los gobiernos de provincia y el gobierno federal cuando aquéllos actúan como "*agentes*" de éste para hacer cumplir la Constitución y leyes de la Nación, es de substancia "*política*".

2) Si el gobernador es agente del "*gobierno*" federal, no es razonable limitar su vinculación al "*presidente*" de la Nación, pues debe entenderse que su calidad de agente se refiere a cada uno de los poderes que componen el "*gobierno*" federal: el ejecutivo, el legislativo y el judicial (1084) . Los "gobernadores" de provincia no son agentes del "*presidente*" de la Nación, sino del "*gobierno*" de la Nación, integrado por los *tres* poderes.

La *ratio juris* del expresado artículo 110 (1085) consiste en mantener la supremacía de la Constitución Nacional. Al respecto, dice Sánchez Viamonte: "Sería impracticable la disposición del artículo 31 , relativo a la supremacía de la Constitución, leyes nacionales y tratados internacionales, si las autoridades de provincia no estuviesen obligadas a cumplir y ejecutar la voluntad del gobierno federal en cualquiera de sus manifestaciones antes indicadas" (1086) .

Sin perjuicio de lo expuesto, los actos de los gobiernos de provincia ejecutados en su carácter de "*agentes*" del gobierno federal, desde el punto de vista de las responsabilidades que contraigan para con terceros en el desempeño de esa comisión especial, deben equipararse a los de los funcionarios que actúan ordinariamente al servicio de la Nación (1087) .

Finalmente, tal como lo ha declarado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los gobernadores de provincia, mientras dura el ejercicio de sus funciones, no pueden ser criminalmente enjuiciados ante el Poder Judicial de la Nación, porque ello comprometería la independencia de los poderes provinciales, que es esencial en el orden de la Constitución federal (1088) .

176. En nuestro país existen dos tipos netamente diferenciados entre sí de *órganos municipales*: a) las municipalidades de las provincias; b) la Municipalidad de la Capital Federal.

A.

La "*institución*" comunal o municipal, en el orden *provincial*, halla su fundamento en la Constitución Nacional (artículo 5°), en cuanto exige que cada provincia, aparte de la administración de justicia y de la educación primaria, asegure su "*régimen municipal*". Pero la "*personalidad*" concreta de dichas comunas surge de sus respectivas leyes orgánicas. "*Actualmente*" éste es el origen jurídico positivo de las comunas en nuestro país; cosa similar se observa en Brasil (1089) , cuyas conclusiones son aplicables entre nosotros (1090) .

Los poderes o atribuciones de las municipalidades provinciales provienen, *actualmente*, de la correlativa transferencia de potestades hecha a favor de ellas por las provincias (1091) . El origen o carácter "histórico" de las comunas sólo sirve de guía para que el legislador actual no pierda de vista el espíritu de la tradición, pero nada más que para esto (1092) . Si bien se habla de una teoría del derecho "*natural*" de la comuna, fundado en la prioridad de ellas respecto al Estado, tal teoría hoy está casi abandonada (1093) , por más que no falte quien aún la auspicie (1094) . Se ha dicho que el argumento de la expresada "prioridad" hállese vacuo de sentido, porque todos los poderes locales resultan absorbidos por el Estado moderno y actual (1095) . La comuna moderna es substancialmente diversa de la comuna antigua, no existiendo entre ambas otro parentesco que el antecedente histórico (1096) .

Cuando la Constitución Nacional les impone a las provincias la obligación de asegurar su "*régimen municipal*" ¿se ha referido a un régimen o sistema especial, o su elección la dejó librada al criterio de las legislaturas? Nuestros autores hállese divididos: mientras unos, basados en antecedentes inmediatos posteriores a la sanción de la Constitución Nacional (1097) , consideran que los constituyentes quisieron que se implantara en la República un régimen municipal con relativa autonomía y de *origen popular* (1098) , otros estiman que la Constitución Nacional dejó librada la elección de ese "régimen" a la voluntad y a la experiencia de los constituyentes de provincia (1099) . Estimo que esta última es la opinión aceptable, no sólo por el total silencio de la Constitución, sino porque el criterio seguido por el Congreso Constituyente al sancionar la ley orgánica para la comuna de la ciudad de Buenos Aires, *después* de sancionada la Constitución, razonablemente no vale como interpretación auténtica del texto constitucional, sino como expresión del criterio a seguir en ese momento para la ciudad de Buenos Aires. Los legisladores provinciales tienen amplia libertad para pensar y resolver como les plazca.

Las municipalidades no son "*autónomas*", sino meramente "*autárquicas*", lo que vale tanto para las de provincia como para la de la ciudad de Buenos Aires (1100) . De modo que la comuna o municipalidad es un órgano meramente "*administrativo*" (entidad autárquica territorial) que, en consecuencia, carece de poderes de legislación propia. En ese orden de ideas, sólo pueden estatuir de acuerdo a lo autorizado o dispuesto por la respectiva ley orgánica (1101) ; correlativamente, no tienen competencia propia -sino delegada por el Estado- para establecer o crear tributos (1102) .

B.

La Municipalidad de la Capital Federal no tiene base "*constitucional*", sino meramente "*legal*", pues a su respecto la Constitución sólo dispone: a) que el Congreso ejercerá una legislación exclusiva en todo el territorio de la Capital de la Nación (artículo 67 , inciso 27 (1103)); b) que el Presidente de la Nación es el jefe inmediato y local de la Capital de la Nación (artículo 86 (1104) , inciso 3º (1105)). La "*personalidad*" de la Municipalidad de la Capital Federal únicamente se debe a la "*ley*" orgánica pertinente, que el Congreso, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, consideró oportuno sancionar (1106) . Pero así como estableció ese régimen, pudo haber establecido otro distinto, sin que ello implicase agravio alguno a la Constitución. Por eso la Corte Suprema dijo acertadamente que la Municipalidad de la Capital Federal no es un poder, ni una de las entidades autónomas que integran el sistema republicano, representativo, federal, adoptado por nuestra Constitución Nacional, y que lo contrario no puede inferirse del artículo 5º de la Constitución, como tampoco se induce de ahí un poder educacional por la circunstancia de exigirse también a las provincias la educación primaria como recaudo de su autonomía (1107) .

No obstante, nuestros autores no están de acuerdo acerca del alcance e interpretación que les corresponde a los expresados textos constitucionales, en su vinculación con el gobierno de la ciudad de Buenos Aires. Mientras unos autores, razonando en igual forma que respecto a las municipalidades de provincia, consideran que de acuerdo a la Constitución, el gobierno de la Capital Federal debe establecerse sobre la base de un órgano ejecutivo, designado directamente por el Presidente, y de un órgano deliberativo, elegido por el pueblo (1108) , otros expositores consideran que el régimen a que debe sujetarse el gobierno comunal de la Capital Federal depende del criterio del Congreso, siendo entonces indiferente la forma electiva o ejecutiva (1109) , opinión esta última que comparto.

Las "*atribuciones*" de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires no son otras que las que resultan de la ley orgánica que la rige, pues a su respecto, y en este orden de ideas, imperan con mayor razón aún las conclusiones dadas acerca de las municipalidades de las provincias (1110) .

En general, en nuestro país el régimen municipal está organizado sobre la base de atribuirle a la respectiva comuna la calidad de *entidad autárquica territorial* -de ahí la "*personalidad*" del ente-, que actúa a través de dos órganos: uno ejecutivo, unipersonal, es decir de tipo burocrático, y otro deliberativo, plural, de tipo colegial. El origen de este último se debe a elección popular. En cambio el órgano unipersonal, intendente, a veces es de origen

centralizado, pues obedece a nombramiento directo, y otras veces es de origen electivo. Esta diversidad de regímenes se explica porque el derecho municipal, por ser rama del derecho administrativo (ver nº 42), es "*local*", estando entonces supeditado a tantos sistemas como provincias existan, aparte del régimen que impere en la Capital Federal.

177. El órgano "*intervención*", o más bien dicho, la "*intervención*", puede ser de dos órdenes: política y administrativa. La primera es la que realiza el Gobierno federal en el territorio de las provincias, de acuerdo al artículo 6º de la Constitución Nacional. La segunda es una forma de manifestarse el control administrativo de tipo represivo sustitutivo. El estudio de la intervención "*política*" le corresponde, en gran parte, al derecho constitucional, y en parte al derecho administrativo; en tanto que el estudio de la intervención "*administrativa*" le corresponde al derecho administrativo, como una forma del "*control administrativo*".

En los dos tipos de intervención a que hice referencia, la naturaleza del órgano "*interventor*" es similar. Trátase de un órgano "*transitorio*" y "*excepcional*", carente de personalidad, pues, tratándose de la intervención política (artículo 6º de la Constitución), el interventor es sólo un "*representante*" del Gobierno federal a los efectos que determinan la intervención (1111) ; tratándose de la intervención administrativa, el órgano interventor es un representante de la autoridad de control. En síntesis, trátase de un órgano de órgano.

El "*acto*" en que se dispone una "*intervención*" a una provincia, en mérito al artículo 6º de la Constitución, se dice que es "*político*", no pudiendo ser controvertido por el departamento judicial (1112) . Quizá en lugar de hablar de "*acto político*" sea apropiado hablar de acto "*no justiciable*", por cuanto su emanación pertenece a la esfera constitucional reservada a los poderes "*Legislativo*" y "*Ejecutivo*", en cuyo ámbito no es lícita la acción del Poder Judicial. En realidad, este último es el sentido de los fallos de la Corte Suprema citados en la nota 47. El acto en cuyo mérito se dispone una intervención *administrativa* es esencialmente un "*acto administrativo*".

La *designación* de la persona que actuará como interventor -tanto el de tipo político como el de tipo administrativo- es facultad exclusiva del Presidente de la Nación, por cuanto todos los nombramientos de los agentes públicos no reglados de otra manera por la Constitución, corresponden al órgano presidencial (artículo 86 , inciso 10 (1113) , *in fine*, de la Constitución Nacional) (1114) . La designación del interventor "*político*" puede recaer, incluso, en uno de los ministros del Poder Ejecutivo (1115) .

No habiendo una ley que regule las funciones del órgano interventor de tipo "*político*", el ámbito de las mismas está determinado por las "*instrucciones*" del órgano que dispuso la intervención (1116) . De ahí que la "*competencia*" del órgano interventor debe estar claramente fijada en las "*instrucciones*" que al efecto se le den.

En materia de "*competencia*" del órgano interventor -ya se trate del interventor político o del interventor administrativo- la regla es que aquélla no puede ser mayor o más extensa que la del órgano intervenido (1117) ; pero puede ser menor. Así, por ejemplo, si bien en la intervención política, el órgano intervenido -provincia- tiene potestades normativas o

legislativas, el órgano interventor, por principio, carece de ellas (1118) ; para que las tenga, requiérese autorización expresa del órgano que dispuso la intervención, y en tal caso la norma legislativa dictada por el interventor provincial tendría carácter de "*reglamento de necesidad y urgencia*": necesidades de satisfacción impostergable, cuya base deba ser legislativa, justifican que el interventor federal emita válidamente ese tipo de "reglamentos", siempre y cuando, claro está, las "*instrucciones*" que haya recibido se lo permitan (1119) . Así, por ejemplo, si bien, por principio, el interventor federal no podría "*crear*" impuestos, sí podría "*prorrogar*" una ley impositiva periódica, establecida por la provincia, uno de cuyos plazos de vigencia termine durante la intervención. No es posible paralizar la vida económica de una provincia so pretexto de que ésta hállese intervenida. La "*autonomía*" provincial, lejos de resultar vulnerada con semejante temperamento, resulta *asegurada*, porque, concluida la intervención -que es y *debe ser* transitoria-, el comportamiento eficiente del interventor, armónico por lo demás con la conducta anterior de las autoridades locales, le permitirá a la provincia continuar sin quebrantos su vida institucional, tanto más cuanto el temperamento indicado -"prórroga" de una ley impositiva periódica- no implica "*innovación*" sino "*continuación*" respecto a la conducta seguida anteriormente por las autoridades de la provincia. La opinión precedente armoniza con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al decir ésta que las intervenciones "llevan implícita la facultad de proveer por *excepción* y mientras la provincia intervenida carece de autoridades propias, a las necesidades de orden *económico, social y administrativo* emergentes del desenvolvimiento de resortes locales que no se paralizan en sus funciones por el hecho de encontrarse acéfalas algunas de las autoridades que las provincias se dan en uso y ejercicio de sus propias instituciones" (1120) . Pero, sin perjuicio de lo expuesto, en general, la extensión de los poderes de un interventor debe interpretarse restrictivamente (1121) .

El interventor "*político*" (interventor federal en una provincia) ejerce dos órdenes de funciones: políticas y administrativas. Las primeras se consideran "esenciales", por ser las determinantes de la intervención; las segundas pertenecen a la "naturaleza" de la intervención, pues ésta, para cumplir con sus fines, debe atender, además, a las necesidades normales o diarias del movimiento institucional de la provincia. El interventor "*administrativo*" ejerce funciones administrativas, pero -lo mismo que el interventor "*político*" en este orden de ideas-, debido al carácter "temporario" de su actuación, sus funciones son de mera *conservación*, no de innovación. Tal es el principio (1122) , que debe ser racionalmente aplicado. Así, si bien se dice que un interventor no puede "contratar" en nombre de la provincia, tal prohibición debe entendérsela circunscripta a esos contratos que, por sus modalidades o naturaleza, compromentan la libertad de acción de la provincia, o no se refieran a algo impostergable o de urgente necesidad; en tal orden de ideas, el interventor federal, por ejemplo, carecería de facultades para contratar la construcción de un gran edificio para tribunales o para sede del Gobierno, pero sí las tendría para contratar los suministros habituales. Todo esto, pues, implica cuestiones de hecho que deben ser resueltas o consideradas en cada caso particular.

Si bien el interventor "*político*" es representante del Gobierno de la Nación, y no de la provincia, dado que su nombramiento no toma origen en disposición alguna provincial, ello

no obsta a que actúe como representante necesario del estado intervenido mientras se organizan los poderes locales (1123) .

Con relación al interventor "político" (interventor federal), el doble orden de sus funciones fue explicado con elocuencia, en el año 1893, por el entonces presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Abel Bazán, en un voto en *disidencia* que en lo substancial dice así: "el gobierno de la intervención, aunque debe funcionar principalmente con fines políticos, o sea, para efectuar tan pronto como sea posible la reorganización de los poderes públicos de la provincia, no tiene, sin embargo, ni puede tener su acción limitada exclusivamente a esos primordiales objetos, sino que debe ejercer y cumplir de hecho y de derecho todas las atribuciones, todas las facultades y todos los deberes que corresponden al Poder Ejecutivo de la provincia, conforme a la Constitución y a las leyes de la misma, para tutelar y mantener incólumes todos los intereses y derechos pertenecientes a la provincia, tanto en el orden político como social y económico; porque en la acefalía de sus poderes y mientras ellos se reorganizan, la intervención tiene que garantizar al pueblo de la provincia el goce y ejercicio de sus instituciones, llenando las exigencias supremas de su vida administrativa, que no se entiende ni puede entenderse paralizada, ni interrumpido en momento alguno, por el hecho de la intervención" (1124) . La doctrina de este meduloso voto prevaleció en posteriores decisiones de la Corte Suprema de Justicia (1125) .

En su mérito, de acuerdo a lo oportunamente expresado en su transcripto voto por el doctor Abel Bazán y a lo posteriormente aceptado por la Corte Suprema, al interventor federal de una provincia, aparte de sus atribuciones y deberes de orden político, le corresponde ejercer y cumplir las atribuciones y deberes del *Poder Ejecutivo* de la respectiva provincia. Refiriéndose a la legislación aplicable por los interventores federales en el cumplimiento de sus funciones, dijo un destacado expositor: "el *principio general* a este respecto, no puede ser otro que el siguiente: ajustarse a la Constitución y leyes de la provincia intervenida, aplicando sus preceptos, *en cuanto ellos no contraríen el objetivo fundamental de la intervención*". "Es tan equivocado, agrega, negar en principio que los interventores deben aplicar la Constitución y leyes locales, como desconocerles, en absoluto, atribución para apartarse de ellas, cuando su aplicación hubiera de dar como resultado contrariar el objeto mismo de la intervención: lo primero es la regla; la excepción lo segundo" (1126) .

En cuanto al nombramiento y remoción de los jueces provinciales, la doctrina es uniforme en el sentido de que la "remoción" de tales jueces es extraña a las atribuciones del interventor federal, pues siendo dichas atribuciones, por principio, "administrativas", es de advertir que la remoción y correlativa designación de los jueces no es acto "administrativo", sino de gobierno (1127) . Pero, como lo hace notar acertadamente Villegas Basavilbaso, en el supuesto de existir vacantes o de haberse declarado por la ley de intervención la caducidad del Poder Judicial, el interventor tiene facultades para proveer los cargos judiciales vacantes, de acuerdo con las leyes de organización judicial provincial. Tales nombramientos tienen una duración limitada. Son nombramientos en comisión y sólo la ratificación por los órganos competentes de la provincia, reasumida su autonomía, puede asegurarles la continuidad en el ejercicio de sus funciones (1128) . La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un fallo notable, tiene expresadas idénticas declaraciones (1129) .

Finalmente, cabe advertir que el interventor de tipo "político", o sea el interventor federal, no tiene responsabilidad política ni civil ante los tribunales de la provincia en que ejerció sus funciones (1130) .

(1111) Joaquín V. González: "Manual de la Constitución Argentina", número 737, página 743.

(1112) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 53, página 420 y siguientes, especialmente páginas 431-434, *in re* "Cullen c/ Llerena"; tomo 54, páginas 180-183, *in re* "Lobos c/ Dónovan"; tomo 154, páginas 199-200, *in re* "Fernando Orfila interpone recurso de hábeas corpus a favor de Alejandro Orfila". Además: Joaquín V. González: "Manual de la Constitución Argentina", n° 731, páginas 738-739; Segundo V. Linares Quintana: "Gobierno y Administración de la República Argentina", tomo 2°, página 41. Bidart Campos, en cambio, considera que si el poder político que dispone la intervención lo hace violando la Constitución, el Poder Judicial -mediando pedido de parte- puede controlar el uso que de esa potestad se ha hecho ("Derecho Constitucional", página 508).

(1113) Constitución actual, art. 99 , inc.b 7°.

(1114) En igual sentido: Villegas Basavilbaso, tomo 2°, página 672.

(1115) Joaquín V. González: "Manual...", n° 737, página 743.

(1116) Villegas Basavilbaso, tomo 2°, página 669.

(1117) Villegas Basavilbaso, tomo 2°, página 314.

(1118) Villegas Basavilbaso, tomo 2°, página 674; Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 3°, página 194.

(1119) Los interventores federales designados por un Poder Ejecutivo "*de facto*" pueden emitir directamente "decretos-leyes", en la órbita de atribuciones que se les hubiere asignado (ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 420, páginas 395 y 400). En estos supuestos no corresponde recurrir al "reglamento de necesidad y urgencia". Ver n° 70, texto y nota 244.

(1120) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 127, página 93, *in re* "María Félix de Anvaría c/ Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios".

(1121) Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 3°, página 194.

(1122) Villegas Basavilbaso, tomo 2°, páginas 668-669 y 674-675; Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 3°, páginas 194-195; Spota: "Tratado de Derecho Civil. El sujeto del derecho. Personas jurídicas", páginas 318-321.

(1123) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 127, página 93; González Calderón: "Derecho Constitucional Argentino", tomo 3°, páginas 571-573, Buenos Aires

1923; Linares Quintana: "Gobierno y Administración de la República Argentina", tomo 2º, páginas 44-45; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, página 673.

(1124) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 54, páginas 560-561, *in re* "Carlos Sarmiento c/ Interventor Nacional de la provincia de Buenos Aires por jactancia".

(1125) Véase: Corte Suprema de Justicia, "Fallos", tomo 127, página 93, *in re* "María Félix de Anvaría c/ Provincia de Buenos Aires"; tomo 143, páginas 12-13, *in re* "Laborde Hermanos c/ Provincia de Mendoza".

(1126) Arturo M. Bas: "El derecho federal argentino. Nación y provincias", tomo 1º, páginas 170-171, Buenos Aires 1927.

(1127) Puede verse: Graciano Reca: "Inamovilidad de los jueces. El Poder Judicial de las provincias frente a la intervención federal", Buenos Aires 1933.

(1128) Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 676-677.

(1129) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 154, página 192 y siguientes, *in re* "Fernando Orfila interpone recurso de hábeas corpus a favor de Alejandro Orfila". Respecto a remoción de jueces durante un gobierno "de facto", véase: Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 302, páginas 104 y siguientes.

(1130) González Calderón: "Derecho Constitucional Argentino", tomo 3º, página 571; Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 54, página 557, *in re* "Carlos Sarmiento c/ el Interventor Nacional de la provincia de Buenos Aires"; tomo 302, página 732 y siguientes.

178. El órgano "*territorio nacional*", también llamado "*gobernación*" -así, por ejemplo, decíase Gobernación de Santa Cruz, Gobernación del Chaco, etcétera, entendiéndose referirse al Territorio Nacional de Santa Cruz, al Territorio Nacional del Chaco, etcétera-, es un órgano de órgano: carece de personalidad. Trátase de una mera circunscripción administrativa de la Nación (1131). De ahí que los territorios nacionales no eran ni son demandables en juicio: la acción o demanda debe promoverse contra la Nación.

Hasta hace algunos años los *territorios nacionales* -dada la extensión geográfica de ellos, su cantidad numérica y su riqueza- representaban un gran papel en el orden jurídico argentino. Pero las cosas cambiaron en el año 1955, en que mediante la ley n° 14408 -del 15 de junio de dicho año- los territorios nacionales existentes fueron "provincializados", es decir convertidos en provincias, con una excepción: Tierra del Fuego, que continúa siendo "territorio nacional", aunque con sus límites originarios considerablemente aumentados; en la actualidad Tierra del Fuego no sólo comprende al originario complejo insular que constituía la antigua Gobernación de Tierra del Fuego, sino también la Antártida argentina y las islas nuestras situadas en el Atlántico sur: su denominación actual es "Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida Argentina e Islas del Atlántico Sur". La provincialización de los territorios nacionales, o al menos la de algunos de ellos, era ya reclamada años atrás por la doctrina (1132) (1133).

El origen jurídico de los *territorios nacionales* lo constituye el artículo 67 , inciso 14 (1134) , de la Constitución, en cuyo mérito correspondía al Congreso "*determinar por una legislación especial la organización, administración y gobierno que deben tener los territorios nacionales, que queden fuera de los límites que se asignen a las provincias*". La ley orgánica de los territorios nacionales, dictada por el Congreso en cumplimiento del expresado precepto de la Constitución, es la n° 1532 , del 16 de octubre de 1884, que rigió satisfactoriamente la vida de esas zonas durante casi tres cuartos de siglo.

Los "*territorios nacionales*", considerados como tales, carecen de derechos, pues, como quedó expresado, sólo constituyen meras circunscripciones administrativas de la Nación. Pero una vez que dichos territorios se convierten en provincias, entran a gozar y poseer todos los derechos de dominio y soberanía que pertenecen a las provincias originarias. Tal es lo resuelto por la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos de América y lo aceptado unánimemente por la doctrina (1135) .

Cuadra decir, asimismo, que todas las obligaciones contraídas por la Nación con terceros, mientras los "*territorios nacionales*" fueron tales, vinculadas dichas obligaciones a un determinado territorio nacional, pasan a gravitar sobre el ámbito jurídico del respectivo ex territorio, hoy provincia. Ello es así, porque en este orden de ideas las actuales provincias constituidas sobre la base de los antiguos territorios nacionales son continuadoras jurídicas o sucesoras de la Nación. Por eso las ventas o enajenaciones de tierras fiscales realizadas por la Nación a particulares, mientras las actuales provincias eran "*territorios*", obligan indiscutiblemente y en todos sus aspectos a las nuevas provincias. En dos palabras: todas las obligaciones que, relacionadas con un ex "*territorio nacional*", contrajo la Nación con terceros, pasan de pleno derecho a la nueva provincia formada sobre la base del ex territorio nacional.

Dentro del mecanismo que instituye la ley n° 1532 , hubo un instituto que revistió particular importancia. Me refiero al procedimiento de la "*consulta*", mencionado en el artículo 42 de dicha ley, que al efecto decía así: "Los jueces letrados elevarán en consulta, aun cuando no se interponga apelación, todas las sentencias definitivas en asuntos en que sean parte el fisco, menores, incapaces, etcétera". Como consecuencia de tal norma, toda sentencia definitiva, o auto que resolviera en definitiva una cuestión, en que fuesen parte el fisco, menores o incapaces, antes de quedar firme y poderse ejecutar o cumplir, debía ser enviado en "*consulta*" ante la correspondiente Cámara Federal de Apelación (1136) , la cual se expedía aprobando o desaprobando lo actuado. Pero la ley n° 13998, artículo 56 , del año 1950, *suprimió* el requisito de la consulta. No obstante esta supresión, lo atinente a la "*consulta*" requiere una referencia a las siguientes cuestiones: a) cuál era el carácter jurídico de la resolución de las cámaras federales de apelación que *aprobaba* los procedimientos de los juicios llegados a ellas en grado de consulta; b) qué trascendencia tuvo en la vida institucional de los territorios nacionales el procedimiento de la expresada "*consulta*".

Con referencia a la primera cuestión, la Cámara Federal de Apelación de La Plata dijo acertadamente que la aprobación de los procedimientos venidos en consulta, "importa establecer un estado de derecho sobre el cual no pueda volverse" (1137) .

El procedimiento de la "*consulta*" fue muy útil en su hora, cuando las comunicaciones entre los territorios nacionales y el gobierno central eran difíciles y tardías; épocas en que no todos los funcionarios que actuaron como "*jueces letrados*" fueron poseedores de una moral estricta. Hubo jueces probos que honraron a la justicia, pero también hubo quienes la denigraron. El procedimiento de la "*consulta*", previsto con gran visión y acierto por el legislador de antaño, evitó más de una ignominia: a veces implicó un freno o advertencia para los malos magistrados, y otras veces fue una desautorización a lo actuado por los mismos. Las cámaras federales de apelación cumplieron una gran función reguladora.

179. El órgano "*autárquico*" es la expresión de una persona jurídica pública *estatal*.

Las funciones de los órganos autárquicos no son uniformes, pues cada uno de ellos tiene a su cargo una función específica; ejemplos: Obras Sanitarias de la Nación, Banco Hipotecario Nacional, Universidad Nacional de Buenos Aires, etcétera. De manera que el órgano "*autárquico*" no traduce una función determinada, sino la índole del órgano encargado de ejercer o cumplir una determinada función.

En otros lugares de esta obra me he ocupado con detenimiento de la administración autárquica y de las entidades autárquicas (números 26, 109 y siguientes). Me remito a lo expuesto en dichos lugares.

180. El órgano u órganos "*eclesiásticos*" no hay por qué estudiarlos en esta obra, ya que dichos órganos no son "*administrativos*", es decir no son "*estatales*". La Iglesia, si bien es una persona jurídicopública, no es persona estatal, no es un organismo del Estado, no integra la organización política de la Nación, ni constituye un poder político (1138) .

La organización eclesiástica carece, pues, de interés para el *derecho administrativo*, no sólo porque la Iglesia no es persona "*estatal*", ni pertenece a los cuadros de la Administración Pública, sino, además, porque no desempeña funciones "*administrativas*". Si bien antaño la Iglesia cumplió tareas de esta índole, actualmente eso no ocurre, puesto que con la secularización de los cementerios, comenzada a partir del 13 de diciembre de 1821 (1139) , y con la sanción de las leyes del Registro Civil de la Nación (octubre de 1884) y de matrimonio civil (diciembre de 1889), todo lo atinente al sepultamiento de los muertos, como a la inscripción de nacimientos, matrimonios y defunciones de las personas, quedó fuera de la competencia de la Iglesia, pasando ello al poder de la autoridad civil. Por lo demás, es de advertir que los clérigos actualmente adscriptos al ámbito castrense no desempeñan en éste funciones "*administrativas*", sino "*espirituales*".

La organización eclesiástica no es, entonces, materia cuyo estudio le corresponda al *derecho administrativo*, sino al derecho eclesiástico o al derecho canónico (1140) .

181. La permanencia y continuidad de las instituciones básicas de la Nación, frente a la amenaza constante de los perturbadores del orden jurídico, requiere un apoyo material que las preserve de todo intento de subversión. Ello justifica en un país la existencia de las *fuerzas armadas*, que integradas por hombres seleccionados física y moralmente, actúan como guardianes permanentes de la paz social, concebida ésta dentro del juego de las instituciones previstas en la Constitución Nacional. Con toda razón se dijo que "la necesidad de repelar la fuerza contraria al Derecho, sólo se satisface con instrumentos de fuerza" (1141) . Las "*fuerzas armadas*" constituyen, pues, organismos estatales creados con fines específicos. El artículo 21 de la Constitución Nacional es elocuente al respecto; dice así: "Todo ciudadano argentino está obligado a armarse *en defensa de la Patria y de esta Constitución*, conforme a las leyes que al efecto dicte el Congreso y a los decretos del Ejecutivo Nacional". En cumplimiento de tal precepto, el Congreso dictó sucesivas leyes que "*organizan*" a esa fuerza armada, la última de cuyas leyes es la n° 14777 (1142) .

De ahí, entonces, la existencia del "*órgano*" castrense, que en sentido lato comprende a todas las "*fuerzas armadas*": ejército, armada nacional y aeronáutica militar (1143) . La raíz positiva de tal órgano hállase en la Constitución Nacional, de cuyos textos, además de surgir su existencia, resulta la *finalidad* a que el mismo responde. Aparte del ya transcrito artículo 21 de la Constitución, que es claro y preciso en cuanto a la "*finalidad*" a que obedecen las fuerzas armadas, otros textos constitucionales se refieren a dichas fuerzas, trasluciendo con nitidez su carácter de "*órgano*" estatal: el artículo 67 , inciso 23 (1144) , autoriza al Congreso para "fijar la fuerza de línea de tierra y de mar en tiempo de paz y guerra; y formar reglamentos y ordenanzas para el gobierno de dichos ejércitos". El artículo 86 , inciso 15 (1145) , dispone que el Presidente de la Nación "es comandante en jefe de todas las fuerzas de mar y de tierra de la Nación"; el inciso 16 (1146) de dicho artículo agrega que el Presidente "provee los empleos militares de la Nación; con acuerdo de Senado, en la concesión de los empleos o grados superiores del Ejército y Armada (1147) ; y por sí solo en el campo de batalla", y el inciso 17 (1148) establece que el Presidente "dispone de las fuerzas militares marítimas y terrestres (1149) , y corre con su organización y distribución según las necesidades de la Nación". Si bien de dichos preceptos de la Constitución surge claramente el carácter de "*organismo*" estatal que revisten las fuerzas armadas, tal carácter aparece concretamente expresado en la ley 14777, cuyo artículo 2º , al referirse al ejército, a la armada nacional y a la aeronáutica militar, las menciona como "*organizaciones*" de las respectivas fuerzas armadas. En síntesis: las fuerzas armadas son una "*institución*" (órgano) nacional (1150) .

Pero considerado en su aspecto jurídico, el órgano castrense carece de personalidad. Es un mero órgano dependiente del Poder Ejecutivo Nacional (Constitución, artículo 86 , incisos 15, 16 y 17 (1151)). Por eso pudo decirse acertadamente que las fuerzas armadas son una prolongación del Poder Ejecutivo (1152) . Constituyen un organismo *administrativo* de funciones específicas; por eso se dijo que las órdenes militares son *actos administrativos* (1153) . Por análogas razones, en otro lugar de la presente obra dije que el derecho llamado "*militar*" constituye una mera sección del derecho administrativo aplicable en el ámbito de las fuerzas armadas (1154) .

182. La disciplina militar, para los integrantes de las fuerzas armadas, constituye una "*regla de vida*", del tipo de la que caracteriza a las órdenes religiosas. Constituye un complejo de normas que regula el *status* militar (1155) .

Huelga decir que la *disciplina* en el ámbito militar o castrense es esencial para el mantenimiento del orden y cohesión que deben existir en las fuerzas armadas. Más aún: dicha disciplina debe ser severa. Pero de ello no se sigue que tal disciplina pueda funcionar al margen de los principios capitales de nuestro orden jurídico, propio de un Estado de Derecho. De esto derivan fundamentales conclusiones, como lo expresaré en los párrafos siguientes. La disciplina militar debe, pues, ser severa, pero respetando el orden jurídico general del país.

El artículo 52 de la Constitución italiana dice que el ordenamiento de las fuerzas armadas se amoldará al espíritu democrático de la República (1156) . Comentando tal precepto, Bachelet expresa que el espíritu democrático de la República tiene como fundamento de la convivencia social la "*dignidad*" de la persona humana, dignidad que debe ser tutelada aun dentro del más intenso rigor de la disciplina militar. El Estado, agrega, puede exigirle al ciudadano el sacrificio temporáneo de su libertad personal y, en caso de guerra, incluso el de su vida, pero no puede reducirlo a la condición de "*cosa*", ni someterlo a tratamientos que contrasten con la dignidad humana (1157) . No puede haber contraste alguno entre la disciplina de las fuerzas armadas y los principios fundamentales de la Constitución. De acuerdo al expresado artículo 52 de la Constitución de Italia, va de suyo que el militar no deja de ser hombre y ciudadano (1158) .

Algo similar a lo que antecede expresó antaño el ex Procurador General de la Nación, doctor Julio Botet, quien dijo al respecto: "Por más delicado que se considere en el orden militar, todo lo que afecta su organización o disciplina, no es de olvidarse que el ejército se forma de argentinos y que tienen garantías y derechos consagrados por nuestra Carta Fundamental, que no es dado desconocer, ni someter a la exigencia de reglamentaciones más o menos severas o previsoras" (1159) .

En cierta oportunidad la Cámara Federal de la Capital aceptó la idea -expuesta por Bustillo- de que la justicia militar tiene por misión primordial "*afirmar la disciplina y no garantizar derechos*" (1160) . A esto, sobre la base de las consideraciones precedentes, cuadra contestar: a) que si la misión primordial de esa justicia no es la de "*garantizar derechos*", sus atribuciones tampoco pueden ser las de violar garantías inmanentes a un Estado de Derecho; b) que los militares son parte del pueblo de la Nación, son argentinos y habitantes de la República, en cuyo mérito no sólo tienen "*deberes*" legales, sino también "*derechos*" jurídicos. La Constitución Nacional, con sus normas y "*principios*", los ampara y protege, igual que a los demás argentinos.

En otra ocasión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, recordando los debates de la convención constituyente de Buenos Aires de 1860, dijo que en ésta se había hecho notar la especialidad de la legislación militar y de la penalidad por ella impuesta, recordándose que se había definido "*el derecho militar como la excepción del derecho*" (1161) . Estimo que tal concepto no es exacto, máxime si se le interpreta como sinónimo de excepción al

"orden jurídico". El derecho militar es, sí, un derecho excepcional, pero que debe desenvolverse "dentro" del orden jurídico del país. Por eso es que el derecho militar debe respetar todas las normas y todos los "principios" de nuestra Constitución Nacional. La expresión "excepción al derecho" sólo puede aceptársela como significando que la legislación castrense es distinta del derecho aplicable al común de las gentes, y sólo vigente para los militares, pero de ningún modo en el sentido de que ella pueda exceder al orden jurídico constitucional de la Nación, o apartarse de dicho orden. Dentro del territorio argentino toda y cualquier norma jurídica válida debe armonizar con la letra y con el espíritu de la Constitución.

En síntesis: la disciplina militar se impone como ineludible condición del orden y cohesión que deben caracterizar a las fuerzas armadas. Pero so pretexto de que ello afectaría a dicha disciplina, no es lícito adoptar en contra de un militar actitud alguna que afecte su dignidad personal -derecho a la personalidad- o que implique un agravio a principios generales del derecho consagrados por la Constitución Nacional, verbigracia el derecho a la "libertad integral" del ciudadano, en cuyo mérito toda limitación a la libertad debe surgir "expresamente" de una norma legislativa.

Tales son los "principios" esenciales a considerar en materia de "disciplina" militar. Los casos prácticos que se susciten deben hallar solución dentro del juego razonable de dichos principios.

183. La llamada "justicia militar" difiere de la que aplican los jueces que integran el Poder Judicial de la Nación. Por de pronto, sólo rige para los militares o integrantes de las fuerzas armadas; es, pues, una justicia de "excepción": los civiles quedan al margen de ella (1162).

Dicha justicia desenvuelve una actividad "disciplinaria", dentro de la rama "administrativa" de gobierno (1163). Tal es su substancia. Por eso, tal como lo estableció la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos, entre nosotros se ha dicho acertadamente que los tribunales militares no ejercen "parte alguna del Poder Judicial", sino solamente una "porción del poder militar del Ejecutivo" (1164). Y tal idea la ha ratificado nuestra Corte Suprema de Justicia diciendo que la intervención del Poder Ejecutivo en las decisiones de la justicia militar no es incompatible con el artículo 95 (1165) de la Constitución, según el cual "en ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de las causas pendientes o restablecer las fenecidas", porque dicha prohibición se refiere a funciones y causas comprendidas en la esfera de acción del Poder Judicial, del que no forman parte los tribunales militares (1166).

De lo expuesto dérivase la "constitucionalidad" de los tribunales militares, cuyo implícito fundamento positivo, dentro de la Ley Suprema, es el artículo 76, inciso 23 (1167), que autoriza al Congreso para fijar las fuerzas armadas, y para dictar las normas para su organización y gobierno (1168). "En el ejercicio de esas atribuciones, ha dicho la Corte Suprema, el Poder Legislativo procede con amplia libertad de acción, y ha podido así establecer normas excepcionales justificadas por la necesidad de colocar al ejército y la armada en una situación diferente de las demás partes del mecanismo gubernamental, ya por su composición, ya por las reglas que deben gobernarlo, de modo a contenerlo ante la

sociedad desarmada, dándole, al mismo tiempo, la unidad y dirección que la ejecución de las órdenes requiere" (1169) . "Cuando se concede una facultad, dice Joaquín V. González, se entienden concedidos todos los poderes necesarios para hacerla efectiva; y de la existencia de leyes militares se sigue necesariamente la de jueces o tribunales encargados de aplicarlas" (1170) . Pero se impone insistir en que las normas que dicte el Congreso para organizar los tribunales militares y para reglar su funcionamiento, deben respetar los derechos y garantías consagrados por la Constitución (1171) .

Tampoco es objetable la constitucionalidad de los tribunales militares, sobre la base del argumento de que dichos tribunales hállanse en pugna con el artículo 16 de la Constitución Nacional, que abolió los "fueros personales". La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que el artículo 16 de la Constitución Nacional sólo ha suprimido los fueros personales, dejando subsistentes los "*reales*", o sea los que se basan en la *naturaleza de los actos* que sirven de fundamento a los respectivos juicios (1172) . El fuero de los tribunales militares es "*real*" o de "*causa*": por eso no vulnera el artículo 16 de la Constitución. En cierta oportunidad, la Corte Suprema de Justicia, al rechazar una impugnación basada en la inconstitucionalidad de una norma del Código de Justicia Militar, de acuerdo a la cual el recurrente -acusado de insubordinación- quedaba sujeto a la jurisdicción militar, cosa que éste objetaba como contraria a la abolición de los fueros personales, el Tribunal dijo: "La abolición de los fueros personales significa netamente que ningún militar goza ya del privilegio de ser juzgado por los tribunales militares por razón de su estado, es decir, de su carácter militar o de individuo del Ejército, en causas civiles por delitos que no impliquen violación de la ordenanza y cuyo juzgamiento corresponda a otra jurisdicción según la naturaleza de dichos delitos. Este es netamente el alcance de la abolición de los fueros personales, del antiguo privilegio que gozaba la clase militar; ella no ha arrebatado a los tribunales militares la facultad necesaria de conocer y juzgar todas las infracciones de las leyes que rigen al Ejército y a la Armada de la Nación" (1173) .

La circunstancia de que la llamada justicia militar sea de tipo "*disciplinario*", en modo alguno implica que ella no traduzca, de parte del Poder Ejecutivo y órganos castrenses dependientes del mismo, el ejercicio de una correlativa "*jurisdicción*" administrativa (1174) . Ya en otro lugar de esta obra hice ver que no sólo hay actos de jurisdicción "judicial", sino también actos de jurisdicción "*administrativa*" (1175) . Los actos emitidos por órganos castrenses en ejercicio de la llamada "*justicia militar*" son, pues, de obvia sustancia o contenido *jurisdiccional*.

Corolario de lo que antecede es que los tribunales militares tienen plena autoridad para resolver en *última instancia* toda causa en la cual tengan jurisdicción, sin que sus procedimientos se hallen sujetos a revisión por los tribunales federales (1176) , salvo en cuanto ellos puedan ser objeto del recurso extraordinario de inconstitucionalidad (1177) . Cuadra advertir, aquí, que el recurso extraordinario de inconstitucionalidad contra los respectivos actos de los tribunales militares -aparte de hallarse expresamente autorizado por la ley 4055, artículo 6º -, procede a pesar del carácter "*administrativo*" de dichos actos, pues trátase de actos administrativos "*jurisdiccionales*", requisito éste que, junto con el carácter "*irrevisable*" de ellos, es exigido por la Corte Suprema de Justicia para la

procedencia del recurso extraordinario contra actos administrativos (ver las referencias jurisprudenciales contenidas en el n° 18 de la presente obra).

En la actualidad, la justicia militar se rige por el "*Código de Justicia Militar*", sancionado mediante la ley n° 14029, del 4 de junio de 1951; esta ley fue parcialmente modificada por la n° 14117, del 16 de octubre del mismo año (1178). Además, dicha justicia se gobierna por el "Reglamento de los Tribunales de Honor de las Fuerzas Armadas" (R.R.M. 70). Los expresados "*tribunales de honor*" son también tribunales militares (1179). La ley orgánica de las fuerzas armadas, n° 14777, de noviembre de 1958, en su artículo 95, hace expresa referencia a los "*tribunales de honor*".

184. El estudio de la *organización* y del *funcionamiento* de la justicia militar no corresponde efectuarlo en la presente obra. Pero hay algunos aspectos del derecho utilizado en esa justicia que, por constituir una evidente novedad en nuestra literatura jurídica, requieren ser especialmente considerados.

Me refiero a los dos siguientes puntos: a) si la jurisdicción y competencia de los tribunales y comisiones de honor de las fuerzas armadas caducan o no por el largo transcurso de los términos en que dichos tribunales y comisiones debieron constituirse, actuar y resolver; b) si la acción punitiva por hechos y actos cuyo juzgamiento les compete a los tribunales y comisiones de honor, es prescriptible o no frente al silencio que al respecto guarda el reglamento de dichos tribunales y comisiones.

El primero de estos temas no constituye una mera cuestión "*teórica*", sino, por el contrario, eminentemente práctica y de fundamental importancia, según pude observarlo en mi actuación profesional, en la que debí asesorar a un alto oficial del Ejército a quien se le formó un "*tribunal de honor*" para juzgarle por un hecho ocurrido "*ocho*" años atrás -imputábansele "*faltas disciplinarias*"-, con la agravante de que dicho tribunal, una vez constituido, dejó transcurrir aproximadamente diez meses sin dictar el respectivo fallo. Todo esto contrasta con los plazos de 24 y 48 horas posteriores a los hechos respectivos, en que, según el reglamento para los tribunales de honor de las fuerzas armadas, deben actuar y expedirse dichos tribunales (ver artículos 27, 28, 34, 37, 44, 47, 67 y 68 del R.R. M-70). Tal antecedente o dato, revelado por la práctica profesional, dada su trascendencia, merece ser traído al libro para su enjuiciamiento técnico.

El análisis de la segunda cuestión se justifica plenamente, puesto que el reglamento para los tribunales de honor de las fuerzas armadas guarda total silencio acerca de la prescripción de la acción o de la pena para perseguir o castigar hechos o actos cuyo juzgamiento les compete a dichos tribunales. La acción para castigar esos hechos o actos ¿es *imprescriptible*, dado el silencio del reglamento, o, por el contrario es *prescriptible* por aplicación de otros textos, por ejemplo, Código Penal o Código de Justicia Militar? Adviértase la enorme importancia de todo esto: en el caso ocurrido al aludido oficial del Ejército, dado el tiempo transcurrido desde que tuvieron lugar los presuntos hechos, la acción punitiva habría estado prescripta en el supuesto de que corresponda aplicar la prescripción contenida en algún otro texto; de lo contrario la acción punitiva sería "*imprescriptible*", no obstante no tratarse de un "*delito*", sino de una falta "*disciplinaria*", y

a pesar de que el propio Código de Justicia Militar establece plazos para la prescripción de la acción correspondiente no sólo a "*delitos*", sino también a "*faltas disciplinarias*".

Con referencia a la primera cuestión, estimo que el transcurso exagerado y anormal de los plazos contenidos en el reglamento de los tribunales de honor de las fuerzas armadas, debe dar como resultado que dichos tribunales pierdan su jurisdicción y competencia para juzgar los hechos pertinentes. La *ratio juris* que inspira al mencionado reglamento consiste en la "*inmediata*" sanción de los hechos que se dice afectan la disciplina militar. A eso responden los angustiosos plazos de 24 y 48 horas a que hice referencia, y el carácter "*urgente*" (artículo 44) de la tramitación ante los tribunales de honor. La intervención de un tribunal de honor para juzgar un hecho que se dice ocurrido "*ocho*" años atrás, y la circunstancia de que después de *diez* meses de constituido dicho tribunal, éste aún no haya dictado el correspondiente fallo, constituyen un verdadero sarcasmo a la justicia y una burla a intereses que deben respetarse. Si los hechos, *no obstante ser éstos del conocimiento de las autoridades respectivas*, no son juzgados de inmediato, significa que tales hechos no afectaron la disciplina y que el impacto social de ellos no fue trascendente. Esta es la consecuencia lógica que se impone. Pero si no obstante ello el proceso se lleva adelante *después de un largo lapso de paralización*, es razonable suponer que esto obedece a motivos ajenos a la disciplina militar, lo cual torna inaceptable e inconcebible un proceso en semejantes condiciones, porque entonces dicho proceso aparece desprovisto de "*causa jurídica*", causa que no es otra que el mantenimiento de la "*disciplina*". En las condiciones indicadas, la promoción o prosecución de un proceso por presuntas faltas a la disciplina militar, carece de sentido ético. Por ello estimo que en tales circunstancias, al faltar la "*causa jurídica*", debe tenerse por caduca la jurisdicción y competencia del respectivo tribunal o comisión de honor, que entonces queda inhabilitado para seguir actuando. Un temperamento distinto implicaría proceder en contra de la razón que inspira la ley. En el peor de los supuestos, el reglamento para los tribunales de honor de las fuerzas armadas debería ser objeto de una expresa modificación, en el sentido de que, transcurrido tal o cual término desde que las autoridades correspondientes tuvieron conocimiento de hechos o actos que afecten al honor o a la disciplina militar, sin que se haya constituido el respectivo tribunal o comisión de honor y se haya dictado fallo, los hechos o actos en cuestión no podrán ser considerados por tribunal alguno. Esta solución, que en el fondo implica una especie de prescripción, da como resultado la pertinente caducidad de la jurisdicción y competencia del tribunal o comisión de honor.

Con relación a la segunda cuestión planteada, estimo que ante el silencio del reglamento de los tribunales de honor de las fuerzas armadas, debe aplicarse la prescripción establecida por otras leyes penales, verbigracia el Código Penal y, especialmente, el propio Código de Justicia Militar.

De acuerdo a nuestro orden jurídico, que es el de un Estado de Derecho, no habiendo una disposición que *expresamente rechace la prescripción*, la acción para el castigo de los hechos y actos que caen bajo la jurisdicción y competencia de los tribunales y comisiones de honor de las fuerzas armadas, es *prescriptible* a pesar del silencio del reglamento respectivo, porque el instituto de la prescripción es base capital de nuestro orden jurídico.

Tal prescripción debe regirse por la norma que el Código de Justicia Militar contiene para la prescripción de las *sanciones disciplinarias*, cuya naturaleza es análoga a las que aplican los mencionados tribunales y comisiones de honor. De modo que ni siquiera es menester recurrir a los principios generales del Código Penal, pues el Código de Justicia Militar, que impera en el ámbito de las fuerzas armadas, contiene una norma (artículo 607) que contempla expresamente la prescripción de las *sanciones disciplinarias* que son de *igual naturaleza* que las que aplican los tribunales y comisiones de honor de las fuerzas armadas. Esto indica que, en la especie, nada obsta a la aplicación "*analógica*" de las normas contenidas en el Código de Justicia Militar sobre prescripción de las sanciones disciplinarias, pues se trata de situaciones similares o afines donde la *ratio legis* vale igualmente para ambas situaciones. Agréguese que tampoco puede objetarse la invocación "*analógica*" de normas penales, puesto que, en este ámbito, la analogía prohibida es la que tiende a aumentar la pretensión punitiva del Estado, pero no aquella que tiende a disminuirla o restringirla (1180) , como acaece con la prescripción, que habitualmente favorece al presunto implicado.

Para que en este caso no proceda la prescripción de la acción, no basta el "*silencio*" del reglamento: de acuerdo al principio general de derecho que consagra la "*libertad integral*" del ciudadano, es indispensable la existencia de una norma "*expresa*" que *rechace o prohíba* tal prescripción (1181) . Pero esta norma no existe en nuestro derecho.

Algunos autores, como James Goldschmidt y Georg Anders, basados en que el derecho penal administrativo es "*independiente*" o "*autónomo*" respecto al derecho criminal sustantivo, consideran inaplicables subsidiariamente las normas de éste a aquél (1182) . Pero tal posición doctrinaria, basada en la "*autonomía*" del derecho penal administrativo, está hoy rechazada por la doctrina moderna, que sólo le reconoce al derecho penal administrativo el carácter de mero derecho penal "*especial*" y no el de rama "*autónoma*" (1183) . Los "*principios fundamentales del derecho penal clásico*", dice Aftalión, han sido elaborados, según es sabido, en un largo proceso histórico cuyo sentido ha sido el de una paulatina afirmación de los derechos y garantías individuales. De ahí que no sea posible, sin grave riesgo para esos derechos y garantías, echar por la borda tan valioso repositorio de normas tutelares, pues con ello se deja indefensos a los justiciables frente a las posibles demasías de los órganos del Estado" (1184) .

Otros tratadistas, como Villegas Basavilbaso, consideran que el régimen jurídico de la aplicación de la pena "*disciplinaria*" es distinto al correlativo en el derecho penal. De ahí concluye que la prescripción que extingue el delito y la pena, no excluye la sanción disciplinaria, salvo disposición normativa en contrario (1185) . Y en otro lugar dicho jurista sostiene la inaplicabilidad subsidiaria de las normas sobre prescripción contenidas en el derecho penal sustantivo, para la prescripción de la pena disciplinaria, por considerar que el derecho penal sustantivo y el derecho disciplinario responden a diferentes finalidades (1186) . Dicha posición es inaceptable en el caso que aquí considero, porque en materia "*militar*" (fuerzas armadas) la cuestión es absolutamente distinta a la presupuesta por Villegas Basavilbaso, dado que el propio Código de Justicia Militar -que, por lo demás, es "*disciplinario*"- establece exactamente la prescripción de la acción para sancionar las faltas

"disciplinarias" (artículo 607), cuya identidad substancial con las faltas disciplinarias que sancionan los tribunales y comisiones de honor de las fuerzas armadas es evidente. Nada se opone, pues, a que, para la prescripción de la acción correspondiente a las faltas disciplinarias que sancionan los tribunales y comisiones de honor, se aplique la respectiva norma contenida en el Código de Justicia Militar. Por lo demás, si bien Villegas Basavilbaso, para sostener la improcedencia de la prescripción de la acción correspondiente a sanciones disciplinarias, alega la inaplicabilidad de la prescripción contenida en el Código Penal, "*salvo disposición normativa en contrario*", ya he sostenido que, de acuerdo a nuestro orden jurídico, las cosas son precisamente a la inversa de lo que afirma el destacado tratadista: para que la prescripción contenida en el Código Penal -en nuestro caso, en el Código de Justicia Militar- no sea aplicable se requiere inexcusablemente una norma "*expresa*" que así lo declare, no bastando para esa inaplicabilidad el mero *silencio* del reglamento de los tribunales de honor de las fuerzas armadas, pues, de acuerdo al principio general y fundamental de derecho vigente entre nosotros, que asegura y garantiza la "*libertad integral*" del ciudadano, para que esa libertad quede afectada o restringida por una "*imprescriptibilidad*" de la acción para sancionar faltas disciplinarias, se requiere una norma *expresa* que declare tal imprescriptibilidad, norma que no existe en nuestro derecho.

Risso Domínguez, que tanto y tan acertadamente se ocupó de la legislación represiva militar, dijo que el carácter especial de la jurisdicción disciplinaria militar no excluye la posibilidad de su adaptación a las normas penales comunes, en tanto sean éstas conciliables con las necesidades primordiales del orden militar, a las cuales debe aquélla preferentemente atender (1187) . Pero ya he dicho que para el supuesto de la prescripción de la acción para el castigo de hechos o actos que caen bajo la jurisdicción disciplinaria de los tribunales y comisiones de honor, no es menester recurrir a los principios sobre prescripción de acciones contenidos en el Código Penal, puesto que el propio Código de Justicia Militar establece la prescripción de la acción para sancionar las *faltas disciplinarias* (artículo 607), cuya estructura y naturaleza es análoga a la de las faltas disciplinarias cuyo juzgamiento les corresponde a los tribunales y comisiones de honor de las fuerzas armadas, por lo que su invocación analógica o aplicación extensiva no ofrece reparo alguno, no obstante que la doctrina moderna auspicia que si la respectiva legislación de tipo disciplinario guardase *silencio* acerca de la prescripción de la acción represiva, tal prescripción debe regirse por los principios que al respecto contenga el Código Penal común.

El instituto de la prescripción, han dicho dos destacados penalistas, *se revela como una de las bases capitales de nuestro orden jurídico* y sea cual fuere el fundamento que se le asigne -presunción de enmienda, desaparición del interés social, debilitamiento de las pruebas, disminución del daño causado por el entuerto, ineficacia de la represión tardía, etc.-, funciona con igual amplitud en todas las ramas del Derecho. "*Sería realmente monstruoso* -insistimos con Ramos, dicen- *mantener a una persona, durante su vida entera, bajo la imputación de un delito grave o leve*" (1188) .

En mérito a lo expuesto, no habiendo una norma que "*expresamente*" declare "*imprescriptible*" la acción para castigar las *faltas disciplinarias* cuyo juzgamiento les

compete a los tribunales y comisiones de honor de las fuerzas armadas, debe aplicarse al respecto la norma que, sobre prescripción de la acción para sancionar faltas disciplinarias, contiene el Código de Justicia Militar (artículo 607). Ningún principio, jurídico o lógico, se opone a ello. Al contrario, desde que el instituto de la prescripción constituye una de las bases capitales de nuestro orden jurídico, y siendo efectivamente monstruoso que se mantenga a una persona, durante su vida entera, bajo la imputación de un delito o falta, grave o leve, el hecho de declarar imprescriptibles las faltas disciplinarias que deben juzgar los tribunales y comisiones de honor, no aplicando entonces el citado artículo 607 del Código de Justicia Militar que declara prescriptible la acción correspondiente a las faltas disciplinarias, implicaría un agravio al *principio general de derecho* que consagra la *libertad integral del ciudadano*, en cuyo mérito todo hombre tiene el elemental derecho a vivir dentro de un orden jurídico que le brinde "*seguridad*" y que no le deje librado al arbitrio o capricho de las autoridades. Es ésta una de las consecuencias saludables -posiblemente la más importante- del Estado de Derecho, régimen que, como lo expresara Carré de Malberg, se establece en interés de los ciudadanos y tiene por fin especial preservarlos y defenderlos contra la arbitrariedad de las autoridades estatales, afirmación que concuerda con lo resuelto oportunamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1189) . En el Estado de Derecho todo hombre tiene el derecho indiscutible a vivir sin miedo y sin angustia, con facultad de desplegar ampliamente su actividad, sin verse limitado en ello por el temor o la amenaza. Un régimen legal que desconozca estas garantías es un régimen que atenta contra la *dignidad humana*.

La circunstancia de que a un ciudadano -militar, en la especie- pueda mantenersele *sine die* sometido o vinculado a un eventual proceso, implica limitarle en forma contraria a derecho el ámbito de su libertad, porque ello le obliga a vivir cohibido o restringido en sus movimientos o decisiones.

Uno de los principios generales del derecho, reconocido como tal por la doctrina, es el que consagra la "*libertad integral*" del ciudadano, en cuyo mérito toda limitación a la libertad debe surgir de una norma jurídica legislativa (1190) . Por eso sostengo que si *no* existe ley que declare imprescriptible la acción para sancionar las *faltas disciplinarias* cuyo juzgamiento les compete a los tribunales y comisiones de honor de las fuerzas armadas, dicha prescripción *debe* aceptarse por aplicación del expresado principio general. De no procederse así, vale decir, si no se aceptare la prescripción de la acción punitiva correspondiente a dichas faltas disciplinarias, quedaría vulnerada la garantía que surge del artículo 19 de la Constitución Nacional, según la cual a nadie debe privársele de lo que la ley no prohíbe (1191) . De manera que si *no existe una ley formal* que declare imprescriptible dicha acción, tal prescripción es procedente por aplicación del expresado principio general de derecho que consagra la "*libertad integral*" del ciudadano.

La prescripción de la acción para sancionar las faltas disciplinarias que deben juzgar los tribunales o comisiones de honor de las fuerzas armadas, en nada absolutamente afecta o puede afectar la "disciplina" o el "honor" militar, para cuya salvaguardia, precisamente, se castigan los hechos o actos que los alteren; pero nada de esto obsta a que, transcurridos los respectivos plazos sin haberse ejercitado las acciones correspondientes, se declare la

prescripción de las acciones que correspondan a hechos no castigados aún. Lo expuesto resulta tanto más exacto si se advierte que la prescripción de referencia se admite en armonía con el orden jurídico general del país y, en el caso particular que aquí se considera, en base a una expresa disposición análoga del propio *Código de Justicia Militar* (artículo 607). La disciplina castrense, como quedó expresado en el n° 182, ha de desenvolverse dejando a salvo la "*dignidad*" del militar, como asimismo respetando los principios fundamentales de la Constitución Nacional y los correlativos principios generales inmanentes a un Estado de Derecho. El ciudadano que abraza la carrera militar sigue siendo persona y ciudadano, y por ello titular de todas las prerrogativas, garantías y libertades esenciales que al ciudadano y habitante le corresponden en un Estado de Derecho. Los militares, si bien tienen "*deberes*" legales, tienen también "*derechos*" jurídicos, uno de los cuales les asegura el respeto a su "*dignidad*" y a su "*libertad integral*", en la forma indicada.

CAPÍTULO III - COMPETENCIA

SUMARIO: 185. Consideraciones generales. Noción conceptual de competencia. - 186. Origen de la institución "*competencia*". - 187. Naturaleza jurídica de la "*competencia*". No constituye un derecho subjetivo. - 188. Capacidad y competencia. Analogía y diferencias. - 189. Principios básicos o esenciales en materia de competencia. - 190. Avocación y delegación de competencia. Noción conceptual. Problemas que suscitan. - 191. La competencia y la "*intervención*" al órgano. Sustitución del funcionario. - 192. La competencia y la suplencia. - 193. Violación de las normas sobre competencia: efectos o consecuencias. Clases de "*incompetencia*". La incompetencia no puede suplirse aplicando la teoría del funcionario "*de facto*". - 194. Clasificación de la competencia. - 195. Determinación de la competencia. Imputación o distribución de funciones. El instrumento jurídico necesario. - 196. Cuestiones o conflictos de competencia. Cuándo se producen. Clases de conflictos. Autoridad competente para dirimir los distintos casos. Naturaleza de los conflictos de competencia.

185. La actividad de la Administración Pública se concreta en hechos y actos jurídicos y no jurídicos (actividad externa e interna, respectivamente), cuya validez depende de que la actividad correspondiente haya sido desplegada por el órgano actuante dentro del respectivo círculo de sus atribuciones legales. Este *círculo de atribuciones legales* determina la capacidad legal de la autoridad administrativa, capacidad que en derecho administrativo denomínase "*competencia*".

Dentro de la organización administrativa se hace indispensable, entonces, el estudio de las reglas o principios sobre "*competencia*", cuya observancia es indispensable para la actuación válida del órgano administrativo. De ahí que la competencia sea uno de los elementos esenciales del acto administrativo, lo que así quedará de manifiesto en la parte correspondiente de esta obra.

La competencia es lo que verdaderamente caracteriza una repartición administrativa y la distingue de otra. Es merced a la competencia, por ejemplo, que un ministerio se distingue de otro ministerio (1192) .

En mérito a lo que antecede, la competencia puede ser definida como el complejo de funciones atribuido a un órgano administrativo (1193) , o como la medida de la potestad atribuida a cada órgano (1194) .

186. El origen jurídico legal de la "*competencia*" concuerda con el advenimiento del constitucionalismo, ya que al consagrar éste el principio de separación de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, consagró simultáneamente el principio de separación de las funciones estatales que, clasificadas en tres grandes grupos -legislativas, ejecutivas (administrativas) y judiciales- fueron respectivamente adjudicadas a cada uno de los tres órganos esenciales integrantes del gobierno. Ello constituye la distribución de "*competencias*" dentro del Estado. En esa distribución de funciones tuvo origen la noción de "*competencia*": en el Estado absoluto o de policía no cabe hablar de distribución de competencias (1195) ; sin perjuicio de ello, posteriormente, en ejecución de la Constitución, *dentro de cada uno de esos órganos esenciales*, se lleva a cabo una distribución jurídica de funciones entre los distintos órganos o reparticiones dependientes del mismo (1196) . En este orden de ideas, el Presidente de la República, administrador general del país, por razones de división del trabajo, distribuye *entre subordinados suyos*, el ejercicio de las distintas actividades integrantes de su competencia constitucional.

187. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la "*competencia*"?

La competencia no constituye un derecho subjetivo (1197) . Constituye una obligación del órgano. "La competencia es un concepto de la esfera institucional, en la cual los derechos subjetivos son desconocidos, porque éstos sólo se dan entre personas. Las instituciones en cuanto tales no pueden ser titulares de derechos subjetivos, salvo el caso de que sean también personas jurídicas, por habérseles reconocido la capacidad jurídica. La competencia concede a la autoridad dotada de ella el derecho (y, naturalmente, también el deber) de hacer uso de las facultades implicadas en la competencia. Pero la autoridad no tiene un derecho a la competencia" (1198) .

Tal es la naturaleza jurídica de la "*competencia*", noción que recibe aplicaciones prácticas, verbigracia en materia de "*conflictos de competencia*", de "*delegación*", etcétera.

188. En derecho privado la aptitud de adquirir derechos o contraer obligaciones se llama "*capacidad*". En esa rama del derecho la capacidad es la regla, la incapacidad la excepción: no hay otras incapacidades que las expresamente establecidas por la ley. Entre nosotros, tal principio -repetido por el Código Civil, artículos 52 y 53- surge del artículo 19 , *in fine*, de la Constitución Nacional.

En derecho administrativo la "*competencia*" equivale a la "*capacidad*" del derecho privado. En eso se asemejan. Pero se diferencian en que, mientras en el derecho privado la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, en derecho administrativo sucede todo lo contrario: la competencia es la excepción, la incompetencia la regla. Por eso se dice que la competencia debe ser "*expresa*", lo que, claro está, no debe interpretarse en forma literal, sino racionalmente. Otra diferencia entre capacidad y competencia consiste en que el

ejercicio de la competencia es obligatorio, en tanto que el ejercicio de la capacidad es facultativo para su titular (1199) .

189. Existen ciertos principios básicos o esenciales en materia de competencia, de los cuales, por cierto, surgen consecuencias jurídicas.

a) En primer lugar, como la competencia es la excepción y la incompetencia la regla, la competencia debe surgir de una norma *expresa* (1200) . Pero como bien se dijo, este principio no debe ser desvirtuado a través de una interpretación literal.

Las personas públicas -dice un tratadista- tienen un campo de actuación limitado por su *especialidad*. Fuera de duda que no pueden sobrepasarlo sin incurrir en ilegalidad. Pero ¿cómo se delimita aquél? La interpretación debe ser lógica, evitando exageraciones que indudablemente implicarían violación de las normas aplicables. Puede admitirse una mayor amplitud en la interpretación cuando se refiera a materias comprendidas en los cometidos estatales propios, siempre que la solución afirmada no afecte competencias de otras personas públicas. No ocurre lo mismo si se trata de actividades normalmente libradas a la iniciativa privada individual, porque en ese sector la intervención estatal es siempre de excepción (1201) . En cuanto a la competencia de los órganos, sigue expresando el autor citado, es frecuente que para determinar si un órgano de administración puede realizar tal o cual acto o celebrar determinado contrato (dentro de la materia que le compete), se busque el texto legal que autorice expresamente a hacerlo. Ese criterio conduce frecuentemente al error, sobre todo cuando se trata de los órganos jerarcas, porque éstos tienen en principio todos los poderes de administración. Además, con frecuencia se utilizan fórmulas genéricas de competencia, a las cuales corresponde asignarles todo su alcance lógico, sin exigencias formalistas improcedentes (1202) . En síntesis: en cada caso particular, para saber si un órgano administrativo tiene o no competencia para realizar un acto, el intérprete deberá atenerse, en primer lugar, al texto de la norma pertinente; si la competencia no surge en forma concreta de la letra misma de la norma, debe entonces confrontarse dicha letra con el acto a realizar, a efectos de establecer si la competencia para llevar a cabo éste se desprende o no como una consecuencia lógica del texto de la norma y de la índole de la actividad principal del órgano o ente.

b) La competencia es "*improrrogable*". Esto es así por dos razones: 1) porque ella hállese establecida en interés público (1203) ; 2) porque la competencia surge de una *norma estatal* y no de la voluntad de los administrados, ni de la voluntad del órgano en cuestión: por ello resulta improrrogable, ya que de lo contrario el órgano administrativo actuaría sin competencia, por cuanto la atribuida por la norma no habría sido respetada (1204) .

c) La competencia pertenece al órgano y no a la persona física titular del mismo (1205) , quien, por lo tanto, no puede disponer de ella, sino que debe limitarse a su ejercicio en los términos que la norma respectiva establezca (1206) .

190. Los principios en cuyo mérito la competencia debe ser "*expresa*" e "*inderogable*" (improrrogable), ofrecen excepciones: éstas hállese representadas por la "*avocación*" y la "*delegación*" de competencia, vinculadas ambas a la competencia por razón de "*grado*".

A. AVOCACIÓN

Se produce la avocación cuando el superior, por sí mismo, o sea sin pedido de parte, decide sustituir al inferior en el conocimiento y decisión de un asunto (1207) . Se produce, así, el traspaso de cierta potestad de un órgano inferior a uno superior, con lo que el asunto en cuestión pasa a la competencia de dicho órgano superior. La avocación es, pues, una consecuencia de la potestad jerárquica (1208) . De modo que el ámbito posible de la avocación es la administración *centralizada* o la *descentralizada burocráticamente*, ya que en éstas rige en su plenitud el principio de jerarquía (véanse los números 213 y 216).

Por tanto, la avocación no procede respecto a las entidades autárquicas, pues en éstas la relación con el órgano superior del Estado no se opera a través del vínculo jerárquico, sino a través del *control administrativo* (véase el n° 117, párrafo 4º, y el n° 126). Esto vale tanto para los órganos administrativos creados por el Legislativo en ejercicio de atribuciones constitucionales propias (verbigracia, bancos oficiales, universidades nacionales, etc.), como para los órganos administrativos creados por el Ejecutivo, en ejercicio de sus propias atribuciones constitucionales.

La avocación es un instituto de *excepción*. En su mérito, ella sólo procede:

a) Cuando la norma aplicable al ente la autorice (1209) .

b) No habiendo una norma que expresamente autorice la avocación, ésta sólo procederá en los casos siguientes:

1) Cuando del ordenamiento jurídico vigente no resulte que la competencia le fue asignada al órgano inferior en mérito a una idoneidad especialmente reconocida (1210) .

2) Cuando no exista instituido un recurso para ante el superior acerca de lo resuelto por el inferior. Así, por ejemplo, en los casos en que se admita el recurso jerárquico contra lo resuelto por el inferior, la avocación no procede, pues se estima que lo contrario, al disminuir las instancias en que se desarrolla el debate, atenta contra la amplitud de la defensa, disminuyendo las garantías individuales. Además, la actuación del órgano u órganos inferiores permite que el órgano superior que decidirá el recurso cuente con elementos que disminuirán su posibilidad de error (1211) .

De modo que la avocación, aparte de los supuestos expresamente autorizados por la norma, procede cuando se den las circunstancias mencionadas en el punto *b* (1212) . Cuando se den estas circunstancias, la avocación procede aun a falta de toda norma que la autorice especialmente, pues siendo ella una consecuencia del poder jerárquico, dicha "norma" especial no es necesaria.

Va de suyo que si hubiere una norma que prohíba la avocación, ésta no procederá. Dicha norma tanto puede ser una "*ley formal*", que regirá respecto a las entidades creadas por el Legislativo, en ejercicio de facultades constitucionales propias, como un "*decreto*" o un "*reglamento*" del Ejecutivo, que regirían respecto a los órganos administrativos creados por el Ejecutivo en ejercicio de sus propias potestades constitucionales. Es oportuno recordar

que, en tales casos, el "*decreto*" o el "*reglamento*" son obligatorios incluso para el Poder Ejecutivo que los emitió, ya que ellos integran el llamado "*bloque de la legalidad*", por lo que implican un límite a la actividad jurídica de la Administración (ver nº 9, texto y nota 83).

Si bien algunos tratadistas, después de reconocer que la avocación tiene su fundamento en la jerarquía, y de reconocer el carácter inderogable de la competencia, manifiestan que la avocación "*sólo se da si expresamente se prevé*" (1213) , estimo que la regla es a la inversa: salvo los supuestos a que hice referencia en el precedente punto *b*, la avocación, dentro del ordenamiento administrativo del Estado, como consecuencia del poder jerárquico, es siempre procedente en tanto no exista una norma que la prohíba (1214) .

Desde luego, la avocación, como toda decisión administrativa, requiere inexcusablemente un fundamento ético (1215) , lo que significa que su procedencia requiere motivo fundado. En este orden de ideas, en la avocación debe verse una manifestación *extraordinaria y excepcional* del control o de la fiscalización dentro de la Administración Pública.

B. DELEGACIÓN

Mediante la *delegación* un órgano superior encarga a otro inferior el cumplimiento de funciones que el ordenamiento jurídico le ha conferido como propias a dicho órgano superior (1216) . Pero éste es un concepto muy general, y por ello no técnico. Jurídicamente, la delegación implica algo más que el mero "*encargo*" hecho por el superior al inferior para que éste realice funciones suyas. La delegación supone "*desprendimiento*" de un deber funcional (1217) . Como dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "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*" (1218) . De manera que en la delegación de competencia el delegante se "*desprende*" del ejercicio de una función, "*descargando*" tal ejercicio sobre el delegado.

El momento para disponer o realizar la prórroga de competencia por delegación queda librado al exclusivo arbitrio del delegante, pues ello depende del juicio de oportunidad o conveniencia que realice quien delega (1219) .

La delegación es extraña al poder jerárquico, y nada tiene que ver con él (1220) . Es un instituto "*excepcional*" dentro del orden jurídico (1221) : no constituye un instituto "*general*" dentro del derecho público (1222) , siendo por ello que para su procedencia se requiere una norma que la autorice expresamente (1223) , no procediendo en el supuesto de silencio de la norma. Pero tal exigencia es para el caso de una efectiva "*delegación*" de competencia, no para la descentralización, ni para la simple imputación de funciones. Los titulares de la competencia no pueden disponer de ésta como de un derecho propio (1224) , pues ella no constituye un derecho subjetivo (ver nº 187).

¿Qué tipo de "norma" se requiere para la procedencia de la "*delegación*"? ¿Ley formal o ley material (decreto o reglamento)? Si la delegación de competencia la efectúa un órgano

creado por el Legislativo en ejercicio de facultades constitucionales propias, la norma habilitante ha de ser una "ley formal"; si la delegación de competencia la efectúa un órgano creado por el Ejecutivo en ejercicio de atribuciones constitucionales propias, la norma habilitante debe ser un decreto o un reglamento del Ejecutivo: sigue imperando aquí el "paralelismo de las formas".

No obstante, hay conformidad en doctrina acerca de que la "*delegación*" procede, aun sin norma que la autorice, cuando se trate de una mera prórroga de competencia de carácter preparatorio, que no excluya el examen ulterior del asunto por el órgano superior. Pero, como bien se ha dicho, en estos casos no puede hablarse de una verdadera y propia delegación, sino más bien de la delegación de algunas funciones particulares que no alcanza a derogar la competencia del superior, ya que, en último análisis, el negocio o asunto vuelve a su sede u órgano natural, que es quien resolverá en definitiva (1225) . Este supuesto de "*delegación*" no requiere fórmulas solemnes, ni ser realizada en forma expresa. Puede resultar implícita o virtual a raíz de que el órgano superior consienta dicha intervención o actuación del órgano inferior.

La norma que autorice la delegación es una norma "*atributiva de competencia*", que comprende simultáneamente a dos órganos: al delegante, a quien le atribuye la potestad de delegar, y al delegado, quien podrá ejercitar válidamente los actos comprendidos en la delegación (1226) .

¿Puede el delegado "*subdelegar*" a su vez? Con buen criterio se ha dicho que el delegado no puede subdelegar si no existe norma que le autorice a ello; vale decir, en esta hipótesis se aplican iguales principios que en materia de "*delegación*" (1227) . García Trevijano Fos sostiene que el delegado no puede subdelegar, porque "únicamente son delegables las competencias propias" (1228) ; disiento con su modo de pensar, pues la delegación lícita torna en propia la competencia atribuida por ella al delegado. Comparto, entonces, la opinión de Franchini.

Queda una última cuestión por aclarar. Contra los actos del *delegado* ¿procede algún recurso para ante el *delegante*? Franchini contesta en sentido afirmativo, pero siempre que entre delegante y delegado exista ya un vínculo jerárquico; en caso contrario estima que el recurso no procede (1229) . Hasta aquí comparto la opinión de Franchini. Pero este autor agrega que hay otra razón que induce a admitir la procedencia del expresado recurso: que el superior que delega no entiende por ello desinteresarse del ejercicio de la función delegada; no podría desinteresarse sin incurrir en responsabilidad. El delegante, dice, tiene la obligación de vigilar y controlar la actividad del delegado (1230) . No comparto este último fundamento de la tesis de Franchini. No considero que, en los supuestos de una delegación válida, es decir *autorizada* por la norma pertinente, el funcionario delegante responda por los actos que realice el delegado en ejercicio de la delegación, pues tal supuesto es asimilable al de sustitución de mandato autorizada, con designación de persona, ya que la delegación de competencia sólo puede efectuarse en la forma que autorice la norma y al órgano público que ésta indique, siendo indiferente la persona titular de dicho órgano. En este aspecto debe admitirse una lógica diferencia entre el derecho privado y el derecho

público: en aquél es fundamental la persona del mandatario sustituto, en éste es indiferente la persona de titular del órgano delegado, ya que lo único que interesa es el "*órgano institución*" en sí, pues es a éste a quien se le hace la delegación y no al "*órgano persona*". Además, la misión de dicha "*vigilancia*", comprensible en el derecho privado, no lo es en el derecho público, donde esa función, referida al delegante respecto al delegado, no figura entre los deberes de los órganos estatales. En síntesis: contra los actos del delegado cabrá un recurso para ante el delegante, siempre y cuando éste ya fuere un superior jerárquico del delegado.

191. En los supuestos de "*intervención*" administrativa se produce una sustitución del "*órgano persona*", que entonces aparece reemplazado por el "*interventor*".

Pero el hecho de la intervención, que generalmente implica "*sustitución*" de un funcionario por otro, no apareja una modificación de la competencia atribuida al órgano intervenido ("*órgano institución*"), todo ello sin perjuicio de las razonables restricciones al *ejercicio* de dicha competencia impuestas por el carácter *transitorio* de toda intervención.

En el nº 177 me he ocupado del órgano "*intervención*". Me refiero a lo expuesto en dicho lugar (texto y notas 51 y siguientes).

192. Cuando el titular de un órgano, por una razón cualquiera, no puede desempeñar sus funciones, es "*suplido*" por otra persona en el ejercicio de las mismas.

Tal suplencia por reemplazo del titular del órgano, no influye, en modo alguno, en la competencia atribuida a dicho órgano. La suplencia no modifica la competencia existente; al contrario, mediante ella se asegura la continuidad del ejercicio de ésta. La competencia corresponde únicamente al órgano o repartición, y en caso de suplencia permanece inalterable, del mismo modo que cuando un titular sucede a otro (1231) .

Por cierto, la suplencia no implica ejercicio de una competencia ajena: el suplente no ejercita la competencia del suplido, pues ambos ejercitan la misma competencia propia del órgano a que pertenecen (1232) .

Lo que antecede constituye el "*principio*" en esta materia; no obstante, a texto expreso la competencia del suplente podría verse restringida o limitada con relación a la competencia del suplido o titular del órgano. Pero si no existiese tal texto restrictivo, la competencia no sufre alteración alguna por el hecho de la suplencia.

193. La violación de las normas sobre competencia determina la nulidad del respectivo acto administrativo. Esto obedece a que la "*competencia*" representa un requisito o elemento esencial del acto administrativo, lo que así quedará de manifiesto al estudiar este último. La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene declarado que, para que un acto administrativo sea tenido como acto "*regular*", es indispensable que reúna las condiciones esenciales de validez, entre éstas que sea dictado por autoridad *competente* (1233) .

Hay quienes dividen la "*incompetencia*" en dos especies fundamentales: absoluta y relativa. La incompetencia "*absoluta*" se produciría cuando se invaden esferas de otros poderes del

Estado o materias de otros órganos; ejemplos: cuando la Administración invade la esfera de acción del Poder Legislativo o del Judicial, y también cuando dentro de la Administración se violan competencias por razón de la materia (un ministerio que regule materias de otro) (1234) . Este tipo de incompetencia es llamado por algunos incompetencia "funcional" (1235) . Los demás supuestos de incompetencia constituyen la incompetencia "relativa" (1236) . La consecuencia jurídica de esta clasificación sería la siguiente: la incompetencia absoluta no puede ser saneada, lo que no sucede con la relativa (1237) . Por ahora baste con dejar establecido que el acto afectado de incompetencia es un acto viciado de "*nulidad*": al estudiar el acto administrativo determinaré qué tipo de nulidad existe en cada caso.

La nulidad del acto administrativo viciado de incompetencia -cualquiera sea la causa que la determine- no puede suplirse aplicando la teoría del funcionario "de facto".

"*Incompetencia*" y "*funcionario de facto*" son dos institutos disímiles. No es posible aplicar las reglas del funcionario "de facto" a la incompetencia, pues falta ahí la *identidad de razón* que justifica la aplicación analógica o permite la aplicación extensiva de la norma. El funcionario que emite un acto viciado de incompetencia es un funcionario *de jure* que actuó excediendo sus potestades; en cambio, el funcionario "de facto" carece de investidura legal. Trátase de supuestos absolutamente distintos entre sí. Por eso juzgo equivocadas las soluciones de quienes, para obviar las consecuencias de actos administrativos viciados de incompetencia, pretenden aplicar las reglas aceptadas para determinar la validez de los actos realizados por funcionarios "de facto". El acto de un funcionario "de facto" puede ser válido, en tanto que el acto emanado de un funcionario incompetente es un acto viciado. Un funcionario *de jure* que excede los límites de su competencia no es un funcionario "de facto", sino un funcionario *de jure* que actúa al margen de la ley y cuyos actos son írritos.

194. La "competencia" es clasificada desde cuatro puntos de vista: a) por materia; b) por grado; c) por territorio; d) por razón del tiempo.

La competencia por "*materia*" se refiere a la actividad que debe satisfacer una determinada repartición o ente público (1238) .

La competencia por "*grado*" vincúlase al principio de jerarquía. También se le denomina competencia "*vertical*" o "*funcional*" (1239) . Los organismos públicos no están ordenados en un mismo plano, sino más bien en forma de pirámide, en cuyo vértice hállase el órgano superior del pertinente sector de la Administración. Cada sector puede ser representado como una pirámide, y todos ellos se concentran en un vértice ideal representado por el Jefe del Estado. Las funciones aparecen distribuidas jerárquicamente, de modo que el órgano inferior no puede ocuparse de materias reservadas al órgano superior y viceversa. Estas limitaciones a la actuación de los órganos constituye la competencia por grado (1240) .

La competencia por "*territorio*" es un corolario del concepto de circunscripción administrativa. El "territorio" es así el ámbito espacial o físico que sirve de límite a la actuación de los órganos y reparticiones públicos. En virtud de esta competencia, cada órgano o repartición sólo puede actuar dentro de la correspondiente sección terrestre o circunscripción administrativa. A este tipo de competencia también suele denominársele "*horizontal*" (1241) .

La competencia por "*razón del tiempo*" significa que la autoridad respectiva sólo puede actuar válidamente dentro del lapso establecido en la norma correspondiente. "No es infrecuente el caso de que un determinado órgano tenga una competencia sujeta a término, pasado el cual cesa en la misma" (1242) .

195. La competencia de cada órgano esencial del Estado -legislativo, ejecutivo y judicial- nace de la Constitución, como resultado del principio de separación de los poderes de gobierno: ahí toma origen la competencia del Poder Ejecutivo. Dentro de éste, la distribución o imputación de funciones entre los distintos entes o reparticiones administrativas, la efectúa dicho Poder Ejecutivo a través del instrumento jurídico con que expresa su voluntad: el decreto o el reglamento. Procediendo así, el Ejecutivo ejerce facultades constitucionales propias, integrantes de la zona constitucional de "*reserva de la Administración*". Como bien se ha dicho, el jefe de la administración del país -el jerarca- *tiene entre sus potestades naturales la de imputación funcional* (1243) .

Al distribuir sus propias funciones entre órganos administrativos que le continuarán supeditados, sea a través del "poder jerárquico" o del "control administrativo", el Ejecutivo no efectúa "*delegación*" alguna de su competencia. Véanse los números 118 letra D., 167 y 214. Trátase de una mera imputación de funciones dentro de su propia esfera u órbita constitucional.

Va de suyo que esa distribución o imputación de funciones apareja, como lógico corolario, la correlativa competencia funcional. La adjudicación de funciones a un órgano o repartición implica, simultáneamente, la correlativa "*competencia*" para ejercerlas: una cosa es inherente a la otra. Esto es elemental y de buen sentido, pues los órganos se crean para que actúen, para que cumplan una misión, y ello requiere "*competencia funcional*".

Algunos autores, como Stassinopoulos consideran que la determinación de la competencia de cada órgano debe ser obra del "*legislador*", dado que la regla de competencia es una regla de derecho, que establece una autolimitación del Estado respecto a los administrados (1244) . Considero equivocada esta opinión, pues, como ya lo expresé en otro lugar de esta obra, no sólo las leyes formales, sino también los "*reglamentos administrativos*" integran el llamado "*bloque de la legalidad*", cuya observancia rigurosa debe ser inexcusablemente cumplida por la Administración Pública en el ejercicio de su actividad, como requisito para la validez de sus actos. Esos reglamentos o decretos administrativos implican, lo mismo que las pertinentes leyes formales, límites a la actividad jurídica de la Administración (véase el n° 9, texto y nota 83).

196. En ciertos casos las normas que rigen la competencia son interpretadas en forma distinta por los eventuales encargados de aplicarlas, pudiendo darse el supuesto de que dos órganos se consideren igualmente competentes o incompetentes para intervenir en el mismo. Esta oposición de criterios determina lo que se llama "*conflicto*", "*cuestión*" o "*contienda*" de competencia (1245) .

Tales conflictos o cuestiones pueden ser de dos órdenes: a) entre órganos administrativos (conflicto interno dentro de un poder); b) entre un órgano administrativo y un órgano judicial (conflicto externo, o conflicto de poderes).

Cuando los órganos respectivos se atribuyen competencia para conocer de un determinado asunto, el conflicto se llama "positivo"; cuando ninguno de dichos órganos se considera competente para ello, el conflicto se llama "negativo" (1246) .

¿Quién resuelve los conflictos de competencia? Hay que distinguir:

a) Si se tratare de un conflicto externo, es decir entre un órgano perteneciente al Poder Ejecutivo y un órgano perteneciente al Poder Judicial, la cuestión debe ser dirimida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Es la solución que cuadra en virtud de texto expreso (decreto ley n° 1285/58, artículo 24 , inciso 7°).

b) Si el conflicto se promoviere entre organismos administrativos carentes de personalidad, la cuestión debe ser dirimida por el superior jerárquico común a ambos organismos, y eventualmente por el Poder Ejecutivo, quien al respecto haría uso de su poder jerárquico, ya que una manifestación del poder jerárquico es la facultad de dirimir los conflictos de competencia que puedan producirse entre distintos órganos inferiores (1247) . Igual conclusión corresponde para el supuesto de que uno o los dos organismos en conflicto sean entidades autárquicas creadas por el Poder Ejecutivo, mediante decreto, en ejercicio de potestades constitucionales propias, integrantes de la zona de "reserva de la Administración", pues, en nuestro *actual* derecho, el Presidente de la República conserva su "*poder jerárquico*" sobre tales entidades (véase el n° 119).

c) ¿Pero quién decide el conflicto de competencia cuando uno o los dos organismos intervinientes sean entidades autárquicas debidamente creadas por el *Poder Legislativo*, en ejercicio de sus respectivas atribuciones constitucionales, y a cuyo respecto el Poder Ejecutivo carece de poder jerárquico? Silva Cimma dice que en Chile ese problema "no tiene solución, positivamente hablando", pues la forma en que algunos casos fueron resueltos no tiene carácter de solución de principio. Termina diciendo que la solución deben darla los poderes colegisladores por la vía legislativa de la interpretación auténtica (1248) . Considero que, en nuestro país, este conflicto de competencia debe ser resuelto por la justicia (Poder Judicial), pero no originariamente por la Corte Suprema: 1) porque, como bien lo expresa Adolfo Posada, la resolución de dicho conflicto presupone un acto de aplicación concreta de la ley a contienda de partes, lo cual cae de lleno en las atribuciones del *Poder Judicial* (1249) ; 2) porque la intervención de Poder Judicial se justifica incluso por aplicación "*analógica*" o "*extensiva*" del artículo 24 , inciso 7° del decreto ley n° 1285/58.

Para finalizar con los conflictos de competencia, recuérdese que, como ya se dijo (n° 187), la competencia no constituye un derecho subjetivo del órgano, sino una obligación del mismo. De ahí deriva que las contiendas de competencia no impliquen pleitos sobre derechos subjetivos (1250) . Tales querellas sólo trasuntan el debate objetivo sobre una cuestión "*institucional*".

CAPÍTULO IV - JERARQUÍA

SUMARIO: 197. Consideraciones generales. Noción conceptual. - 198. Origen de la jerarquía. - 199. Naturaleza de la jerarquía. - 200. Poder jerárquico o poder de mando. Contenido de la relación jerárquica. Poderes del superior. - 201. Deberes del inferior en el ordenamiento jerárquico. Subordinación. La obediencia. - 202. Funcionarios sobre los que se ejerce el poder jerárquico. Agentes excluidos de dicho poder. - 203. Líneas y grados en el orden jerárquico. - 204. Clasificación de la jerarquía.

197. No se concibe una organización administrativa donde todos los individuos adscriptos a ella -funcionarios y empleados- tuvieran igual rango, lo cual impediría que unos dieran órdenes o directivas y otros las cumplieren. No habría coordinación, imperaría el caos y todo sería inoperante. De ahí la existencia de "superiores" y de "inferiores", vinculados entre sí por una relación de supremacía y de subordinación, respectivamente. Ello determina la llamada "*jerarquía*", instituto esencial en toda eficiente organización administrativa (1251) .

Defínese la jerarquía como una relación de supremacía de los funcionarios superiores respecto a los inferiores, y de subordinación de éstos a aquéllos (1252) .

198. El origen histórico de la "*jerarquía*" hállese en el derecho canónico, en el que, originariamente, significaba cuidado de las cosas sacras, para referirse después a la gradación entre los sujetos eclesiásticos que tenían determinada potestad de orden, de magisterio y de jurisdicción.

Posteriormente -siglo XIX-, con el advenimiento del constitucionalismo, se trasplantó al Estado, pero como un puro principio de la organización administrativa, independiente de su primitiva significación y desprovisto de cualquier contenido sacral (1253) .

199. La jerarquía, *stricto sensu*, se manifiesta en la actividad *administrativa* del Estado. Su naturaleza es, pues, "administrativa".

En los organismos privados no se puede hablar de jerarquía en el mismo sentido que respecto de la Administración Pública, ya que en ellos las pertinentes relaciones entre las personas intervinientes tienen base contractual.

En la actividad legislativa y en la judicial tampoco existe el vínculo jerárquico. Los órganos que integran el Poder Legislativo se vinculan por procedimientos en los que no media subordinación. Igual cosa ocurre con los órganos del Poder Judicial, a cuyo respecto no puede hablarse de "subordinación", sino únicamente de "coordinación". Con razón se dijo que el más modesto juzgado falla con el mismo poder jurídico que una Corte Suprema. La revisión en proceso es un examen técnico completamente ajeno a una primacía de naturaleza jerárquica: simplemente es una garantía de justicia (Aparicio Méndez: "La Jerarquía", página 26).

Si bien en la organización administrativa de los poderes Legislativo y Judicial existe una jerarquización, es de advertir que la jerarquía, en ambos casos, no afecta las actividades naturales de esos poderes: pertenece a lo administrativo que hay en ellos (1254) .

200. La jerarquía se expresa a través del "*poder de mando*" o "*poder jerárquico*" (1255) , que prácticamente, y en términos generales, se concreta en lo siguiente:

1) Posibilidad de que el superior jerárquico dirija e impulse la acción del inferior, dando las "*órdenes*" pertinentes (1256) . Esta potestad de dar "*órdenes*" generalmente no surge en forma expresa del ordenamiento positivo, pero es una consecuencia implícita del poder jerárquico (1257) .

2) Posibilidad de dictar normas de carácter interno, de organización o de actuación, tales como instrucciones, circulares, etcétera (1258) .

3) Posibilidad para el superior de nombrar los integrantes de los órganos inferiores (1259) , así como formalizar los contratos en la rama concreta de su competencia (1260) .

4) Posibilidad de avocación de facultades de competencia, en los términos expuestos en el n° 190, letra A (1261) . Y aunque la "*delegación*" de competencia nada tiene que ver con el poder jerárquico, ella podrá asimismo ser dispuesta por el superior cuando se dé el supuesto mencionado en el n° 190, letra B. (texto y nota 141).

5) Facultad de vigilancia, de control o de fiscalización por parte del superior, de oficio o a pedido de parte, sobre actos o sobre personas (1262) .

6) Facultad de resolver los conflictos o cuestiones de competencia que se produzcan entre órganos inferiores (1263) .

201. A la serie de poderes del superior jerárquico, corresponden otros tantos deberes del inferior (1264) .

Los deberes del inferior en el ordenamiento jerárquico se concretan en la "*subordinación*" al superior. Si bien la generalidad de la doctrina sostiene que la subordinación tiene sus límites, es decir que no es ilimitada (1265) , hay quien, distinguiendo entre "*subordinación*" y "*deber de obediencia*", sostiene que la subordinación tiene carácter absoluto, en tanto que el deber de obediencia tiene límites (1266) . Lo cierto es que no sólo el deber de obediencia, sino también la subordinación, tiene límites jurídicos.

La "*subordinación*" se manifiesta o expresa por el "*deber de obediencia*" (1267) .

La "*subordinación*" no se extiende más allá del ejercicio de la función pública, sin perjuicio de incidir también en la vida privada del funcionario, pero sólo en aquellos aspectos que puedan trascender al ejercicio de la función. En tal orden de ideas, el funcionario público debe observar buena conducta y no dañar su reputación, pues todo esto puede repercutir en el prestigio y eficacia de la función pública (1268) . Para algunos funcionarios ese deber es más riguroso que para otros; así, ciertas categorías de ellos -verbigracia, militares, personal

del servicio exterior- incluso deben requerir autorización para contraer matrimonio, suministrando al respecto los datos personales del futuro cónyuge. De todo esto se deduce que la "subordinación", si bien en unos casos es más intensa que en otros, tiene sus razonables límites jurídicos: en ningún caso puede pretenderse una subordinación del funcionario o empleado que vaya más allá del interés de la función pública.

El tratamiento jurídico legal del deber de obediencia halla su ubicación adecuada al estudiar los deberes del funcionario y empleado en la relación de empleo público. No obstante, al hablar de los deberes del inferior en el orden jerárquico, corresponde adelantar algunos principios generales.

En materia de deber de obediencia hay dos criterios dispares: el de la obediencia absoluta y el que admite, en determinadas condiciones y circunstancias, la desobediencia; en este último supuesto el problema consiste en determinar cuándo procede la desobediencia, cuestión que se concreta en el llamado "*derecho de examen*". Pero el derecho a "*desobedecer*" es, siempre, una *excepción*, y como tal debe ser considerado.

En la teoría de la obediencia absoluta, la voluntad del agente aparece prácticamente aniquilada por la del superior, resultando entonces el inferior un instrumento de la voluntad ajena: "*perinde ac cadaver*". En esta teoría el inferior responde al superior en forma casi mecánica: como el bastón al viajero, según la feliz expresión de un autor. En consecuencia, la ejecución de órdenes ilegítimas lleva a la total irresponsabilidad del inferior. Esta teoría tiene general repudio: ni aun se la acepta dentro de la severa disciplina militar (1269) .

En la segunda teoría, el límite del deber de obediencia -pasado el cual aparece el derecho a la desobediencia, que se hace efectivo a través del "*derecho de examen*"- está fijado por la competencia del órgano superior. ¿Qué amplitud tiene ese "*derecho de examen*"? En general se acepta que el inferior o subordinado tiene el derecho de control *formal* (legalidad externa, competencia del superior y del inferior) y de control *material*, que se vincula al contenido mismo de la orden, lo cual permitirá comprobar si ésta significa o no una violación *evidente* de la ley. Si la orden no reviste los requisitos formales extrínsecos no es obligatoria para el inferior, y por lo tanto no debe ser obedecida. Su cumplimiento le hace pasible de responsabilidad. Es ésta la posición que goza de mayor predicamento (1270) .

Aparte de la teoría que admite el "*derecho de examen*" en los términos expuestos precedentemente, existe la llamada "*teoría de la reiteración*", en cuyo mérito si el agente público considera que la orden es contraria a la ley, está en el deber de observarla al superior. Si es reiterada, el agente público está en el deber de cumplirla, y su responsabilidad civil o penal queda cubierta por la confirmación. A pesar de los reparos de que es objeto esta teoría, si la observación de la orden por el órgano inferior está autorizada expresamente por el derecho positivo, la tesis en examen tiene rigurosa aplicación (1271) .

La jurisprudencia de nuestro país ha aceptado la teoría de la legalidad formal y material. Nunca aceptó la tesis de la obediencia absoluta, ni libró de responsabilidad al que en virtud de una orden jerárquica incurrió en *delito* (1272) .

Más adelante, en el lugar de esta obra donde me ocupe de la "*función pública*", al referirme a los deberes de los funcionarios y empleados de la Administración, volveré sobre el "deber de obediencia".

202. El poder jerárquico, por principio, se ejerce sobre todos los funcionarios y empleados de la Administración Pública. Pero hay algunos funcionarios que, por la posición que ocupan o por la índole de sus actividades, escapan a dicho poder jerárquico y, en consecuencia, al deber de obediencia.

En primer término, el jefe del Ejecutivo, o presidente de la República, está exento del poder jerárquico y del deber de obediencia, pues él no tiene sobre sí superior alguno.

Aparte del jefe del Ejecutivo, los órganos "*consultivos*" y los de "*control*" quedan fuera de la jerarquía propiamente tal (1273) .

Del mismo modo quedan fuera del poder jerárquico los funcionarios administrativos que, aun dentro de la Administración Pública, realicen funciones o actividades de tipo "*jurisdiccional*". La razón de esta exclusión es la misma que rige para los jueces que integran el Poder Judicial (1274) .

Igualmente quedan exentos del poder jerárquico y, correlativamente, del deber de obediencia, los funcionarios administrativos que realicen funciones "*estrictamente técnicas*", para cuyo ejercicio sólo deben guiarse por sus conocimientos científicos, siendo inconcebible que al respecto algún superior les dé órdenes a dichos funcionarios (1275) .

Finalmente, cuadra asimismo mencionar entre los funcionarios excluidos del poder jerárquico y del correlativo deber de obediencia, a los afectados a la enseñanza, especialmente superior o universitaria. Pero ello en lo atinente a la enseñanza en sí, al desarrollo del programa de la asignatura. Este tipo de enseñanza tiene mucho de subjetivo, por lo que la personalidad del profesor -su inteligencia, sus aptitudes- tiene gran influencia (1276) . Mas dicha exclusión del poder jerárquico y del deber de obediencia no rige para el aspecto estrictamente administrativo de la función. El artículo 21 del estatuto de la Universidad Nacional de La Plata establece que los profesores titulares "*gozarán de amplia libertad para la exposición de ideas o doctrinas*". Aun cuando el estatuto respectivo no contuviere una disposición como la transcrita, la independencia funcional del profesor universitario, en el puro aspecto científico, debe igualmente aceptársela, por ser ella de principio.

203. En la jerarquía existen "*líneas*" y "*grados*".

La jerarquía administrativa, dice Santamaría de Paredes, al modo de un árbol genealógico, se extiende por *líneas* y *grados*, desde los órganos centrales que representan al Poder Ejecutivo en su unidad, hasta aquellos otros órganos que se hallan en el término de la función de que se trata; la *línea* es una ramificación del Poder Ejecutivo que enlaza un centro de autoridad con otros inferiores; el *grado* es el lugar numérico que corresponde a un

determinado centro de autoridad respecto de otro superior, por los intermediarios que entre ambos existen (1277) .

De modo que "*línea*", dentro de la jerarquía, es la serie de funcionarios unidos por una relación de subordinación. Trátase de una sucesión de órganos en sentido vertical. "*Grado*" es el punto que cada funcionario ocupa en la línea (1278) .

Esta manifestación de la jerarquía, a la vez que establece el orden jerárquico, tiene trascendencia práctica en la distribución de "*competencias*" entre los diversos órganos.

204. Según qué funciones realicen los diversos órganos, cómo y dónde las lleven a cabo, la jerarquía se clasifica en la siguiente forma (1279) .

- a) "*Común*", que se refiere a los órganos cuyas funciones comprenden la generalidad de los servicios de la Administración (ministerios, gobernadores y sus agentes).
- b) "*Especial*", referente a órganos que cumplen determinadas o específicas actividades (militar, sanitaria, hidrológica, minera, etc.).
- c) "*Territorial*". Se refiere a órganos que ejercen sus funciones dentro de determinada circunscripción administrativa.
- d) "*Burocrática*", que es la constituida por funcionarios que obran individualmente.
- e) "*Colegiada*", que se refiere a órganos pluripersonales, vale decir a órganos constituidos en corporación.

CAPÍTULO V - **POTESTADES ADMINISTRATIVAS**

SUMARIO: 205. Noción conceptual. - 206. "Potestad" y "poder". "Potestad" y "derecho". Diferencias. - 207. Las diferentes potestades administrativas. - 208. Potestad reglamentaria. Remisión. ¿La potestad reglamentaria es propia del Poder Ejecutivo, o la ejerce por una delegación del Poder Legislativo? - 209. Potestad imperativa o de mando: reglada y discrecional. - 210. Potestad ejecutiva o de gestión. - 211. Potestad jurisdiccional. - 212. Potestad sancionadora: correctiva y disciplinaria. Fundamento. Naturaleza jurídica. Contenido. El ejercicio de la potestad "*disciplinaria*" y la subsistencia actual de la relación de empleo público; crítica.

205. Para desarrollar su actividad y lograr los fines perseguidos con ello, la Administración Pública necesita disponer de los medios jurídicos correspondientes. Estos medios jurídicos constituyen las "*potestades*" de la Administración, que se diferencian entre sí de acuerdo a la finalidad que en cada caso se pretenda lograr (1280) .

De ello resulta que las "*potestades*" administrativas son varias, según quedará de manifiesto en uno de los próximos párrafos.

206. No debe confundirse "poder" con "potestad". Aquél es lo genérico, ésta lo específico. El "poder" es atributo del Estado *-lato sensu-*, en tanto que la "potestad", en lo que respecta

a su ejercicio, puede ser prerrogativa inherente a una función, verbigracia de la función correspondiente a la Administración Pública. Las "*potestades*" constituyen un reflejo cualificado del "*poder*" general del Estado, pero no pueden confundirse con este "poder".

Tampoco debe confundirse "*potestad*" con "*derecho*". Las "potestades" -inherentes a la supremacía estatal- son indispensables para que la Administración Pública realice sus funciones de interés general. De ello resulta que las potestades no son renunciables (1281), contrariamente a lo que ocurre con los "derechos".

207. Las potestades administrativas son varias: la reglamentaria, la imperativa o de mando, la ejecutiva o de gestión, la jurisdiccional y la sancionadora. Separadamente me ocuparé de cada una de ellas.

208. Todo lo atinente a la potestad reglamentaria y al reglamento en particular ya fue expuesto en la presente obra (ver números 63 a 71). Me remito a lo expresado en dichos lugares.

Como se expresa en los lugares mencionados, la potestad reglamentaria, *stricto sensu*, es propia y originaria del Poder Ejecutivo; así ocurre con los reglamentos autónomos -independientes o constitucionales- y con los reglamentos de ejecución, cuyo fundamento positivo hállase en la Constitución Nacional como facultad acordada por ésta al Ejecutivo (1282). Trátase de atribuciones integrantes de la zona constitucional de "*reserva de la Administración*", de la que me he ocupado en páginas anteriores (ver los números 68 y 68 bis). En cambio, la potestad para emitir reglamentos delegados y de necesidad y urgencia no es propia del Poder Ejecutivo, pues, versando ellos sobre materia legislativa, su eficacia depende de un acto del Parlamento. En el reglamento "delegado" el asentimiento del legislador aparece expresado *a priori*, a través de la ley que autorice la delegación; en los reglamentos de "necesidad y urgencia" dicha aprobación es *a posteriori*; pero en ambos supuestos se requiere esa conformidad o aquiescencia parlamentaria.

209. La potestad imperativa, o de mando, es la facultad que tiene la Administración de dar órdenes y de obligar a su cumplimiento. Esta facultad es la expresión más directa del principio de autoridad en el ejercicio del Poder Ejecutivo.

Los actos de mando, en lo atinente a su *iniciativa*, pueden ser de "oficio", cuando tal iniciativa procede de la propia Administración, o a *petición de parte interesada*. Pero en ambos supuestos la Administración se determina por sí misma, es decir, valora la situación existente y, sobre esa base, adopta la resolución que juzga más conveniente.

La "*forma*" de tales actos puede ser *verbal* o *escrita*. En principio rige la forma escrita; pero cuando el asunto es simple, son una o pocas las personas a quienes obliga, o la necesidad es apremiante o urgente, puede emplearse la forma verbal. Esto último es lo que ocurre, por ejemplo, en materia de tránsito, donde las órdenes se emiten en el momento y en forma verbal, e incluso mediante gestos o señas. Pero la forma escrita precisa mejor lo ordenado y determina más exactamente el alcance de la responsabilidad de los llamados a obedecer: por eso dicha forma constituye el "principio" en esta materia.

La potestad de mando puede ser *discrecional* o *reglada*, lo cual se refiere a la forma más o menos ajustada en que la Administración actúa con relación a la norma legislativa que regula su gestión. Por principio, dicha potestad es discrecional; excepcionalmente es *reglada*, lo que debe resultar de texto expreso. La amplia libertad de que dispone la Administración Pública para valorar las necesidades generales y la forma de satisfacerlas, hace que esta potestad sea principalmente discrecional (1283) .

210. La potestad ejecutiva, o de gestión, es, para muchos tratadistas, una potestad ejecutiva o de gestión en sentido estricto, productora de la serie de actos que realiza la Administración en ejercicio concreto de su obra general. Trataríase de una particular actividad de la Administración que comprende los *hechos* que ésta realiza, el *cumplimiento* de la ley y de sus reglamentos, como así la *efectuación* de lo que manda y sanciona dentro de su esfera. Santamaría de Paredes se ha ocupado particularmente de esta potestad (1284) .

211. La potestad jurisdiccional en sentido estricto implica el poder de la Administración de decidir en un caso concreto lo que es derecho según la legislación vigente (1285) .

Pero esta potestad jurisdiccional -no obstante ser tal- no tiene el alcance de la potestad jurisdiccional ejercida por los tribunales judiciales. En ella no se da un planteamiento de contienda jurídica entre la Administración y el particular, sino simple reclamación de éste, a la que se allana o no la autoridad administrativa competente (1286) .

¿Tiene efectivamente la Administración Pública una potestad jurisdiccional? ¿Realiza actos de jurisdicción? De todo esto me he ocupado detenidamente en otro lugar de esta obra (ver nº 18), al cual me remito. Pero recordaré que tanto puede haber "jurisdicción" en la actividad del juez como en la actividad del administrador. "La *jurisdicción*, dijo acertadamente García Trevijano Fos, puede ejercitarse tanto por la Administración como por el Poder Judicial, entendiendo por jurisdicción la potestad de *componer los intereses contrapuestos*. En este sentido, agrega, es evidente que la Administración tiene una potestad jurisdiccional que se manifiesta fundamentalmente a través de la resolución de recursos. Lo que sucede es que el Poder Judicial utiliza el mecanismo del *proceso*, mientras que la Administración utiliza el vehículo del *procedimiento*, con las diferencias sustanciales existentes entre ambos" (1287) .

212. La potestad sancionadora de la Administración es la atribución que le compete a ésta para imponer correcciones a los ciudadanos o administrados, por acción de éstos contrarios a lo ordenado por la Administración, y sanciones disciplinarias a los funcionarios o empleados por faltas cometidas en el ejercicio de su cargo, todo ello sin perjuicio de la acción de los tribunales judiciales.

De lo expuesto deriva que a la potestad sancionadora se la subdivide en *correctiva* y *disciplinaria*, respectivamente, según que ella se dirija al administrado o al funcionario o empleado. La potestad sancionadora, en su aspecto correctivo, es de carácter externo, en tanto que dicha potestad, en su aspecto disciplinario, es de carácter interno. La potestad sancionadora es un complemento de la potestad imperativa o de mando (1288) .

El fundamento de la potestad sancionadora es fácilmente comprensible: la compleja labor de la Administración no podría cumplirse sin la existencia de una fuerte disciplina externa e interna; de lo contrario la Administración hallaríase indefensa y condenada al desorden (1289) .

La naturaleza de la potestad sancionadora es decididamente "*penal*". Pero esta penalidad, en cuanto a su contenido, no incluye los delitos, sino tan sólo las *faltas*, quedando entonces expedita la acción de los tribunales judiciales para castigar las acciones que trascienden de lo ilícito administrativo y entren en el campo de lo penal sustantivo (1290) . Como consecuencia de la naturaleza penal de la potestad sancionadora, las sanciones a imponer deben fundarse en preceptos que reúnan los requisitos substanciales de toda norma penal válida (véase el nº 39, donde me he referido a las relaciones del derecho administrativo con el derecho penal, y donde, además, me ocupé del llamado "derecho penal administrativo"); del mismo modo, en la *aplicación* de esas normas han de respetarse los principios del debido proceso legal, y, dentro de éstos, el de la libre defensa en juicio (1291) .

Para el ejercicio de la potestad sancionadora, en su aspecto "*disciplinario*", tanto la doctrina (1292) , como la jurisprudencia (1293) , exigen que el respectivo agente público esté prestando servicios, por cuanto desde que deja el servicio cesa el poder disciplinario. Dado el carácter posible del poder disciplinario (verbigracia, "cesantía", "exoneración", etc.), estimo que la precedente solución no es alabable debido a su "*generalidad*" conceptual. Como lo advertiré en el lugar de esta obra donde me ocupe de la relación de empleo público (función pública), para resolver si una sanción disciplinaria puede o no aplicarse aun después de terminada la relación de empleo público, es indispensable saber si la Administración Pública conocía, pudo o debió conocer los hechos que justifican la sanción disciplinaria a aplicar (cesantía, exoneración, etc.). Si la Administración no conocía ni pudo conocer esos hechos, la sanción disciplinaria podría tener aplicación aun después de disuelta la relación de empleo público. Lo contrario implicaría amparar la situación de quienes proceden dolosamente, lo que sería antijurídico. De manera que en esta materia, antes de aceptar una solución definitiva respecto al momento hasta el cual podrán aplicarse sanciones disciplinarias, habría que efectuar la revisión de orden lógico a que hice referencia (1294) .

CAPÍTULO VI - **CENTRALIZACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN**

SUMARIO: 213. Noción conceptual. - 214. Facultad para disponer la descentralización. ¿A quién le compete constitucionalmente en nuestro país? Instrumento jurídico de la descentralización ¿ley o decreto? Descentralización de funciones y delegación de competencia. La mera imputación de funciones dentro del orden administrativo. Disposición de la ley de contabilidad de la Nación: su ineficacia jurídica. - 215. Centralización y descentralización "administrativa" y "política". Centralización y descentralización "*judicial*". - 216. Formas de la descentralización. La desconcentración. - 217. Aspectos o variantes que pueden ofrecer la centralización y la descentralización. - 218. Ventajas e inconvenientes de la centralización y la descentralización. Criterio a seguir. - 219. Límites de la descentralización administrativa.

213. La centralización y la descentralización son formas de hacerse efectiva la actividad de la Administración Pública. De ahí su vinculación con la "*organización administrativa*", ya que aquéllas determinan, respectivamente, una "*organización*" centralizada o descentralizada.

En la *centralización* la actividad administrativa se realiza "*directamente*" por el órgano u órganos centrales, que actúan como coordinadores de la acción estatal. El órgano local carece, entonces, de libertad de acción, de iniciativa, de poder de decisión, los que son absorbidos por el órgano u órganos centrales. Existe una obvia subordinación de los órganos locales al órgano central (1295) .

En la *descentralización* la actividad administrativa se lleva a cabo en forma "*indirecta*", a través de órganos dotados de cierta competencia que generalmente es ejercida dentro de un ámbito físico. Esa "competencia" asignada al órgano en el régimen descentralizado, le otorga a dicho órgano una cierta libertad de acción, que se traduce en determinados poderes de iniciativa y de decisión (1296) .

Posada expresa que en el concepto histórico, la descentralización se aplica a lo de antemano centralizado (1297) . "*Históricamente*" las cosas son como las expresa Posada; pero hoy, desde el punto de vista *jurídico*, pueden no ser así, pues la administración de un país puede responder, *ab-initio*, al sistema "*descentralizado*". Es lo que ocurriría con un Estado nuevo o con un sector de la administración de un Estado ya existente, en los que se adoptare originaria y directamente el criterio descentralizador, sin el previo paso por el sistema centralizador. Pero la descentralización no es un sistema *histórico* como la centralización: es, bien dice Posada, una *tendencia* a detener los efectos de la centralización (1298) . Un autor expresa que ni la centralización ni la descentralización constituyen, inicialmente, conceptos jurídicos, sino más bien "*tendencias*" de política administrativa, ligadas a la historia, al régimen constitucional, a las necesidades prácticas, sin perjuicio de que ambas adquieran del derecho la forma de concretarse (1299) .

214. La potestad de "descentralizar" es un corolario de la potestad de dictar normas sobre "*organización administrativa*".

En otro lugar de esta obra (nº 167) he expresado que, en el orden nacional, la potestad para dictar normas sobre "*organización administrativa*" le corresponde esencialmente, y por principio, al Poder *Ejecutivo* de la Nación. Tal potestad integra la llamada "*zona de reserva de la Administración*", cuya existencia surge de la Constitución Nacional. Véanse los números 68 y 68 bis.

"*Excepcionalmente*", para materias determinadas, dicha potestad puede corresponderle al Poder Legislativo, lo que ocurrirá cuando la facultad pertinente le esté atribuida en forma "*especial*" al Congreso por la Constitución. Es lo que sucede con la facultad para crear ciertas entidades autárquicas institucionales, como bancos oficiales, universidades nacionales, etcétera.

De modo que, desde el punto de vista constitucional, la potestad para dictar normas sobre organización administrativa le compete esencialmente al Poder Ejecutivo de la Nación. Por lógica implicancia, la facultad para disponer "*descentralizaciones*" administrativas le compete asimismo al Poder Ejecutivo.

La conclusión precedente se refiere tanto a la descentralización meramente funcional, como a la descentralización orgánica o subjetiva (1300) .

Va de suyo -y huelga decirlo- que para "*descentralizar*" alguna de sus *propias funciones administrativas que la Constitución le atribuye*, el Poder Ejecutivo no ha menester, entonces, de "*ley*" formal alguna (1301) , bastando al respecto el pertinente decreto del Poder Ejecutivo, pues para que éste ejercite potestades integrantes de la "*zona de reserva de la Administración*" no se requiere ni es pertinente una ley formal, ya que esto implicaría una violación de las prerrogativas del Poder Ejecutivo por el Poder Legislativo (1302) . La Corte Suprema de Justicia de la Nación, con términos categóricos y claros, ha repudiado la doctrina de la "*omnipotencia legislativa*", que juzga incompatible con la Constitución, en cuanto ésta consagra un sistema de gobierno cuya esencia es la limitación de los poderes de los distintos órganos (1303) .

La descentralización administrativa que, en ejercicio de sus potestades constitucionales, realice el Poder Ejecutivo, en modo alguno debe interpretarse como una "*delegación*" de competencia, ni asimilarse a ésta. Ello implicaría confundir dos cosas absolutamente distintas. "No existe propiamente *delegación*, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sino cuando una autoridad investida de un poder determinado *hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona descargándolo sobre ella*" (1304) . Nada de esto ocurre en la "*descentralización*", que sólo implica una distribución de su propia competencia realizada por el Poder Ejecutivo entre órganos o entes que *siguen dependiendo de él* a través del "*poder jerárquico*" o del "*control administrativo*", según los casos. No hay aquí "*traspaso*" de atribuciones, ni "*desprendimiento de un deber funcional*" (1305) , sino mera adjudicación de funciones, lo cual, dentro del ámbito de la Administración, es materia de exclusiva incumbencia del Poder Ejecutivo, ya que en la especie, al dictar normas sobre organización administrativa, éste actúa dentro de la zona de "*reserva de la Administración*", ejercitando potestades constitucionales propias. Insisto: aquí no hay "*delegación*" alguna de "*competencia*". Se trata, simplemente, de una "*imputación de funciones*" hecha por el Presidente de la República a subordinados suyos, dentro del ámbito administrativo (1306) . Si para proceder así necesitara una norma habilitante en cada caso, la jerarquía dejaría de tener sentido institucional y contenido técnico. Hay que decir, entonces, que el jerarca tiene entre sus potestades *naturales* la de la imputación funcional y que solamente escapan a ella las actividades que le son entregadas privativamente o, en una desconcentración, privativamente a algunos de sus subordinados (1307) .

Es obvio que la "*descentralización*" que disponga el Poder Ejecutivo respecto a funciones que le corresponden constitucionalmente, implica por parte de dicho poder el ejercicio de poderes o facultades constitucionales propias integrantes de la zona constitucional de

"reserva de la Administración". En ese orden de ideas, y dentro de ese ámbito, el Poder Ejecutivo es *juez exclusivo* del medio elegido para el ejercicio de sus potestades, pudiendo valerse para esto del "*decreto*", que es el instrumento jurídico a través del cual expresa su voluntad. Como ya lo expresé precedentemente (nº 68 bis), el "*principio*" constitucional es que cada uno de los tres poderes es supremo en su esfera, como así que el Congreso debe acatar y respetar los actos del Presidente que se hallen de acuerdo con sus exclusivas y expresas facultades constitucionales. La Corte Suprema de Justicia ha dicho: "Es una regla elemental de nuestro derecho público que cada uno de los tres altos poderes que forman el Gobierno de la Nación, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente" (1308) . De manera que en el ejercicio de sus respectivas potestades constitucionales, cada uno de los poderes que integran el Gobierno es juez del medio elegido para ello, sin otra limitación que la de que ese medio no resulte incompatible con alguna de las limitaciones impuestas por la misma Constitución. En tal sentido, dijo el alto Tribunal: "Esta Corte ha declarado en efecto, que para poner en ejercicio un poder conferido por la Constitución a cualquiera de los órganos del gobierno nacional es indispensable admitir que éste se encuentra autorizado a elegir los medios que a su juicio fuesen los más conducentes para el mejor desempeño de aquéllo, siempre que no fuesen incompatibles con alguna de las limitaciones impuestas por la misma Constitución" (1309) . Dado que la "descentralización" no es otra cosa que un corolario de la potestad de dictar normas sobre "*organización administrativa*", resulta fuera de toda duda que la facultad para disponer "*descentralizaciones*" dentro del ámbito administrativo, pertenece esencialmente y por principio al Poder Ejecutivo, quien, para llevar a cabo dicha potestad, se vale del instrumento jurídico a su alcance: el "*decreto*".

Sin perjuicio de lo que queda expuesto, es de advertir que la ley de contabilidad de la Nación (decreto ley nº 23354/56, artículo 136, segunda parte) establecía que "*el Poder Ejecutivo no podrá disponer la descentralización de servicios de la administración nacional*". Ya en otro lugar de esta obra (nº 120) me he ocupado de esa disposición, sosteniendo que es írrita, por ser inconstitucional. Me remito a lo dicho en ese lugar.

215. No sólo puede haber una centralización o descentralización "*administrativa*", sino también una centralización o descentralización "*política*" (1310) . Incluso puede haber centralización o descentralización en el orden "*judicial*" (1311) .

La centralización o la descentralización "*políticas*" vincúlense directamente al sistema de gobierno de un país, a la estructura del Estado, a su constitución orgánica. En un Estado de régimen unitario hay "centralización" política, mientras que en un Estado de régimen federal existe "descentralización" política (1312) .

La centralización o la descentralización "*administrativas*" nada tienen que ver con el "*sistema de gobierno*", ni con la estructura del Estado: ellas vincúlense a los principios sobre "*organización administrativa*", de los que constituyen una expresión. Puede haber centralización o descentralización administrativas tanto en un país unitario como en uno federal: todo depende del criterio seguido acerca de la "*organización administrativa*" (1313)

.

En nuestro país, cada una de las provincias que integran el sistema federal, en lo administrativo puede organizarse en forma centralizada o descentralizada. Lo mismo acontece en nuestro orden "nacional", donde la Administración puede responder en todo o en parte al sistema centralizado o al descentralizado.

216. La descentralización presenta dos formas esenciales:

a) Aquella donde el órgano respectivo hállese dotado de personalidad. Es la descentralización orgánica o subjetiva, llamada también "*autárquica*", que a su vez ofrece dos modalidades: la territorial y la institucional. En este supuesto, el órgano, aparte de las funciones que se le han asignado, tiene personalidad jurídica. Trátase de las entidades autárquicas, cuyo estudio ya fue realizado precedentemente (véase el número 109 y siguientes). Con acierto díjose que la autarquía es un fenómeno de la descentralización (1314) .

b) Aquella donde el órgano correspondiente carece de personalidad. Es la llamada descentralización "*jerárquica*" o "*burocrática*" (1315) , que en algunos países, verbigracia en Francia, es llamada "*desconcentración*" (1316) . Trátase de meros organismos, siempre dependientes del poder central, a los que se les otorga cierto poder de iniciativa y de decisión. Dichos organismos permanecen unidos al poder central a través del vínculo jerárquico (1317) . En Italia constituyen los "*uffici*".

217. Tanto la centralización como la descentralización, aparte de sus formas típicas, perfectas o puras, pueden ofrecer diversas variantes, que resultan de la combinación de las formas típicas con formas anómalas, donde en unos aspectos predomina la centralización, sin perjuicio de que en otros aspectos se observe una descentralización, o a la inversa.

En ese orden de ideas, Eisenmann habla de centralización pura o perfecta y de centralización imperfecta o relativa, de descentralización pura o perfecta y de descentralización imperfecta o relativa; asimismo, hace referencia a la semi-descentralización (1318) .

En estos supuestos, para determinar qué principios jurídicos han de aplicarse, debe analizarse la situación creada, a fin de saber dónde hay o predomina la centralización, y dónde hay o predomina la descentralización, para entonces aplicar a cada uno de estos supuestos las reglas de la centralización o de la descentralización, según corresponda.

218. La centralización, a igual que la descentralización, tienen sus partidarios y sus adversarios, quienes se esfuerzan por destacar las ventajas del sistema de su predilección. En general, en el campo doctrinario, la "*descentralización*" cuenta con mayor número de adeptos.

La "*centralización*" tiene pocos simpatizantes. Entre éstos cuadra mencionar a Hauriou, quien resume de la siguiente manera las conveniencias del sistema:

a) Permite la consolidación del poder político (1319) .

b) En los servicios muy generales, permite repartir las cargas sobre el conjunto del país (1320) .

c) Mediante la jerarquía, asegura una gran regularidad y una gran moralidad en la Administración, porque la Administración central ve las cosas desde lo alto y desde lejos, no mezclándose en controversias lugareñas (1321) .

d) La centralización se ha convertido en una condición de existencia del régimen democrático. Una gran nación no puede vivir sin cuadros sociales; una vez destruidos los cuadros que habían proporcionado los regímenes aristocráticos, es menester reemplazarlos por cuadros administrativos; pero, para conseguir esto, es necesario que la centralización penetre en todo el país a través de una jerarquía con representantes incluso en las más pequeñas circunscripciones (1322) .

Por su parte, los partidarios de la "descentralización" encuentran en ella las siguientes ventajas:

1) Permite una mejor adaptación del servicio a las necesidades de los interesados (1323) .

2) Es democrática al dejar la gestión de los asuntos a los propios interesados (1324) .

3) Permite atender los servicios sin sobrecargar de trabajo a las autoridades superiores (1325) .

4) Permite una gestión más rápida que en el sistema centralizado, el cual engendra el expedienteo (1326) .

¿Es conveniente la "centralización"? ¿Lo es la "descentralización"? Cualquiera de esos sistemas puede ser bueno o malo, según que, al aplicarlo, se incurra o no en una exageración.

La centralización puede ser eficaz, pues permite mantener la unidad de dirección o de criterio; pero esa eficiencia desaparece si se incurre en el error de que la autoridad central *decida* "todas" las cuestiones en todos los asuntos, privando a los órganos locales de un "*mínimo*" de poder de iniciativa y de decisión para ciertos asuntos: de semejante sistema se deriva un enorme retardo en la gestión administrativa del Estado.

La descentralización ofrece como aparente ventaja principal la *rapidez* en la resolución de los asuntos; mas la *rapidez* también puede lograrse en un sistema centralizado. Pero en una buena administración no sólo interesa la rapidez en las resoluciones, sino también el "*acierto*" de éstas.

El "*acierto*" en la decisión no es exclusivo de la centralización ni de la descentralización. En ambos sistemas puede haber acierto o desacierto, lo cual no depende de sistema alguno, sino de la actuación de los individuos o personas que cumplen o realizan las funciones, expresando la voluntad de la Administración. Con la "*autarquía*", por ejemplo, que implica una descentralización tanto de carácter "funcional" como "subjética" u "orgánica", no se

trata, precisamente, de "*agilizar*" la Administración, *sino de buscar mayor acierto en la actuación del ente.*

Desde el punto de vista teórico, cualquiera de los dos sistemas es o puede ser bueno. Todo depende del grado de cultura y de responsabilidad de los empleados y funcionarios. Lo esencial es que éstos se hallen sometidos a un régimen legal que permita esperar de ellos corrección y eficiencia (rapidez y acierto). Logrado esto, lo atinente a la centralización o a la descentralización pasa a segundo plano.

Sobre tales bases, la centralización o la descentralización deberán o no ser aceptadas de acuerdo a las modalidades del Estado respectivo. En un país de pequeña extensión no se justifica, como principio, la descentralización administrativa; en cambio, en un país extenso la descentralización puede ser de gran utilidad. Trátase, pues, de una cuestión contingente (1327) . Elegido el sistema a utilizar, cualquier deficiencia de la centralización o de la descentralización puede ser superada o atenuada a través de la acción de las escuelas de capacitación de funcionarios y empleados, a las que cada vez debe dedicárseles mayor atención.

219. Si bien la "*descentralización*" tiene mayor número de adeptos que la centralización, hay acuerdo en que ella debe sujetarse a ciertos límites.

Aunque, teóricamente, no es posible señalar un límite entre las funciones que deban mantenerse centralizadas y las que es conveniente descentralizar (1328) , la doctrina señala los límites fundamentales a que debe sujetarse la descentralización. Tales límites son esencialmente:

1) La descentralización total no es posible. Ella conduciría al despedazamiento del país, comprometiendo la unidad nacional. Si bien la unidad política del país no está en juego aquí, cabe advertir que junto a ella existe una unidad administrativa, una unidad económica y social, que son también de gran valor. El principio de la descentralización debe ser necesariamente limitado, con el objeto de mantener el equilibrio entre las libertades locales y la unidad nacional (1329) .

2) La descentralización jamás debe dar como resultado la plena y entera libertad de los órganos descentralizados. A su respecto debe existir un control más o menos amplio del poder central (1330) . Esto se explica, porque si así no fuere se trataría de una verdadera independencia y no de una simple descentralización.

CAPÍTULO VII - EL CONTROL O LA FISCALIZACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (CONTROLES INTERNOS)

SECCIÓN 1ª - PRINCIPIOS GENERALES

SUMARIO: 220. Consideración general. Objeto del control o de la fiscalización en la Administración Pública. Control de "legalidad" y control contable o financiero. - 221. Modalidad y alcance del control o de la fiscalización en la Administración. Medios de

ejercicio del poder fiscalizador. - 222. Soporte, positivo o racional, de los medios jurídicos de control o de fiscalización. - 223. Los "*recursos*" en el procedimiento administrativo no requieren ser establecidos por ley formal. El decreto y el reglamento. Recursos implícitos. - 224. Los "*recursos*" que instituyen las normas sobre trámite o procedimiento administrativo no se dan precisamente a favor de la Administración Pública, sino principalmente a favor de los administrados. - 225. El ejercicio del poder de control o de fiscalización no requiere subordinación del órgano controlado al órgano controlante. Control de un órgano jerárquicamente inferior a un órgano superior. Control entre órganos de igual rango. - 226. Clasificación del control o de la fiscalización en la Administración.

220. En toda *organización administrativa* debe existir un sistema de control o de medios de fiscalización de la actividad de la Administración Pública y de la de quienes tratan con ella. Con dicho sistema de controles o de fiscalización se tiende a constituir un conjunto de garantías de legitimidad y de oportunidad en la actividad administrativa, a la vez que a lograr la eficiencia y la moralidad dentro de la Administración (1331) .

En el presente capítulo me referiré exclusivamente al control de "*legalidad*" (legitimidad y oportunidad, mérito o conveniencia), que constituye un control *jurídico stricto sensu*, diferenciándose así del control *contable* o *financiero*, que -aunque también es substancialmente jurídico- tiene sus modalidades particulares o propias.

221. El control o la fiscalización en la Administración puede tener lugar de "*oficio*" o "*a petición de parte*", y puede referirse a actos, a comportamientos o a personas (funcionarios, empleados o administrados). Véase el nº 22. Para el cumplimiento de cada uno de estos objetivos se requerirá el ejercicio del correspondiente medio de control o de fiscalización.

De modo que el ejercicio de la fiscalización que realiza el Poder Ejecutivo respecto a los órganos de la Administración Pública, o respecto a los administrados, no sólo puede ponerse en marcha y hacerse efectivo mediante "*recurso*", sino también por otros medios.

222. Las vías o medios jurídicos para hacer efectivo el control o la fiscalización en la Administración, a veces están contemplados expresamente por una norma; es lo que ocurría, por ejemplo, con el recurso jerárquico, que hallase regulado en varios decretos. En otros casos tales vías o medios surgen en forma implícita de algún precepto esencial, generalmente de tipo constitucional; verbigracia, el mero recurso de *apelación jerárquica*, que procede aunque ninguna norma ordinaria le regule, pues tal recurso se impone como consecuencia de una norma constitucional. En otras ocasiones esos medios de control o de fiscalización constituyen preceptos virtuales reconocidos así por la doctrina; es lo que ocurre, por ejemplo, con el poder de "*vigilancia*", atributo de la "jerarquía".

Al referirme a cada uno de los medios de control o de fiscalización, haré referencia concreta a su respectivo soporte positivo o racional.

223. En el orden "*administrativo*" los recursos no requieren ley formal que les sirva de base, pues, importando ellos una manifestación de la "*organización administrativa*", a la vez que una autolimitación o regulación de sus propias potestades por parte del Poder

Ejecutivo, va de suyo que la facultad para instituirlos le corresponde privativamente a dicho poder, quien al efecto se vale del instrumento jurídico con que expresa su voluntad: el "*decreto*" o el "*reglamento*". Por esa razón, con acertado criterio, el recurso jerárquico, que fue el primer recurso administrativo que se reguló orgánicamente en nuestro orden nacional, tiene como base positiva un "*decreto*" del Poder Ejecutivo (1332) . Desde luego, trátase de "recursos" que se ejercitan dentro de la Administración Pública y para fines *exclusivamente* "administrativos".

Al instituir dichos "recursos", que en lo pertinente regulan el procedimiento administrativo, el Poder Ejecutivo ejercita facultades constitucionales propias integrantes de la "*zona de reserva de la Administración*".

Una vez emitidos, los decretos o reglamentos que instituyan "recursos" administrativos, son obligatorios para la propia Administración Pública, pues, al integrar ellos el bloque de la legalidad, constituyen un límite a la actividad jurídica de la Administración (ver nº 9, texto y nota 83).

Aparte de lo anterior, es de advertir que algunos recursos administrativos ni siquiera requieren como base al decreto o al reglamento, pues hay recursos que existen como virtuales corolarios de preceptos constitucionales.

224. Dentro de los medios de control o fiscalización en la Administración Pública están los llamados "recursos", según quedó dicho.

Los "recursos" instituidos por las normas de procedimiento o trámite administrativo -normas que integran el bloque de la legalidad y obligan a la Administración, limitando su actividad jurídica-, no se dan a favor de la Administración Pública para que ésta impugne o controvierta ante sí misma el efecto de sus propios actos. Dichos "recursos", con sus plazos y demás formalidades, se dan principalmente a favor de los administrados. Lo contrario implicaría un absurdo. Son los "*administrados*", en su carácter de titulares de derechos subjetivos, o de intereses legítimos, quienes hállanse habilitados para ejercitar los recursos en el procedimiento o trámite administrativo (1333) .

Para enervar sus propios actos en *sede administrativa*, actuando por sí y ante sí, la Administración Pública no ha menester de los "recursos" establecidos por las normas de procedimiento o trámite administrativo, sino del instituto "*revocación*", que no debe confundirse con el "recurso" de revocatoria, reposición o reconsideración. Desde luego, el ejercicio del instituto "*revocación*" tiene *limitaciones* jurídicas que deben ser respetadas y observadas, bajo pena de efectuar una revocación ilegítima (1334) .

Del mismo modo que las garantías y derechos consagrados por la Constitución no se han establecido en favor de la Administración Pública, sino principalmente en beneficio de los administrados, así también los beneficios de la autolimitación de potestades realizada por el Poder Ejecutivo a través de las normas que instituyen y regulan "*recursos*" en el procedimiento o trámite administrativo, resultan establecidos principalmente en favor de

los administrados y no precisamente en favor de la propia Administración. Todo esto constituye un corolario lógico del Estado de Derecho (1335) .

225. Si bien el poder de control o de fiscalización en la Administración Pública es inherente al "poder jerárquico", es de advertir que "control" no es lo mismo que "jerarquía", de donde resulta que puede haber control o fiscalización a cargo de un órgano jerárquicamente inferior con relación a uno superior. Es lo que ocurría, por ejemplo, con la Contaduría General de la Nación y el Tribunal de Cuentas de la Nación respecto al órgano "*presidencial*" (1336) , cuya jerarquía preeminente dentro de la Administración surge de la propia Constitución Nacional (artículo 86 , inciso 1º (1337)) Aun en el supuesto de que, a los efectos del control o de la fiscalización de la Administración, el Tribunal de Cuentas y la Contaduría General no sean "*subordinados*" del Presidente de la República, es indiscutible que jerárquicamente aquéllos son de menor rango que éste, por cuanto dentro de la Administración nada hay superior al órgano presidencial. No obsta a esto la circunstancia de que el control externo de la gestión administrativa del Tribunal de Cuentas lo ejerciera un funcionario designado por el presidente del Senado (decreto-ley nº 23354/46, artículo 89) (1338) .

De manera que la procedencia del control o de la fiscalización en la Administración no requiere necesariamente subordinación del órgano controlado al órgano controlante. El ejemplo de la Contaduría General de la Nación y del Tribunal de Cuentas de la Nación así lo demostraba, pues el Presidente de la República no es un subordinado de tales organismos.

El control o fiscalización de referencia puede también existir entre órganos de *igual* rango jerárquico (1339) : como lo advierte Giannini, en el Estado moderno, la suprema autoridad, o sea los órganos constitucionales, que por definición se hallan en un pie de igualdad, se encuentran bajo control recíproco entre ellos (1340) , situación que debe tenerse presente a título de "*principio*".

226. El control o la fiscalización que se realice en la Administración puede clasificarse desde tres puntos de vista fundamentales:

- a) En cuanto al "*momento o tiempo*" en que el mismo se realiza con relación al acto o comportamiento respectivos. En ese orden de ideas, el control o fiscalización puede ser anterior o posterior a la emisión del acto o realización del comportamiento, pudiendo revestir, asimismo, carácter preventivo o represivo; este último puede ser, a su vez, sustitutivo. Vinculados a este punto de vista corresponde mencionar la "autorización", la "aprobación", el "visto bueno", la "suspensión" y la "intervención".
- b) En cuanto a la "*iniciativa*" para llevar a cabo el control o fiscalización. En tal sentido éstos pueden ser de "oficio" o a "petición e instancia de parte interesada". Aparecen así la llamada "vigilancia" y los "recursos".
- c) En cuanto al "*objeto*" que se pretenda lograr con el control o fiscalización, éstos pueden ser de "legitimidad" o de "oportunidad", según que tiendan a impedir o reprimir la violación

de normas legales -jurídicas o no jurídicas, es decir internas o externas- o de conveniencia o mérito (1341) .

SECCIÓN 2ª - DE LOS MEDIOS DE CONTROL O FISCALIZACIÓN EN PARTICULAR

Parte Primera

SUMARIO: 227. Control preventivo y control represivo. Concepto. Casos que respectivamente comprenden. - 228. La "*vigilancia*". Es un "*derecho-deber*". Manifestaciones prácticas de su ejercicio. Procede incluso respecto a ciertos organismos con personalidad. Naturaleza de la "*vigilancia*" como tipo de control. Límites del control por "*vigilancia*". - 229. La "*autorización*". Noción conceptual. Efectos jurídicos. Ámbito de vigencia. Alcance de la decisión del órgano de control: carácter declarativo; el órgano controlado. - La autoridad controlante no procede de "*oficio*". No hay aquí acto "*complejo*": consecuencias. Fundamento jurídico positivo de la autorización. Deber de expedirse de parte del órgano de control. Revocación del acto de "*autorización*" y del acto autorizado. Responsabilidad del órgano controlante y del órgano controlado. 230. La "*aprobación*". Noción conceptual. Su autonomía respecto a la autorización. Indebido uso de otros vocablos para referirse a la aprobación. Comprende la legitimidad y la oportunidad. Ámbito de aplicación. Puede referirse a actos de órganos administrativos o de personas particulares. Es meramente declarativa. No se otorga de oficio. No constituye un acto complejo: consecuencias. Fundamento jurídico positivo de la aprobación. Efectos que derivan de ella. Alcance de la decisión del órgano de control. Deber de expedirse de este último. Revocación del acto de "*aprobación*" y del acto aprobado: distintos supuestos. Responsabilidad del órgano controlado y del órgano controlante. - 231. El "*visto-bueno*". Noción conceptual. Su diferencia con la "*aprobación*". Principios que le son aplicables. - 232. La "*suspensión*" del acto administrativo. Noción conceptual. Su naturaleza como especie de control. Advertencia respecto a la acción de amparo y a las medidas de no innovar. Procede excepcionalmente: casos en que procede; criterios al respecto. Lo atinente a los límites de la suspensión. Efectos *ex nunc*. Suspensión a favor del Estado y a favor de los administrados. - 233. La "*intervención*" al órgano. Su naturaleza como tipo de control. Su procedencia no requiere norma expresa. Cuándo procede la intervención. Cómo se dispone la intervención. Organos susceptibles de ser intervenidos.

227. El control administrativo puede responder a dos tipos esenciales: el preventivo y el represivo, según que se realice antes de que el acto se forme o adquiera eficacia, o después que haya adquirido eficacia, respectivamente. Pero dichos tipos de control, además de referirse a "*actos*", pueden referirse también a "*comportamientos*", según se verá en los párrafos siguientes.

El control preventivo puede, a su vez, responder a dos sub-tipos: *a priori* y *a posteriori*, según que tenga lugar antes de que el acto tome nacimiento (*a priori*) o después de su formación pero antes de su ejecución o eficacia (*a posteriori*).

El control represivo -posterior al acto y a su eficacia- en algunos casos puede ser, además, "sustitutivo", lo que ocurrirá cuando a raíz del acto de control se produce un reemplazo del funcionario que se desempeña como titular en el órgano respectivo. Esto suele ocurrir en la mayoría de los supuestos de "intervención", cuando el interventor reemplaza al titular del órgano intervenido.

El control preventivo se expresa a través de diversos actos: autorización, aprobación, visto bueno, que respectivamente contemplan distintos aspectos relacionados con el acto administrativo.

La "vigilancia", según los casos, deberá ser considerada como control preventivo, *a priori* o *a posteriori*, o como control represivo. Véase el n° 228.

La intervención es un típico supuesto de control represivo que, incluso, puede ser sustitutivo.

228. Como consecuencia del "*poder jerárquico*" o "*poder de mando*", el superior puede -y debe- controlar o fiscalizar los actos y el comportamiento del inferior, a través del derecho de "*vigilancia*", derecho que es, al propio tiempo, un "*deber*" funcional del superior.

El derecho de "*vigilancia*" del superior respecto al inferior es unánimemente reconocido por la doctrina, como obvio corolario del poder jerárquico o de mando (1342) .

Ese "*derecho-deber*" de vigilancia puede ejercerse por el superior jerárquico de "*oficio*" o a "*sugerencia*" de parte interesada.

Una forma práctica de ejercitar el poder de vigilancia es recurriendo a la "*avocación*", en los términos expuestos en el n° 190 (1343) . Otra forma práctica de hacer efectiva dicha vigilancia es recurriendo a la "*intervención*", medida ésta que, por su gravedad, requiere la concurrencia de circunstancias manifiestamente graves y anormales en el funcionamiento "*general*" del órgano (1344) . Asimismo, puede considerarse como expresión del control ejercido mediante "*vigilancia*", el control de legitimidad que, por mandato legal, realizaba el Tribunal de Cuentas de la Nación respecto a todos los actos administrativos (decreto-ley de contabilidad n° 23354/56, artículo 85, inciso a). Este último sería un caso de control que algunos llaman "*obligatorio*", en el cual "el procedimiento se desenvuelve necesariamente en el momento oportuno, en cumplimiento de las normas legales aplicables" (1345) .

Dada la modalidad "*actual*" del derecho argentino, la "*vigilancia*" no sólo puede ejercitarse por el superior respecto a órganos inferiores carentes de personalidad (Administración centralizada), sino también respecto a entidades autárquicas institucionales creadas por el Poder Ejecutivo, mediante decreto, en ejercicio de facultades constitucionales propias integrantes de la "zona de reserva de la Administración". Como quedó expresado en otro lugar de esta obra (n° 119), en la actualidad de nuestro derecho el Poder Ejecutivo conserva sobre tales entidades autárquicas sus derechos de *superior jerárquico*. Esto resulta tanto más aceptable si se tiene en cuenta que el ejercicio del poder de control no exige subordinación de parte del órgano controlado al órgano controlante (ver n° 225).

Como generalmente la "*vigilancia*" hace sentir sus efectos después que el inferior emitió el acto respectivo, o después que éste observó determinado comportamiento, dicho medio de control o de fiscalización debe ser considerado, principalmente, como control "*a posteriori*", y según cómo se le haga efectivo (por ejemplo, "*avocación*" o "*intervención*"), podrá ser preventivo o represivo-sustitutivo. Excepcionalmente, la "*vigilancia*" podrá constituir una forma de control preventivo *a priori*; verbigracia, cuando el órgano superior deba adoptar una actitud debido a la negligencia o inactividad con que se maneja el órgano inferior.

Finalmente, corresponde advertir que el derecho de "*vigilancia*" no es ilimitado. Tiene límites (1346) . Así, por ejemplo, si se ejerce con relación a "*actos*", éstos no podrán ser extinguidos o modificados, en sede administrativa, si reúnen los requisitos que la doctrina y la jurisprudencia le atribuyen a la "*cosa juzgada administrativa*" (1347) ; si se ejerce con relación a "*personas*" -por ejemplo, funcionarios o empleados-, si bien éstos tienen el "*deber de obediencia*", tal obligación tiene sus limitaciones jurídicas, de las que, en términos generales, me ocupé precedentemente (nº 201).

229. La "*autorización*" es el acto administrativo en cuya virtud un organismo administrativo, o una persona particular, pueden quedar facultados: a) para emitir un acto jurídico; b) para desplegar cierta actividad o comportamiento. Trátase de un medio de control preventivo *a priori*, vale decir, de un control que debe producirse antes de que el acto pertinente sea emitido por el órgano o persona controlados, o antes de que el "*comportamiento*" sea realizado: una vez otorgada la *autorización* por el órgano controlante, el acto puede emitirse o el comportamiento realizarse válidamente. La autorización actúa, entonces, como requisito para la "*validez*" del acto en cuestión. Tal es su principal efecto jurídico (1348) . Si dicho acto se dictare sin contar con la *autorización*, trataríase de un acto inválido por ilegítimo. Del mismo modo, si el comportamiento o actividad se llevasen a cabo sin contar con esa previa *autorización*, el comportamiento o actividad serían ilícitos, con todas sus consecuencias. Mediante la autorización, la voluntad del órgano o persona controlados queda integrada con la voluntad del órgano controlante (1349) .

Si bien algunos autores sólo refieren la "*autorización*" al control por razones de *mérito o conveniencia* (1350) , lo cierto es que dicho control también puede extenderse a razones de *legitimidad* (1351) , ya que para esto el órgano controlante tiene virtual competencia.

Como acto de control, la "*autorización*" tanto puede tener vigencia en la administración centralizada, es decir, dentro de la *jerarquía* como en la administración descentralizada orgánicamente, o sea dentro del *control administrativo stricto sensu* (1352) . Pero la "*autorización*" funciona, además, en las llamadas *licencias de policía*, por ejemplo, permisos para portar armas, para venta de bebidas alcohólicas, para actuar como vendedor ambulante, etcétera (1353) . Del mismo modo, la "*autorización*" administrativa es requerida para ejercer ciertas actividades que resultan de interés público (actividad farmacéutica, bancaria, aseguradora, etc.) (1354) . Vale decir, la "*autorización*" no sólo puede referirse a

la actuación de organismos o entes públicos, sino también a la de personas particulares: en ambos casos se tratará de un acto de control realizado por la Administración (1355) .

La "*autorización*", una vez otorgada, no le atribuye un *nuevo* poder o derecho al ente o persona respectivo: sólo le atribuye la facultad de ejercitar un poder o un derecho ya existente (1356) . La autorización sólo implica la remoción de un obstáculo legal para el ejercicio de un poder o derecho *preexistente*: no produce, pues, un cambio en el contenido del *status* jurídico de la persona o ente controlado. Por tal razón, en ese sentido, la "*autorización*" sólo tiene carácter "*declarativo*", y no "*constitutivo*" (1357) . No obstante, algunos tratadistas consideran que la autorización tiene carácter "*constitutivo*" y no "*declarativo*", porque, sin ella, el órgano o persona no puede *ejercitar* su derecho (1358) ; incluso se ha dicho que desde el punto de vista práctico no hay diferencia entre la "*concesión*", que le "*crea*" un derecho al individuo, y la "*autorización*", porque tanto vale no poder usar de la cosa propia sin permiso de la autoridad, como no poder usar de la cosa ajena sin consentimiento del dueño (1359) . Estos argumentos, que tienden a sostener el carácter "*constitutivo*" de la autorización, no los juzgo valederos ni aceptables; en primer lugar, porque el concepto jurídico de acto "*constitutivo*" y de acto "*declarativo*" se vincula a la circunstancia de que modifiquen o no el "*contenido*" del *status* jurídico del respectivo sujeto, siendo de advertir que en el supuesto de la autorización el "*contenido*" de ese *status* jurídico no sufre alteración alguna; en segundo lugar, porque es muy distinto pretender utilizar una cosa propia, cumplidos ciertos recaudos, que pretender utilizar una cosa ajena: en el primer caso, satisfechos esos recaudos, el derecho a usar la cosa propia es indiscutible, mientras que la posibilidad de utilizar la cosa ajena depende exclusivamente de la voluntad del dueño de la misma. Insisto, entonces, en que la "*autorización*" tiene carácter meramente "*declarativo*" y no "*constitutivo*".

La autorización no se otorga de "*oficio*" por el órgano controlante: debe ser "*requerida*" por el órgano o persona controlados (1360) . Se produce, así, una integración de voluntades: del órgano controlante y del órgano o persona controlados. Pero no obstante esa coexistencia de voluntades, la autorización no constituye un acto "*complejo*": trátase de dos actos distintos, el que se autoriza y el acto por el que se da la autorización (1361) . Esto último tiene consecuencias fundamentales: en primer lugar, si la decisión de contralor es un acto y la decisión del ente controlado es otro acto distinto, el órgano del cual emanó éste puede revocarlo o decidir no realizar lo que en un principio se había propuesto, sin que en la hipótesis tenga influencia alguna el acto emitido por la autoridad controlante (1362) ; en segundo lugar, tratándose de dos actos distintos, los efectos de la "*autorización*", indispensable para la emisión correcta o válida del acto, comienzan *desde* que tal autorización es otorgada; del mismo modo, los efectos del acto para cuya emisión se pidió autorización, se producirán a partir de la fecha en que dicho acto sea emitido, lo que lógicamente sucederá en fecha posterior a la de la autorización, ya que ésta es "*previa*" a dicha emisión y funciona como requisito de la "*validez*" del acto motivo de la autorización. En síntesis: ésta produce efectos *ex nunc*.

La necesidad de la "*autorización*", como requisito para la emisión válida de un acto, debe surgir de la norma que regule la competencia del respectivo órgano, o de la norma que

contenga la respectiva adjudicación o imputación de funciones, o del juego lógico y armónico de las normas y principios atinentes al ejercicio de la actividad de que se trate. En los casos de duda, el alcance preciso del principio que dejo expuesto podrá desentrañarse recordando el fundamento histórico jurídico que se le atribuye a la "*autorización*". Esta da un poder o un órgano que, en principio, tiene o ha tenido competencia o potestad para decidir *directa y exclusivamente* en ese acto, ya sea para ordenarlo, ya para realizarlo (1363) .

El alcance de la decisión que dicte el órgano de control difiere según cuál sea la naturaleza del órgano controlado. Así, si éste fuere una entidad autárquica debidamente creada por el Poder Legislativo en ejercicio de potestades constitucionales propias (verbigracia, bancos oficiales, universidades nacionales, etc.), la decisión del órgano controlante debe limitarse a conceder o negar la autorización, no pudiendo "reformular" el acto porque esto, implicando una restricción mayor a la libertad del ente, requeriría una norma expresa que lo permita (1364) . Pero si se tratare de órganos sujetos al poder de mando o jerárquico del superior, la decisión de éste no sólo podría tener por alcance conceder o negar la autorización solicitada, sino que también podría contener una reforma o modificación del acto. Esto no sería otra cosa que uno de los efectos normales del ejercicio del poder jerárquico. En este caso hallaríanse comprendidos los órganos de la Administración centralizada, los de la Administración descentralizada burocráticamente y las entidades autárquicas creadas por el Poder Ejecutivo, por decreto, en ejercicio de propias facultades constitucionales integrantes de la zona de "*reserva de la Administración*".

Va de suyo que ante el pedido de "*autorización*" para emitir un acto, formulado por el órgano controlado, el órgano superior o de control *debe* expedirse sin demora. Lo contrario implicaría, de parte del órgano de control, una violación de sus deberes funcionales, que incluso puede generarle responsabilidad.

¿Puede dejarse sin efecto, o revocarse, el acto cuya emisión fue objeto de "*autorización*"?
¿Puede revocarse el acto mismo de "*autorización*"?

Como lógica consecuencia de que la "*autorización*" no traduce un acto "*complejo*", el acto para cuya emisión se pidió "*autorización*" es independiente de ésta, que sólo implica un *exequatur* dado al pedido del ente controlado. De ahí deriva que la autorización dada no obliga al órgano controlado a emitir el acto correspondiente. La autorización no tiene efecto obligatorio para dicho órgano (1365) . Por lo tanto, el órgano controlado es libre de llevar o no a cabo el acto para el que pidió autorización. La decisión del ente controlado, de no realizar el acto para el que fue autorizado, fue considerada como una "*revocación*" de su primitiva resolución (1366) . En síntesis: el acto cuya emisión se "*autorizó*" puede dejarse sin efecto por cualquiera de los medios que el derecho acepte; por ejemplo, no emitiéndosele, o extinguiéndosele por cualquier medio jurídico que en la especie sea procedente, incluso mediante revocación expresa o implícita.

¿Es revocable el acto mismo por el cual se confiere la "*autorización*"? En otras palabras ¿es revocable el acto de "*autorización*"? Es indispensable distinguir la "*autorización*" que, en la Administración Pública, se dicte como medida de control por el órgano controlante

respecto al órgano controlado, de la autorización que sólo implica un permiso de policía otorgado a un particular en beneficio exclusivo del mismo (verbigracia, permiso para portar armas, para actuar como vendedor ambulante, para expender bebidas alcohólicas, etc.). Resulta evidente que este último tipo de autorizaciones es revocable cuando el interés público así lo requiere (revocación por razones de "oportunidad", mérito o conveniencia, que entonces se regirá por los principios generales sobre revocación). Quizá sea a estos supuestos de autorizaciones a los que, sin hacer distinción alguna, se han referido Presutti y Sayagués Laso, cuando dicen que las autorizaciones pueden ser revocadas si el interés público lo exige (1367). La revocación de este tipo de "*autorizaciones*" procede porque el *contenido* de la autorización no lo otorga la Administración, pues se trata de un derecho que la persona autorizada ya posee: la autorización sólo confiere la facultad de "*ejercer*" ese derecho preexistente. La revocación se refiere, entonces, a la posibilidad de ese *ejercicio*. Pero otra cosa distinta ocurre con la "*autorización*" que un órgano de la Administración le otorgue a otro órgano de la Administración como acto de control, y donde sólo está en juego el interés público. En este último supuesto, el acto mismo que contenga la "*autorización*" es "*irrevocable*", por dos razones: a) porque su efecto es *instantáneo*: le otorga validez al acto que en su mérito emita el órgano controlado. Emitido este último, la misión o finalidad del acto de "*autorización*" habrá concluido definitiva y totalmente. La discordancia futura con el interés público no puede entonces producirse respecto del acto de "*autorización*" -que ya habrá cumplido totalmente su objeto-, sino respecto del acto que en su mérito emita el órgano controlado. *Los actos de efectos instantáneos son irrevocables* (1368). Si el interés público lo exige, lo revocable o extingible no será, entonces, el acto de "*autorización*", sino el que se dictare como consecuencia del mismo, sin perjuicio de tenerse presentes las reglas de derecho aplicables en materia de revocación; b) porque el órgano de control, al dar la "*autorización*" solicitada por el órgano controlado, agota -en lo pertinente- su competencia. Si a falta de solicitud del órgano controlado, el órgano de control no puede ejercitar de oficio su competencia otorgando una autorización que no se le pidió, con mayor razón, agotado el objeto de la petición, no podrá revocar la autorización acordada. El ciclo del ejercicio activo de la competencia del órgano de control se abre con el *pedido* del órgano controlado, y se cierra con la *respuesta* a dicho pedido (1369).

Finalmente, corresponde hacer referencia a la "*responsabilidad*" en materia de la "*autorización*" que se otorgue por el órgano controlante al órgano controlado. ¿A quién le corresponde la responsabilidad por el acto que se autorice? ¿Al órgano controlado o al órgano controlante? Por *principio*, tal responsabilidad le corresponde exclusivamente al órgano controlado, porque la "*autorización*", como acto de control, se limita a remover un obstáculo legal, sin agregar algo al acto que solicita emitir el órgano controlado (1370). Claro está que lo expuesto actúa en forma distinta según que el órgano controlado sea o no una repartición descentralizada autárquicamente: en el primer caso responderá directamente la entidad autárquica, sin perjuicio de lo dicho oportunamente para el supuesto de insuficiencia del activo de ésta (ver nº 128); en el segundo caso la responsabilidad es del órgano controlante (*Estado, lato sensu*), por cuanto el órgano controlado carece de personalidad. Por *excepción*, el órgano "controlante" también será responsable por las consecuencias del acto que autoriza: 1) cuando entre dicho órgano y el órgano controlado haya connivencia dolosa (el dolo justifica una excepción a las reglas generales); 2) cuando

el acto viola la ley y, no obstante, es autorizado; esa violación legal afecta al acto y responsabiliza a los dos órganos o autoridades que lo han generado o integrado, en cuyo supuesto cada una de las dos decisiones es ilícita (1371) .

230. La "*aprobación*" es el acto administrativo que acepta como bueno un acto de otro órgano administrativo, o de una persona particular, otorgándole así *eficacia jurídica* (1372) .

La "*aprobación*" se diferencia en forma neta de la "*autorización*" (1373) . Si bien tienen en común que ambas son formas en que halla expresión el control *preventivo*, aun dentro de éste se distinguen o diferencian porque una de ellas, la autorización, se produce *a priori*, vale decir, antes de la emanación del respectivo acto y la otra, la aprobación, "*a posteriori*", o sea después de la emanación del acto en cuestión, pero antes de que el mismo adquiera eficacia. No es posible, entonces, equiparar o identificar "autorización" con "aprobación". Trátase, en suma, de dos actos autónomos entre sí, aunque pertenezcan al control preventivo. La autorización le confiere "*validez*" al acto que se emita en mérito a ella, en tanto que la aprobación sólo le confiere "*eficacia*" al acto aprobado, el cual, de por sí, ya era válido (1374) .

No siempre el término "aprobación" es usado con rigurosa propiedad. En ocasiones es reemplazado por otros que, si bien denotan una idea parecida, no constituyen los términos precisos a utilizar. Así, suele hablarse de "ratificación" o de "homologación" (1375) , por ejemplo, lo que no es acertado, pues estos términos tienen su significado técnico específico. Pero aun así, todo consistirá en desentrañar los hechos y antecedentes del caso para aplicarles la denominación que corresponda de acuerdo a su naturaleza y a los postulados de la ciencia. Trataríase de una aplicación de la teoría de la "calificación jurídica", tan rica en consecuencias.

Como acto de control, la *aprobación* no sólo se refiere a la "legitimidad", sino también al "mérito", "oportunidad" o "conveniencia" del acto en cuestión (1376) . Procede tanto en el control de "vigilancia" como en el control de "tutela" (1377) ; vale decir, tanto puede tener vigencia en la administración centralizada, o sea dentro de la *jerarquía*, como en la administración descentralizada orgánicamente, o sea dentro del *control administrativo stricto sensu* (1378) ; aparte de ello, la aprobación funciona incluso con relación a actos de particulares (verbigracia, concesionarios de servicios públicos), según lo expresaré en seguida: en todos esos casos se tratará de un control realizado por la Administración.

El acto controlado mediante la *aprobación*, si bien por principio es un acto administrativo, vale decir procedente de un órgano de la Administración Pública, nada impide que se trate de un acto procedente de un particular o administrado; ejemplo de esto último: aprobación administrativa de tarifas propuestas por concesionarios de servicios públicos (1379) .

Como acto administrativo, la "aprobación" es meramente "declarativa"; no es, pues, "constitutiva" (1380) . Concurren aquí las mismas razones dadas para sostener el carácter declarativo de la *autorización* (1381) .

La "aprobación" no se otorga de "*oficio*" por el órgano controlante: debe ser "*requerida*" por el órgano o personas controlados (1382) . Tal como ocurre en materia de "autorizaciones", también aquí se produce una integración de voluntades: del órgano controlante y del órgano o personas controlados. Pero a pesar de esta coexistencia de voluntades, tampoco la "aprobación" constituye un acto "*complejo*": trátase de dos actos distintos, el que se aprueba y el acto por el cual se da la aprobación (1383) . El acto que se aprueba es, de por sí, un acto válido, desde que ha nacido conforme a los requisitos exigidos por la ley; el acto que da la aprobación sólo le otorga "*eficacia*" a ese acto válido anterior. Trátase, pues, de *dos actos sucesivos diferentes*. No obstante, también hay destacados expositores que sustentan la tesis contraria, o sea que la aprobación constituye un *acto complejo*, donde la voluntad del órgano controlante se funde con la del órgano controlado (1384) . Comparto la tesis generalmente sustentada en esta cuestión: "el acto aprobado y el acto de aprobación son dos actos jurídicos sucesivos diferentes, en los que la voluntad de los dos órganos que los realizan no coinciden en cuanto al objeto y fin de sus respectivos actos, puesto que mientras el objeto y fin del acto aprobado es el que se manifiesta en su contenido, el objeto y fin del acto aprobatorio tiende normalmente a mantener la regularidad en el funcionamiento de la Administración y a preservar intereses más amplios que los que afecta en forma directa el acto aprobado" (1385) . Ranelletti expresa que la aprobación, por ser acto de control, y precisamente por ser tal, no se funde con el acto controlado que es ya de por sí un acto perfecto; la aprobación, agrega, no constituye un elemento de la perfección del acto aprobado, al que sólo le otorga eficacia o ejecutoriedad (1386) . La aprobación, pues, no constituye un acto complejo. Esto tiene repercusiones prácticas de importancia: a) en primer lugar, tratándose de actos distintos, la extinción del acto aprobado podrá realizarla la autoridad que lo emitió, sea valiéndose de la revocación o de otro medio extintivo, sin más obligación que el respeto debido a las reglas correspondientes, pero sin que para ello sea óbice alguno el acto de aprobación; b) en segundo lugar, siendo válido desde su origen el acto aprobado, y desde que el acto de aprobación sólo incide en la ejecutoriedad de aquél, la aprobación surte efectos retroactivos, *ex tunc*, a la fecha del acto aprobado.

Tal como lo expresé al referirme a la "*autorización*", la necesidad de la "*aprobación*", como requisito para la eficacia o ejecutoriedad del acto del ente o persona controlados, debe surgir de la norma que regule la competencia del respectivo órgano o ente, o de la norma que contenga la respectiva adjudicación o imputación de funciones, o del juego lógico y armónico de las normas y principios atinentes al ejercicio de la actividad de que se trate. Como expresión de control preventivo, la "aprobación" tiene carácter "*excepcional*", porque implica una limitación al principio de la ejecutoriedad de los actos administrativos (1387) .

¿Cuáles son los "*efectos*" que se derivan del acto de "*aprobación*"? ¿Desde cuándo se producen tales efectos? El efecto esencial del acto de aprobación es otorgarle "*eficacia*" (ejecutoriedad) al acto aprobado. Sobre este punto hay uniformidad en doctrina (1388) . ¿Pero desde cuándo se computan tales efectos? Aquí hay una disensión. Los que consideran que la "*aprobación*" tiene carácter "*constitutivo*" (1389) , o que implica un acto "*complejo*" (1390) , estiman que tales efectos recién se producen *desde* que tiene lugar la aprobación, o

sea *ex nunc*, para el futuro. En cambio, los que afirman que la "aprobación" no es un acto complejo, sino un acto distinto del acto aprobado, y que su carácter es meramente "*declarativo*", sostienen que sus efectos se producen *retroactivamente* a la fecha del acto aprobado, es decir *ex tunc*, desde el pasado (1391) . Comparto en un todo esta última posición, ya que considero que el acto de "*aprobación*" sólo es *declarativo* y que, además, es un acto simple y no un acto complejo.

¿Cuáles son los alcances de la decisión que dicte la autoridad controlante en esta materia? ¿Debe limitarse a la "*aprobación*" del acto, tal como éste fue emitido por el órgano o ente controlado, o puede modificarle o reformarle? Al respecto son aplicables las consideraciones que he formulado al referirme a la "*autorización*" (véase el nº 229). Sólo cabría agregar que, salvo que se tratare de control respecto a órganos sujetos al poder de mando o jerárquico del superior, aun la "*aprobación condicional*", que es la que realiza la autoridad de control cuando aprueba un acto a condición de que el ente lo modifique en un sentido determinado, es inadmisibles, porque quien debe señalar el "contenido" del acto sujeto a aprobación es el órgano controlado y no el órgano de control (1392) ; este último debe otorgar o denegar la aprobación del acto, tal como fue propuesto, sin introducirle modificación alguna; pero insisto en que esta interpretación sólo rige para los entes descentralizados orgánicamente, creados por el Poder Legislativo en ejercicio de potestades constitucionales propias (por ejemplo, bancos oficiales, universidades nacionales, etc.); no rige, pues, para la Administración centralizada, para la Administración descentralizada burocráticamente, ni para las entidades autárquicas creadas por el Poder Ejecutivo por decreto, en ejercicio de propias facultades constitucionales integrantes de la zona de "reserva de la Administración", ya que todos éstos hallan sujetos al poder de mando o jerárquico del superior.

Va de suyo que ante el pedido de "*aprobación*" de un acto, formulado por el órgano o ente controlado, el órgano superior o de control "*debe*" expedirse sin demora. Lo contrario implicaría, de parte del órgano de control, una violación de sus deberes funcionales, que incluso puede generarle responsabilidad. Acaece aquí lo mismo que en el supuesto de un pedido de "*autorización*".

¿Puede dejarse sin efecto, o revocarse, el acto para el cual se pidió "*aprobación*", pero antes de que éste se produzca? ¿Puede revocarse el acto que fue objeto de "*aprobación*"? ¿Puede revocarse el acto mismo de "*aprobación*"?

Como ya quedó expuesto, la "*aprobación*" no constituye un acto "*complejo*", ni se funde con el acto aprobado: como expresión jurídica, cada uno de esos actos es independiente y distinto del otro. Por lo demás, es de "*principio*" que la aprobación del acto por la autoridad de control no tiene efectos obligatorios para el órgano o ente controlado (1393) . De lo expuesto dedúcese que el órgano o ente controlado no tiene obligación de llevar a cabo el acto que fue objeto de la aprobación, es decir, puede desistir del mismo. Si esto es así respecto al acto que fue objeto de la aprobación, con mayor razón aún será procedente respecto al acto que todavía no fue aprobado. Tal desistimiento o decisión de no llevar a la práctica el acto para el cual se pidió o se obtuvo la "*aprobación*", a veces puede implicar,

de parte del órgano o ente controlado, una "*revocación*" -expresa o implícita- de dicho acto, revocación cuya procedencia se rige por los principios que la jurisprudencia o la doctrina hayan establecido al respecto; eventualmente se regirá por las normas positivas que existieren (1394) .

¿Es revocable el propio acto de "*aprobación*"? En otras palabras, el órgano de control ¿puede revocar la "*aprobación*" que hubiere otorgado? Corresponde distinguir la "*aprobación*" que, en la *Administración Pública*, se dicte como medida de control por el órgano administrativo controlante respecto al órgano administrativo controlado, de la "*aprobación*" dada por la Administración Pública, siempre como acto de control, respecto a actos de particulares (verbigracia, aprobación de tarifas para concesionarios de servicios públicos).

En el primer supuesto, o sea respecto a la "*aprobación*" que el órgano administrativo de control le otorgue al acto emitido por el órgano administrativo controlado, la "*aprobación*" es "irrevocable", por dos razones: a) porque su efecto es *instantáneo*: le otorga eficacia o ejecutoriedad al acto del órgano controlado. Otorgada la "*aprobación*", la misión o finalidad de ésta habrá concluido definitiva y totalmente. La discordancia futura con el interés público no puede entonces producirse respecto al acto de "*aprobación*" -que ya habrá cumplido totalmente su objeto, agotando en un solo momento su capacidad productora de efectos jurídicos-, sino respecto del acto que fue aprobado. *Los actos de efectos instantáneos son irrevocables* (1395) . Si el interés público lo exige, lo revocable o extingible no será, entonces, el acto de "*aprobación*", sino el acto aprobado por el mismo, sin perjuicio de tenerse presentes las reglas de derecho aplicables en materia de revocación; b) porque el órgano de control, al emitir la "*aprobación*" requerida por el órgano controlado, *agota* -en lo pertinente- su competencia. Si a falta de solicitud del órgano controlado, el órgano de control no puede ejercitar de oficio su competencia otorgando una aprobación que no se le pidió, con mayor razón, agotado el objeto de la petición, no podrá revocar la aprobación acordada. El ciclo del ejercicio activo de la competencia del órgano de control se abre con el *pedido* del órgano controlado, y se cierra con la *respuesta* a dicho pedido (1396) .

En el segundo supuesto, o sea respecto a la "*aprobación*" que el órgano administrativo de control le otorgue a actos de particulares o administrados (por ejemplo, aprobación de tarifas para concesionarios de servicios públicos), la "*aprobación*", en sí misma, tampoco podrá ser "revocada", pues para ello militan similares razones que respecto a la aprobación dada al acto de un órgano administrativo. Habría visible inconsecuencia lógica si para este caso se propugnase una solución distinta. Pero lo expuesto no obsta a que si el "*interés público*" lo requiere -lo que implica que se trata de una revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia-, el "*acto aprobado*", y no precisamente el "*acto de aprobación*", pueda ser objeto de revocación. En tal caso han de tenerse presentes las reglas que gobiernan todo lo atinente a la revocación (1397) .

¿Cuál es la naturaleza y condición de los derechos que emergen del acto sometido a "*aprobación*", mientras ésta hállese pendiente de ser otorgada? Un sector de la doctrina

asimila la aprobación pendiente a una condición suspensiva (1398) . Si ésta -la "aprobación", en la especie- se cumple o produce, los derechos pertinentes se consolidan, adquiriendo eficacia y permitiendo su ejercicio; en el caso contrario, o sea en el supuesto de que la aprobación fuese denegada, del acto sometido a aprobación no habrá nacido derecho alguno portador de eficacia y ejecutoriedad (1399) . Aparte de ello, considerando que tales derechos, mientras la "*aprobación*" está pendiente de ser otorgada, constituyen "*derechos en expectativa*", es decir imperfectos (1400) , algunos tratadistas estiman que ellos pueden ser objeto de "*medidas conservatorias*", es decir de medidas de protección (1401) ; sin duda ha de tratarse de una protección muy débil, casi imperceptible, porque débil es entonces el contenido de tales prerrogativas. Nunca puede ser igual la protección correspondiente a un derecho adquirido y perfecto, que la correspondiente a un derecho imperfecto y en expectativa.

¿A quién le compete la responsabilidad por el acto que se aprueba? ¿Al órgano controlado o al órgano controlante? Sobre este punto son de estricta aplicación las consideraciones hechas al referirme a la "*autorización*" (véase nº 229, texto y notas 282-283).

231. El "*visto-bueno*" -*nihil obstat*- o simplemente el "*bueno*", es el asentimiento dado por un órgano administrativo a un acto de otro órgano administrativo, o de un particular, por considerarlo ajustado a derecho (1402) .

El "*visto-bueno*" es un tipo de control que sólo contempla la "*legitimidad*" del acto respectivo (1403) . De ahí que su diferencia con la "*aprobación*" consista en el distinto grado de penetración de dicho control, pues mientras la "*aprobación*" contempla la *legitimidad* y el *mérito*, el "*visto-bueno*" sólo contempla la "*legitimidad*" del acto (1404) .

Son aplicables al "*visto-bueno*" los principios expuestos acerca de la "*aprobación*" (1405) , pues, en realidad, constituye una aprobación limitada a la "*legitimidad*" del acto. El "*visto*" no contempla el control de oportunidad. El "*visto*" que se otorgare con relación a la "*oportunidad*", mérito o conveniencia, de un acto, substancialmente será una "*aprobación*" (1406) .

232. La "*suspensión*" del acto administrativo se traduce en la *paralización transitoria* de sus efectos.

Es un tipo de control represivo, pues con la suspensión tiéndese a impedir que un acto eficaz produzca efectos, o que dejen de producirse los efectos ya comenzados.

La suspensión generalmente se presenta como preliminar de otro proceso de control (1407) , pues tiene por objeto dar lugar a un ulterior estudio definitivo de la cuestión. Por eso un autor dijo que la suspensión no es en realidad un procedimiento de control en sí mismo, sino un medio para detener transitoriamente la ejecución del acto y dar tiempo a que el órgano de control se pronuncie sobre aquél (1408) . No comparto esta última opinión. Estimo que la "*suspensión*", por sí misma, es un procedimiento de control *stricto sensu*, si bien de alcances limitados. Cada especie de control tiene su propio alcance y consecuencias. La "*suspensión*" tiene sus alcances y consecuencias: evitar la ejecución de

un acto dañoso o ilegal, para dar lugar a que la situación sea después debidamente analizada. Es un procedimiento de obvia juridicidad y de suficiente contenido para erigírsele en especie autónoma de control.

En el presente párrafo, donde me ocupo del control "*en*" la Administración, es decir por medios o procedimientos "*administrativos*" exclusivamente, para nada haré referencia a la suspensión del acto administrativo lograda directamente por medio de la "acción de amparo" o como "medida de no innovar", dentro de un juicio, pues éstos son controles "*a la Administración*" a través de medidas dispuestas por el Poder Judicial. Lo referente a la acción de amparo o a las medidas de no innovar contra actos administrativos, no corresponde al control "*en la Administración*", sino al *control jurisdiccional (judicial) de la Administración* (1409) .

La "suspensión" de un acto puede constituir, por sí misma, el motivo originario, específico o directo, de un pedido o requerimiento formulado a la Administración Pública por un particular o administrado, o puede ser consecuencia del trámite o procedimiento de un recurso especial, como ocurriría con la "suspensión" a que hacía referencia el artículo 13 del decreto n° 7520/44 sobre "*recurso jerárquico*".

Por afectar al principio de "*ejecutoriedad*" del acto administrativo, la "*suspensión*" sólo procede excepcionalmente. ¿Cuándo se producen estos casos de excepción? Hay dos criterios al respecto: el del "*daño*" y el de la "*ilegalidad*". No son excluyentes entre sí. Al contrario, hay supuestos en que ambos pueden funcionar o aplicarse simultáneamente; por ejemplo, cuando el acto es ilegal y, además, generador de perjuicios. Pero también hay casos en que sólo sería pertinente la aplicación de uno de esos criterios; verbigracia, cuando el acto cuya suspensión se pide es "legal" y no obstante es susceptible de causar perjuicios; en esa situación sólo se aplicaría el criterio del "daño". Esos criterios tienen vigencia tanto para el ámbito judicial como para el ámbito administrativo, siendo aplicables en cualquiera de éstos los argumentos dados al respecto.

En un principio, para fundamentar la suspensión de un acto administrativo, se invocó el criterio del "*daño irreparable*", en cuyo mérito la suspensión procedía cuando se daba esa situación. Pero tal criterio fue abandonado, porque, siendo el Estado el autor o emisor del acto cuya suspensión se gestionaba, se alegó que tales perjuicios "*irreparables*" no podían producirse, ya que el Estado, *siempre solvente*, podía resarcir cualquier perjuicio que irrogase: se invocaba el viejo aforismo: "*Fiscus semper solvens*". La aplicación de esta regla -vacua de contenido ético- fue objeto de acertadas objeciones, hallándose prácticamente repudiada por la crítica científica actual. Con exacta noción de lo que es y debe ser "Justicia", se dijo que la protección jurisdiccional debe ejercerse, en lo posible, "*preventivamente*", y a ello tiende la medida de no innovar o la suspensión del acto. "Si ha de esperarse, dijo un autor, que el daño se verifique y que la lesión al orden jurídico se `perfeccione', para que recién proceda la función tuitiva del órgano jurisdiccional, entonces se habría alcanzado un *pobrisimo resultado*: la *prevención* del daño condice más armoniosamente con el derecho que la *reparación*, por más integral que sea, una vez que el perjuicio se produjo. Ha de rechazarse, por lo tanto, una consideración con tan escaso valor

jurídico, como es aquella de que las medidas preventivas o precautorias no proceden frente a la Administración, porque siempre es solvente" (1410) . En síntesis, en la actualidad, en lo que a este criterio respecta, impera la idea de que para la suspensión del acto administrativo no siempre es necesario que el daño sea "*irreparable*": es suficiente, a los efectos de la suspensión del acto administrativo, que el daño que derivaría de la ejecución de dicho acto sea manifiestamente mayor que el que derivaría de la suspensión del mismo. La valoración de todo esto es materia circunstancial, que debe determinarse en cada caso particular. Y se agrega que para valorar esta dimensión de los daños no sólo deben considerarse principios de derecho estricto, sino también los principios de "*equidad*" que rodeen al caso concreto (1411) . Exigir, pues, que el daño sea literalmente "*irreparable*", para recién entonces hacer lugar a una medida de no innovar contra el Estado, o a la "suspensión" del acto administrativo -en sede administrativa-, implicaría hacer revivir el vetusto y caduco aforismo "*Fiscus semper solvens*", ya que, por aplicación de éste, rarísimas veces habría "*perjuicio irreparable*" cuando el demandado u oponente fuere el Estado. La suspensión del acto administrativo sería entonces procedente en los casos expuestos, tanto más si de tal suspensión no resulta lesión para el interés público (1412) .

Aparte del criterio del "*daño*", a que hice referencia, para fundamentar la suspensión del acto administrativo se invoca el criterio de la "*ilegalidad*" del mismo. Ha de tratarse de una ilegalidad "*manifiesta*", que surja del propio acto (1413) . Comprobada tal ilegalidad, corresponderá hacer lugar a la suspensión del acto, pues dicha *ilegalidad* quiebra la ejecutoriedad del acto, que es una consecuencia de la presunción de legitimidad que asiste a todo acto administrativo. La suspensión del acto administrativo portador de una ilegalidad manifiesta será tanto más procedente si dicho acto no reposa en atendibles razones que tornen inaplazable su inmediato cumplimiento (1414) .

En la práctica será más simple y fácil suspender un acto administrativo por ilegalidad manifiesta, que por el hecho de que su ejecución cause perjuicios mayores que los que podrían derivarse de su suspensión. La comprobación de la ilegalidad manifiesta está al alcance de cualquiera que conozca los respectivos principios de derecho aplicables, en tanto que la determinación de ese tipo de perjuicios se mueve en un terreno impreciso.

La suspensión del acto por ilegalidad manifiesta no tiene límite alguno, es absoluta. Demostrada la ilegalidad, procede la suspensión. En un Estado de Derecho es inconcebible que la Administración Pública actúe al margen de la legalidad, pues, como función estatal, su actividad es siempre sub-legal. La Administración Pública en todo momento debe actuar *secundum legem*. Ya en otro lugar de esta obra quedó dicho que la actividad de la Administración Pública tiene límites jurídicos que deben ser respetados por ella (véase el nº 9).

Otra cosa ocurre cuando la suspensión se pida en base a perjuicios que cause la ejecución del acto. Este tipo de suspensión es tan sólo "*facultativo*" para la Administración, contrariamente a lo que sucede en el supuesto de ilegalidad manifiesta, donde la suspensión del acto es un deber jurídico de la Administración. No todo acto administrativo que cause un perjuicio al administrado recurrente es susceptible de suspensión. Así, no deberán

suspenderse los actos que afecten al interés público en forma inmediata; verbigracia, demolición de edificios que amenacen ruina, sacrificio de animales afectados de enfermedades contagiosas, etcétera. También es de doctrina que las medidas de tipo impositivo, por ejemplo recaudación de impuestos, no admiten la suspensión del acto que las ordena (de ahí la regla *solve et repete* que exige el pago previo, regla que, si bien tuvo origen en el ámbito judicial, puede ser extendida al ámbito administrativo).

Los efectos de la "*suspensión*" del acto administrativo se producen *ex nunc*, para el futuro, desde la fecha de emisión del acto que ordenó la suspensión (1415) .

Finalmente, cuadra advertir que, no obstante lo que disponía el artículo 13, *in fine*, del decreto n° 7520/44, sobre recurso jerárquico, la suspensión del acto administrativo no sólo procederá en el supuesto de que "*un interés fundado de orden administrativo lo justifique*", sino también cuando lo justifique un respetable y atendible interés del respectivo administrado. Así debe ser, pues el imperio del derecho y de la justicia no sólo rigen en favor del Estado, sino también -y principalmente- en beneficio de los particulares, siendo de recordar que, como consecuencia del Estado de Derecho, las garantías y derechos consagrados en la Constitución resultan establecidos principalmente en favor de los habitantes y no en favor del Estado (1416) .

En síntesis: la suspensión del acto administrativo sólo procede con carácter excepcional, lo que ocurrirá en los casos expuestos. Pero el rechazo *sistemático* de dicha suspensión es contrario a toda noción de derecho.

233. La "*intervención*" es un medio de control de tipo *represivo* que, además, puede ser *sustitutivo*, lo cual ocurriría cuando el funcionario "interventor" reemplace al funcionario titular del órgano intervenido.

Para la procedencia de la "*intervención*" como medio de control no se requiere la existencia de una norma que la autorice expresamente: ella procede como consecuencia del poder-deber de "*vigilancia*" que le incumbe al Presidente de la República, en su carácter de órgano superior de la Administración Pública, a cuyo cargo hállase la "*administración general del país*" (Constitución, artículo 86 , inciso 1° (1417)) (1418) .

Su procedencia, como medida de control, requiere que dentro del órgano que se interviene exista una situación "*grave*".

Por principio general, la intervención no será procedente como consecuencia de un acto aislado; ella presupone la *existencia continuada* de una situación (comportamiento) anormal, que puede responder a motivos diversos. Lo que importa es la existencia de dicha situación de anormalidad. Un acto aislado no requiere una "*intervención*" al órgano; en ese supuesto la anomalía se subsana rectificando o extinguiendo ese acto aislado. No obstante, aun en el caso de un solo acto, la intervención también sería procedente si se tratare de algo de extrema gravedad, lo cual debe ser valorado con suma prudencia y criterio restrictivo, pues en esta materia el "principio" consiste en que un solo acto o hecho irregular no

justifica una "intervención". Todo lo que implique una excepción debe interpretarse estrictamente.

Por principio, la "intervención" se dispone de "*oficio*" por la autoridad controlante, pues, como bien se dijo, el ente controlado no sólo carece de interés en provocar ese tipo de control, sino que está interesado en evitarlo (1419). Excepcionalmente, la intervención podría ser solicitada por el propio titular del órgano a intervenir, pero la procedencia de la intervención queda librada al criterio exclusivo del órgano controlante.

Va de suyo que la "intervención", como control administrativo, no sólo procede respecto a entidades autárquicas, sino también respecto a meros organismos de la administración centralizada.

En el n° 177 me he referido al "*órgano intervención*", exponiendo su régimen jurídico general. Me remito a lo dicho en ese lugar.

Téngase presente que la "*intervención*" que puede disponer el Poder Ejecutivo sólo se refiere a empresas o reparticiones *públicas estatales*. La intervención a entidades o empresas "*privadas*" únicamente puede disponerla el Poder Judicial. El artículo 32 de la ley de procedimiento administrativo de La Pampa dice: "En ningún caso el Poder Ejecutivo podrá intervenir entidades o empresas privadas o públicas no estatales".

Véase mi artículo "Intervenciones administrativas dispuestas por el Poder Ejecutivo. (Lo atinente a personas y empresas privadas y públicas no estatales)", en "La Ley", 7 de septiembre de 1984, y en "Anales" de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Época, año XXIX, número 22, página 107 y siguientes, Buenos Aires 1985, donde me ocupo de todo lo relacionado con el tema.

La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires confirmó la intervención dispuesta por el Poder Ejecutivo provincial al Colegio de Veterinarios de dicha provincia, sosteniendo que ese colegio constituía una "entidad intermedia", dado que ejercía una porción de poder público (poder de policía); ver la sentencia del 3 de noviembre de 1981, *in re* "Sciammarella, Alfredo M.", publicada en "La Ley", 23 de marzo de 1982.

Parte Segunda - DE LOS "RECURSOS"

SUMARIO: A. PRINCIPIOS GENERALES. 234. Noción conceptual de "recurso" administrativo. Ámbito del mismo. *Legitimatío ad causam activa*. - 235. Los recursos administrativos constituyen medios de control en la Administración. - 236. Hay recursos reglados y recursos no reglados. Consecuencia. - 237. Las "formas" en el trámite de los recursos administrativos. El "*debido proceso legal*". La errónea calificación del recurso deducido. Publicidad de las actuaciones. Prueba. Otros requisitos. - 238. Los "recursos" en el procedimiento administrativo no requieren ser establecidos por ley formal. El decreto y el reglamento. Recursos implícitos. Remisión. - 239. Los "*recursos*" instituidos por las normas sobre trámite o procedimiento administrativo no se dan precisamente a favor de la Administración Pública, sino principalmente a favor de los administrados. Remisión. - 240.

Naturaleza de la decisión administrativa que resuelve recursos administrativos. Importancia de la cuestión. Recursos reglados y recursos no reglados. **B. RECURSOS NO REGLADOS.** 241. Existencia de recursos administrativos no reglados. Su fundamento positivo. Formalidades que deben respetarse inexcusablemente. - 242. Recurso de revocatoria. Noción conceptual. Denominaciones. Distinción con el recurso de revocatoria reglado. Plazo para deducirlo. Objeto o alcance del recurso. - 243. Recurso de mera apelación jerárquica. Noción conceptual. Su diferencia con el recurso jerárquico. Plazo para deducirlo. Objeto o alcance del recurso. Apelación jerárquica por vía de queja. Naturaleza de la "*decisión*" en el recurso de "mera apelación jerárquica". ¿El "*recurso jerárquico*", al ser instituido, reemplaza y sustituye al de mera apelación jerárquica, o subsisten ambos simultáneamente? **C. RECURSO REGLADO.** *El recurso jerárquico* 244. Noción conceptual. - 245. Su fundamento racional y positivo. - 246. Naturaleza de este recurso. - 247. El "*recurso jerárquico*" *stricto sensu* y la "mera apelación jerárquica". Analogías y diferencias. - 248. ¿A qué poder u órgano estatal le corresponde instituir orgánicamente el recurso jerárquico? - 249. ¿Pueden prohibirse o suprimirse "totalmente" la *mera apelación jerárquica* o el *recurso jerárquico*? ¿Puede "limitarse" su ejercicio? Distintos supuestos. - 250. ¿Puede el superior jerárquico "*avocarse*" el conocimiento y decisión de un recurso jerárquico? - 251. El recurso jerárquico en el orden nacional. Disposiciones que le rigen. - 252. Requisitos para su procedencia. Consideración general. - 253. *Continuación.* Requisitos para su procedencia. a) *En cuanto al órgano emisor del acto:* 1) Debe tratarse de un órgano *estatal stricto sensu*; 2) El órgano debe pertenecer a la administración "*civil*" del Estado. Lo atinente a la administración "castrense"; caso de excepción; 3) No debe tratarse de actos del propio Poder Ejecutivo (órgano presidencial). Recursos admisibles en ese caso. Decisiones de "ministros" y "secretarios de Estado"; 4) Actos de la autoridad "*policial*": procedencia del recurso jerárquico. Excepción a tal principio. Los actos referentes a derechos de índole "*política*", el recurso jerárquico y lo atinente al recurso extraordinario de inconstitucionalidad; 5) Las entidades autárquicas institucionales y el recurso jerárquico; 6) Las universidades nacionales y el recurso jerárquico; 7) Organos administrativos que ejercen funciones de tipo "*jurisdiccional*"; 8) Organos consultivos; 9) Las "empresas del Estado" y el recurso jerárquico. - 254. *Continuación.* Requisitos para su procedencia. b) *En cuanto al acto en sí mismo:* 1) Debe tratarse de un acto administrativo *stricto sensu*. Lo atinente a las "instrucciones" y "circulares" administrativas; 2) No debe tratarse de simples medidas preparatorias, ni de meros informes administrativos. Noción conceptual de medidas "preparatorias"; 3) Lo atinente a los actos de "gobierno"; 4) Actos administrativos referentes a derechos de substancia "*política*"; 5) Actos administrativos emitidos en ejercicio de una actividad "*discrecional*". La discrecionalidad "*técnica*". - 255. *Continuación.* Requisitos para su procedencia. c) *En cuanto al recurrente.* Personas que pueden promover el recurso. Titularidad de derechos subjetivos o intereses legítimos. - 256. *Continuación.* Requisitos para su procedencia. d) *En cuanto al procedimiento para impugnar el acto recurrido.* Inexistencia de otra vía legal. - 257. Ámbito o alcance del recurso: la *legitimidad* y la *oportunidad*. La cuestión con referencia a las entidades autárquicas. - 258. El recurso jerárquico y las entidades autárquicas. Antecedentes de la cuestión en nuestro país. Ámbito o alcance del recurso. - 259. *Trámite del recurso.* Trascendencia del correcto trámite. - 260. *Continuación.* Trámite del recurso. El escrito de presentación. Contenido del mismo. Análisis de las exigencias reglamentarias. Actuación

por mandatario. Recursos promovidos por menores. - 261. *Continuación*. Trámite del recurso. La revocatoria previa. No es necesaria actualmente de acuerdo al decreto 1759/72. La cuestión en el anterior decreto 7520/44. Supuestos en que ella era necesaria y supuestos en que no lo era. Ante qué autoridad debía promoverse la revocatoria y quién debía resolverla. Plazo para promoverla. ¿Podía hacerse uso "*voluntario*" del pedido de revocatoria, cuando la norma excluía la "*obligación*" de hacerlo? En este último supuesto ¿corría el plazo para deducir el recurso jerárquico? - 262. *Continuación*. Trámite del recurso. Dónde debe presentarse el escrito de interposición del recurso. - 263. *Continuación*. Trámite del recurso. Plazo para interponer el recurso. Distintos supuestos. Recurso jerárquico deducido "*antes*" del plazo y "*después*" de éste. Casos a considerar. Computación de los plazos. - 264. *Continuación*. Trámite del recurso. ¿Puede promoverse el recurso jerárquico por vía de "*queja*" o de "*hecho*"? Principio general. Excepciones. Ante quién debe ser promovido el recurso jerárquico de "*hecho*". Justificación jurídica de la existencia de este recurso. - 265. *Continuación*. Trámite del recurso. Remisión de las respectivas actuaciones y antecedentes al superior. - 266. *Continuación*. Trámite del recurso. Apertura a prueba: quién debe ordenarla. Producción y recepción de la prueba. Duración del período probatorio. Otras cuestiones. - 267. *Continuación*. Trámite del recurso. Presentación de alegato. - 268. *Continuación*. Dictamen de la Dirección de Asuntos Jurídicos. - 269. *Continuación*. Trámite del recurso. La intervención del Procurador del Tesoro de la Nación. Casos en que procede. - 270. El trámite del recurso jerárquico y las reglas del "*debido proceso legal*". La "*publicidad*" de las actuaciones. - 271. Criterio liberal de la Administración Pública acerca del cumplimiento de las "*formalidades*" exigidas en las normas vigentes. La Procuración del Tesoro de la Nación. - 272. La "*decisión*" en el recurso jerárquico. Cuestiones a analizar. - 273. *Continuación*. La "*decisión*" en el recurso jerárquico. Autoridad u órgano a quien le corresponde decidir este recurso. Lo atiente a los ministros y secretarios de Estado. Decreto y resolución. - 274. *Continuación*. La "*decisión*" en el recurso jerárquico. Efectos de ella. Administración centralizada y Administración descentralizada. Distintos supuestos. Fuerza ejecutoria. - 275. *Continuación*. La "*decisión*" en el recurso jerárquico. Naturaleza jurídica de la decisión. - 276. El "*silencio*" de la Administración y la decisión del recurso jerárquico. La Administración tiene un deber jurídico de "*decidir*" el recurso jerárquico. Los textos legales vigentes en la actualidad. - 277. La "*reformatio in peius*" y la "*decisión*" en el recurso jerárquico. - 278. La "*suspensión*" de la "*decisión*" recaída en el recurso jerárquico y del "*acto administrativo*" impugnado. Distintos supuestos. - 279. Recurso de "*revisión*" respecto a la "*decisión*" del Poder Ejecutivo. Su procedencia. El actual recurso de aclaratoria. - 280. El recurso "*extraordinario de inconstitucionalidad*" respecto a la "*decisión*" del Poder Ejecutivo recaída en el recurso jerárquico. - 281. Rechazo del recurso jerárquico y ley de demandas contra la Nación. Lo atinente a la reclamación administrativa previa. Acción directa ante la justicia. - 282. Plazo para ocurrir ante la justicia, demandando a la Nación, en mérito al rechazo del recurso jerárquico. - 283. El rechazo del recurso jerárquico y la eventual responsabilidad del recurrente. - 284. Juicio crítico acerca del actual régimen normativo sobre recurso jerárquico en el orden nacional.

A. PRINCIPIOS GENERALES

234. El "*recurso*" administrativo es un medio de impugnar la decisión de una autoridad administrativa, con el objeto de obtener, en sede administrativa, su reforma o extinción (1420) .

La objeción que merezca una decisión administrativa puede responder a su injusticia o inconveniencia o a su ilegitimidad (1421) . De ahí que los recursos administrativos tanto pueden tener por objeto la revisión de la decisión impugnada, en el aspecto de su "*oportunidad*" o en el de su "*legitimidad*".

Va de suyo que, importando la promoción de un recurso el ejercicio de un derecho, quien lo promueva ha de ser titular del "*derecho*" pertinente o de un interés legítimo: debe existir a su respecto la *legitimatío ad causam activa*.

235. "La interposición del recurso contra un acto por el particular afectado, es una colaboración para la eficacia administrativa, entre el administrado y la administración", para lo cual no obsta que indirectamente se beneficie el interesado recurrente (1422) . El recurso administrativo constituye, pues, un obvio medio de control en la Administración.

Al contribuir a la "*juridicidad*" de la Administración, los recursos instituidos por el ordenamiento jurídico o por la doctrina adquieren un gran sentido de orden moral, aparte de su contribución al afianzamiento de la seguridad jurídica. Sería inconcebible la Administración de un Estado de Derecho sin la existencia de recursos administrativos, medios jurídicos que en definitiva contribuyen a mantener la legalidad dentro de la Administración Pública.

236. Se ha dicho que la existencia de recursos administrativos es de principio; no requiriéndose para ello textos expresos (1423) . Esto es rigurosamente exacto; tanto es así que, en nuestro país, hay ciertos recursos cuya existencia implica un corolario lógico de preceptos constitucionales, no siendo necesaria su consagración expresa por normas específicas. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el recurso de revocatoria o con el de mera apelación jerárquica, según lo explicaré más adelante.

De lo expuesto resulta que existen recursos "*reglados*" y recursos "*no reglados*". Estos últimos son aquellos cuya existencia es implícita por implicar corolarios de preceptos constitucionales, pero que aún no fueron objeto de reglamentación por parte de la autoridad pública. Los primeros, en cambio -es decir los "reglados"-, son los que, teniendo igual origen que los segundos, han sido sin embargo disciplinados o reglamentados por la norma correspondiente. De los recursos no reglados constituyen generales ejemplos los de revocatoria y de mera apelación jerárquica, que he mencionado; de los recursos administrativos "reglados" sirve de ejemplo el "*jerárquico*" que hoy hállese disciplinado -en el orden nacional- por el decreto n° 7520/44 (1424) .

Desde luego, los recursos que existen como corolarios de preceptos constitucionales pueden "*reglarse*" por la autoridad competente; pero mientras ello no ocurra, existen igualmente pero como recursos implícitos no reglados.

Tratándose de un recurso "*no reglado*", sin perjuicio del respeto a los principios constitucionales inherentes al "*debido proceso legal*", es de advertir que en esos recursos "*no reglados*", mientras permanezcan tales, no hay plazos para deducirlos. Esa es una consecuencia del carácter no reglado de ese recurso de existencia virtual.

237. Si un "recurso" administrativo no estuviere reglado, su trámite, como el de todo trámite administrativo, estará exento de formas sacramentales o especiales. No obstante, rigen a su respecto dos principios esenciales:

1) La tramitación del recurso ha de responder a un procedimiento que implique total respeto a las reglas del "*debido proceso legal*". Estos son requisitos que se imponen por el razonable juego de superiores principios constitucionales, y que por tal razón también han de respetarse en el trámite de los recursos "*reglados*".

La petición, por razones de elemental buen criterio, debe contener la manifestación clara y precisa de quién peticiona, a quién se dirige, por qué peticiona y qué desea. Trátase de presupuestos virtuales de la petición: sin ellos ésta carecería de sentido.

Va de suyo que la errónea clasificación del recurso deducido, hecha por el recurrente, no vicia ni enerva su petición, puesto que, de acuerdo a la teoría de la "*calificación jurídica*", los actos y contratos tendrán la denominación correspondiente a su naturaleza y no la que erróneamente le atribuyan las partes intervinientes (1425) . El principio *iura curia novit* -de aplicación general- permitirá que la Administración le dé trámite al recurso promovido, de acuerdo a la verdadera índole del mismo. El temperamento indicado favorece a los recurrentes, "evitando que por defectos de forma dejen de tramitarse recursos erróneamente calificados" (1426) .

Por constituir un principio o regla "general" dentro de la Administración Pública -lo mismo que en las presentaciones que se efectúen ante los poderes Legislativo y Judicial-, los recursos deben presentarse por "*escrito*" (1427) (1428) .

Las actuaciones correspondientes a los "*recursos*", como a toda otra tramitación administrativa, por *principio* son "*públicas*". Debe asignárseles el mismo carácter que a las actuaciones judiciales. Excepcionalmente dejarán de ser públicas, es decir se convertirán en "*secretas*", cuando motivos especiales así lo requieran (1429) . La tesis que propugnase el secreto sistemático de las actuaciones administrativas chocaría con los postulados del Estado de Derecho (1430) .

¿Procede la apertura a "*prueba*" en las actuaciones administrativas? Si hubieren hechos controvertidos entre la Administración y el administrado, es evidente que la cuestión debe abrirse a prueba; así lo exige el precepto constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio (1431) . De no procederse así se incurriría en una violación de la Constitución. Si bien en esta materia el único principio jurídico efectivo consiste en que la apertura a prueba *debe realizarse en "alguna" etapa del procedimiento administrativo*, lo plausible es abrir a prueba lo cuestionado en el expediente en la "*primera*" oportunidad en que surjan los

hechos controvertidos: esto tiende a la eficacia administrativa y al mayor respeto hacia el derecho del administrado (1432) .

238. Los "recursos" en el procedimiento administrativo no requieren ser establecidos por ley formal. Más aún: a esos efectos la ley formal es improcedente, porque improcedente es en esta materia la intervención del Poder Legislativo. Me refiero a los "recursos" que se ejercitan dentro de la Administración Pública y para fines *exclusivamente* "administrativos". Para instituir tales "recursos" en el procedimiento administrativo, el Poder Ejecutivo posee facultades constitucionales propias integrantes de la zona de "reserva de la Administración", y lo hace a través del instrumento jurídico con que dicho Poder Ejecutivo expresa su voluntad: el decreto o el reglamento, los que, una vez emitidos o dictados, integran el "bloque de la legalidad" y obligan a la Administración, a cuya actividad jurídica sirven de límite.

Aparte de lo expuesto, cabe recordar que algunos "recursos" administrativos ni siquiera requieren como base al decreto o al reglamento, pues hay recursos que existen implícitamente, como virtuales corolarios de preceptos constitucionales.

De estas cuestiones me he ocupado precedentemente, en el n° 223, al que me remito.

239. En otro lugar de esta obra quedó dicho que los "recursos" que instituyen las normas sobre trámite o procedimiento administrativo -normas que integran el bloque de la legalidad y obligan a la Administración, limitando su actividad jurídica-, no se dan precisamente a favor de la Administración Pública, sino principalmente a favor de los administrados. Es esto una consecuencia del Estado de Derecho.

En el número 224 me he ocupado de esta cuestión. Me remito a lo expresado en dicha oportunidad.

240. ¿Cuál es la naturaleza de la "*decisión*", o sea del acto que "*resuelve*" un "*recurso*" administrativo?

Todo radica en determinar si dicha "*decisión*" es un mero o simple acto administrativo de tipo común o si, por el contrario, es un acto administrativo de carácter o substancia "*jurisdiccional*".

La solución de esto hállese íntimamente vinculada al concepto que se tenga de "*jurisdicción*" y, más precisamente, de "*acto jurisdiccional*".

Si bien sobre la noción de acto jurisdiccional hay gran disparidad en doctrina (ver precedentemente n° 18, nota 120), en otro lugar de esta obra (número 18, nota 120) he sostenido que habrá "*acto jurisdiccional*" siempre que, en ejercicio de una facultad legal, a raíz de una reclamación del administrado, se dicte decisión, expresa y fundada, reconociendo o desestimando el derecho invocado, cualquiera sea el órgano que al efecto actúe, opinión que en lo substancial concuerda con lo sostenido por otros expositores (1433) . El acto jurisdiccional se define exclusivamente por la "*naturaleza*" de la decisión (ver n° 18, nota 120).

También sostuve que tanto puede haber acto "jurisdiccional" en la actividad de la Administración, como en la de la Justicia. De modo que "justicia" y "jurisdicción" no son términos equivalentes. Al respecto recordé las siguientes palabras de García Trevijano Fos, que transcribo nuevamente porque traducen con claridad y acierto las ideas de referencia: "la jurisdicción puede ejercitarse tanto por la Administración como por el Poder Judicial, entendiendo por jurisdicción la potestad de `componer los intereses contrapuestos´. En este sentido es evidente que la Administración tiene una potestad jurisdiccional que se manifiesta fundamentalmente a través de la resolución de *recursos*. Lo que sucede es que el Poder Judicial utiliza el mecanismo del *proceso*, mientras que la Administración utiliza el vehículo del *procedimiento*, con las diferencias sustanciales existentes entre ambos" (1434) . Esta opinión es compartida por otros expositores (1435) .

En la "*decisión*" con que la Administración Pública *resuelve* un recurso, ésta declara cuál es el derecho en el caso concreto. Correlativamente, en mérito a la noción que he aceptado acerca de lo que ha de entenderse por "*acto jurisdiccional*", y en mérito a que tanto puede haber "acto jurisdiccional" en la actividad de la Administración como en la de la Justicia, considero que la "*decisión*" que recaiga en un "*recurso*" administrativo constituye un acto administrativo de sustancia *jurisdiccional*, opinión ésta aceptada por diversos autores (1436) , y sostenida por el propio Poder Ejecutivo Nacional al reglar el recurso jerárquico mediante el decreto número 7520/44, en cuya oportunidad dijo claramente que dicho recurso implicaba una garantía de carácter "*jurisdiccional*" (1437) . Desde luego, el carácter "jurisdiccional" le corresponde al acto que "*decide*" un "*recurso*", declarando lo que es derecho en el caso ocurente; el acto administrativo que no reúna estos caracteres no puede tener sustancia "*jurisdiccional*", porque entonces no se habría ejercido jurisdicción alguna. En suma: el acto jurisdiccional no reconoce un derecho nuevo: "*declara*" lo que es derecho en el caso concreto (1438) .

Si bien al referirse a este punto, algunos tratadistas toman en cuenta la decisión que recae en un recurso jerárquico, vale decir en un recurso "*reglado*", en la naturaleza de la "*decisión*" no influye la circunstancia de que haya sido dictada en un recurso de procedimiento reglado o de procedimiento no reglado, del mismo modo que no influye en la naturaleza del derecho emergente de un acto administrativo, la circunstancia de que éste haya sido dictado o emitido en ejercicio de una actividad reglada o de una actividad no reglada o discrecional. Sobre este último punto, a cuyo respecto la doctrina actual está conteste con lo que dejo expresado, volveré a ocuparme con detenimiento al tratar el acto administrativo, pues antaño hubo quien equivocadamente pensó en forma distinta. El acto jurisdiccional, como ya quedó dicho, se caracteriza por la "*naturaleza*" de la decisión y no por el procedimiento seguido para llegar a ella. No obstante esto, cuadra recordar que, en materia de "recursos", incluso en los "*no reglados*", existen formalidades que deben cumplirse de manera inexcusable, por ser inherentes al "debido proceso legal" (ver nº 237); de modo que en el trámite de "*todo*" recurso administrativo han de observarse ciertas formas sustanciales de procedimiento, que entonces constituyen un "*fondo común*" al trámite de todo recurso, reglado o no reglado.

La importancia de establecer si la decisión que recaiga en un recurso administrativo tiene o no carácter "jurisdiccional" es notoria: incide en los posibles medios de impugnación de esa decisión. La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene declarado que, en materia de actos administrativos, el recurso extraordinario de inconstitucionalidad sólo procede respecto a los que tengan carácter o naturaleza "jurisdiccional" y no sean revisables por vía judicial (1439) .

B. RECURSOS NO REGLADOS

241. Aparte de los recursos administrativos que las normas pertinentes instituyan y regulen en forma expresa, existen recursos administrativos no reglados. Trátase de recursos virtuales o implícitos, que existen como corolarios obvios de preceptos constitucionales. Es lo que ocurre con los recursos de revocatoria y de mera apelación jerárquica, que si bien pueden no estar reglados o expresamente instituidos, su existencia es evidente, pues representan consecuencias virtuales del derecho de peticionar a las autoridades (Constitución Nacional, artículo 14). Este texto constituye el fundamento positivo de los recursos mencionados, cuya existencia debe tenérsela por ínsita a nuestro ordenamiento jurídico. Por la razón expresada, dichos recursos existen por "*principio*", aunque no exista texto que los instituya específicamente (1440) .

Pero aun cuando los recursos de revocatoria y de mera apelación jerárquica no estuvieren reglados por norma alguna, su tramitación deberá efectuarse respetando las formas substanciales de procedimiento requeridas por el "debido proceso legal", aparte de que también deben cumplirse los requisitos que impliquen reglas generales impuestas por la doctrina. Al respecto, véase el n° 237.

242. El recurso de "*revocatoria*" es la petición que se le hace a la misma autoridad que emitió el acto, a fin de que lo modifique o lo deje sin efecto. Pero la autoridad a la cual se recurre puede no modificar ni extinguir el acto: puede confirmarlo, dejándolo como está.

En la doctrina y en la práctica este recurso es denominado de diversas maneras: de revocatoria, de reposición, de oposición, de reconsideración (1441) . También suele denominársele recurso de "advertencia" (1442) .

No debe confundirse el mero "*recurso de revocatoria*" -implícito como consecuencia del derecho de peticionar- con el pedido de revocatoria que, en ciertos casos, aparece "reglado" como previo al "*recurso jerárquico*". Es lo que ocurre en nuestro país, donde, en el orden nacional, el decreto n° 7520/44 requiere que, con carácter previo al recurso jerárquico, se promueva el de revocatoria (1443) . En cambio, el mero "recurso de revocatoria" es un recurso independiente, no reglado aún en el orden nacional, que nada tiene que ver con el recurso jerárquico *stricto sensu* (1444) . Esto resulta más fácilmente comprensible si se tiene en cuenta el recurso de revocatoria que se promueva contra una decisión del propio Poder Ejecutivo, ya que contra tal decisión no procede el "recurso jerárquico": la autonomía entre tales recursos es ahí manifiesta. Algunos tratadistas le llaman revocatoria "obligatoria" a la que *debe* promoverse como previa a otro recurso (verbigracia, al

"jerárquico"), en tanto que al mero recurso de revocatoria, que es el que se deduce por voluntad propia y no por imposición legal, le denominan revocatoria "potestativa" (1445) .

No estando "reglado" el recurso de revocatoria, para su interposición no existe plazo (1446) . Pero si una norma válida estableciere dicho plazo, va de suyo que éste deberá ser respetado, pues trataríase de una idónea manifestación reglamentaria del derecho de peticionar (1447) . ¿Podría aplicarse subsidiariamente el plazo que para este recurso establecen el Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial y leyes complementarias? La negativa se impone: 1) porque todo lo atinente a "*recursos*" dentro de la Administración Pública sólo puede ser regulado por el Poder Ejecutivo a través de su instrumento jurídico: el decreto o el reglamento, en tanto que el Código de Procedimientos es un cuerpo legal establecido por el Poder Legislativo; 2) porque la existencia de un plazo para el ejercicio de un derecho, al implicar una restricción a las prerrogativas individuales, no puede resultar de la aplicación analógica de normas, pues mediante la analogía no es posible extender "*restricciones*" de un caso previsto a uno no previsto: toda restricción debe resultar de texto expreso emitido por autoridad competente (1448) .

El recurso de revocatoria, por principio, tiene un objetivo amplio: puede referirse a cuestiones de oportunidad o de legitimidad (1449) . No tratándose de un recurso "reglado", va de suyo que abarcará todos los aspectos posibles del acto que se cuestiona; la limitación del alcance de este recurso debe resultar de texto expreso, lo que podría surgir de la reglamentación correspondiente.

243. El recurso de mera apelación jerárquica es el que se promueve para que el superior jerárquico del autor del acto que se cuestiona, examinando este acto, lo modifique o extinga (1450) . La interposición del recurso, *no habiendo disposición expresa que establezca lo contrario*, debe hacerse ante el propio órgano inferior, a efectos de que éste lo otorgue o conceda y remita las actuaciones al superior. Si el recurso fuere denegado por el expresado órgano inferior, la parte interesada puede ocurrir directamente ante el superior por vía de queja (1451) .

En lo atinente al "*plazo*" para promover el recurso de mera apelación jerárquica y al "*alcance*" del mismo, es aplicable lo dicho en el párrafo anterior acerca del mero recurso de revocatoria.

No debe confundirse el recurso de mera apelación jerárquica con el "recurso jerárquico" *stricto sensu*. El primero es un recurso no reglado, de existencia virtual por constituir un corolario del derecho constitucional de peticionar (1452) . El segundo es un recurso que, aunque de igual raíz constitucional del anterior, se presenta reglado, orgánico, expresamente instituido por un decreto o reglamento dictado por el Poder Ejecutivo en ejercicio de potestades constitucionales propias. Ambos recursos tienen el *mismo objeto*, pero lo logran a través de procedimientos diferentes (1453) . El "*recurso jerárquico*", propiamente dicho, le da "*juridicidad*" concreta al derecho de peticionar; pero ello no significa que el recurso de "*mera apelación jerárquica*" sea algo intrascendente, y que acerca del mismo la Administración Pública tenga facultades para expedirse o no: trátase del ejercicio de un derecho constitucional, cuyo respeto y acatamiento es ineludible para la

Administración, al menos para la Administración perteneciente a un Estado de Derecho dirigido por personas que posean un mínimo de cultura cívica y de sentido de la responsabilidad. Por lo demás, téngase presente que la circunstancia de que un derecho reconocido por la Constitución no esté "*reglamentado*", no lo priva de vigencia actual a ese derecho, por cuanto las declaraciones, derechos y garantías constitucionales tienen "*operatividad*" por sí mismos (1454) ; si así no fuere, habría que admitir que el imperio de la Constitución depende de las leyes o reglamentos que deban o puedan dictarse en su consecuencia, lo que resulta inaceptable frente a lo dispuesto por aquélla en su artículo 31 (1455) .

En el recurso de "mera apelación jerárquica" y en el "recurso jerárquico", propiamente dicho, la *decisión* que se dicte es o puede ser de igual "substancia", aunque el "*procedimiento*" para llegar a esa "decisión" sea distinto en cada uno de esos supuestos: "no reglado", en uno de ellos; "reglado" en el otro. Lo que importa no es el "procedimiento", sino la "*naturaleza*" de la decisión. En consecuencia, la "*decisión*" de referencia no sólo puede tener carácter "*jurisdiccional*" en el "recurso jerárquico" propiamente dicho, sino también en el recurso de "mera apelación jerárquica". Todo está en que, en la especie, concurren o no los elementos que caracterizan el acto jurisdiccional, cuestión de la que ya me ocupé en otros lugares de esta obra (nº 18, nota 120, y nº 240).

El recurso de "mera apelación jerárquica" es tan "*jurídico*" como el "recurso jerárquico" propiamente dicho, pues ambos tienen la misma raíz positiva: la Constitución Nacional en cuanto consagra el derecho de peticionar a las autoridades. El hecho de que uno de estos recursos esté "*reglado*" y el otro no, no altera el carácter de recurso "jurídico" de este último. Más aún: las fallas fundamentales del recurso de "mera apelación jerárquica" (recurso no reglado), también las tiene el "recurso jerárquico" propiamente dicho (recurso reglado): en ninguno de ellos existen plazos dentro de los cuales deban expedirse los diversos organismos menores, asesores letrados, etcétera, que intervienen en el trámite del recurso, como tampoco existe plazo para que el Poder Ejecutivo dicte la "*decisión*" que ponga fin al recurso (1456) .

Una vez instituido en un determinado ordenamiento jurídico el "*recurso jerárquico*" propiamente dicho ¿continúa vigente en dicho ordenamiento el recurso de mera apelación jerárquica? Contesto negativamente. Una vez instituido el "*recurso jerárquico*", el de mera apelación jerárquica deja de tener aplicación en el ámbito de vigencia de aquél. El "recurso jerárquico" propiamente dicho no es otra cosa que el recurso de mera apelación jerárquica, pero sometido por autoridad competente a normas o reglas especiales de procedimiento o trámite. En tales casos, de la etapa del recurso de apelación jerárquica no reglado se habrá pasado a la etapa del recurso de apelación jerárquica "*reglado*": éste reemplaza al primero. Sería inconcebible, entonces, que un determinado recurso que antes no era reglado y que ahora lo es, pueda seguir tramitándose indistintamente en forma reglada y no reglada, pues el hecho de instituir el trámite reglado implica una "*modificación*" o una "*derogación*" del trámite no reglado (1457) .

255. c) *En cuanto al recurrente.*

¿Quiénes pueden promover "recursos jerárquicos"? Pueden deducirlos dos categorías de personas: los terceros, es decir los administrados o particulares, y los funcionarios o empleados (decreto n° 1759/72, arts. 73 y 74).

Para que las personas indicadas puedan deducir el recurso jerárquico, la decisión recurrida debe lesionar un "*derecho*" o un "*interés legítimo*" del recurrente (decreto n° 1759/72, art. 74). Si dicha lesión no existiere, o quien promueva el recurso carece de "*interés legítimo*" para ello, el recurso debe rechazarse de plano. En la práctica suele ocurrir que el promotor del recurso carece de interés legítimo para ello, lo cual determina el rechazo del recurso por falta de acción en el recurrente (1536) . En cada caso, el análisis de las actuaciones revelaría si al promotor del recurso le asiste o no "*interés legítimo*" (1537) .

256. d) *En cuanto al procedimiento para recurrir contra el acto impugnado.*

No todo acto administrativo puede ser impugnado mediante el procedimiento que establece el decreto número 7520/44 para el "*recurso jerárquico*" (1538) .

En efecto: el artículo 14 del citado decreto excluye del recurso jerárquico los actos administrativos para cuya impugnación exista una vía expresamente establecida. Dice así dicho texto: "Con excepción de las normas de procedimientos establecidas en las leyes y reglamentos para casos especiales, deróganse las disposiciones que se opongan al presente decreto". De modo que el recurso jerárquico sólo es aplicable cuando el procedimiento de impugnación de un acto administrativo no está reglado en una norma específica (1539) .

En tal forma quedan fuera del recurso jerárquico, entre otros, los siguientes actos: los dictados en la *esfera fiscal*, que al efecto tengan un régimen legal propio de impugnación (aplicación y percepción de impuestos); los dictados en el ámbito *aduanero* respecto a la instrucción y resolución de causas aduaneras; los emitidos de acuerdo a la *ley de contabilidad* (decreto-ley 23354/56) para la substanciación de los juicios de cuentas y administrativos de responsabilidad, y para la ejecución de las resoluciones condenatorias del Tribunal de Cuentas de la Nación. Tampoco sería procedente el "*recurso jerárquico*" contra las decisiones de las comisiones paritarias en materia de interpretación de convenios colectivos de trabajo, pues al respecto existe un procedimiento especial (ley 14250, artículo 17 , y decreto n° 6582/44, artículos 16 y 17); etcétera, etcétera (1540) .

En cada caso el intérprete debe examinar las normas que rijan la actividad que motivó el acto administrativo que considera lesivo a sus intereses, a fin de establecer si en dichas normas existe o no un procedimiento *especial* para la impugnación de dicho acto; en caso afirmativo deberá atenerse a dichas normas, prescindiendo del trámite del recurso jerárquico.

257. El recurso jerárquico, como medio de impugnación, tanto puede referirse a la "*legitimidad*" como a la "*oportunidad*" del acto cuestionado (1541) . Tal es el principio, y así lo reconoce el decreto n° 1759/72, artículo 73.

No obstante, en materia de recurso jerárquico contra actos de *entidades autárquicas institucionales*, en la doctrina suele hacerse una distinción: dicho recurso, como principio, sólo procede por razones de "ilegitimidad"; en cambio, por razones de "oportunidad" únicamente procedería si un texto legal lo autorizase expresamente. Pero en nuestro derecho, que al respecto presenta matices propios o característicos, las cosas no son así: el recurso jerárquico tanto puede referirse a la "legitimidad" como a la "oportunidad" del acto en cuestión; todo depende del origen de la respectiva entidad autárquica. De esto me he ocupado precedentemente, números 126 y 127, a los cuales me remito.

258. El recurso jerárquico también procede contra actos de entidades autárquicas. El decreto originario sobre esta materia, del año 1933, no incluía expresamente a dichas entidades entre los órganos contra cuyas decisiones se admitía el recurso. Ello motivó el dictado de un decreto *ad-hoc*, del año 1934, que suplió esta omisión. De todo esto me he ocupado precedentemente (ver nº 127).

El decreto orgánico sobre recurso jerárquico, que rigió hasta el año 1972, nº 7520/44, mencionaba en forma expresa a las "*entidades autárquicas*" entre los órganos respecto a cuyos actos podía promoverse el recurso de referencia. En la actualidad, el decreto nº 1759/72 admite el recurso jerárquico contra decisiones definitivas emanadas del órgano superior de entes autárquicos, denominándole "*recurso de alzada*" (artículo 94). *Dentro del ámbito* de los entes autárquicos funcionan los demás recursos instituidos por dicho texto, salvo norma expresa en contrario (artículo 93).

Lo atinente al "*alcance*" del recurso jerárquico contra actos de entidades autárquicas, es decir si él se refiere exclusivamente a la "legitimidad del acto", o también a su "*oportunidad*", lo he analizado precedentemente. Ver números 126, 127, 127 bis y 257, a los cuales me remito.

259. El trámite o procedimiento que debe asignársele al recurso jerárquico es una cuestión de fundamental importancia, pues de ella a veces depende el resultado mismo del recurso, aparte de que su errado enfoque puede determinar dilaciones que quizá incidan negativamente en el resultado práctico del recurso. De ahí la conveniencia de analizar detenidamente esta materia.

260. El recurso debe promoverse por escrito, debiendo contener los siguientes datos, de acuerdo al decreto nº 7520/44 (1542) .

1) Nombre y estado civil del recurrente, constitución del domicilio en la Capital Federal y expresión del domicilio real (artículo 2º, inciso 1º). Desde luego, por "nombre" ha de entenderse no sólo el nombre, propiamente dicho, sino asimismo el apellido. Quizá hubiere convenido exigir también la indicación de la "*profesión*" del recurrente, dato éste de tanto o más interés que el de su estado civil a los efectos de conocer las características de su personalidad.

2) Mención de los documentos que acrediten la identidad de quien recurre (artículo 2º, inciso 2º).

3) Determinación del recurso y afirmación de haberse solicitado revocatoria y haber sido ésta denegada por la autoridad superior del funcionario u órgano administrativo del cual emanó la resolución recurrida, o de provenir la resolución directamente de la misma autoridad mencionada (artículo 2º, inciso 3º). Esta disposición ha sido objeto de modificaciones por el decreto n° 2126/61 -al que me referiré más adelante- en cuanto a las autoridades que deben resolver el recurso de revocatoria y a los supuestos en que el recurso jerárquico procede *directamente* (1543) .

La exigencia de "*determinación del recurso*" significa que debe fundársele, y acreditarse su procedencia respecto a lo que por esa vía desea obtenerse de la Administración, demostrando asimismo la impertinencia de la decisión recurrida.

El recurrente podrá actuar por persona autorizada mediante mandato regular (artículo 5º, primera parte, del decreto 7520/44) (1544) . "Mandato regular" es, ante todo, el otorgado ante escribano público; revestirá también tal calidad el otorgado ante cualquier otro funcionario con facultades para autorizar esta clase de actos. Ciertamente, el referido "mandato" puede resultar, asimismo, de cualquier acto admitido al efecto por la Administración Pública, ya que en esta esfera del derecho el mandato ha de regirse, preferentemente, por normas de derecho administrativo. Puede actuar como mandatario cualquier persona capaz de obligarse, no siendo necesario que se trate de un profesional (abogado, procurador, etc.), pues el decreto regulador del recurso jerárquico no exige tal requisito.

El menor adulto puede recurrir directamente en procedimientos administrativos en defensa de sus propios derechos subjetivos o intereses legítimos (decreto n° 1759, artículo 3º, segunda parte). El citado precepto reglamentario no hace distinción alguna acerca de los menores adultos a que se refiere; por tanto, no sólo quedan comprendidos en él los menores adultos que dedujeren recursos jerárquicos a raíz de relaciones o tratos de orden general mantenidos con la Administración, con motivo de la profesión que ejerzan o de la industria que exploten, sino también los menores adultos "*empleados de la Administración Pública*" que dedujeren recursos jerárquicos por cuestiones atinentes a su empleo. Véanse los artículos 127 , 128 y 283 del Código Civil.

No debe causar extrañeza cualquier diferencia que hubiere entre el derecho civil y el derecho administrativo en la regulación de la capacidad de los menores, pues el derecho administrativo -cuya estructura y finalidades son distintas que las del derecho civil (1545) - se rige preferentemente por sus propias normas o principios, que son de derecho público (1546) . Todo esto ya lo advirtió el codificador Vélez Sarsfield, al decir en la nota al artículo 128 del Código Civil que "la incapacidad de los menores es limitada al derecho privado, y no se extiende al derecho público".

Al ser presentado el escrito promoviendo el recurso jerárquico, la "*mesa de entradas*" le dará al recurrente una constancia de esa presentación. A su vez, el jefe de mesa de entradas podrá exigir al recurrente la ratificación de su firma cuando lo juzgue necesario para probar la identidad personal (artículo 6º del decreto 7520/44) (1547) .

261. En diversos casos de resoluciones administrativas adversas al administrado, éste, antes de promover el recurso jerárquico, debe deducir un *recurso de revocatoria* de tal decisión; y recién con el resultado negativo de este recurso, podrá interponerse el jerárquico. En otros supuestos, ante la decisión administrativa adversa, no es necesario pedir revocatoria de aquélla, pudiendo entonces promoverse directamente el recurso jerárquico. ¿En qué casos ocurre una cosa u otra? ¿Qué plazos hay para actuar al respecto? (1548) .

Dentro del decreto n° 7520/44, la exigencia de la expresada revocatoria previa surge del artículo 2°, inciso 3°, que, como requisito para la promoción del recurso jerárquico, exige que el recurrente afirme "*haberse solicitado revocatoria y haber sido ésta denegada* por la autoridad superior del funcionario u órgano administrativo de cual emanó la resolución recurrida, o de provenir la resolución directamente de la misma autoridad mencionada".

Esta disposición fue modificada por el decreto número 2126/61 (1549) . De acuerdo a éste, el recurso de revocatoria, a los efectos del decreto 7520/44, será resuelto por las autoridades superiores de las entidades descentralizadas y por los funcionarios de la Administración central con jerarquía inmediata inferior a la de subsecretario de Ministerio o Secretaría de Estado. De modo que cuando la decisión administrativa "*no*" haya sido dictada por estas autoridades, "*procede*" el recurso de revocatoria, que entonces será resuelto por las autoridades de referencia, ante las cuales debe ser presentado el pedido respectivo (1550) .

Pero cuando la resolución contra la cual se desea recurrir procediere de las autoridades superiores de las entidades descentralizadas (autárquicas), de los funcionarios de la Administración central con jerarquía inmediata inferior a la de subsecretario de Ministerio o Secretaría de Estado o de los funcionarios de jerarquía superior de cada departamento, no procede el recurso de revocatoria, sino el jerárquico directo (decreto n° 2126/61, artículo 1°).

Ahora bien: en el supuesto de que la decisión considerada lesiva por el administrado provenga de un órgano o funcionario que no sea la más alta autoridad de un ente autárquico, o de un órgano o funcionario de la Administración central de menor jerarquía que la de subsecretario de Ministerio o Secretaría de Estado ¿quién debe resolver el recurso de revocatoria deducido? De acuerdo al decreto 2126/61, el recurso mencionado debe ser resuelto por las autoridades superiores de las entidades descentralizadas y por los funcionarios de la Administración central con jerarquía inmediata inferior a la de subsecretario de Ministerio o Secretaría de Estado. Pero ¿cómo llegar a estas autoridades en el supuesto de que la decisión recurrida provenga de un órgano o funcionario que en la escala jerárquica esté colocado algunos grados más abajo que los funcionarios que deben resolver la revocatoria? Estimo que en tales casos las actuaciones que contengan el recurso de revocatoria debe elevarse "*directamente*" -*omisso medio*-, para su resolución, a la respectiva autoridad superior que, de acuerdo al decreto 2126/61, debe resolverlo. Se prescinde así de las etapas jerárquicas intermedias que existieren (1551) . Esta solución, que concuerda con el espíritu del decreto 2126/61, se impone lógicamente, pues, de lo contrario, para llegar al órgano o funcionario que, de acuerdo a dicho decreto, debe resolver la revocatoria, habría que promover otros tantos recursos intermedios -en la especie, de

mera apelación jerárquica (no regulada)-, temperamento que se excluye por sí solo, ya que en el caso se trata de una etapa de procedimiento del recurso jerárquico "*reglado*", cuyas normas no requieren ni admiten nuevas fases procesales sobre la base de recursos excluidos del régimen del decreto orgánico n° 7520/44. Si este decreto quiso "*organizar*" y "*simplificar*" el trámite del recurso jerárquico sometiénolo a normas concretas, no es concebible que para lograr que las autoridades pertinentes resuelvan el recurso de revocatoria -previo al jerárquico orgánico- para llenar "*aparentes*" lagunas del procedimiento, deba recurrirse al sistema que se abandonó y superó, o sea el "*no reglado*", siendo que, desde el punto de vista jurídico, el caso encuentra solución correcta y adecuada con el procedimiento *omisso medio* indicado (1552) ; por lo demás, recuérdese que, como ya lo advertí (n° 243, *in fine*), al instituirse el recurso jerárquico "*reglado*", de hecho queda abolida en la respectiva jurisdicción la mera apelación jerárquica (no reglada).

De manera que el recurso de revocatoria debe interponerse ante el mismo órgano que emitió el acto que se impugna, y las actuaciones pertinentes deben luego elevarse "*directamente*" al órgano o funcionario que, de acuerdo al decreto n° 2126/61, debe "*resolver*" dicha revocatoria.

¿Dentro de qué plazo debe deducirse el recurso de revocatoria, previo al jerárquico? Este punto está expresa y claramente resuelto por el decreto n° 21680/49, cuyo artículo 1° dice así: "El recurso de revocatoria, al cual se refiere el artículo 2°, apartado 3, primer párrafo, del decreto n° 7520/44 deberá ser interpuesto dentro de los quince días de la notificación de la resolución que se recurra". Sólo se computan los días hábiles administrativos (decreto n° 19041/51, artículo 1°).

Si la norma aplicable -verbigracia el decreto n° 2126/61- exime de la obligación de promover el recurso de revocatoria como previo al jerárquico (1553) , y no obstante eso el administrado deduce como previo el recurso de revocatoria ¿corre el plazo en que debió deducirse directamente el recurso jerárquico? Estimo que si el recurso de revocatoria se dedujo dentro del plazo correspondiente, y si el recurso jerárquico posteriormente también fue deducido en plazo útil después de resuelta tácita o expresamente la revocatoria, el recurso jerárquico debe considerarse deducido dentro del plazo legal. Téngase presente que el recurso de revocatoria, cuando su procedencia se estima innecesaria por el decreto 2126/61, no está "*prohibido*", sino simplemente "*suprimido*" como trámite obligatorio, y que tal suspensión -como en general las normas del recurso jerárquico- tiene por objeto principal, según lo permiten afirmar los considerandos del decreto 2126/61, brindar a los administrados un medio eficaz de defender sus derechos e intereses legítimos. En consecuencia, si el propio administrado estuviere conforme en promover ese recurso de revocatoria -que en definitiva conduce al mejor análisis y estudio de la cuestión, con beneficio para el Estado y el administrado-, su promoción no podría razonablemente dar como resultado la pérdida del derecho a interponer el recurso jerárquico. En la especie, lo esencial es la constancia del deseo o intención del interesado -expresado dentro del plazo legal- de provocar la decisión del Poder Ejecutivo Nacional. Habría, en ese caso, un exceso de formalidades que no vicia el trámite administrativo.

262. ¿Dónde debe presentarse el "*recurso jerárquico*"?

El recurso jerárquico deberá interponerse ante la autoridad que dictó el acto impugnado, y será elevado de inmediato y de oficio al ministerio en cuya jurisdicción actúe el órgano emisor del acto (1554) .

La ley de ministerios n° 20524 , de agosto de 1973, prevé la creación de "*Secretarías de Estado*" (art. 19). Estas también fueron creadas por la entonces ley de ministerios n° 14439 , del 13 de junio de 1958. La existencia de tales "*Secretarías*" motivó muchos problemas relacionados con el recurso jerárquico (1555) . La redacción del actual decreto n° 1759/72 evitará muchos de esos problemas.

263. El recurso jerárquico deberá interponerse dentro de los quince días de notificado el acto que desea impugnarse, computándose sólo los días hábiles administrativos (decreto n° 1759/72, art. 90, y decreto-ley n° 19549/72, art. 1°, inciso e, 2°). Ver el decreto n° 1883/91.

Si bien, de acuerdo al decreto n° 1759/72, vigente en la actualidad, para promover el recurso jerárquico no es necesario deducir previamente un recurso de revocatoria, el anterior decreto sobre la materia, n° 7520/44, sí requería esta revocatoria previa, y en algunos ordenamientos se mantiene esa exigencia. Por tales motivos, considero útil reiterar, a continuación, en la presente edición de esta obra lo que en la primera edición expresé acerca de problemas de posible planteamiento a raíz de ese recurso de revocatoria. Al respecto seguiré considerando los textos que regían anteriormente, los que entonces pueden servir de guía para resolver los supuestos que se presenten. En los casos concretos, el intérprete sólo tendrá que aplicar las disposiciones de las normas correspondientes. También corresponde considerar diversos problemas directamente vinculados al *recurso jerárquico*.

Por tanto -siempre razonando sobre la base de los textos hoy derogados en la esfera nacional- cuando el recurso jerárquico deba ser precedido de un pedido de revocatoria, los plazos serían los siguientes, hallándose íntimamente vinculados a la solución del recurso de revocatoria. El decreto 7520/44 (art. 3°) considera que el recurso de revocatoria ha sido denegado cuando no fuese resuelto dentro del término de diez días a contar desde su presentación. Esta es la llamada *denegación tácita*. El recurso "jerárquico", de acuerdo al artículo 4° del decreto 7520/44, deberá ser promovido en el plazo de quince días, computado a partir de la notificación de la denegatoria (expresa) o después de vencido el plazo de diez días establecido en el mencionado artículo 3° para tener por producida la denegación tácita. Todo es claro y no admite dudas (1556) . El plazo de diez días para tener por operada la denegación tácita de la revocatoria se computa, pues, a partir del día siguiente de la interposición de ese recurso (artículo 3° del decreto 7520/44), quedando expedito el recurso "jerárquico" a partir del día siguiente de la expiración del citado plazo de diez días (1557) .

Cuando el recurso jerárquico proceda "*directamente*", prescindiendo del de revocatoria, aquél deberá promoverse dentro del término de quince días posteriores a la notificación del acto o decisión que se considere lesivo.

Podría ocurrir que la denegación *expresa* del recurso de "revocatoria" se produzca no obstante haberse operado la denegación *tácita* del mismo (1558) . ¿Se reabre o amplía el plazo para promover el recurso jerárquico? Es decir ¿este plazo se computará recién a partir de la notificación de tal denegación expresa, *cualquiera sea el lapso en que ésta se dictare*? Contesto afirmativamente (1559) . La razón de esto es la siguiente: en la especie habría una restitución de plazos por conformidad de partes, temperamento posible por no vulnerar principio alguno de orden público (1560) , tanto más cuanto el procedimiento administrativo del recurso jerárquico (que es un reflejo concreto del Estado de Derecho) tiende a facilitar la protección jurídica de los derechos e intereses legítimos de los administrados. Pero aclaro que para que tal restitución de plazos se opere, es *indispensable* que después de producida la denegación *tácita*, *se produzca la denegación expresa*, mientras esto último -que es lo que trasunta o exterioriza la voluntad de la Administración para la restitución del plazo- no ocurra, y hubiesen pasado los quince días posteriores a la denegación *tácita*, el administrado no podrá interponer el recurso jerárquico, porque el plazo para hacerlo estaría vencido, con la consiguiente preclusión o clausura de la etapa procesal pertinente.

Pero así como puede darse el caso de que un recurso se promueva, válidamente, "*después*" del plazo establecido al efecto, según quedó manifestado en el párrafo anterior, puede darse el supuesto inverso, o sea el de un recurso jerárquico promovido "*antes*" de la oportunidad normativa pertinente, o sea antes de que exista un acto denegatorio concreto que abra por sí la vía jerárquica en cuestión. En la práctica administrativa los recursos así promovidos son denominados recursos "*en subsidio*". ¿Proceden éstos? Se ha sostenido que si el recurso jerárquico se promueve, por ejemplo, antes de producirse la denegación *tácita* por el transcurso de los diez días, tal recurso sería improcedente por falta de "interés actual" (1561) . Pero a tal solución se la ha considerado equivocada, porque, se dice, aunque no hubiere "*interés actual*" al momento de interposición del recurso, sí lo hay después de transcurridos los diez días, cuando se produce de pleno derecho la denegación *tácita* (1562) . ¿Qué decir al respecto? Ciertamente, el recurso jerárquico de referencia habría sido deducido fuera de tiempo, extemporáneamente -en el caso, "antes" de tiempo-, lo cual torna innocua su interposición. El "recurso", como medio de impugnación, requiere que el derecho o el interés que por esa vía se defiendan, sean "*actuales*", no futuros. El procedimiento administrativo tiene también sus etapas, correspondiendo que los respectivos medios de impugnación se hagan valer en cada una de ellas; de lo contrario las "reglas" de procedimiento establecidas quedarían subvertidas. El procedimiento administrativo, si bien debe caracterizarse por la liberalidad hacia el administrado, en cuyo beneficio -como consecuencia o corolario del Estado de Derecho, ver números 224 y 239- se han establecido preferente o principalmente esas normas, requiere no obstante "*disciplina*" y "*orden*": de ahí que los principios sobre "organización administrativa", que también comprenden el "control en la Administración Pública", incluyan a los "*recursos*" administrativos como medios de control (véanse los números 165 y 235). La noción de "*Estado de Derecho*" excluye por completo el "despotismo" dentro de la Administración Pública; pero también excluye por completo la "anarquía" dentro de ella. De ahí que si hay normas que regulan el procedimiento de un recurso, el "jerárquico" en la especie, esas normas deben cumplirse y ser obedecidas por los administrados, no siendo entonces admisible que los recursos que,

según la norma, deban deducirse en un momento determinado, lo sean en un momento distinto, cuando al administrado le parezca oportuno. Esto sería desorden y tornaría inseguras las relaciones entre la Administración y los ciudadanos. Por eso juzgo que un recurso jerárquico promovido "*antes*" de que exista la "decisión" o el "acto" administrativo denegatorio que abra por sí la vía jerárquica, sería improcedente. El "*interés*" que justifique la promoción de un recurso jerárquico debe ser "*actual*", no futuro. En el caso analizado, al administrado no le queda otra vía que reiterar su recurso jerárquico una vez emitida, expresa o tácitamente, la denegación a su pedido de revocatoria.

El recurso jerárquico -lo mismo que el de revocatoria-, sin perjuicio de lo dicho en párrafos anteriores, deben ser presentados dentro del plazo pertinente. En consecuencia, todo recurso presentado fuera de plazo debe ser rechazado. Tal es el principio. Pero este rechazo debe basarse en constancias que permitan afirmar "*indubitablemente*" que el recurso se promovió fuera del plazo correspondiente. En caso de duda, debe considerarse que el recurso se presentó en tiempo útil. Las cuestiones sobre si el recurso se presentó o no dentro del plazo debido, se producen con motivo de la fecha de "*notificación*" al interesado del acto que se impugna. En general, la Administración Pública es poco cuidadosa de ese aspecto de la cuestión, pues las notificaciones generalmente las hace en forma deficiente, al extremo de que los administrados se sienten con derecho a sostener que la promoción del recurso se hizo dentro del plazo respectivo, dado que la fecha de notificación que al efecto invoca la Administración no es exacta o fehaciente. La Procuración del Tesoro de la Nación, con muy alabable criterio, siempre ha considerado esta materia en el sentido de no tener por notificado en una fecha dada al recurrente, sino en base a constancias que así permitan afirmarlo categóricamente e indubitablemente: este buen criterio ha sido sistemáticamente aceptado por el Poder Ejecutivo de la Nación (1563) .

Con referencia a los recursos presentados *fuera de plazo*, se ha sostenido que ello no autoriza a la Administración Pública a desestimar el recurso, "pues el inviolable derecho ciudadano de peticionar no puede ser desconocido so pena de haberse recurrido fuera de un término determinado" (1564) . Ya en otro lugar de esta obra me he ocupado de este argumento, disintiendo con él. Dije que si una norma válida establece el plazo dentro del cual debe promoverse un recurso administrativo, dicho plazo debe ser respetado y cumplido, porque implica una idónea manifestación reglamentaria del derecho de peticionar, a la vez que el ejercicio de la indiscutible potestad del Poder Ejecutivo para "*reglar*" todo lo atinente a funciones que, desde el punto de vista constitucional, le corresponden en forma exclusiva por integrar o pertenecer a la "zona de reserva de la Administración". En la especie trataríase de la reglamentación del modo o forma en que los administrados podrán ejercitar su derecho a que la Administración Pública revea actos dictados por ella en ejercicio de sus propias y exclusivas funciones, a la vez que trataríase de una autolimitación de sus propias atribuciones por parte de la Administración Pública. Esa potestad de reglamentación constituye, en lo administrativo, una expresión del "*principio*" constitucional, de orden general, en cuyo mérito no existe derecho alguno de carácter absoluto, cuyo ejercicio no pueda razonablemente someterse a plazos determinados (ver nº 242, texto y nota 353).

264. En "*buenos principios*", no es concebible que el recurso jerárquico pueda ser promovido por vía de queja o de "*hecho*", a causa de una denegación o desestimación del mismo efectuada por la autoridad inferior a la que debe resolverlo en cuanto a su fondo. Esto es así por dos razones: a) porque el recurso jerárquico, según quedó dicho en el n° 262, es un recurso "*directo*". No se trata, pues, de un recurso que deba presentarse ante el órgano autor del acto que se impugna, a fin de que dicho órgano *conceda el recurso* y disponga que las actuaciones se eleven al superior. En tal sentido, véase la terminante disposición del artículo 90 del decreto n° 1759/72; b) porque la autoridad inferior a la que debe dictar la resolución de fondo, carece de competencia para denegar o desestimar un recurso "*jerárquico*". De modo que el órgano autor del acto impugnado no tiene oportunidad legal de denegar o desestimar el recurso. Tal es el principio.

Pero ocurre que los recursos jerárquicos contra resoluciones dictadas por una "*secretaría de Estado*", por ejemplo, deben presentarse ante ella misma, a fin de que le dé trámite al recurso y lo eleve al ministerio a cuyo ámbito jurisdiccional pertenezca la secretaría. Es en ocasión de serle presentado un recurso jerárquico contra su propia decisión, que la "*secretaría de Estado*" podría "denegar" o "desestimar" por sí misma el recurso. El caso se ha presentado reiteradas veces en la práctica, motivando que el interesado recurriera de "*hecho*" contra la resolución de la secretaría de Estado que le desestimó el recurso jerárquico (1565). Ante semejante resolución de una *secretaría de Estado* ¿dónde debe presentarse el recurso del caso, que será un recurso "*jerárquico*" promovido de "*hecho*" o por vía de "*queja*"? Se trata, sí, de un recurso jerárquico, pero que tiene una modalidad especial: se le promueve de "*hecho*" o por vía de "*queja*", lo cual justificará una solución también especial. En el caso a que hice referencia -nota 417- tratábase de una resolución de la *Secretaría de Estado de Hacienda*; el interesado recurrió de "*hecho*", o en "*queja*", al Ministerio de Economía, a cuyo ámbito jurisdiccional pertenece la Secretaría de Estado de Hacienda. La Procuración del Tesoro, en el dictamen mencionado, sostuvo que dicho recurso debió presentarse ante la misma Secretaría de Estado de Hacienda. En otra ocasión, en virtud de que la Secretaría de Estado de Energía y Combustibles denegó un recurso jerárquico, el administrado formuló su queja ante la Presidencia de la Nación, que le dio trámite solicitando a la Secretaría interesada el envío de los antecedentes y requiriendo luego la opinión de la Procuración del Tesoro. En vista de esos dispares criterios ¿dónde debe presentarse el recurso jerárquico de "*hecho*" o por vía de "*queja*"? Dado que se trata de un recurso de "*hecho*" o de "*queja*" contra la resolución de una secretaría de Estado que desestimó el recurso jerárquico deducido, pareceme evidente que el recurso de "*hecho*" o de "*queja*" debe presentarse ante el Presidente de la Nación -indiscutido superior jerárquico (1566) -, para que éste, previo pedido de que se le remitan los antecedentes, requiera la opinión del Procurador del Tesoro; si se considerare que el recurso jerárquico que se denegó, procedía otorgarlo, las actuaciones deberán entonces devolverse a la secretaría de Estado correspondiente para que le dé trámite al recurso. Nada se habría ganado con presentar el recurso jerárquico de "*hecho*" o de "*queja*" -modalidad que justifica una solución especial- ante la misma secretaría de Estado que había desestimado el recurso, pues tal presentación implicaría restablecer un recurso de revocatoria para que la secretaría de Estado, reviendo su propia decisión desestimatoria, la deje sin efecto. Lo que dejo dicho respecto a las secretarías de Estado, cabe repetirlo acerca de un recurso jerárquico

desestimado por un ministerio, salvo que se trate de un asunto atinente al régimen económico o administrativo del mismo, en cuyo supuesto, por disposición de la Constitución, artículo 89 (1567), los ministros pueden resolver por sí solos.

En casos como los indicados, la procedencia del recurso jerárquico de "*hecho*" o por vía de "*queja*" la hallo indiscutible; en primer lugar, por analogía puede aplicarse aquí el principio correlativo del derecho procesal común, que admite el recurso de apelación de "*hecho*" o por vía de "*queja*", tanto más cuanto en el ordenamiento del recurso jerárquico nada hay que se oponga a ello (1568); en segundo lugar, como el acto dictado por una autoridad inferior a la que debe resolver en definitiva el recurso jerárquico, desestimando dicho recurso, está viciado de incompetencia, no habiendo alguna norma administrativa que disponga lo contrario, el administrado puede hacer valer su queja ejercitando el genérico derecho constitucional de peticionar a las autoridades.

265. Una vez que el recurso ha sido presentado ante quien corresponda (ver n° 262), empieza su tramitación.

La autoridad ante la cual se presente el escrito que contiene el recurso jerárquico debe elevarlo de *inmediato* y de *oficio* al ministerio en cuya jurisdicción actúe dicha autoridad (1569). Desde luego, dicha remisión no sólo debe comprender el escrito donde se interponga el recurso jerárquico, sino también el expediente donde se dictó el acto de que se recurre.

266. Una vez llegadas las actuaciones remitidas por el órgano que emitió el acto que se impugna, la autoridad -*ministerio*- ante la cual fue radicado y ante la cual se tramita el recurso, si los elementos probatorios no fuesen suficientes para dictar decisión definitiva, ordenará -a petición de parte o de oficio- la presentación de la prueba que se estime pertinente (decreto 1759/72, arts. 46 y sigs., 78, 79 y 92, y decreto-ley 19549/72, art. 1º, f. 2º). Esto es lo que se denomina "*apertura del recurso a prueba*".

No es frecuente que los recursos jerárquicos sean abiertos a prueba, pues generalmente ocurre que la cuestión que en ellos se debate es de puro derecho o que los respectivos elementos están agregados al expediente. No obstante, hay casos donde se produce la apertura a prueba, la cual, incluso, puede versar sobre cuestiones difíciles o complejas que exijan, por ejemplo, informes periciales, compulsas contables, etcétera.

La apertura a prueba debe, pues, ser ordenada por el *ministerio* ante el cual se tramite el recurso. Igualmente a dicho órgano le corresponde, en su caso, disponer todo lo atinente a la producción y a la recepción de la prueba. Esto es de estricta lógica, porque lo relacionado con la prueba integra el "*procedimiento*" respectivo (1570). Véase el artículo 92 del decreto n° 1759/72.

¿Cuál es la duración del período de prueba en el recurso jerárquico? Las normas vigentes guardan silencio al respecto. Por ello, y dada la "*similitud de razón*", estimo aceptable que tal lapso no debe ser mayor o más extenso que el señalado en las leyes comunes para la prueba judicial (1571).

Dado el carácter "*inquisitivo*" o "*instructivo*" del procedimiento administrativo (1572) , la prueba puede producirse sin citación del recurrente, quien podrá no obstante tachar de insuficiente o falsa la que considere así (1573) .

267. Producida la prueba se dará vista por diez días a la parte interesada -y al órgano que dictó el acto impugnado, si se estimare necesario- para que, si lo creyere conveniente, presente un escrito acerca de lo actuado y, en su caso, para que alegue también sobre la prueba que se hubiere producido. Si no se presentare alegato, se dará por decaído este derecho (decreto n° 1759/72, artículos 79 y 60). Ver decreto n° 1883/91.

268. Concluido el trámite relacionado con la presentación del alegato, debe recabarse dictamen de la respectiva Dirección de Asuntos Jurídicos (decreto n° 1759/72, arts. 61 y 92, y art. 7°, inciso *d.*, *in fine*, del decreto-ley 19549/72). Véase: Corte Suprema, "Fallos", tomo 301, página 955, considerando 6°.

Emitido dicho dictamen y, en su caso, el del Procurador del Tesoro de la Nación, las actuaciones quedarán en condiciones de que se dicte la resolución correspondiente.

269. Un último requisito exige el decreto n° 1759/72 para el trámite del recurso jerárquico: la intervención del Procurador del Tesoro de la Nación.

Según dicho decreto, artículo 92, *in fine*, y decreto 1744/73, "si el recurso se hubiere interpuesto contra resoluciones del ministro interviniente; si mediaren cuestiones jurídicas complejas o en cuyo respecto corresponda establecer jurisprudencia administrativa uniforme; o si estuviere comprometido el erario público, será también de requerimiento obligatorio, el dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación".

Por asuntos en que "*estuviere comprometido el erario público*" debe entenderse todo aquello que, en un sentido u otro, pueda afectar o interesar al patrimonio estatal. Un contrato puede ser, entonces, un asunto que comprometa al erario público.

Pero la intervención del Procurador del Tesoro en los recursos jerárquicos también se produce y se justifica cuando, sin tratarse de asuntos que comprometan al erario público, se trate de asuntos en los que se debaten cuestiones jurídicas complicadas. Así lo disponen ahora los textos citados. En la práctica es muy frecuente la intervención del Procurador del Tesoro en recursos jerárquicos por razón de la complejidad jurídica del asunto.

De acuerdo con los decretos de referencia, aparte de los casos mencionados, la intervención de la Procuración del Tesoro también es procedente cuando el recurso jerárquico se hubiere interpuesto contra resoluciones del ministro interviniente o cuando correspondiere establecer jurisprudencia administrativa uniforme.

La intervención del Procurador del Tesoro de la Nación se justifica ampliamente. El organismo a que éste pertenece -Procuración del Tesoro- tiene gran competencia en derecho administrativo, aparte de su excelente organización interna, que cuenta con un satisfactorio fichero de doctrina y jurisprudencia administrativas -con gran parte de los

datos extraídos de sus propios dictámenes- y una biblioteca bien provista manejada por personal idóneo.

270. En todo lo atinente a las "*formas*" del procedimiento administrativo a seguir en el trámite del recurso jerárquico, aparte de las que surjan expresamente de los decretos reglamentarios del mismo, han de tenerse presentes las reglas del "*debido proceso legal*", cuyo respeto es inexcusable. Trátase de requisitos que surgen del razonable juego de principios constitucionales; entre éstos debe mencionarse en primer término el de la "*audiencia al interesado*", a que hace referencia nuestra Constitución Nacional en el artículo 18, al establecer la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos, precepto éste que también tiene aplicación en la esfera administrativa (ver precedentemente, texto y nota 340). Trátase de una formalidad de esencial vigencia (1574).

Otro requisito cuyo cumplimiento debe considerarse amparados por las reglas del "*debido proceso legal*", es el de la "*publicidad*" de las actuaciones respecto a las partes intervinientes (véase precedentemente, texto y notas 338-339); el "*secreto*" extremo de las actuaciones, al impedir entonces el conocimiento de su contenido, puede determinar un estado de indefensión, ya que el interesado ignoraría sobre qué o de qué debe defenderse, o qué debe impugnar.

Los textos vigentes en la actualidad reconocen y consagran expresamente las mencionadas garantías jurídicas, inherentes al *debido proceso legal* (decreto-ley n° 19549/72, art. 1°, inciso f.; art. 2°, inciso c.; decreto n° 1759, arts. 38 y 111).

271. Todo lo relacionado con el cumplimiento, por parte de los administrados, de las "*formalidades*" exigidas en las normas reguladoras del recurso jerárquico, ha sido objeto de gran liberalidad interpretativa por parte de la Administración Pública, a través de los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación (1575).

Tal como lo expresé en otro lugar de esta obra, la errónea calificación del recurso deducido, realizada por el recurrente, no vicia ni enerva su petición, puesto que, de acuerdo a la teoría de la "*calificación jurídica*", los actos y contratos tendrán la denominación correspondiente a su naturaleza y no la que erróneamente le atribuyan las partes intervinientes. Cuando eso ocurra, el principio *iura curia novit* -de aplicación general- permitirá que la Administración le dé trámite al recurso promovido, de acuerdo a la verdadera índole del mismo (véase el n° 237, texto y nota 335).

La Procuración del Tesoro de la Nación siempre se expidió en armonía con los principios expuestos; así, en uno de sus dictámenes dijo: "Debo hacer presente que el error cometido por la recurrente no perjudica la viabilidad del recurso jerárquico, conforme con una reiterada doctrina administrativa en el sentido de que los recursos administrativos han de interpretarse conforme a la intención del recurrente, aunque los haya calificado erróneamente, bastando que durante el plazo reglamentario haya expresado su voluntad de obtener un nuevo pronunciamiento ('Colección de dictámenes', tomo 65, página 45; tomo 66, páginas 210 y 236; tomo 68, página 222; tomo 69, página 43; tomo 71, página 94; tomo 76, página 82)".

En otra ocasión, la Procuración del Tesoro, a raíz de que una persona promovió *innecesariamente* -de acuerdo al decreto n° 2126/61- un recurso de revocatoria, como previo al jerárquico, dijo: "su interposición en término y la demostración, a través del escrito de recurso jerárquico, del propósito de provocar la intervención del Poder Ejecutivo de la Nación, tornan, de acuerdo con reiterada opinión de esta Procuración, formalmente procedente el último de los recursos indicados".

En otra oportunidad, en que era menester el recurso de revocatoria previo al jerárquico, la Procuración del Tesoro de la Nación, en virtud de no ser necesario el empleo de términos sacramentales en los recursos administrativos, consideró que un telegrama, dirigido a la autoridad respectiva, donde el recurrente protestaba contra cierta medida adoptada por dicha autoridad y pedía que tal medida fuese dejada sin efecto, hacía las veces del recurso de revocatoria exigido por el decreto reglamentario del recurso jerárquico.

Esa orientación liberal de la Procuración del Tesoro de la Nación es plausible, pues, aparte de armonizar con el principio general a que hice referencia, tiende a hacer efectiva la defensa integral del derecho de los administrados.

272. Una vez concluida la tramitación del recurso jerárquico, corresponde que éste sea definitivamente resuelto. Es lo que se llama "*decisión*" del recurso.

La "*decisión*" debe ser analizada desde tres puntos de vista: a) autoridad a quien le corresponde emitirla; b) efectos de ella; c) naturaleza jurídica de la decisión.

273. ¿A qué autoridad le corresponde "*decidir*" el recurso jerárquico? Este -como su nombre lo indica- se interpone para que sea resuelto por el máximo superior jerárquico de la escala. Este superior jerárquico máximo es el Poder Ejecutivo. De manera que la "*decisión*" del recurso jerárquico le corresponde al Poder Ejecutivo, mediante "*decreto*" firmado por el Presidente de la Nación, refrendado por el ministro correspondiente. Tal es el principio general.

No obstante, en el orden nacional la reglamentación vigente sobre recurso jerárquico establece que estos recursos serán resueltos por los *ministros*, salvo que el acto impugnado emanare de un ministro, en cuyo caso será resuelto por el Poder Ejecutivo (1576) .

A veces las resoluciones emanadas de un ministro se refieren a cuestiones concernientes al régimen económico y administrativo de su respectivo departamento, para lo cual la Constitución Nacional, artículo 89 (1577) , los faculta a actuar "*por sí solos*". Incluso en estos casos procede el recurso jerárquico, que entonces será resuelto por el Poder Ejecutivo. Ya se considere que el Poder Ejecutivo es unipersonal, dual o plural, lo cierto es que los ministros son inferiores jerárquicos respecto al Presidente de la Nación, y si bien pueden tomar "*por sí solos*" resoluciones concernientes al régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos, ello no los exime del control que pueda ejercer el Presidente de la República, ni los pone a cubierto de las posibles reclamaciones de personas que se consideren afectadas.

Es evidente la procedencia del recurso jerárquico contra actos de las secretarías de Estado. Estas, constitucionalmente, no integran el Poder Ejecutivo de la Nación. Tal recurso se otorga contra actos administrativos de *funcionarios públicos*, carácter que revisten los secretarios de Estado. En la práctica administrativa son frecuentes los recursos jerárquicos contra tales decisiones de secretarios de Estado. En el trámite de tales recursos intervienen los ministerios que tengan jurisdicción sobre la respectiva secretaría de Estado.

Cuando la decisión de un recurso jerárquico la efectúe el Poder Ejecutivo, ello se lleva a cabo mediante "*decreto*"; en cambio, cuando la decisión provenga de un ministerio, ello se efectuará mediante "*resolución*". Véase el n° 81.

C. RECURSO REGLADO. EL RECURSO JERÁRQUICO

244. El "recurso jerárquico", *stricto sensu*, tiene idéntico objeto que la "mera apelación jerárquica". Pero para lograr dicho objeto se valen de *procedimientos diferentes*: el recurso jerárquico se desenvuelve de acuerdo a un procedimiento establecido en la norma que le rige (procedimiento "reglado"), en tanto que la mera apelación jerárquica carece de normas específicas de procedimiento, el que entonces es "no reglado". El recurso jerárquico, propiamente dicho, es, pues, un recurso "*formal*".

En mérito a lo expuesto, y a la noción conceptual que he dado acerca de la mera apelación jerárquica, el "*recurso jerárquico*" puede definirse como la reclamación que se promueve para que el superior jerárquico del autor del acto que se cuestiona, examinando este acto, lo modifique o lo extinga, *siguiendo para ello el procedimiento expresamente establecido en las normas vigentes*.

245. Como su propio nombre lo indica, el recurso jerárquico reposa en la existencia de una *relación jerárquica*, que trasunta una supremacía del órgano superior respecto al inferior (1458) . Tal es su fundamento *racional*.

En cambio, el fundamento *positivo* de dicho recurso es el "*principio*" derivado del artículo 14 de la Constitución Nacional, en cuyo mérito todos los habitantes del país tienen el derecho de "*peticionar*" a las autoridades (1459) . Pero como tal derecho, a igual de cualquier otro derecho, debe ejercerse conforme a las leyes que se establezcan reglamentando su ejercicio, va de suyo que el Poder Ejecutivo, ante el cual se ejercitare ese derecho de peticionar, tiene potestad constitucional *exclusiva* para reglamentar, *dentro de su esfera y para fines exclusivamente "administrativos"*, el derecho de peticionar, estableciendo no sólo las normas que impliquen el procedimiento que al efecto deberán seguir los administrados, sino también las que impliquen una "*autolimitación*" de sus propias facultades (Constitución Nacional, artículo 86 , inciso 1° (1460)), normas, todas éstas, que una vez establecidas obligan no sólo a los administrados sino también a la Administración, porque tales normas, al integrar el bloque de la legalidad, constituyen un límite a la actividad jurídica de la Administración. De modo que el fundamento "*positivo*" del recurso jerárquico a que se refiere la reglamentación vigente (decreto n° 7520/44, y decretos complementarios de éste) son los artículos 14 y 86 , inciso 1° (1461) de la Constitución Nacional (1462) . Al "*reglamentar*" dentro de su esfera y para fines

exclusivamente "*administrativos*" el derecho de peticionar, dictando al efecto el decreto n° 7520/44 y complementarios (1463) , el Poder Ejecutivo ha ejercido potestades constitucionales propias y exclusivas integrantes de la zona de "*reserva de la Administración*" (sobre esto, véanse los números 68 y 68 bis). Los decretos reglamentarios del "*recurso jerárquico*" constituyen reglamentos "*autónomos*", con todas sus consecuencias jurídicas, trasuntando en la especie el concepto de "*ley*" reglamentaria del ejercicio de un derecho, a que hace referencia el artículo 14 de la Constitución Nacional (véase precedentemente, n° 59).

Pero como este recurso es una manifestación del poder jerárquico o de mando, resulta que, en nuestro país, en el orden nacional, por las razones que he dado en otro lugar de esta obra (números 118-121), no sólo procede respecto a órganos de la Administración *centralizada*, sino también respecto a entidades autárquicas institucionales cuya creación le corresponda constitucionalmente al Poder Ejecutivo, pues respecto a estos entes, en nuestro país y mientras no sigamos el ejemplo de Uruguay que al respecto reformó su Constitución, el Poder Ejecutivo sigue teniendo y ejerciendo poder "*jerárquico*" (ver n° 119).

246. El recurso jerárquico es eminentemente un recurso "*administrativo*", que se desenvuelve dentro de la Administración; no es un recurso "*contenciosoadministrativo*", el cual se desenvuelve fuera del ámbito de la Administración activa (1464) . De modo que el recurso jerárquico integra el *contenido* del Derecho Administrativo (ver números 30 y 32).

Sin embargo, la circunstancia de que este recurso sea "*administrativo*" *stricto sensu*, no obsta a que la "*decisión*" que se dicte en el mismo tenga substancia "*jurisdiccional*", según lo haré notar más adelante.

Asimismo, el hecho de que tal recurso sea administrativo *stricto sensu*, y no "*contenciosoadministrativo*", no impide que, en ciertos casos, actúe como presupuesto o condición para el ulterior ejercicio del recurso contenciosoadministrativo o directamente para una demanda o acción ordinaria contra el Estado.

247. Va de suyo, y así lo puse de manifiesto en párrafos precedentes, que entre el "*recurso jerárquico*", propiamente dicho, y la "*mera apelación jerárquica*", si bien existen analogías, hay diferencias (1465) .

En el n° 243 me he ocupado de las analogías y diferencias existentes entre el recurso jerárquico y la mera apelación jerárquica. Me remito a lo dicho en ese lugar.

248. ¿Cuál de los poderes u órganos estatales hállase facultado para instituir orgánicamente el recurso jerárquico? ¿El Poder Legislativo, a través de una ley formal, o el Poder Ejecutivo, a través de un reglamento o decreto?

Ante todo conviene recordar que acerca del rango o plano del reglamento respecto a la ley, no es posible dar una regla fija: a veces la ley ocupará un plano o rango preeminente con relación al reglamento; otras veces éste lo ocupará respecto a la ley. Todo depende de las circunstancias. En el primer caso se hallan los reglamentos de ejecución, que

indiscutiblemente han de subordinarse a la ley que ejecutan; en el segundo caso se encuentran los reglamentos que no dependen de ley alguna, sino que encuentran su origen positivo en la propia Constitución, por referirse a materias atribuidas por ésta exclusivamente al órgano Ejecutivo de gobierno: trátase de los reglamentos "*autónomos*", "*independientes*" o "*constitucionales*". En tal orden de ideas, si una ley formal estatuyere sobre una materia que, constitucionalmente, es propia y exclusiva del órgano Ejecutivo, dicha ley debe ceder ante un reglamento del Ejecutivo que preceptúe en forma distinta sobre dicha materia (ver el nº 64, texto y notas 218-219).

Los decretos reglamentarios del "recurso jerárquico" constituyen reglamentos "*autónomos*", pues el contenido de los mismos corresponde a materias atribuidas directa y exclusivamente por la Constitución al Poder Ejecutivo (Constitución, artículo 86 , inciso 1º (1466)).

El recurso jerárquico tiene dos objetivos esenciales: 1) establecer para la Administración Pública una "*autolimitación*" de sus propias facultades; 2) establecer el procedimiento que los administrados han de seguir, *dentro de la Administración Pública* y para fines "*exclusivamente administrativos*", al ejercitar el derecho de peticionar. La regulación normativa de tales propósitos le corresponde al Poder Ejecutivo de la Nación, por cuanto integran la atribución de ejercer "*la administración general del país*" que la Constitución pone a cargo de dicho poder (Constitución Nacional, artículo 86 , inciso 1º (1467)). Al ejercer esas facultades constitucionales, el Poder Ejecutivo ejerce potestades -propias y exclusivas- que integran la zona de "*reserva de la Administración*" (sobre esto último, ver números 68 y 68 bis. Además, véase el nº 245, donde se advierte que, para preceptuar en esta materia, el reglamento "autónomo" es el instrumento jurídico adecuado).

De modo que los recursos "*administrativos*" -entre ellos el "jerárquico"- no requieren ley formal que les sirva de base, pues, importando ellos una manifestación de la "*organización administrativa*", a la vez que una autolimitación o regulación de sus propias potestades por parte del Poder Ejecutivo, va de suyo que la facultad para instituirlos le corresponde privativamente a dicho poder quien al efecto se vale del instrumento jurídico con que expresa su voluntad: el "*decreto*" o el "*reglamento*" (ver números 223, 238 y 245).

Los reglamentos que el Poder Ejecutivo emita instituyendo recursos administrativos, entre éstos el "jerárquico", integran el bloque de la legalidad, y obligan no sólo a los administrados, sino también a la Administración, a cuya actividad jurídica sirven de límite (ver nº 9, texto y nota 83).

En síntesis: los "recursos" en el procedimiento administrativo -verbigracia el recurso "jerárquico"- no requieren ser establecidos por ley formal. Más aún: a esos efectos la ley formal es improcedente, porque improcedente es en esta materia la intervención del Poder Legislativo. Tales recursos, por las razones dadas, deben ser instituidos por el Poder Ejecutivo, quien al respecto se vale del instrumento jurídico a su alcance: decreto o reglamento. La ley formal carecería de eficacia constitucional.

249. Ni la mera "*apelación jerárquica*" ni el "*recurso jerárquico*" pueden ser válidamente excluidos o suprimidos, *en forma "total"*, de nuestro ordenamiento jurídico o de sectores

determinados del mismo. En cada especie podrá limitarse o circunscribirse esos medios de impugnación a "*ciertos*" actos o procedimientos, o podrá excluirse de esos medios de impugnación a otros actos determinados, pero no podrá suprimírseles *totalmente* de un ámbito administrativo. Así, por ejemplo, en el ámbito universitario se ha suprimido el recurso jerárquico contra resoluciones de los consejeros superiores de las universidades (decreto-ley nº 10775, del 15 de junio de 1956, artículo 5º); pero no se ha suprimido la atribución del interesado para llegar administrativamente hasta el Consejo Superior de la universidad, recurriendo contra actos de las autoridades inferiores de la universidad o de las respectivas facultades. Hay ahí una "*limitación*" del recurso jerárquico, pero no una "*supresión*" total del mismo, pues, dentro del ámbito universitario, se le admite hasta cierta altura de la línea jerárquica (1468) (1469) .

Si el Poder Ejecutivo dictase un decreto o reglamento prohibiendo o suprimiendo "*totalmente*" la mera apelación jerárquica o el recurso jerárquico, el decreto o reglamento en cuestión serían inconstitucionales, porque en lugar de contener una "*reglamentación*" del derecho de peticionar a las autoridades en el ámbito administrativo, implicarían un "*cercenamiento*" total de ese derecho, con el consiguiente agravio a la Constitución, ya que ésta, en su artículo 14 , consagra el expresado derecho de peticionar.

Si la mencionada supresión o prohibición la efectuase el Poder Legislativo, la ley pertinente sería inconstitucional por dos razones: 1) porque se habría desconocido el derecho de peticionar a las autoridades, a que hace referencia el artículo 14 de la Constitución; 2) porque el Poder Legislativo, excediendo su competencia constitucional, habría invadido la zona de "*reserva de la Administración*", violando el artículo 86 , inciso 1º (1470) de la Constitución.

¿Qué ocurriría si la "*limitación*" del recurso jerárquico fuese dispuesta en un "*decreto-ley*"? ¿Sería nulo en lo pertinente este último? (1471) . Contesto negativamente. Un decreto-ley es un acto emitido por un gobierno de facto (véase nº 62), donde el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo están subsumidos en un solo y único órgano: el órgano presidencial, que entonces no sólo ejerce las atribuciones del Presidente de la Nación, sino también las del Poder Legislativo. Si la limitación de referencia pudo haberse hecho válidamente a través de un "*decreto*" simple, emitido por el Presidente provisional, el hecho de que en la especie se haya utilizado el "*decreto-ley*" no afecta la validez del acto, pues aquí es de aplicación el principio general en cuyo mérito el exceso de formalidades no vicia el acto. Aparte de ello, adviértase que tanto en el decreto simple, como en el decreto-ley, actúa como jefe de gobierno la misma persona: el Presidente, aunque pueda variar el número de ministros o secretarios de Estado intervinientes, según se trate del decreto simple o del decreto-ley.

Pero si bien el "recurso jerárquico" puede ser "*limitado*" con referencia a su ejercicio, no puede, en cambio, ser "*restringido*" en forma tal que ello implique una verdadera desnaturalización de sus finalidades. En ese orden de ideas, en cierta oportunidad la Procuración del Tesoro de la Nación declaró que un ente autárquico no puede válidamente, mediante reglamentaciones internas, obstruir -directa o indirectamente- el acceso al recurso

jerárquico del decreto n° 7520/44. Esto es así efectivamente, pues una actitud como la indicada implicaría desconocer potestades constitucionales del Presidente de la Nación.

250. ¿Puede el "*superior*" jerárquico *avocarse* el conocimiento y decisión de un recurso jerárquico? Es decir ¿puede el "*superior*", por sí mismo, o sea sin pedido de parte, sustituir al "*inferior*" en el conocimiento y decisión de un recurso jerárquico planteado ante este último?

En otro lugar de esta obra me ocupé de esta cuestión. Dije que cuando se admita el recurso jerárquico contra lo resuelto por el inferior, la avocación no procede, pues se estima que lo contrario, al disminuir las instancias en que se desarrolla el debate, atenta contra la amplitud de la defensa, disminuyendo las garantías individuales. Además, la actuación del órgano u órganos inferiores permite que el órgano superior que decidirá el recurso cuente con elementos que disminuirán su posibilidad de error (ver número 190, texto y nota 129).

251. Actualmente, en el orden nacional, el recurso jerárquico hállase regido por los siguientes decretos del Poder Ejecutivo:

a) Decreto n° 7520, del 28 de marzo de 1944 (1472) . Es el decreto orgánico que rige en la actualidad, complementado por los textos que en seguida indicaré (1473) .

b) Decreto n° 21680, del 6 de septiembre de 1949 (1474) . Establecía que el recurso de revocatoria a que se refiere el artículo 2°, apartado 3, primer párrafo, del decreto n° 7520/44, debía ser interpuesto dentro de los quince días de la notificación de la resolución que se recurra (1475) .

c) Decreto n° 19041, del 25 de septiembre de 1951. Dispone que para computar los plazos a que se refieren los dos decretos mencionados precedentemente, sólo se contarán los días hábiles administrativos (1476) .

d) Decreto n° 2126, del 20 de marzo de 1961. Establece quiénes resolverán el recurso de revocatoria a que se refiere el decreto n° 7520/44, y que contra las decisiones que esas autoridades dicten, corresponderá directamente el recurso jerárquico, salvo las excepciones previstas en las normas vigentes (1477) .

Originariamente, en el orden nacional, y hasta que se dictó el decreto n° 7520/44, el recurso jerárquico estaba regulado por el decreto dictado en acuerdo general de ministros, el 7 de abril de 1933 (1478) . Pero debido a que dicho decreto no mencionaba expresamente a las entidades autárquicas, el 7 de noviembre de 1934 se dictó otro decreto declarando que el recurso jerárquico creado por el del 7 de abril de 1933, comprendía a dichas entidades. Véase el n° 127 de la presente obra, donde se mencionan los pormenores atinentes a estos dos antiguos decretos (1479) .

252. Si bien el recurso jerárquico fue instituido para impugnar los actos de la Administración Pública que se consideren lesivos para el recurrente, y a pesar de la aparente generalidad de los términos que al efecto emplea el decreto n° 7520/44, dicho recurso no procede respecto a todo órgano administrativo, ni contra *todo* acto de la

Administración Pública, ni su ejercicio le corresponde a *todo* administrado, ni siempre el procedimiento del expresado decreto es el indicado para impugnar el respectivo acto de la Administración Pública.

Es necesario, entonces, aclarar en qué casos procede el recurso jerárquico a que se refiere el decreto n° 7520/44, análisis que debe efectuarse con relación a cada uno de los puntos mencionados precedentemente (1480) .

253. a) *En cuanto al órgano emisor del acto.*

1) En primer término cuadra señalar que el recurso en cuestión sólo procede respecto a órganos *estatales stricto sensu*. En este orden de ideas, el decreto 7520 establece que el recurso jerárquico procede contra decisiones dictadas por "*funcionarios públicos, órganos centralizados y entidades autárquicas*" (art. 1°). En su mérito, aun tratándose de personas jurídicopúblicas, si éstas no son a la vez "*estatales*" (ver n° 100), el recurso es improcedente (1481) .

Con acierto, Santamaría de Paredes pudo decir que al "concepto de la Administración como poder público y no como personalidad jurídica cualquiera, se refiere el *procedimiento administrativo*; los límites que marcan la esfera de su acción como tal poder, son también los límites de su procedimiento; tan pronto como aparece la personalidad jurídica aislada del principio de autoridad, es atraída por el procedimiento ordinario" (1482) .

Como consecuencia de lo expuesto, este recurso no procede respecto a actos de personas o entidades privadas o particulares (1483) , ni contra actos de la autoridad eclesiástica, pues si bien la Iglesia Católica es una persona jurídicopública, no es en cambio una persona jurídicopública "*estatal*" (1484) .

2) El recurso jerárquico sólo procede respecto a órganos de la administración "*civil*" del Estado, quedando fuera de su órbita los órganos correspondientes a la administración "*castrense*" (ejército, armada nacional y aeronáutica militar) (1485) - (1486) .

La solución precedente, que excluye del recurso jerárquico a la administración "*castrense*", es compartida por la mayoría de los expositores argentinos que dedicaron su atención especial a este tema (1487) . Por las razones que en seguida indicaré, comparto en un todo tal criterio. No obstante, hay quien piensa lo contrario, sosteniendo que el recurso jerárquico también debe comprender a la administración militar, porque ésta es parte de la Administración Pública que está a cargo del Presidente de la Nación; de donde resulta -sigue diciéndose- que negar el recurso jerárquico en la administración militar implica limitar la autoridad presidencial, contrariando el texto y el espíritu de la Constitución Nacional (1488) . Considero que este razonamiento no es aceptable.

Como lo expresa Pearson, si bien es cierto que la exclusión del recurso jerárquico en el ámbito castrense no está manifestada expresamente, ello resulta del texto normativo (1489) . ¿De qué parte del decreto n° 7520/44 resulta que el recurso jerárquico es inaplicable en la administración militar? Ello surge del artículo 14 de dicho decreto, en

cuyo mérito sus disposiciones no son aplicables en los casos especiales regidos por leyes o reglamentos específicos. Este es, precisamente, el caso de la administración castrense que, como lo expresara Bielsa, "*tiene un ordenamiento jerárquico y disciplinario propio*" (1490) . Esta es la razón por la cual la administración militar (fuerzas armadas) hállese excluida del recurso jerárquico previsto en el decreto n° 7520/44 (1491) .

Pero el argumento contrario a la exclusión del recurso jerárquico en el ámbito de las fuerzas armadas, también resulta inaceptable en cuando dice que ello implica limitar la autoridad presidencial, contrariando el texto y el espíritu de la Constitución Nacional. No es así. No hay tal limitación de la autoridad presidencial, ni tal oposición al texto o al espíritu de la Constitución, pues el recurso jerárquico, como todo recurso administrativo que haya de regir dentro de la Administración Pública y para fines *exclusivamente* "administrativos", no lo instituye, ni podría instituirlo, el Poder Legislativo, sino el "*propio Poder Ejecutivo*", que al efecto realiza una *autolimitación válida* de sus potestades constitucionales (véase lo dicho en los números 223, 238 y, especialmente, 248). Siendo así, mal puede hablarse de que exista ahí una limitación indebida de la autoridad presidencial o que ello implique contrariar el texto y el espíritu de la Constitución Nacional. Como lo dijo en cierta oportunidad la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "cada uno de los tres altos poderes que forman el Gobierno de la Nación, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente". De manera que en el ejercicio de sus respectivas potestades constitucionales, cada uno de los poderes que integran el Gobierno es juez del medio elegido para ello, sin otra limitación que la que de ese medio no resulte incompatible con alguna de las limitaciones impuestas por la misma Constitución (1492) .

No obstante, existe un caso en el que debe hacerse lugar al recurso jerárquico contra actos o decisiones de las autoridades castrenses: me refiero al supuesto que un *tercero*, extraño por completo a la organización de las fuerzas armadas, tuviere tratos con dichas autoridades y a raíz de ello se viere precisado a recurrir contra lo resuelto por éstas. Si el trámite de la cuestión de referencia no estuviere de antemano expresamente previsto en los reglamentos de las fuerzas armadas, corresponderá hacer lugar al recurso jerárquico del decreto n° 7520/44 (1493) , que dedujere el interesado, pues la especie que habría originado la controversia escapa a la *ratio juris* que justifica la exclusión de dicho recurso en este ámbito de las actividades estatales.

3) El recurso jerárquico no procede contra actos del propio Poder Ejecutivo (órgano presidencial). Esto por dos razones: en primer lugar, porque el órgano presidencial (1494) no tiene superior jerárquico (1495) ; en segundo lugar porque en el recurso jerárquico el Presidente de la República, al ocupar la más alta posición en la escala jerárquica, es precisamente quien pone *fin* a la controversia mediante su resolución.

Pero debe advertirse que si bien, respecto a las decisiones del órgano presidencial, o Poder Ejecutivo, no procede el recurso jerárquico, sí proceden otros recursos: el de "revocación" o "revocatoria", a fin de que el Poder Ejecutivo reforme o extinga su propio acto (1496) ; asimismo, contra las resoluciones o decisiones del órgano presidencial, especialmente

contra las que recaigan en recursos jerárquicos, procede el recurso de "revisión", a fin de que por esa vía el Poder Ejecutivo supla algún error o alguna omisión en que haya incurrido al considerar las cuestiones sometidas a su decisión. La procedencia del recurso de "revisión" contra la decisión del Presidente de la República recaída en un recurso jerárquico, fue sugerida encomiable y acertadamente por la Procuración del Tesoro de la Nación en sus dictámenes. De este punto volveré a ocuparme más adelante (nº 279) (1497) .

¿Qué decir de las decisiones de los "*ministros*" del Poder Ejecutivo? ¿Son susceptibles de impugnación mediante el "*recurso jerárquico*"? Es necesario distinguir la índole de la "*decisión*" de que se trate. Si se tratare de resoluciones que los ministros pueden dictar por sí solos, en ejercicio de propias facultades constitucionales, o sea las relacionadas con el régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos (artículo 89 (1498) de la Constitución), puede promoverse dicho recurso ante el Presidente de la Nación, en cuyo caso el refrendo debe requerírsele al ministro que interviene en reemplazo de aquél en los casos de impedimento. Aquí el ministro no actúa como integrante del Poder Ejecutivo, sino como jefe de un departamento de gobierno (1499) . Pero si la actuación y decisión del ministro fuere en su carácter de integrante del Poder Ejecutivo, el recurso jerárquico sería improcedente, porque, según quedó dicho en un párrafo anterior, es inadmisibile el recurso jerárquico contra actos del órgano presidencial (1500) . Véase el nº 273.

En cuanto a las decisiones de los "*secretarios de Estado*", ¿procede el recurso jerárquico? Contra las decisiones de tales funcionarios dicho recurso es procedente sin duda alguna: 1) porque ellos no integran el Poder Ejecutivo, el cual, aparte del Presidente de la Nación, únicamente estaría integrado por los "*ministros*" (ver números 173-174), pero no por los secretarios de Estado; de modo que lo dicho acerca de la improcedencia del recurso jerárquico contra actos del Poder Ejecutivo no alcanza a los secretarios de Estado; 2) sin perjuicio de lo que antecede, es de advertir que el recurso jerárquico se otorga contra actos administrativos de "*funcionarios públicos*", carácter que invisten los secretarios de Estado.

4) Los actos de la autoridad "*policial*" están sujetos al recurso jerárquico (1501) . En tal orden de ideas las decisiones del Jefe de Policía de la Capital pueden ser objeto de recurso jerárquico ante el Poder Ejecutivo, ya que el Presidente de la República es el máximo superior jerárquico de la Administración Nacional -a la que pertenece el Jefe de Policía-, a la vez que es el jefe inmediato y local de la Capital (1502) (Constitución Nacional, artículo 86 (1503) , incisos 1º y 3º (1504)). El artículo 1º del decreto nº 7520/44, no excluye a las resoluciones del Jefe de Policía del recurso jerárquico que ahí se establece (1505) - (1506) . Tal es el "principio"; pero éste sólo es aplicable respecto a derechos de substancia exclusivamente "*administrativa*". Los derechos de índole "*política*" quedan excluidos de tal principio.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de pronunciarse en cuestiones como la que dejo expuesta. Así, con referencia al derecho de "*reunión*", por considerar que al respecto las facultades del Jefe de Policía de la Capital surgían del Código de Procedimientos en lo Criminal, declaró que tratándose del derecho de reunión, ante una resolución del Jefe de Policía denegatoria del permiso respectivo, puede promoverse

directamente el recurso extraordinario de inconstitucionalidad ante ella, a pesar de la existencia del recurso administrativo reglamentado por decreto del Poder Ejecutivo (1507) . Es posible que con tal sentencia la Corte Suprema, ante la eventual tardanza del Poder Ejecutivo para resolver el recurso jerárquico que se promoviere ante él, trató de impedir que el ejercicio del derecho de reunión quedase frustrado. ¿Es ajustada a derecho tal decisión? Contesto afirmativamente, pues, como ya lo expresé en forma reiterada en varias partes de esta obra (ver números 223, 238 y, especialmente, 248), la potestad del Poder Ejecutivo para reglamentar e instituir válidamente el recurso jerárquico se refiere al recurso que, si bien se ejercita *dentro* de la Administración Pública, contemple *exclusivamente* derechos de índole "*administrativa*"; en cambio, en el caso del derecho de reunión no se trata de un derecho de naturaleza "*administrativa*", sino de un derecho de índole "*política*", cuyo ejercicio debe ser reglamentado por el Poder *Legislativo*, a través de una ley formal. De ahí que todo lo atinente al derecho de reunión quede excluido del recurso jerárquico a que se refiere el decreto n° 7520/44 (1508) . Por ello, y como al respecto la Corte Suprema invocó las disposiciones de una ley formal (Código de Procedimientos en lo Criminal), estimo que su fallo se ajusta a nuestro orden jurídico. La vía del recurso jerárquico pudo ser seguida por los recurrentes en el caso mencionado, si ellos lo hubiesen deseado; pero, por las razones expresadas, *a los efectos del recurso extraordinario de inconstitucionalidad* no estaban obligados a seguirla (1509) .

5) Lo atinente al recurso jerárquico contra actos de *entidades autárquicas institucionales* debe analizarse desde dos puntos de vista: a) respecto a si dicho recurso procede contra *todo* acto de dichas entidades; b) acerca del alcance o extensión del recurso jerárquico contra actos de dichos entes, en los supuestos en que el recurso sea viable.

De este último aspecto del recurso jerárquico en su vinculación con entidades autárquicas, me ocuparé más adelante en parágrafo aparte. Ahora sólo me referiré al primero de los aspectos enunciados.

Con relación a los entes autárquicos, el recurso jerárquico no procede contra *todo* acto de dichas entidades. De acuerdo al artículo 1°, segunda parte, del decreto n° 7520/44, en estos casos el recurso de referencia "*no*" procede cuando las entidades autárquicas "*hubiesen obrado como personas jurídicas civiles*" (1510) .

En consecuencia, tratándose de entidades autárquicas, el recurso en cuestión sólo procede cuando tales entidades hayan actuado en el campo del *derecho público*, desplegando sus potestades administrativas *stricto sensu*. Así, por ejemplo, tratándose de un contrato "*administrativo*", el recurso jerárquico sería procedente; en cambio si se tratare de un contrato "*civil*" -de derecho privado, en suma- de la Administración, el recurso jerárquico es improcedente (1511) .

6) Tratándose de las universidades nacionales, el recurso jerárquico no procede respecto a las resoluciones del *Consejo de la Universidad*. Así lo dispone el artículo 5° del decreto-ley n° 10775/56, que dice: "Contra las resoluciones del Consejo de la Universidad, sean las dictadas de acuerdo con lo previsto en el artículo 33, inciso 1° del decreto 6403/55 o en

función de lo establecido en el artículo 4º del presente decreto-ley, o cualesquiera de otro carácter o naturaleza, no habrá recursos jerárquicos" (1512) - (1513) .

Acerca del decreto-ley nº 10775/56, en sus aspectos jurídicos, me he ocupado precedentemente en el número 249, al cual me remito.

7) El recurso jerárquico no procede contra los actos emitidos por órganos administrativos cuyas funciones o actividades sean de tipo "*jurisdiccional*". Sobre esos órganos o funcionarios no existe poder jerárquico. La razón de todo esto es obvia, pues al respecto se aplica por reflejo la situación del juez que integra el Poder Judicial, ámbito donde no hay "subordinación", sino mera "*coordinación*". En cambio, el recurso jerárquico es expresión del poder jerárquico o de mando (1514) (1515) .

8) Tampoco procede el recurso jerárquico contra los actos de órganos "*consultivos*", es decir respecto a los "dictámenes" emitidos por éstos.

La razón de ello es triple: en primer lugar, porque los órganos "*consultivos*" hallanse fuera de la jerarquía propiamente tal (1516) ; en segundo lugar, porque, de acuerdo al artículo 1º, segunda parte, del decreto nº 7520/44, dicho recurso no se admite "contra las medidas preparatorias de decisiones administrativas, ni contra los informes administrativos", referencia que incluye a los dictámenes de los órganos consultivos o asesores (1517) ; en tercer lugar, porque los órganos "*consultivos*" no emiten "*actos administrativos*", requisito *sine qua non* para la procedencia de un recurso jerárquico (art. 89 del decreto 1759/72).

9) Con referencia a las "*empresas del Estado*" el recurso jerárquico ofrece modalidades singulares, dado que en nuestro país -como también ocurre en otros- gran parte de dichas empresas, a pesar de sus finalidades de tipo industrial o comercial, hallase constituida como "*entidad autárquica*".

La procedencia o no del recurso jerárquico respecto a actos de dichas empresas depende, entonces, de la organización jurídica que se le haya asignado. De todo eso me ocupé precedentemente en el nº 141, al cual me remito.

254. b) *En cuanto al acto en sí mismo.*

1) Para la procedencia del recurso jerárquico debe tratarse, ante todo, de un "*acto administrativo*". En este sentido el decreto nº 7520/44, artículo 1º, dice que el recurso procederá contra las "*decisiones*", etcétera (1518) . El mero "*hecho*" administrativo no daría lugar al recurso. El acto "*civil*" de la Administración tampoco podría dar lugar al recurso jerárquico, ya que para esto es indispensable el acto "administrativo" (1519) . En síntesis: el Estado -Administración Pública, en la especie- debe haber actuado en el campo del derecho público (1520) .

En lo atinente a si las "*circulares*" e "*instrucciones*" administrativas son o no susceptibles de ser recurridas por los administrados, véase precedentemente, nº 27, texto y nota 195.

2) Para que el recurso jerárquico proceda no debe tratarse de simples medidas "*preparatorias*" de decisiones administrativas; tampoco debe tratarse de meros "*informes*" administrativos. Así lo dispone el decreto n° 7520/44, artículo 1º, segunda parte (1521) .

¿Qué ha de entenderse por medidas "*preparatorias*"?

Ante todo, adviértase el poco acierto en la redacción del precepto citado, que después de negar la procedencia del recurso jerárquico contra "*medidas preparatorias de decisiones administrativas*", agrega: "*ni contra los informes administrativos*". Los "*informes*" administrativos, con relación a una "*decisión*" administrativa, son obvias e indubitables "*medidas preparatorias*" (1522) . El texto en cuestión incurre, pues, en redundancia o pleonismo.

Se ha dicho que medidas o actos preparatorios son los que *no producen efectos jurídicos inmediatos* (1523) . Tal noción debe ser completada con otros datos. Estimo que por "*medidas preparatorias*" deben entenderse las que, *por sí mismas*, no sean susceptibles de producir efectos jurídicos inmediatos y "*definitivos*" (1524) .

Un "*informe*" adverso a una persona puede ser causa para que la Administración Pública, sin dictar una resolución expresa, se *abstenga* de acceder a lo que dicha persona solicita. Se trata, pues, de una mera "*abstención*"; no de una "*decisión*" denegatoria. El "*informe*" en cuestión constituye una "*medida preparatoria*"; no obstante, en el ejemplo dado produjo efectos jurídicos inmediatos: la abstención de la Administración; pero estos efectos jurídicos, si bien inmediatos, no son o pueden no ser "*definitivos*". Por eso estimo que este último requisito -el efecto jurídico "*definitivo*"- debe integrar la noción conceptual de "*medida preparatoria*" respecto a una decisión administrativa.

Las respectivas "*medidas preparatorias*" son "*presupuestos*" de la pertinente decisión administrativa (1525) .

Específicamente ¿cuáles son los actos que integran el concepto de "*medidas preparatorias*"? Téngase presente que ha de tratarse de medidas realizadas "*por la Administración Pública*", o provenientes de ella, pues sólo respecto a medidas de ese origen puede referirse el recurso jerárquico. La doctrina está conteste en considerar como "*medidas preparatorias*", entre otros, a los siguientes actos: 1) los provenientes de órganos consultivos (dictámenes) (1526) ; 2) las medidas que impliquen la comprobación de la existencia de determinados hechos o circunstancias que, a su vez, pueden servir de base a una decisión concreta (actas de comprobación, de reconocimiento, de inspección, etc.; sumarios). Entre los dictámenes de los órganos consultivos y las expresadas medidas de "*comprobación*" existe una diferencia esencial: los primeros trasuntan o expresan una opinión, en tanto que las segundas sólo se refieren a la existencia o no de determinados hechos (1527) . Asimismo se consideran simples "*medidas preparatorias*" los proyectos de resolución y las resoluciones emitidas *ad-referendum* (1528) . Los "*informes*" también deben tenerse como "*medidas preparatorias*", sin perjuicio de que por disposición expresa del artículo 1º del decreto n° 7520/44 el recurso jerárquico es improcedente a su respecto (1529) .

3) Los actos llamados de "*gobierno*" no son susceptibles de impugnación mediante el recurso "jerárquico", porque se trata de actos que única y exclusivamente pueden ser emitidos por el Poder Ejecutivo (órgano presidencial); siendo así, va de suyo que la impugnación jerárquica no procede, dado que el Poder Ejecutivo hállase en la cúspide de la línea jerárquica, no teniendo sobre él superior jerárquico alguno. De manera que, en el ámbito *administrativo*, el acto de gobierno es irrevisable en vía jerárquica, por la razón expuesta.

Los órganos -centralizados o descentralizados- que están debajo del Poder Ejecutivo (órgano presidencial) no pueden emitir actos de "gobierno", sino únicamente actos "administrativos", pues la actividad de "gobierno", en el orden administrativo, sólo está a cargo del órgano "*presidencial*". Los órganos inferiores, centralizados o descentralizados, no gobiernan: sólo administran (1530) .

4) Los actos *administrativos* que se refieran a derechos de índole o substancia "*política*", pueden ser impugnados por los administrados mediante el recurso jerárquico. Es lo que ocurriría, por ejemplo, con una decisión del Jefe de Policía de la Capital que denegase el permiso solicitado para realizar una "*reunión*" pública. Trataríase, pues, del "*derecho de reunión*".

En casos como el expresado es procedente el recurso jerárquico. Su ejercicio queda librado al arbitrio del interesado. Pero si en la especie mencionada el administrado considerase que la decisión denegatoria del Jefe de Policía es inconstitucional, tal resolución puede ser "*directamente*" impugnada ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante el recurso extraordinario de inconstitucionalidad, no siendo necesario, entonces, agotar la vía del recurso jerárquico para que la resolución del Jefe de Policía se considere "*definitiva*" a los efectos del recurso extraordinario.

En el número 253, punto 4º, quedaron expuestas las razones que justifican lo que dejo dicho.

5) Los actos administrativos emitidos en ejercicio de una actividad "*discrecional*" son susceptibles de impugnación mediante el recurso jerárquico (1531) . El decreto nº 7520/44 no excluye de sus preceptos a dicha categoría de actos (1532) .

La razón que justifica lo expuesto es la siguiente: una vez que la Administración Pública "*emite*" un acto en ejercicio de su actividad discrecional, el "*contenido*" del derecho emergente de tal acto es de idéntica substancia o naturaleza que el del derecho nacido del ejercicio de la actividad "*reglada*". Sobre este punto esencial hay uniformidad en la doctrina contemporánea. Véase el número 21, texto y notas 142-144. Siendo así, y si el acto administrativo emitido en ejercicio de una actividad "*reglada*" es susceptible de impugnación mediante el recurso jerárquico, por identidad de motivos podrá ser impugnable el acto emitido en ejercicio de una actividad "*discrecional*".

¿Qué decir del acto dictado en ejercicio de la discrecionalidad "*técnica*"? Esta es una actividad *libre* de la Administración Pública (1533) , por lo que está al margen de la

impugnación por la vía del recurso jerárquico (1534) . Pero discrecionalidad "técnica" no implica actividad "arbitraria"; en consecuencia, si el administrado adujere razones atendibles, deberá concedérsele un recurso contra el respectivo acto (1535) , ya se trate de un recurso de "*revisión*" (decreto-ley nº 19549/72, art. 22), de "*aclaratoria*" (decreto nº 1759/72, art. 102), u otro.

274. ¿Cuáles son los "*efectos*" que puede producir la *decisión* del recurso jerárquico respecto al acto impugnado o recurrido, en el supuesto de que se haga lugar a dicho recurso?

Es necesario distinguir según se trate de un recurso contra el acto de un órgano de la Administración centralizada o contra el acto de un órgano de la Administración descentralizada orgánicamente (autarquía).

Tratándose de un recurso contra un acto de la Administración centralizada, los efectos de la "*decisión*" que haga lugar al recurso son plenos. Pueden comprender tanto la ilegitimidad como la oportunidad del acto; éste, mediante revocación, puede ser *extinguido* por la autoridad que decide el recurso, e incluso el contenido o substancia de la *decisión* puede implicar la "*sustitución*" o "*reforma*" del acto impugnado (1578) . Todo esto es una consecuencia lógica del *poder jerárquico* que en la especie tiene y ejerce la autoridad de control.

Tratándose del recurso contra el acto de una entidad autárquica institucional (Administración "descentralizada"), para establecer cuáles pueden ser los "*efectos*" de la *decisión* de dicho recurso, es necesario distinguir entre los diferentes tipos de esas entidades autárquicas, o sea: a) entidades creadas por ley formal, mediante el ejercicio de facultades que la Constitución le atribuye al Congreso (verbigracia: bancos oficiales, universidades nacionales, etc.); b) entidades autárquicas creadas por decreto del Poder Ejecutivo Nacional, en ejercicio de propias facultades constitucionales; c) entidades autárquicas indebidamente creadas por ley formal.

Respecto a las entidades del grupo a), los efectos de la "*decisión*" que haga lugar al recurso jerárquico se limitan a la "*legitimidad*" del acto impugnado, el que, si bien puede ser extinguido por revocación, no puede ser "*sustituido*" por otro acto, en todo o en parte, pues en estos casos la autoridad de control carece del poder de "*reforma*", que precisamente es lo que diferencia el poder de control ("control administrativo") del poder jerárquico (1579) .

En cuanto a las entidades incluidas en el grupo b), los efectos de la "*decisión*" que haga lugar al recurso jerárquico, tanto pueden referirse a la "*legitimidad*" como a la "*oportunidad*" del acto recurrido (1580) , el que puede ser *extinguido* por revocación, pero no puede ser "*sustituido*", sea total o parcialmente, pues, de acuerdo a la teoría general, en estos casos la "*iniciativa*" para la emisión de un acto le corresponde al ente controlado. Si bien este tipo de entidad autárquica, *en nuestro derecho* (ver nº 119), continúa bajo el poder jerárquico del Poder Ejecutivo, en este caso dicho poder jerárquico sólo llega hasta la *extinción* del acto, no sólo por ilegitimidad, sino también por razones de "*oportunidad*", pero no comprende la facultad de "*sustituir*" o "*reformular*" el acto recurrido.

Finalmente, respecto a las entidades autárquicas comprendidas en el grupo c), los "*efectos*" de la "*decisión*" que admita el recurso jerárquico son exactamente los mismos que para las entidades incluidas en el grupo b).

El decreto n° 7520/44 le atribuía expresamente a la "*decisión*" carácter "*ejecutorio*". Decía así: "Esta decisión será siempre ejecutoria y se notificará en el término de tres días, al recurrente y al órgano administrativo que deba hacerla cumplir" (artículo 13, segunda parte). Estimé redundante tal disposición, pues la "*ejecutoriedad*" -resultante de la presunción de legitimidad- es una característica normal o general de todo acto administrativo (1581) ; no habiendo una disposición que establezca lo contrario, esa "*ejecutoriedad*" va de suyo, siendo entonces innecesario que una norma expresamente lo declare así (1582) . Dictada la "*decisión*", ésta debe serles notificada al recurrente y al órgano administrativo que deba hacerla cumplir; así lo dispone el texto citado. En la práctica esto se cumple debidamente, aunque a veces el término para la notificación fijado en el artículo 13, transcripto, sea excedido. Pero sin perjuicio de esa "*ejecutoriedad*", tal como podría ocurrir con cualquier otro acto administrativo, la autoridad que emite la "*decisión*" puede *suspender* o *diferir* su cumplimiento (artículo 13, citado, tercera parte), cuestión ésta de la que me ocuparé más adelante en otro párrafo.

275. Determinar cuál es la naturaleza jurídica de la "*decisión*" que resuelve un recurso jerárquico, es de gran trascendencia: incide en la protección jurídica de los administrados. Baste recordar que para la procedencia del recurso extraordinario de inconstitucionalidad contra un acto administrativo, aparte de otro requisito, dicho acto debe ser de una naturaleza determinada, según la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ver más adelante, n° 280, texto y notas.

En concreto, se trata de saber si dicha "*decisión*" tiene o no substancia o naturaleza "*jurisdiccional*", inquietud que se explica perfectamente, pues, como lo dije en otros lugares de esta obra, no sólo puede haber acto "*jurisdiccional*" en la actividad del Poder Judicial, sino también dentro de la actividad del poder administrador (ver el n° 18, nota 120, y el n° 240).

Con referencia particular al recurso jerárquico, he sostenido que la "*decisión*" que recae en el mismo, resolviendo el recurso, es de substancia "*jurisdiccional*" (ver n° 240). Dicha "*decisión*" trasunta el ejercicio de "*jurisdicción*", y el acto que la concreta entra en el concepto de "*acto jurisdiccional*". La "*decisión*" no le reconoce al recurrente un *nuevo* derecho, sino que, de ser favorable al mismo, sólo le reconoce un derecho que ya poseía y que el acto impugnado desconocía; trátase de un acto que "*declara*" lo que "*es*" derecho en el caso concreto (ver el citado n° 240). Desde luego, para que el acto se considere "*jurisdiccional*" tiene que reunir las condiciones que dejo expresadas; de modo que únicamente en el supuesto eventual de que la "*decisión*" que recaiga en un recurso jerárquico no reúna las modalidades o características indicadas, podría desconocérsele a esta "*decisión*" el carácter "*jurisdiccional*"; pero mientras ello no ocurra, la substancia "*jurisdiccional*" de la "*decisión*" parece evidente.

La naturaleza "*jurisdiccional*" de la "decisión" que recae en un recurso jerárquico es sostenida por diversos autores; incluso la sostuvo el propio Poder Ejecutivo Nacional en uno de los considerandos del decreto número 7520/44 (1583) .

276. El "*silencio*" de la Administración Pública, en su relación con el recurso jerárquico, debe analizarse en cuanto la Administración Pública, en vez de dictar la "*decisión*" correspondiente, guarda silencio por un lapso que excede lo prudencial (1584) .

Lo atinente al silencio prolongado de la Administración Pública, sin dictar ésta la "*decisión*" que corresponda al "*recurso jerárquico*", planteaba complejas cuestiones durante la vigencia del decreto 7520/44, pues éste no establecía plazo alguno dentro del cual la Administración debía decidir, y tampoco establecía dicho decreto qué debía entenderse cuando habiendo pasado cierto lapso razonable la Administración no dictaba resolución alguna. ¿Estaba obligada la Administración a expedirse dentro de un plazo razonable? Si hubiere transcurrido dicho plazo y la "*decisión*" no se hubiere dictado ¿podía ser emplazada la Administración Pública para que se expida? Tales eran las cuestiones a considerar durante la vigencia del decreto 7520/44. Pero hoy las cosas han cambiado, según se verá luego.

La conducta de la Administración Pública incide en el ámbito jurídico del administrado, cuyo derecho no sólo puede resultar lesionado por una "*acción*" de aquélla, sino también por una "*omisión*" de la misma (1585) . Así, cuando la Administración, sin decidir el recurso jerárquico promovido por un administrado, deja transcurrir un plazo que excede lo razonable, y máxime si no existe un texto expreso acerca de cómo deba interpretarse en ese caso el silencio de la Administración, tal inactividad o inercia, al frustrar el recurso, daña o perjudica al administrado a través de una conducta por "*omisión*" (1586) . Estos supuestos importan una virtual denegación de justicia (1587) , que se hace más patente si se advierte que aquí se trata de una actividad que si bien es "*administrativa*", tiene obvia substancia "*jurisdiccional*". Los supuestos de referencia implican asimismo un desconocimiento del derecho de los habitantes de "*peticionar*" a las autoridades, derecho que una vez ejercido comporta, para el Estado, la obligación de "*contestar*" ("*responder*") a esa petición. Se ha dicho, con acierto, que todo derecho se traduce en un conjunto de deberes de los terceros, en general, hacia el titular de aquél; y en este caso concreto, el derecho del administrado de peticionar a la Administración Pública, se traduce en el deber inexcusable de ésta de resolver o decidir la petición del administrado; de lo contrario el derecho de éste quedaría burlado y sin respeto por quien, en la especie, hállase particularmente obligada a ello: el derecho del administrado quedaría así a merced de la Administración. Recuérdese que, como una consecuencia del Estado de Derecho, las disposiciones constitucionales establecidas en garantía de la vida, la libertad y la propiedad de los habitantes del país, constituyen restricciones establecidas *principalmente* contra las extralimitaciones de los poderes públicos (1588) , extralimitaciones que tanto pueden resultar de acciones o de omisiones; de ello dedúcese que el derecho de "*peticionar*", como todos los otros que la Constitución consagra, implica uno de los tantos medios establecidos en beneficio de los administrados para evitar o corregir los perjuicios de posibles abusos o errores de los

poderes públicos, la Administración entre éstos. Tal derecho no puede, pues, ser desconocido, ni transformado en algo ineficaz.

Como principio general, la Administración tiene el "*deber*" de pronunciarse sobre las cuestiones que le planteen los administrados (1589) . Cuando se pide a la Administración Pública una declaración de derecho, el orden jurídico exige que se otorgue o que se deniegue (1590) . De tal suerte, en estos casos el silencio o inactividad prolongados de la Administración implican una falta de cumplimiento a un deber jurídico que pesa sobre ella (1591) . Más aún: con gran sentido, un juez dijo que la inacción de la Administración, para "*decidir*" la petición del administrado, configura un "*acto o hecho ilícito*", resultante de la violación de un deber jurídico (1592) .

En síntesis: el comportamiento de la Administración Pública, al dejar transcurrir un plazo que excede lo razonable, sin resolver la petición hecha por un administrado -"*decisión*" del recurso jerárquico, en este caso-, además de la violación de un deber jurídico a su cargo, trasunta, de parte de la Administración, un *ejercicio irrazonable de su conducta* (1593) . Un silencio, inercia o inactividad, así prolongado, trasuntará, entonces, de parte de la Administración Pública, una conducta "*inequívoca y manifiestamente ilegal*", requisito éste que a veces se ha exigido en algunos pronunciamientos judiciales para la procedencia de la acción de amparo respecto a la actuación de la Administración Pública (1594) .

La circunstancia de que el recurso jerárquico sea un corolario o expresión del "*derecho*" constitucional de peticionar a las autoridades, trae como lógica e inevitable consecuencia que la Administración Pública *deba* "*resolver*" o "*decidir*" dicho recurso. Obviamente trátase de un virtual deber jurídico de la Administración. Si ésta no resolviera o decidiera el recurso dentro de un plazo razonable, el expresado derecho constitucional de peticionar resultaría innocuo y desconocido. Los funcionarios que posean un mínimo de sensibilidad cívica y de sentido de responsabilidad no pueden dar lugar a situaciones de indefensión motivadas por el transcurso de un inaceptable "*silencio*".

La Administración Pública tiene, pues, un deber ético jurídico de "*pronunciarse*", en un sentido o en otro, en las peticiones o gestiones de los administrados, máxime cuando se trate de una materia o asunto que entran en la *actividad normal u ordinaria de la Administración*, y especialmente si la intervención o actuación del administrado se debe a *trámites o gestiones en cuya iniciación o promoción no es ajena la Administración*.

Si en tales circunstancias la Administración guarda silencio ante un pedido del administrado o particular, que así tiende a que se resuelva su situación, la actitud de aquélla implicaría un acto irrazonable o arbitrario, con todas las consecuencias jurídicas correspondientes a esta clase de comportamientos.

Si hubiere transcurrido un plazo razonable y la "*decisión*" del recurso jerárquico no se hubiere dictado ¿puede ser emplazada la Administración Pública para que se expida? En caso afirmativo ¿cuál sería el medio jurídico idóneo para lograrlo?

Esas preguntas hoy no tienen razón de ser, porque los casos que plantean hallan expresa solución en los textos legales vigentes en la actualidad. El artículo 91 del decreto nº 1759/72 establece que el plazo para resolver el recurso jerárquico es de sesenta días; y el artículo 10 del decreto-ley nº 19549/72 establece cuáles son las consecuencias del *silencio o ambigüedad* de la Administración respecto a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto (1595) . Aparte de lo expuesto, téngase presente el artículo 28 del mencionado decreto-ley, que expresamente instituye el "*amparo por mora de la Administración*" (1596) .

277. La "*decisión*" que recaiga en el recurso jerárquico ¿puede empeorar la situación del *recurrente*? ¿Procede en este ámbito la "*reformatio in peius*"? ¿Hay en este orden de ideas alguna diferencia substancial entre el derecho procesal común y el procedimiento administrativo correspondiente a los "recursos"?

Para entender bien esta cuestión es indispensable distinguir entre procedimiento administrativo "*instado*" por el administrado y procedimiento administrativo promovido de "*oficio*".

La reforma de un acto administrativo, empeorando por tal vía la situación del administrado a quien le interesa o afecta ese acto, no procede en el trámite administrativo "*instado*" por el interesado a través de un "recurso". En tal tipo de procedimiento no procede la *reformatio in peius*; ésta sólo sería viable en el procedimiento estrictamente de "*oficio*", realizado a través del poder de "*vigilancia*", sin perjuicio de que aun entonces haya que respetar la llamada "*cosa juzgada administrativa*", o la "*cuestión decidida*" como le llaman algunos a ese estado de derecho.

En el procedimiento de "*oficio*" procede la *reformatio in peius*, lograda a través de la revocación total o parcial del acto, porque en tal supuesto la Administración, en ejercicio de su potestad imperativa o de mando, revisa sus propias decisiones, ejerciendo a través de la "*vigilancia*" jurídica una especie de policía sobre sus propios actos, circunstancia que no concurre cuando el procedimiento obedece a un "*recurso*", vale decir cuando obedece a la instancia o al pedido de parte interesada, pues en este caso la intervención del órgano superior de la Administración no responde a las expresadas razones de policía, sino, precisamente, al "*pedido*" del administrado. De ahí que, en los casos de "*recursos*" promovidos por los administrados, como bien lo dijo un tribunal de España, "la jurisdicción del órgano llamado a decidirlo se circunscribe al examen y a la resolución de las cuestiones planteadas por los interesados y, por ello, no cabe la *reformatio in peius*, ni en general el examen y resolución de puntos o materias a las que no se extiende la pretensión del interesado o el recurso por éste interpuesto" (1597) .

En el derecho procesal común la decisión que se dicte por el órgano de apelación no puede empeorar la situación de quien interpuso el recurso. La *reformatio in peius* no procede en ese ámbito (1598) . "La prohibición de reformar en perjuicio del recurrente, ha sido unánimemente aceptada en todos los tiempos, desde el derecho romano hasta nuestros días, y doctrinariamente no motiva divergencias" (1599) .

Lo mismo acaece en derecho administrativo, donde, salvo que se tratare de un procedimiento de "*oficio*" -y sin perjuicio del respeto debido aun entonces a la "cosa juzgada administrativa"-, la *reformatio in peius* no es admisible (1600) , tanto más si en la especie no estuviere en juego una "*evidente*" e "*indubitable*" cuestión de orden público. Las razones que justifican la improcedencia de la *reformatio in peius* en el procedimiento administrativo de recursos son, en lo fundamental, las expresadas por el tribunal de España a que hice referencia precedentemente, a las que debe agregarse la improcedencia de que la Administración Pública, en sede administrativa, extinga actos administrativos declaratorios de derechos para los administrados. No hay razón o principio jurídico que aconsejen o requieran una solución contraria.

Sin embargo, no ha faltado quien sostenga que la *reformatio in peius* no está prohibida en derecho administrativo, sea que ello ocurra en un procedimiento de "*oficio*" o a "*instancia*" de parte, por cuanto si se admitiere que el superior deba aceptar el acto del inferior aun en el caso de que sea ilegal, con el objeto de no agravar la situación del administrado, ello implicaría mutilar el principio de la legalidad que domina todo el derecho administrativo (1601) . No comparto esta posición. Ante todo, adviértase que si bien es cierto que en derecho administrativo impera el llamado principio de la *legalidad*, para lograr el imperio de este principio no es posible vulnerar otros principios jurídicos; de ahí que la legalidad en derecho administrativo se logre dentro de ciertos límites que no es posible exceder sin riesgo de incurrir en un procedimiento viciado o inválido. Además, el autor citado no hace distinción alguna entre procedimiento administrativo de "*oficio*" y procedimiento administrativo "*instado*" por el interesado; al contrario, a estos efectos, dicho autor asimila o identifica ambos procedimientos, lo cual no corresponde, según lo puse de manifiesto precedentemente. En consecuencia, sin perjuicio de lo que ya expresé acerca de la procedencia de la *reformatio in peius* en el procedimiento de "*oficio*", la posición de Stassinopoulos es inaceptable en el procedimiento administrativo de "*recursos*". Precisamente, el principio de la legalidad que impera o debe imperar en derecho administrativo, impide la *reformatio in peius*: 1) porque, de hacerse lugar a ésta, quedaría desvirtuado el principio fundamental de que la Administración Pública carece de potestad para extinguir -total o parcialmente-, en sede administrativa, los actos administrativos que hayan creado derechos en favor de los administrados; 2) porque aun dentro del procedimiento administrativo de los recursos, sigue imperando el principio de que el órgano facultado para resolver en definitiva debe circunscribirse únicamente al examen y resolución de las cuestiones planteadas por los interesados recurrentes.

278. La interposición del recurso jerárquico *no suspende*, por sí, la ejecutoriedad del acto impugnado, pues dicha interposición no actúa como causal suspensiva (1602) . Dado que una característica del acto administrativo es su "ejecutoriedad", para que en un caso concreto ésta cese, requiérese una norma, disposición o resolución administrativa, expresa, que así lo disponga.

En lo atinente al recurso jerárquico, la "*suspensión*" del acto administrativo puede analizarse desde dos puntos de vista:

- a) Suspensión del cumplimiento de la "*decisión*" que recaiga en dicho recurso.
- b) Suspensión del cumplimiento del acto administrativo que se impugnó mediante el recurso jerárquico, acto que conserva plena ejecutoriedad durante el trámite del recurso jerárquico o que puede quedar en plena vigencia en el supuesto de que dicho recurso fuese desestimado.

Ambos puntos de vista, que en definitiva plantean una cuestión sobre "*suspensión*" de un acto administrativo, están contemplados en el decreto-ley n° 19549/72, artículos 12 y 9° inciso *b*.

De acuerdo con el artículo 12 el acto administrativo goza de presunción de legitimidad: su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios -a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial- *e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario*. Sin embargo, la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta.

El artículo 9°, inciso *b*, establece que la Administración se abstendrá de poner en ejecución un acto estando pendiente algún *recurso administrativo* de los que en virtud de norma expresa impliquen la suspensión de los efectos ejecutorios de aquél, o que, habiéndose resuelto, no hubiere sido notificado.

En el n° 232 me he ocupado de los principios generales sobre "*suspensión*" de los actos administrativos. Me remito a lo dicho ahí. Pero advierto que si bien la comisión redactora del decreto-ley sobre procedimientos administrativos, n° 19549/72, dejó constancia de haber seguido, en lo esencial, mis opiniones en materia de acto administrativo (ver la exposición de motivos de este decreto-ley), en el transcripto artículo 12 se apartó de mí, pues mientras yo sostuve que uno de los supuestos que autorizaban la *suspensión* del acto era cuando se estaba en presencia de una "*ilegalidad manifiesta*" que surja del propio acto, el citado artículo 12, en vez de ilegalidad manifiesta, exige que se trate de una "*nulidad absoluta*". No era esto lo que yo sostuve. "Ilegalidad manifiesta" y "nulidad absoluta" son cosas muy distintas.

279. Puede ocurrir que el Poder Ejecutivo, al "*decidir*" el recurso jerárquico no se pronuncie sobre alguna de las cuestiones planteadas en el mismo por el administrado. ¿Qué alcance corresponde asignarle a tal situación? ¿Hay algún medio jurídico para suplir esa falla?

Bielsa estima que ello debe considerarse como rechazo tácito de la reclamación pertinente (1603) . Disiento con tal opinión, que tampoco resulta compartida por la Procuración del Tesoro de la Nación, según lo indicaré en seguida.

Con la solución a que llega, el autor citado virtualmente le atribuye carácter de "*silencio*" a la respectiva falta de pronunciamiento del Poder Ejecutivo. Mas este criterio no es aceptable.

Técnicamente, el caso planteado constituye una "*omisión*", no un caso de "*silencio*" administrativo, puesto que el recurso fue objeto de "*decisión*". Sólo si esta última no se hubiere dictado podría considerarse el caso como un supuesto de "*silencio*". Hay "*silencio*" cuando una resolución no se emite; en cambio, hay "*omisión*" cuando se ha emitido la decisión o resolución, pero dejando sin resolver alguna de las cuestiones planteadas.

"Omisión" y "silencio" son dos figuras jurídicas distintas, de efectos jurídicos también distintos. Todo esto tiene consecuencias prácticas de gran trascendencia.

Para que pueda hablarse de "silencio" y no de "omisión" es menester que la "*decisión*" no se dicte. En el caso contemplado no se está, pues, en presencia de un supuesto de "*silencio*" que haya de interpretarse como rechazo implícito, vale decir, que haya de interpretarse en contra del administrado. Sólo el "*silencio*" podría determinar tal resultado, no así la "omisión". Aparte de ello, a ese hipotético "silencio", dada la pertinente mudez de las normas, tampoco habría base para interpretársele como negación de lo pedido. Para que en un supuesto dado al "*silencio*" de la Administración pueda interpretársele como rechazo o negación de lo pedido, es menester que una norma válida le atribuya a ese silencio tal resultado o consecuencia, lo cual no ocurría anteriormente en el caso del recurso jerárquico (1604) .

No corresponde, pues, hablar aquí de rechazo implícito, que sólo podría aceptarse como una consecuencia del "silencio", que en el caso no existe, aparte de que tal "rechazo implícito" sería una interpretación que, ante la mudez de las normas, no resulta procedente deducirlo o suponerlo en este caso. Insisto: en el supuesto planteado sólo hay "*omisión*" de parte del Poder Ejecutivo, y no "*silencio*" de parte de éste, "silencio" que, interpretado forzosamente y al margen de toda norma que lo autorice, daría como resultado un "rechazo implícito" de la cuestión no considerada en la "*decisión*" recaída en el recurso jerárquico.

También la Procuración del Tesoro de la Nación ha considerado la especie contemplada como una "*omisión*" del Poder Ejecutivo, y con alabable criterio lógico admitió que tal "omisión" sea suplida por el medio jurídico adecuado entonces para ello: el recurso administrativo de "*revisión*", resultante de la aplicación analógica del artículo 241 de la ley nacional n° 50 (hoy derogada).

En efecto: si bien el decreto del Poder Ejecutivo que contiene la "*decisión*" del recurso jerárquico cierra la instancia administrativa, y tal "*decisión*" no es entonces susceptible de ser recurrida *dentro del ámbito de la Administración*, ello no obsta a que, en el caso de haberse omitido el pronunciamiento sobre alguna de las cuestiones planteadas, por aplicación analógica del citado artículo 241 de la ley 50, se admitiera un recurso administrativo de "*revisión*", a efectos de que el Poder Ejecutivo, revisando lo resuelto, supliera la omisión en que incurrió (1605) .

La aplicación "analógica" o extensiva del instituto de la "revisión" que contienen las leyes procesales civiles era pertinente en el caso que ahora contemplo, porque al efecto existe la "*identidad de razón*" necesaria para ello.

El mero o simple "*rechazo*" -sea éste expreso o tácito- de una cuestión sometida a juzgamiento no admite, por principio, recurso de revisión a su respecto. A esta conclusión se llegaría si al hecho de no haber considerado el juzgador una de las cuestiones planteadas por el recurrente, se le atribuyese calidad de rechazo tácito, que a su vez apareja la idea de "*silencio administrativo*". En cambio, otra cosa distinta ocurre con la mera "*omisión*", la cual, por principio, autoriza que se revea la resolución pertinente.

De modo que, por las razones expresadas, contra la "*decisión*" del Poder Ejecutivo, recaída en un recurso jerárquico, que no tome en consideración alguna de las cuestiones planteadas por el recurrente, procedía al respecto el recurso de revisión a que hacía referencia el artículo 241 de la ley nacional n° 50 (1606) .

280. ¿Podría promoverse un recurso extraordinario de inconstitucionalidad contra la "*decisión*" que recaiga en un recurso jerárquico?

A mi criterio, la respuesta afirmativa se impone, siempre que en efecto la "*decisión*" de referencia vulnere algún derecho o garantía constitucional, y siempre que el ordenamiento jurídico no reconozca otra vía legal para impugnar dicha "*decisión*".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, trasladando el concepto de "*sentencia definitiva*" del ámbito judicial (ley 48, artículo 14) al ámbito administrativo, acepta la procedencia del recurso extraordinario contra decisiones de funcionarios u órganos administrativos, cuando, por ley, se les autoriza a dictar resoluciones de naturaleza judicial, es decir, de aquellas que, en el orden normal de las instituciones, son propias de los jueces y siempre que tales resoluciones tengan carácter final y no sean, por tanto, susceptibles de revisión judicial (1607) .

En el supuesto de la "*decisión*" recaída en un recurso jerárquico, si dicha "*decisión*" vulnera efectivamente algún derecho o garantía constitucional, el recurso extraordinario de constitucionalidad que entonces se promoviere contra ella sería, en principio, procedente (1608) , pues en la especie concurren los dos requisitos "*esenciales*" exigidos al respecto por la Corte Suprema: carácter "*jurisdiccional*" de la decisión (que reemplaza y ocupa el lugar de la "*sentencia*" del orden judicial); inexistencia de otra vía para impugnar la expresada "*decisión*" (inexistencia de otra vía, que entonces convierte en "*definitiva*" a la "*decisión*" administrativa).

Acerca del carácter o naturaleza "*jurisdiccional*" de la referida "*decisión*" me he ocupado precedentemente (números 240 y 275). Me remito a lo dicho en esos lugares.

En cuanto a la inexistencia de otra vía para impugnar el "*acto*" que fue objeto del recurso jerárquico, ello es evidente, pues si al respecto procedió el recurso jerárquico es porque no había otra vía de impugnación (véase el n° 256). En cuanto a la inexistencia de otra vía

judicial para impugnar la "*decisión*" misma recaída en el recurso jerárquico, va de suyo que se parte de ello como de una premisa lógica; de lo contrario el acto no sería "*definitivo*" a los efectos del recurso extraordinario de inconstitucionalidad. De modo que si después de dictada esa "*decisión*", el Estado pudiese ser objeto, por ejemplo, de una demanda contenciosoadministrativa, el recurso extraordinario contra la "*decisión*" mencionada sería improcedente. Pero si tal posibilidad no existiere, el recurso extraordinario procedería.

281. El recurso jerárquico, aparte de su finalidad esencial, que consiste en mantener la juridicidad dentro de la Administración, tiende a evitar acciones judiciales que dañen al Estado. Durante el trámite del recurso jerárquico, la Administración podrá advertir si el administrado tiene o no razón en lo que pide; si comparte la tesis del recurrente, la cuestión queda ahí solucionada; pero si no la comparte, la Administración tiene por lo menos oportunidad de formarse una idea precisa de lo que es objeto de discusión, como asimismo tendrá oportunidad de precaverse para una eventual acción ante los tribunales de justicia. En tal caso, la "*litis*" judicial no sería un acto sorpresivo para la Administración.

Rechazado el recurso jerárquico por la Administración, *si la cuestión debatida lo permite*, podrá acudir directamente a la vía judicial, en virtud de quedar satisfecho el requisito exigido por el artículo 1º de la ley número 3952, de demandas contra la Nación (actualmente, téngase presente el decreto-ley nº 19549/72).

El reclamo que el administrado formule a través de un recurso jerárquico, en el supuesto de que tal reclamo sea desestimado por la Administración Pública, vale como "reclamación administrativa previa" a los efectos de promover una demanda contra la Nación. La referida reclamación efectuada en base al recurso jerárquico es idónea al respecto, pues la ley nº 3952 no requiere que la reclamación de referencia se haga de acuerdo a una forma determinada; dicha ley sólo exige "*que se acredite haber precedido la reclamación de los derechos controvertidos ante el Poder Ejecutivo, y su denegación por parte de éste*" (artículo 1º). Va de suyo que la reclamación promovida mediante un recurso jerárquico, y el rechazo de éste por el Poder Ejecutivo, llenan sobradamente el mencionado requisito de la ley nº 3952.

Lo que antecede resultaba confirmado por el considerando 3º del decreto nº 7520/44, sobre recurso jerárquico, que decía así: "Que la revisión fundada en consideraciones de equidad, moralidad y justicia sobre los actos administrativos, *tiende lógicamente a evitar en lo posible acciones judiciales contra la Nación*" (1609).

La doctrina está conteste en que la resolución desestimatoria del recurso jerárquico es idónea para abrir la vía de la instancia judicial (1610).

282. Una vez dictada la "*decisión*" que *rechaza* el recurso jerárquico ¿dentro de qué plazo debe o puede ocurrirse ante el Poder Judicial *demandando* a la Nación?

Nada decía al respecto el decreto nº 7520/44, y nada podía decir en ese orden de ideas. El Poder Ejecutivo, constitucionalmente, sólo tiene potestades para dictar normas que autolimiten sus propias atribuciones, o que regulen el derecho de "peticionar" de los

administrados dentro del exclusivo ámbito de la Administración Pública y acerca de materia "administrativa". La regulación de la actividad de los administrados más allá de la esfera institucional del Poder Ejecutivo, escapa a las posibilidades constitucionales de este poder, y entra en la zona de "reserva de la ley". Todo esto constituye un límite a la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo (1611), pues ninguna disposición constitucional autoriza -expresa o implícitamente- al Poder Ejecutivo para dictar reglamentos autónomos con semejante contenido o alcance, que excede el correspondiente a la "zona de reserva de la Administración".

En el orden nacional, constitucionalmente sólo el Congreso tiene atribuciones para fijar el plazo dentro del cual los administrados, cuyo recurso jerárquico haya sido rechazado, deben o pueden presentarse ante el Poder Judicial *demandando* a la Nación (argumento artículo 67, incisos 11 y 28 (1612) de la Constitución). Antaño, ya la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó el principio de que ninguna disposición constitucional se opone a que el *Congreso* fije un plazo al derecho para reclamar de una resolución administrativa (1613).

Hasta el año 1972 el legislador no había hecho uso de sus atribuciones en ese sentido. Guardó silencio. En los casos ocurrentes ¿cómo ha de resolverse la cuestión? (1614).

Si hubiere alguna ley especial que determine, para el caso particular a que ella se refiere, el plazo dentro del cual debe ocurrirse ante la justicia demandando a la Nación, el intérprete deberá atenerse a ese plazo. Pero en los supuestos en que no haya ley alguna que regule lo atinente al plazo de referencia, la presentación idónea ante la justicia y la promoción de la respectiva demanda *podrán hacerse dentro de cualquier plazo, en tanto no se produzca la prescripción de la acción correspondiente*.

283. Si el recurso jerárquico fuere rechazado, debido a su improcedencia manifiesta ¿incurre el promotor del mismo en alguna responsabilidad?

Corresponde distinguir entre recurso promovido por un administrado, ajeno a los cuadros de la Administración, y recurso deducido por un funcionario o empleado perteneciente a la misma.

La promoción de un recurso jerárquico constituye la expresión de una de las tantas libertades esenciales del individuo. No ha de olvidarse que tratase de una reglamentación particularizada del derecho constitucional de "peticionar" a las autoridades. De ahí que, por principio, la deducción de un recurso jerárquico, que después resulte desestimado, no apareje responsabilidad de especie alguna, pues aquí es aplicable el principio general de derecho contenido en el artículo 1071 del Código Civil, en cuyo mérito *"el ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal, no puede constituir como ilícito ningún acto"*. Tal es el principio.

Excepcionalmente, si el recurso lo hubiere promovido un funcionario o empleado de la Administración, su rechazo podría implicar una responsabilidad *"disciplinaria"*, en el supuesto de que el recurrente hubiere procedido con dolo o falta de respeto hacia sus superiores. Pero esta interpretación ha de ser *restrictiva*, como deben serlo en general las

que conduzcan a una represión, cualquiera sea su índole. El dolo o la falta de respeto deben aparecer nítidos y en forma indubitable.

284. Después de la larga exposición precedente, corresponde ahora una breve consideración crítica acerca del reglamento orgánico sobre recurso jerárquico (decreto n° 7520/44 y complementarios) vigente en el orden nacional (1615) .

El objetivo esencial de dicho recurso, o sea lograr la "*juridicidad*" dentro de la Administración, se ha conseguido en gran parte, reduciendo así no sólo las proporciones del "*error*" en las decisiones administrativas, sino también los supuestos de arbitrariedad en las mismas. Si tal juridicidad actualmente aún no es plena, ello no se debe precisamente al reglamento orgánico sobre recurso jerárquico, sino a interpretaciones restringidas o equivocadas que algunos funcionarios les dan a ciertas instituciones jurídicas. En ese orden de ideas, la falla no es del precepto sino del hombre que lo aplica.

Pero el decreto orgánico también tiene sus deficiencias. Ante todo, cuadra advertir que como la fecha de su emanación es anterior a la de creación de las *secretarías de Estado*, ello planteó una situación de incertidumbre en cuanto a las atribuciones de dichas secretarías para intervenir en los recursos jerárquicos, incertidumbre que hasta hoy fue superada mediante constructivas interpretaciones de la Procuración del Tesoro de la Nación. Cuando se reestructure la reglamentación de este recurso, habría que concretar cuáles serán en lo pertinente las funciones de las secretarías de Estado.

Otra falla -la más grave de todas, a mi criterio- es la total falta de plazo para que los distintos organismos menores, y especialmente las asesorías jurídicas de las reparticiones, emitan sus respectivos dictámenes. Conozco un caso donde el asesor letrado de una secretaría de Estado dejó transcurrir más de diez meses sin expedirse, actitud que revela, a la vez que incompetencia técnica, falta de sensibilidad moral para el desempeño de tan delicada función. Habría que establecer plazos dentro de los cuales deberán expedirse los organismos que intervengan en el trámite del recurso jerárquico; desde luego, para el caso en que los funcionarios pertinentes no se expidieren dentro de los plazos que se fijen, deben establecerse severas sanciones, que incluso podrían llegar desde la suspensión del pago de haberes hasta la cesantía automática del mal funcionario.

Tampoco señala el decreto orgánico el plazo dentro del cual deberá dictar su "*decisión*" definitiva el Poder Ejecutivo (1616) . Si bien es exacto que, dada la elevada jerarquía de las personas que integran el Poder Ejecutivo, resulta admisible que la propia estructura moral de dichas personas les impedirá retardar indebidamente la "*decisión*" del recurso, creo preferible que el decreto respectivo fije ese plazo, que entonces será un motivo más para que el Poder Ejecutivo trate de no demorar la expresada "*decisión*" del recurso. Diríase que, en ese alto nivel jerárquico, la sola existencia del plazo dentro del cual deba dictarse la "*decisión*", constituirá una garantía moral de celeridad para los administrados. No interesa que, en este caso, no se fije sanción para el supuesto de que la decisión no sea dictada dentro del plazo, pues aquí estamos en el terreno puro de las autolimitaciones por parte del Poder Ejecutivo. Lo que importa aquí es la responsabilidad moral que indiscutiblemente debe aceptarse en el Presidente de la República y colaboradores inmediatos, lo cual hará

que el Jefe del Estado trate de respetar el plazo que se haya señalado al efecto. Es necesario creer en el Presidente de la Nación, cualquiera sea el partido político que le haya llevado a esa posición; cuando un ciudadano llega a ese sitio augusto, debe considerársele, con prescindencia de su condición humana, como símbolo del orden y de la jerarquía, despojado ya de toda mezquindad y sólo animado del propósito de hacer todo el bien posible en beneficio de sus conciudadanos: todo hombre que llega a Presidente de la República se coloca en los umbrales de la historia, en cuyo severo claustro ha de entrarse con el alma en gracia. Ningún Presidente de la Nación, sabiendo que existe un recurso jerárquico pendiente de decisión, se negará a resolverlo de inmediato. Creo en el Presidente de la República porque creo en las instituciones de la Nación.

En cuanto a la posible actuación de menores adultos, como recurrentes, la redacción del decreto número 7520/44 es oscura y obliga a las interpretaciones a que hice referencia en el n° 260. En una próxima reforma, tanto lo relacionado con el recurso jerárquico como con la eventual revocatoria previa que promovieren menores adultos, deben ponerse directamente a tono con la sensata disposición del artículo 283 del Código Civil. Estimo que en este orden de ideas, la disposición del Código Civil es aceptable porque es razonable, no correspondiendo entonces que el derecho administrativo le introduzca modificaciones a ese precepto (1617) .

Con referencia a otras fallas que ofrecía la anterior reglamentación del recurso jerárquico, fallas que en parte fueron subsanadas por los decretos 1759/72 y 1744/73, escribí lo siguiente que transcribo en nota y que bien vale la pena recordar (1618) .

Mi experiencia personal me indica que la más grave de todas las deficiencias anotadas es, como dije, la falta de plazos dentro de los cuales deban expedirse los diversos organismos menores intervinientes (reparticiones, asesorías, etc.), lo cual desnaturaliza a este recurso, desvirtuando los altos fines que se tuvieron en vista al instituirlo. En el estado actual de la redacción del decreto orgánico, el recurso pierde su carácter de instrumento de defensa de derechos subjetivos e intereses legítimos, para convertirse en una especie de pedido de "gracia", porque esto y no otra cosa es lo que resulta cuando el avance del trámite del recurso depende de que a esos organismos menores les plazca expedirse en las cuestiones en que deban hacerlo. El administrado no puede ni debe quedar supeditado a que las reparticiones administrativas y asesorías quieran o no expedirse. Es indispensable que a éstas se les fije un plazo dentro del cual habrán de hacerlo, bajo apercibimiento de las severas sanciones a que hice referencia. Recién entonces podrá decirse que el administrado tiene un instrumento jurídico idóneo para defender sus derechos e intereses legítimos. Ténganse presentes los decretos 1759/72 y 1883/91.

Parte Tercera - CONTROLES JUDICIALES A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (CONTROLES EXTERNOS)

SUMARIO: 285. Aclaración fundamental. Razón del estudio de dichos tipos de control en esta obra. - 286. *Acción popular*. Noción conceptual. Caracteres. La cuestión en el derecho argentino. - 287. *Acción de amparo*. - 288. *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*.

285. Si bien en esta obra se estudian los diversos tipos posibles de control *"en"* la Administración y que, por ende, integran la *"organización administrativa"*, corresponde, sin embargo, hacer una somera referencia a los controles *externos* de que es susceptible la Administración. Trátase de los controles judiciales *"a la Administración"*. En esa forma, y con la salvedad apuntada, quedará completo el cuadro de los posibles controles a la actividad administrativa. Ciertamente, tales controles externos no pertenecen precisamente a la *"organización administrativa"*, sino al ordenamiento jurídico general del país.

286. Entre los eventuales medios de control externos a la Administración cabe mencionar, primeramente, dada su antigüedad como institución jurídica, a la *"acción popular"*, cuyo origen data del derecho romano (1619) .

Trátase de un medio de control *público*, que tiende a defender la legalidad.

No es éste un tipo de control *"administrativo"*, sino, precisamente, *"popular"*: al respecto la iniciativa no le corresponde a la Administración, ni nace en su ámbito, sino fuera de éste; dicha "iniciativa" le corresponde al "administrado", quien la promueve ante otro poder estatal: el Judicial. Es un control *"a la Administración"*, que viene desde afuera. Por eso se dice que es un control *"a la Administración"* de tipo *judicial* (1620) . En síntesis: no se trata de una forma de control de que dispone la Administración, sino de una forma de controlar *"a la Administración"*.

El administrado que ejerce la acción popular no necesita, para ello, la titularidad de un derecho subjetivo ni de un interés legítimo. Basta al efecto un "interés simple". La acción popular, cuando la ley la otorga -lo que es indispensable que así sea para considerarla existente en un ordenamiento jurídico-, le corresponde a *cualquier ciudadano* del pueblo (*cuivis de populo*) (1621) .

Dado el objeto de la acción popular, los autores italianos la consideran como ejemplo típico de ejercicio privado de funciones públicas (1622) .

Nuestro ordenamiento jurídico actual no menciona la acción popular. La incluía nuestra antigua ley electoral (nº 8871, artículo 90); pero ni la ley electoral posterior (nº 14032 , del año 1951), ni la vigente en la actualidad (ley nº 14292 , del año 1953) la mencionan. De manera que hoy, entre nosotros, la referencia a la acción popular tiene mero valor doctrinario.

No debe confundirse la acción popular con la simple *"denuncia"*. La actual ley electoral nº 14292, artículo 4º , *in fine*, instituye la *"denuncia"* (no la acción popular) (1623) .

287. Otro medio posible de control a la Administración es la *"acción de amparo"*. También éste es un medio de control que viene de afuera, pues tal acción debe ser promovida ante el Poder Judicial. Puede proceder ya sea a raíz de *"actos"* o de *"omisiones"* de la Administración Pública. Precedentemente, nº 276, nota, me ocupé de los principios generales de la *"acción de amparo"* como medio de control *"a la Administración"*. Me remito a lo dicho entonces (1624) .

288. Finalmente, entre los medios de control externo "a la Administración Pública", cuya esencia es "judicial", corresponde mencionar al "*recurso extraordinario de inconstitucionalidad*", que, reunidos que sean ciertos requisitos, procede respecto a "*actos administrativos*". Debe promoverse para ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En el n° 280 me he ocupado del recurso extraordinario de inconstitucionalidad en su relación con los actos administrativos. Me remito a lo expuesto en ese lugar.

4) Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 36. "En realidad, dice este tratadista, el poder del Estado es uno solo, pero diferenciadas son sus funciones jurídicas" (tomo 2º, página 220). Fraga, refiriéndose al Estado, dice que en la práctica se usan indistintamente los términos "atribuciones" y "funciones", pero que éstos hacen referencia a nociones diferentes, por lo que es preciso darles su significación exacta. Para él "las funciones constituyen la forma de ejercicio de las atribuciones" (Gabino Fraga, página 33); pero este concepto no es concluyente ni satisfactorio, pues, contrariamente a lo que expresa Fraga, podría decirse que las "*atribuciones*" constituyen la forma de ejercicio de las "*funciones*". Quizá esta última sea una noción más precisa y aceptable, tanto más cuanto las "*funciones*" se hacen efectivas mediante el "poder" estatal. Cuando se habla de "*atribución* de funciones a los órganos", debe entenderse que se trata de "*asignación*" de funciones a los mismos.

(5) Fischbach: "Teoría general del Estado", página 138. En igual sentido: Jellinek: "Teoría general del Estado", páginas 376-377, quien expresa que es posible hablar de una división de competencias, pero no de una división de poderes (página 377). R. Carré de Malberg recalca que la *potestad del Estado es una* y que es necesario, por lo tanto, empezar por establecer la *unidad del poder* del Estado ("Teoría general del Estado", página 249, nota, Fondo de Cultura Económica, México, 1948). Además, véase: Ranelletti, "Corso di istituzioni di diritto pubblico", páginas 32 y siguientes.

(6) El "poder" o "*imperium*", juntamente con el "territorio" y el "pueblo", representan los elementos constitutivos esenciales del Estado (Fischbach: "Teoría general del Estado", páginas 19, 101, 111 y 112; Orlando: "Diritto pubblico generale", páginas 187 y 188; Ranelletti: "Corso di istituzioni di diritto pubblico", páginas 18, 24 y 32).

(7) "... y debe admitirse que la función administrativa es una manifestación especial del poder del Estado" (Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 220-221).

(8) Hauriou: "Précis", páginas 8-13.

(9) Sánchez Viamonte: "Manual de Derecho Constitucional", página 247.

(10) Fiorini: "Teoría de la justicia administrativa", página 55. En igual sentido: Duguit: "Traité de droit constitutionnel", tomo 2º, páginas 287-288. Como consecuencia de lo dicho en el texto, el órgano *administrador*, por ejemplo, puede realizar actos "*jurisdiccionales*", que entonces gozan de ciertas prerrogativas propias de éstos. Así, si bien el "recurso extraordinario de inconstitucionalidad", en principio sólo procede respecto de "*sentencias*" definitivas (ley 48, artículo 14), la Corte Suprema de Justicia de la Nación admite dicho recurso respecto de actos procedentes del órgano administrador, siempre y cuando dichos actos tengan contenido o substancia "*jurisdiccional*", o, como dijo el Tribunal, cuando los órganos o funcionarios de la Administración han ejercido facultades judiciales, es decir, las que, en el orden normal de las instituciones incumben a los jueces, y son irrevisibles por la vía judicial ("Fallos", tomo 246, página 269, *in re* "Guido Soaje Ramos"; tomo 248, páginas 516 -518, *in re* "Martín Aberg Cobo"; este último fallo véaselo también en "Jurisprudencia Argentina", 1961-I, página 218). Igualmente, el *Congreso o legislativo* no sólo expresa su voluntad a través de "leyes", sino también a través de verdaderos actos

administrativos, aunque éstos a veces aparezcan expresados en leyes "formales" (verbigracia, aprobación o rechazo de un "tratado" internacional; igual carácter administrativo reviste el "acuerdo" senatorial para la designación de un funcionario; etc.). Tales actos administrativos realizados por el Congreso hallanse sometidos, en general, a los mismos principios jurídicos que regulan esa especie de actos cuando provienen del ejecutivo. Asimismo el órgano *judicial* no sólo se expresa a través de actos de tipo jurisdiccional, sino también mediante actos "administrativos"; verbigracia, cuando designa un empleado; cuando ejerce funciones de superintendencia, etc. Puede verse el trabajo de Armando Emilio Grau, "Función judicial del órgano ejecutivo en la República Argentina", en "ECA", revista de la Escuela Superior de Ciencias Administrativas de la Universidad Nacional de La Plata, nº 3, julio-diciembre de 1959, página 44 y siguientes. Asimismo, véase el trabajo de Orlando Rocco, "Función jurisdiccional de la autoridad administrativa en materia de trabajo", La Plata 1952, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

(11) Puede verse: Villegas Basavilbaso, tomo 1º, páginas 71-75.

(12) Cooley: "Principios generales de derecho constitucional en los Estados Unidos de América", páginas 39-40; Joaquín V. González: "Manual de la Constitución Argentina", páginas 310-311.

(13) "Ha habido grandes épocas en la historia en las que la legislación era completamente desconocida; ha sido preciso un amplio desarrollo en la cultura para que aparezca, junto al derecho consuetudinario, el derecho legislado. Aún hoy la legislación es una función intermitente. Otro tanto acontece con las decisiones judiciales. En la evolución social pueden igualmente hallarse largos períodos de tiempo en los que en ninguna circunstancia ha necesitado el juez mostrar su actividad. Pero la Administración, que contiene en sí ya al Gobierno, necesita siempre ser ejercida. Sin ella el Estado no podría existir ni un momento. Se puede concebir un Estado despótico sin leyes ni jueces; pero un Estado sin administración sería la anarquía. La Administración, por tanto, es la función más comprensiva. Toda preparación de las leyes le compete a ella; la actividad del juez ella la apoya, y, por último, ella es la que asegura la ejecución de las decisiones judiciales" (Jellinek: "Teoría general del Estado", página 463).

(14) El principio de la "separación de los poderes" fue expuesto por Montesquieu -cuyo verdadero nombre era Carlos de Secondat, barón de la Brede et Montesquieu- en su obra "L'esprit des lois", aparecida en 1748, dedicada a la Constitución de Inglaterra. Bosch, entre nosotros, ha publicado un trabajo crítico interesante sobre la obra de Montesquieu. Transcribiré algunos de sus párrafos, porque aclaran y precisan algunos de los conceptos expresados en el texto. Comienza diciendo que la terminología de Montesquieu es confusa, porque sus ideas eran confusas. "Montesquieu no distinguió bien, conceptualmente, el poder del Estado, sus órganos y sus funciones, y por ello no se le planteó la necesidad de usar tres expresiones distintas para nombrarlos. Bajo el vocablo genérico "poder", confundió el poder del Estado, propiamente dicho, con las funciones del Estado y, en algunos casos, también con los órganos del mismo"... "Cabe afirmar, sin embargo, que

Montesquieu adoptó, por regla general, el vocablo "poder", dándole un sentido amplio, ajeno a la moderna técnica y comprensivo de los conceptos de poder en sentido estricto, de órgano y de función". ... "Montesquieu, llevado por la confusión conceptual a que se viene haciendo referencia, empleó las expresiones genéricas "poder legislativo", "poder ejecutivo" y "poder judicial", para denominar con ellas, sucesivamente, cada una de las tres series, de poderes, de órganos y de funciones, respectivamente. Esta desgraciada ocurrencia ha cegado a muchos comentaristas y ha sembrado tal grado de confusión en esta materia, que resulta casi imposible tratar de eliminarla". ... "El poder del Estado en sí, tal cual lo caracteriza la doctrina del Estado de nuestros días, no es susceptible de adjetivarse en esa forma. Al ser dividido el poder del Estado en varias porciones -lo cual se consigue por los medios que más adelante analizaremos- éstas no pueden diferenciarse unas de otras por su naturaleza, pues son secciones de un mismo poder; el hecho de la partición no produce en el poder variaciones de substancia. La única diferencia que cabe notar, legítimamente, entre los diversos poderes, es una diferencia de grado -un poder es más fuerte o más débil que otro-, nunca de naturaleza. La distinción por naturaleza es propia de las funciones, las cuales pueden calificarse, con toda propiedad, de legislativas, ejecutivas y judiciales, o como se quiera" (Jorge T. Bosch, "Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes", páginas 47-50).

(15) Véase: Bonnard: "Précis de droit public", páginas 38 y siguientes, 46 y siguientes; Fiorini: "Teoría de la justicia administrativa", páginas 55-56; Caetano: "Manual de direito administrativo", números 1 y 5; Sayagués Laso: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, páginas 34 y siguientes; André de Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", nº 274; etc.

(16) Mayer: "Le droit administratif allemand", tomo 1º, páginas 2 y 3. Puede verse, además: García Oviedo: "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 4.

(17) Mayer, tomo 1º, página 3.

(18) Ver precedentemente texto y nota 14.

(19) Serrigny D.: "Traité du droit public des françaises", página 96, Paris 1846.

(20) Esmein: "Éléments de droit constitutionnel français et comparé", página 20, Paris 1909.

(21) Véase García Oviedo, tomo 1º, página 7.

(22) Merkl: "Teoría general del derecho administrativo", página 9. Además, véase: Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 6.

(23) José Gascón y Marín: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, páginas 31 y 32, Madrid 1948, décima edición.

(24) Santamaría de Paredes: "Curso de Derecho Administrativo", páginas 34-38; Waline, páginas 6-7. Recientemente, Garrido Falla sigue un criterio similar ("Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, páginas 29 y 39, Madrid 1961).

(25) Véase: André de Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", n° 300, página 159.

(26) En sentido concordante al del texto: Labaudère, op. cit., página 159.

(27) Duguit: "Traité de droit constitutionnel", tomo 2º, página 289; Laubadère, op. cit., números 276 y 290.

(28) Dicha posición doctrinaria es compartida, en general, por diversos juristas, especialmente alemanes. Pero, por las razones dadas en el texto, la estiman insuficiente. Véase: Mayer, tomo 1º, página 9; Laband: "Le droit public de l'empire allemand", tomo 2º, página 509; Jellinek: "Teoría general del Estado", página 464; Merkl, página 12; Fleiner, página 7. Compárese: Sayagués Laso: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, página 40.

(29) García Oviedo: "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 9, nota.

(30) "Acto condición" es el que tiene por objeto colocar a un individuo en una situación jurídica impersonal, o de hacer regular el ejercicio de un poder legal (Jèze: "Los principios generales del derecho administrativo", edición española, Reus, Madrid 1928, página 55; además, edición española, Depalma, Buenos Aires 1948, tomo 1º, página 48). Véase, asimismo, Duguit, tomo 1º, página 328.

En cambio, para Duguit el *acto subjetivo* nace cuando por él se crea a cargo de un sujeto una "*obligación*" especial, concreta, "*individual*", momentánea, que no existía a cargo de este individuo por aplicación de una regla cualquiera de derecho objetivo (tomo 1º, páginas 328-329).

(31) Duguit: "Traité...", tomo 2º, páginas 286-289. La opinión de Duguit es compartida, entre otros, por Bonnard: "Precis de droit public", páginas 3-54, y por Laubadère, op. cit., números 290 y 292.

(32) Recuértese que para Duguit el acto subjetivo es el que pone a *cargo* de un individuo una "*obligación*" especial, etc. Ver la precedente nota 27.

(33) Véase a Villegas Basavilbaso, "Derecho Administrativo", tomo 1º, páginas 20-21, quien a su vez cita a Edgar Bodenheimer: "Teoría del Derecho".

(34) Véase a Sayagués Laso: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, página 41. Más adelante, al diferenciar las funciones legislativa y administrativa, volveré a referirme a los "*reglamentos*".

(35) Duguit: "Traité...", tomo 1º, páginas 327-328.

(36) Adolfo Merkl, op. cit., páginas 12, 15-17, 26, 30-32, 36-37, 38, 41, 43, 52 y 59.

(37) Merkl, op. cit., páginas 59-60.

(38) Sayagués Laso: "Tratado...", tomo 1º, página 41; Villegas Basavilbaso, "Derecho Administrativo", tomo 1º, páginas 33-34. Además: Díez: "El acto administrativo", página 21.

(39) Villegas Basavilbaso, "Derecho Administrativo", tomo 1º, páginas 33-34.

(40) Entre otros, véase: Mayer, tomo 1º, página 13; García Oviedo, tomo 1º, página 10; Fraga, página 92; Villegas Basavilbaso, "Derecho Administrativo", tomo 1º, páginas 42-43; Díez: "El acto administrativo", página 41.

(41) Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 42.

(42) La Constitución faculta al Congreso para crear "impuestos", pero éstos han de tener finalidades "*públicas*". Si así no ocurriese, y el tributo tuviese en realidad por objeto favorecer intereses "privados", la ley respectiva sería inconstitucional, porque no estaría de acuerdo con las pertinentes finalidades de la Constitución. La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de declarar la inconstitucionalidad de leyes impositivas afectadas del vicio de referencia. Una de las reglas que derivan del debido proceso substantivo, dice Juan F. Linares, es la de que los impuestos deben ser creados con fines públicos ("El *debido proceso* como garantía innominada en la Constitución Argentina", página 38, Buenos Aires 1944).

(43) Véase mi artículo "Acerca del llamado *derecho judicial*: su alcance. La costumbre derogatoria o *contra legem*. La Justicia en la estructura escalonada del orden jurídico", en "Jurisprudencia Argentina", 1950-I, página 73 y siguientes, sección doctrinaria, y mi "Tratado del Dominio Público", nº 65.

(44) Linares Quintana: "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", tomo 1º, página 88. "El Estado *normal*", dice Jellinek, fue definido, tanto antiguamente cuanto en los tiempos modernos, como aquel en el que domina la ley, esto es, como aquel en el cual la *Administración* y la actividad *jurisdiccional* tienen por fundamento reglas de derecho. Las modernas teorías del Estado de Derecho formuladas por Mohl, Stahl y Gneist, no han añadido ninguna nueva nota a las doctrinas de Platón y Aristóteles sobre el Estado *legal*" ("Teoría General del Estado", página 464).

(45) Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 146, nota 52.

(46) Fleiner, página 5.

(47) "Desde el punto de vista de la ley, el fin de la justicia y de la Administración es aplicación del derecho" (Merkl, página 38). Además: del mismo autor, páginas 41-43. "En realidad, dice Merkl, entre una actividad *apoyada en la ley*, como sería la justicia, y una

actividad *dentro de los límites de la ley*, como sería la Administración, no existe la menor diferencia objetiva en modo alguno, sino puramente terminológica" (página 43).

(48) Mayer, tomo 1º, página 5.

(49) Romano, página 2; García Oviedo, tomo 1º, página 9. La doctrina de la "generalidad" fue objetada con referencia a las instrucciones y circulares. Si la ley es general, se dijo, las circulares e instrucciones que tienen ese carácter también serían leyes. Pero se hizo notar que esta objeción no tiene asidero jurídico, por cuanto las instrucciones y las circulares se refieren exclusivamente al orden interno de la Administración, no regulan relaciones entre ésta y los particulares (Villegas Basavilbaso, "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 251). A la teoría de la "generalidad" se intentó sustituirla por la de la "novedad" jurídica, pero ésta presenta fundamentales reparos: su aceptación llevaría a confundir los verdaderos caracteres de las funciones estatales, por cuanto corresponde a la función administrativa, y en parte a la función judicial, la *creación* de situaciones jurídicas individuales (Villegas Basavilbaso, "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 250). Más adelante volveré a ocuparme de los caracteres de la ley (nº 59).

(50) Laband, tomo 2º, páginas 261-262; Jellinek: "Teoría General del Estado", página 462; Zanobini, tomo 1º, página 11. Véase, además: D'Alessio, tomo 1º, nº 11, página 17; Laubadère: "Traité élémentaire...", nº 293. Como ejemplo de "ley" aplicable a un hecho individual, Laband recuerda el caso de un monarca que, por circunstancias particulares, esté impedido de cumplir sus deberes, en cuyo supuesto la ley estatuye su reemplazo para ese caso único. Agrega que dicha ley contiene una regla de derecho, porque el orden de sucesión al trono tiene calidad de derecho objetivo (página 262).

(51) Zanobini, tomo 1º, páginas 12-13.

(52) Jellinek: "Teoría general del Estado", página 462.

(53) D'Alessio, tomo 1º, página 17; García Oviedo, tomo 1º, página 9.

(54) Zanobini, tomo 1º, páginas 12-13. Véase, precedentemente, texto y nota 48.

(55) Romano, páginas 3-4.

(56) Fleiner, página 6.

(57) Romano, página 2; García Oviedo, tomo 1º, página 9; Alessi, página 5; D'Alessio, tomo 1º, página 17; Jellinek: "Teoría general del Estado", página 462; Sayagués Laso, tomo 1º, páginas 44 y 46; Villegas Basavilbaso, "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 43; Díez: "El acto administrativo", página 41.

(58) Romano, página 2; Laband, tomo 2º, página 513. Este último autor manifiesta que la *Administración Pública es la acción del Estado*, el "hacer y el omitir" del Estado. Compara las funciones legislativa y administrativa, respectivamente, al acto intelectual del hombre cuando decide y a su mano cuando ejecuta lo resuelto (loc. cit.). "La legislación y la

jurisdicción se agotan en actos puramente psíquicos de voluntad y de juicio. ... La Administración, en cambio, agrega al elemento psíquico de la voluntad, el elemento material de la actividad práctica, de la actividad operativa con efectos en la realidad externa" (Zanobini, tomo 1º, página 13).

(59) Sayagués Laso, tomo 1º, página 43. Ya Duguit había reconocido que los "*actos materiales*" -operaciones de orden material- integraban la función administrativa ("*Traité de droit constitutionnel*", tomo 2º, página 289). Los actos jurídicos pueden ser "generales" o "individuales", es decir, de efectos subjetivos (Sayagués Laso, op. y loc. cit.).

(60) Zanobini, tomo 1º, página 10; D'Alessio, tomo 1º, página 17; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 43; Díez: "El acto administrativo", página 41.

(61) Véase precedentemente, texto y notas 9 y 10.

(62) Fleiner, página 5. Además: Merkl, página 44.

(63) Romano, página 6; R. Carré de Malberg: "Teoría general del Estado", números 180, 189 y 208, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1948; Bielsa, tomo 1º, página 116, nota 33, y páginas 204-205; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, páginas 39 y 265-267; Sayagués Laso, tomo 1º, páginas 43, nota 4, y 120 y siguientes. Véase: Waline, páginas 5-6.

(64) Sayagués Laso, tomo 1º, página 121.

(65) Para que el lector, que ya conoce el tema, compare diversas definiciones de Administración Pública, propuestas por distinguidos tratadistas, transcribiré varias de ellas. Mediante esa comparación, podrán establecerse los puntos de contacto y las diferencias existentes entre cada una de esas definiciones y la que he adoptado:

"Administración es la actividad con que el Estado y sus entes auxiliares cumplen la función de satisfacer los particulares intereses públicos" (Romano, página 2).

"Administración es la actividad concreta del Estado dirigida a satisfacer las necesidades colectivas en forma directa e inmediata" (D'Alessio, tomo 1º, página 17).

"Administración es la actividad práctica que el Estado desarrolla para atender, en modo inmediato, los intereses públicos que entran en sus propios fines" (Zanobini, tomo 1º, página 12).

"La Administración Pública es una de las funciones del Estado que tiene por objeto la satisfacción directa e inmediata de las necesidades colectivas por actos concretos, dentro del orden jurídico y de acuerdo con los fines de la ley" (Villegas Basavilbaso, "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 43).

"La función administrativa es la actividad estatal que tiene por objeto la realización de los cometidos estatales en cuanto requieren ejecución práctica, mediante actos jurídicos -que pueden ser reglamentarios, subjetivos o actos condición- y operaciones materiales" (Sayagués Laso, tomo 1º, página 46).

"La Administración es la actividad funcional concreta del Estado que satisface las necesidades colectivas en forma directa, continua y permanente y con sujeción al

ordenamiento jurídico vigente" (Diez: "El acto administrativo", página 41).

"Administración es la actividad en cuyo mérito las autoridades públicas satisfacen necesidades de interés público, utilizando prerrogativas de poder" (Jean Rivero: "Droit Administratif", página 13, Paris 1962).

(66) Mayer, tomo 1º, páginas 2 y 3.

(67) Véase: Paul Duez, "Les actes de gouvernement", páginas 186-7; Merkl, páginas 64-65. Además: Fiorini: "Teoría de la justicia administrativa", páginas 75-77, para quien lo que distingue los actos de gobierno no es la *substancia*, sino su inmediata finalidad (página 76); Fraga, páginas 96-97; Vedel: "Droit administratif", páginas 211-212.

(68) "Debe advertirse que, en nuestro sistema constitucional, el gobierno no es ejercido solamente por el Poder Ejecutivo, sino también por el Poder Legislativo y por el Poder Judicial" (Villegas Basavilbaso, "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 3).

(69) En igual sentido: Merkl, página 65.

(70) Mayer: tomo 1º, página 3.

(71) Linares Quintana: "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", tomo 1º, páginas 87-88. En idéntico sentido: Carré de Malberg, n° 164, páginas 449-450; Mayer, tomo 1º, páginas 44 y 76; Fischbach, página 43; Ranelletti: "Corso di istituzioni di diritto pubblico", página 99; Stassinopoulos: "Traité des actes administratifs", página 17; Sánchez Viamonte: "Manual de derecho constitucional", página 98; Real, Alberto R.: "El Estado de Derecho", página 603; Gordillo, Agustín: "Estructuración dogmática del Estado de Derecho", páginas 5, 6 y 16. Dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "Únicamente la respetuosa observancia del *Estado de Derecho*, en cuanto supone un Estado cuyas *potestades son limitadas y se hallan sujetas al deslinde de competencias fijadas por la Constitución*, garantiza una estabilidad calculable de las relaciones entre gobernantes y gobernados" ("Fallos", tomo 248, páginas 291 y siguientes, considerando 18, *in re* "Abal y otros c/ Diario 'La Prensa'").

(72) Carré de Malberg, páginas 450 y 451. Además, Real, trabajo citado, página 603.

(73) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 137, página 254, sentencia del 6 de noviembre de 1922, *in re* "Carmen Salazar de Campo c/ Provincia de Buenos Aires s/ interdicto de recobrar".

(74) Merkl, páginas 94-95, 98 y 100; Ranelletti: "Corso di istituzioni di diritto pubblico", página 99. Asimismo, véase el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, citado en la precedente nota 68.

(75) Merkl, páginas 92, 97, 101 y 104; Carré de Malberg, página 450; Mayer, tomo 1º, páginas 43 y siguientes, 64 y siguientes; Fischbach, página 43; Stassinopoulos, páginas 17-19; A. R. Real, trabajo citado, páginas 598 y 603.

(76) Alberto R. Real, trabajo citado, página 602. En igual sentido: Mayer, tomo 1º, páginas 76-80; Carré de Malberg, página 450; Stassinopoulos, página 20.

(77) Mackeldey, página 90; van Wetter, tomo 1º, páginas 182-184; Mayer, tomo 1º, página 55; Presutti, tomo 1º, página 503.

(78) Mayer, tomo 1º, páginas 55-63; Presutti, tomo 1º, página 504.

(79) Merkl, página 97.

(80) Fleiner, páginas 28-29.

(81) Así también ocurría en el derecho romano. "El Fisco no es una persona civil de una naturaleza especial; aun bajo Justiniano, no es otra cosa que el propio Estado considerado como persona civil desde el punto de vista de sus derechos patrimoniales" (van Wetter, tomo 1º, página 184).

(82) García Oviedo, tomo 1º, página 66. Además: van Wetter, tomo 1º, página 184.

(83) Laband, tomo 6º, página 3.

(84) Stassinopoulos: "Traité des actes administratifs", página 26.

(85) Véase: G. Vedel, páginas 177-178. Además, Recaredo Fernández de Velasco Calvo: "Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración", tomo 1º, página 125 y siguientes.

(86) El principio de la "legalidad" en la Administración no sólo requiere que ésta quede sometida a las normas que le sean *impuestas* (reglas "exteriores", o leyes "formales"), sino también a las reglas que ella misma se imponga; verbigracia, "*reglamentos*" (Vedel, página 178). En idéntico sentido: Hauriou: "Précis de droit administratif et de droit public", página 577, quien manifiesta que tanto las "leyes" como los "reglamentos administrativos", integran el llamado "*bloque de la legalidad*", cuya observancia rigurosa debe ser cumplida por la Administración Pública en el ejercicio de su actividad, como requisito para la validez de sus actos. Además: Laubadère: "Traité de droit administratif", nº 374 bis. Ver: Jean-Marie Rainaud: "La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel", página 86, quien afirma que la Administración no puede derogar por acto individual a un reglamento preexistente. En idéntico sentido: Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández: "Curso de derecho administrativo", tomo 1º, página 120 y siguientes, Madrid 1975; Vedel, pág. 200; Laubadère: "Traité élémentaire", tomo 1º, nº 374, páginas 196-197.

(87) "Potestad discrecional es, pues, elección de comportamiento en el marco de una realización de valores" (Forsthoff, página 127). "Potestad discrecional significa por tanto, que el orden jurídico presta validez jurídica a todo medio considerado como adecuado para la realización del valor de que se trate" (el mismo autor, páginas 136-137). En materia de actividad discrecional la autoridad administrativa actúa de acuerdo a cánones y criterios de diversa naturaleza, pero no legislativos (Guicciardi, "La giustizia amministrativa", páginas

13-14). Además, véase a Sandulli, nº 122, página 229; Stassinopoulos, página 156; Fragola: "Gli atti amministrativi", páginas 32-34.

(88) Forsthoff, páginas 138-139. Además, véase: Fiorini: "La discrecionalidad en la Administración Pública", páginas 89 y siguientes, 157 y siguientes; Linares, Juan F.: "Poder discrecional administrativo", números 14, 15, 40 y 41. Asimismo: Seabra Fagundes: "O contrale dos atos administrativos pelo poder judiciario", números 47 y 48, páginas 74-81.

(89) Vedel, página 178.

(90) En el sentido del texto: Giannini: "Lezioni di diritto amministrativo", página 74.

(91) Es interesante lo que, sobre esta cuestión, escribe Vedel, página 201 y siguientes.

(92) Sobre esto, véase el tomo 4º, nº 1663.

(93) Linares Quintana: "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", tomo 2º, nros. 876 y 903, páginas 144 y 162-163.

(94) Nuestra crónica jurídica ofrece un ejemplo que guarda gran similitud con el caso contemplado en el texto. La Constitución de la provincia de San Luis, de 1949, declaró incluidas en el dominio público de la provincia las aguas subterráneas existentes dentro de sus límites. Como esas aguas pertenecen al dominio privado de los superficiarios, he sostenido que la expresada disposición de la Constitución de San Luis era nula, por ser inconstitucional, ya que vulnera la garantía de inviolabilidad que la Constitución Nacional le asegura a la propiedad privada. Aparte de ello, declarar el carácter "público" o "dominical" de una cosa que hasta ese momento revestía calidad "privada", importa legislar sobre la condición jurídica de las cosas, y como legislar sobre esto implica una cuestión de legislación substantiva, esa declaración de la Constitución de San Luis resulta, asimismo, violatoria del artículo 67, inciso 11 de la Constitución Nacional, en cuanto este texto pone a cargo del Congreso la facultad de dictar, entre otros, el Código Civil de la Nación, que es donde se legisla y se ha legislado sobre la condición jurídica de las cosas. La provincia de San Luis carecía de competencia constitucional para alterar la condición jurídica de las aguas subterráneas. Véase mi "Tratado del Dominio Público", nº 41, y mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 322. Asimismo, véase el tomo 4º de la presente obra, nº 1657.

(95) Enrico Guicciardi: "La giustizia amministrativa", páginas 7-15.

(96) D'Alessio, tomo 1º, página 16, nº 10; Zanobini, tomo 1º, página 20.

(97) Véase: Garrido Falla: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, páginas 30-38, Madrid 1961.

(98) Fraga, página 78. Este autor se expresa así: "Con el criterio formal, la función administrativa se define como la actividad que el Estado realiza por medio del Poder

Ejecutivo" (loc. cit.). Laubadère dice que las dos expresiones, "formal" y "orgánica", son empleadas aquí como sinónimas ("Traité élémentaire...", n° 277).

(99) Zanobini, tomo 1º, página 22.

(100) D'Alessio, tomo 1º, n° 9, página 16.

(101) Véase precedentemente, texto y notas 21 a 23.

(102) Villegas Basavilbaso, "Derecho Administrativo", tomo 1º, páginas 71-75.

(103) Sayagués Laso, tomo 1º, página 40, n° 18, letra *a*.

(104) Gordillo, entre nosotros, advertido de las dificultades de la cuestión, ha propuesto un *criterio mixto*, "que combinando elementos de uno y otro tipo pueda finalmente ofrecer una noción útil, aunque resulte menos elegante que las demás" (Agustín Gordillo: "Introducción al Derecho Administrativo", páginas 36-37 y 41); pero el propio Gordillo reconoce que su concepto no está libre de críticas (op. cit., página 40). Sobre actividad *administrativa* de los órganos judiciales, véase: Aída Rosa Kemelmajer de Carlucci: "Atribuciones de los superiores tribunales de provincia", Mendoza 1991 (publicación del Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos).

(105) Presutti, tomo 1º, página 18.

(106) García Oviedo, tomo 1º, página 10.

(107) García Oviedo, tomo 1º, páginas 10-11.

(108) García Oviedo, tomo 1º, página 11.

(109) García Oviedo, tomo 1º, página 12. En igual sentido: Presutti, tomo 1º, página 22, nota, *in fine*, quien sostiene que la distinción entre actividad *técnica* y actividad *administrativa* no existe.

(110) Gascón y Marín: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, página 147.

(111) Posada: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, páginas 212-213.

(112) Cita de Villegas Basavilbaso, "Derecho Administrativo", tomo 2º, páginas 206-207.

(113) Villegas Basavilbaso, "Derecho Administrativo", tomo 2º, página 207.

(114) Posada, tomo 1º, páginas 213-214, números 6, 7 y 8.

(115) Gascón y Marín, tomo 1º, página 149. En igual sentido: Orbán, citado por Gascón y Marín, tomo 1º, página 148; Villegas Basavilbaso, "Derecho Administrativo", tomo 2º, página 211.

(116) García Oviedo, tomo 1º, página 7; Fraga, página 79.

(117) García Oviedo, tomo 1º, páginas 7 y 10. Fraga, páginas 79-81; Villegas Basavilbaso, "Derecho Administrativo", tomo 2º, páginas 212 y 216; no obstante, véase lo que expresa en la página 217, donde parece inclinarse a la tesis de Carré de Malberg, que considero inaceptable por las razones que doy en el texto.

(118) Véase: Fraga, página 79.

(119) Carré de Malberg, n° 166, página 462.

(120) Fraga, páginas 79-80. Compárese, además: Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", páginas 102-103.

(121) Fraga, página 80; García Oviedo, tomo 1º, página 7.

(122) Aparte de los autores citados en la precedente nota 110, véase: Posada, tomo 1º, página 57, números 6 y 7; Romano, páginas 4-5; Laubadère: "Traité élémentaire...", n° 305, páginas 162-163.

(123) En igual sentido: García Oviedo, tomo 1º, página 8.

(124) Fernández de Velasco Calvo: "Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración", tomo 1º, página 97; Hauriou: "Précis de droit administratif et de droit public", páginas 117-119; Díez: "El acto administrativo", páginas 41-42; Bielsa, tomo 1º, página 147; García Trevijano Fos: "Principios jurídicos de la organización administrativa", página 112; Sandulli, página 228.

(125) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 248, páginas 516 -518, *in re* "Martín Aberg Cobo", y "Jurisprudencia Argentina", 1961-I, página 218; además, "Fallos", tomo 246, página 269, *in re* "Guido Soaje Ramos" ; tomo 250, página 272, *in re* "Antonio Domínguez y otros" ; tomo 255, página 354 y siguientes, *in re* "Cámara Gremial de Productores de Azúcar" . Véase más adelante, n° 280, texto y nota 468.

(126) García Trevijano Fos: "Principios jurídicos de la organización administrativa", páginas 191-192.

(127) García Trevijano Fos, op. cit., página 194. En sentido concordante, véase: Mario Nigro, "Le decisioni amministrative", números 3, 4, 5 y 6, páginas 14-29 y 84; Rafael Bielsa: "Cuestiones de Jurisdicción. Acciones y recursos", página 26.

(128) Nigro, obra citada, página 25.

(129) Pedro Lampué: "La noción de acto jurisdiccional", página 77, Jus, México 1947, traducción del francés.

(130) Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, citados en la nota 118 (a).

(a) Cabe advertir que dicha jurisprudencia, por lo restringida, es objetada por la doctrina, pues ésta admite dicho recurso contra *cualquier* acto administrativo inconstitucional.

(131) Es muy discutida en doctrina la noción de "acto jurisdiccional", dificultad que se particulariza cuando el respectivo acto procede de órganos administrativos. Un sector de la doctrina considera que para que pueda hablarse de "*actividad jurisdiccional*" es indispensable la existencia de un órgano estatal imparcial e independiente, creado con la misión específica de examinar y actuar, en su caso, las pretensiones que una parte esgrime frente a la otra (Jesús González Pérez: "Derecho Procesal Administrativo", tomo 1º, página 128) (a); en cambio, otro sector de la doctrina sostiene que hay jurisdicción siempre que en ejercicio de una facultad legal se declare o deniegue un derecho, cualquiera sea el órgano que actúe (Hugo Alsina: "Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial", tomo 1º, página 561, nota 41). Ciertamente, esta última posición está más en armonía con lo resuelto al respecto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos a que hice referencia en el texto.

Otros expositores, como Lampué, hacen radicar el carácter "*jurisdiccional*" del acto en la circunstancia de que éste aparezca con fuerza de verdad legal, vale decir, que dicho acto tenga autoridad de *cosa juzgada* (Pedro Lampué: "La noción de acto jurisdiccional", páginas 81-83 y 93). Entre nosotros, Diez comparte esa opinión (Manuel María Diez: "El acto administrativo", páginas 38-39). Otros tratadistas, como el maestro Benjamín Villegas Basavilbaso, hacen depender el carácter "jurisdiccional" del acto, de que éste sea emitido por un tercero imparcial y de que el acto produzca cosa juzgada ("Derecho Administrativo", tomo 2º, páginas 242-248).

Estimo que el criterio que pretende distinguir o caracterizar el acto jurisdiccional por la autoridad de cosa juzgada que él tendría, constituye un criterio equívoco y, por ello, no aceptable, pues no sólo tienen efecto de cosa juzgada los actos jurisdiccionales emanados de los jueces *stricto sensu*, sino incluso los actos administrativos emitidos por la Administración "*activa*" que, aparte de crear o reconocer derechos subjetivos, llenen otros requisitos exigidos por la doctrina o la jurisprudencia. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación le reconoce efectos de cosa juzgada, en *sede administrativa*, al acto administrativo procedente de la Administración "*activa*" que reúna determinados requisitos ("Fallos", tomo 175, páginas 368 -380, *in re* "Elena Carman de Cantón c/ Nación sobre pensión"). La cosa juzgada, si bien es un atributo del acto jurisdiccional del juez, no es un atributo *exclusivo* de dicho acto (en sentido concordante: Bartolomé A. Fiorini: "Teoría de la Justicia Administrativa", páginas 64-65), ya que no sólo puede hallársela en actos de la Administración "jurisdiccional", sino también en actos de la Administración "*activa*", según quedó dicho. Por eso son numerosos los autores que le niegan valor a la "*cosa juzgada*" para caracterizar al "*acto jurisdiccional*" (véase: Vedel: "Droit Administratif", páginas 308-309, Paris 1961).

Tratándose de actos provenientes de la Administración "*jurisdiccional*", si bien dichos actos, tal como también lo estableció la Corte Suprema, para cumplir obvias exigencias constitucionales deben dejar abierta la vía para ante los órganos "*judiciales*", si las partes consienten la resolución de la Administración jurisdiccional, tal resolución producirá "cosa juzgada" plena, con todos sus efectos, a pesar de tratarse de un acto jurisdiccional proveniente de la Administración.

De manera que puede haber "cosa juzgada" no sólo en el acto jurisdiccional de los jueces, sino también en el acto jurisdiccional de la Administración, y aun en el caso de la mera Administración "*activa*", por más que esta última cosa juzgada sólo produzca inmutabilidad

en sede administrativa, salvo que transcurriera el lapso para que se prescriba la respectiva acción (de nulidad, en la especie), en cuyo supuesto la inmutabilidad adquirirá caracteres absolutos, no obstante que el acto proceda de la Administración activa.

En síntesis: la "*cosa juzgada*", para caracterizar el acto jurisdiccional, es un dato harto "equivoco", y por ello insuficiente para tal caracterización. Algo similar puede decirse de la "*inmutabilidad*" del acto.

Considero que el acto jurisdiccional ha de definirse por la "*naturaleza*" del mismo; nunca por sus "*efectos*". En tal sentido, habrá acto jurisdiccional siempre que, en ejercicio de una facultad legal, a raíz de una reclamación del administrado, se dicte decisión, expresa y fundada, reconociendo o desestimando el derecho invocado, cualquiera sea el órgano que al efecto actúe. Esta idea concuerda, en general, con la opinión de Hugo Alsina (tomo 1º, página 561, nota 41), ya referida, y con la de Rafael Bielsa ("*Cuestiones de Jurisdicción*", página 25, Buenos Aires 1956). Los "*efectos*" del acto no inciden en la calificación de "jurisdiccional" que pueda corresponderle al mismo: sólo debe considerarse la "*naturaleza*" del acto. Lo atinente al "*tercero imparcial*", de que también se hace mérito, sólo es útil para distinguir la actividad jurisdiccional del "juez", de la actividad jurisdiccional del "administrador" (véase la nota 120 bis).

González Pérez, que afirma que el estudio del llamado "contencioso administrativo" corresponde al *derecho procesal*, sostiene, en cambio, que el estudio de las normas que regulan la llamada "potestad jurisdiccional de la Administración" corresponde al *derecho administrativo* (op. cit., páginas 127-128).

(a) Manuel Ibáñez Frocham niega la existencia de una "jurisdicción" administrativa ("*La jurisdicción*", página 135 y siguientes, Buenos Aires 1972).

(132) Véase a Nigro: "*Le decisioni amministrative*", nº 6, páginas 25-28. Este autor, en concordancia con un sector de la doctrina, cuando se trata de actos que deciden un conflicto de intereses, funda la distinción entre la actividad jurisdiccional de la Administración y la actividad jurisdiccional de los jueces en la vinculación que exista entre el acto de decisión y el interés que motiva tal decisión. Si la actividad jurisdiccional es actividad desarrollada en interés de los destinatarios de tal actividad y no del órgano que falla o decide, tal actividad imparcial es propia del juez; la actividad administrativa, en cambio, es actividad desarrollada en interés del propio órgano que la realiza. En la actividad jurisdiccional del juez, el órgano que la lleva a cabo es "imparcial", hállese super partes: es un órgano ajeno al conflicto. En la actividad jurisdiccional de la Administración, el órgano que la expresa no es extraño al conflicto: pertenece a la propia Administración, hallándose encuadrado en ésta (Nigro, op. cit., páginas 27-28). Disiento, pues, con Gordillo, en cuanto niega que pueda hablarse de "jurisdicción judicial" y de "jurisdicción administrativa", porque la jurisdicción es siempre judicial (Agustín Gordillo: "*Introducción al Derecho Administrativo*", página 46). Insisto en que tanto puede haber "jurisdicción" en la actividad del juez como en la del administrador. Manuel M. Ibáñez Frocham, en su excelente "*Tratado de los recursos en el proceso civil*", refiriéndose a mi opinión -que adelanté en el trabajo que dicho tratadista cita y que fue publicado en "*Jurisprudencia Argentina*"- considera que la actividad "jurisdiccional" de la Administración no pasa de ser un "hecho legislativo", circunstancial, anormal y condicionado según la jurisprudencia de la Corte argentina... (página 51, nota, tercera edición).

(133) La posible actividad "*jurisdiccional*" de la Administración Pública ha sido expresa y concretamente reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su sentencia del 8 de agosto de 1974, *in re* "Andrés Walter Villegas", considerando 7º ("Fallos", tomo 289, página 185 y siguientes). Además: "Fallos", tomo 247, página 646 y siguientes.

(134) "Fallos", tomo 247, páginas 646 y siguientes, considerando 17, *in re* "Elena Fernández Arias y otros c/ José Poggio" . En igual sentido, "Fallos", tomo 249, páginas 715 y siguientes; tomo 255, página 124 y siguientes. Además, véanse las referencias concordantes de Eduardo J. Couture: "Estudios de Derecho Procesal Civil", tomo 1º, páginas 195-196, Buenos Aires 1948. En el mismo sentido: Germán J. Bidart Campos: "Derecho Constitucional", tomo 1º, páginas 787-798, Buenos Aires 1964. Asimismo: Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 295, página 552 y tomo 302, página 1593 .

(135) Constitución actual, art. 109 .

(136) Rodolfo Bullrich se ocupó de este asunto, sosteniendo que si se cree necesario otorgar a la Administración facultades judiciales, podrá ello hacerse previa modificación del texto constitucional. Hace luego diversas consideraciones interesantes acerca de la oportunidad de una reforma de esa índole ("Principios generales de derecho administrativo", página 161). Antaño, entre nosotros, Jerónimo Cortés sostuvo que el ejercicio de funciones judiciales por órganos administrativos era contrario a la Constitución Nacional, porque ello vulneraba el principio de separación de los poderes que ésta consagra ("Vistas Fiscales", tomo 4º, páginas 161 y siguientes, 167 y siguientes). Joaquín V. González, refiriéndose al artículo 95 (**) de la Constitución, en cuanto establece que el Presidente no puede juzgar, dijo que ello es más bien una garantía que un precepto orgánico ("Obras Completas", tomo 3º, página 162).

(**) Constitución actual, art. 109 .

(137) Por ello disiento con lo que al respecto manifiesta Agustín A. Costa, en su excelente libro "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", Buenos Aires 1950, página 37, nota 53 bis, en cuanto afirma la nulidad absoluta de todo acto jurisdiccional emanado de la Administración y sostiene que es erróneo el empleo de la apelación como medio para la revisión de cualquier acto procedente de aquel poder. En cambio, comparto la tesis contraria a la de Costa, expuesta por Jorge T. Bosch en su meditado trabajo "Revisión judicial de sentencias interlocutorias dictadas por órganos administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales", publicado en "La Ley", 25 de octubre de 1956. Aparte de ello, adviértase que la "*apelación*" no es instituto exclusivo de la organización "judicial": es también un recurso que funciona dentro de la organización administrativa, donde suele denominársele recurso de alzada. "El recurso de alzada es la segunda instancia del procedimiento y equivale a la apelación en el proceso civil. Es frecuente incluso que algunos autores lo designen con este nombre y tampoco es raro percibir en la terminología judicial que al recurso de apelación se le llame genéricamente *la alzada*" (Eduardo Vivancos: "Comentarios a la ley de procedimiento administrativo", página 198, Barcelona 1959).

(138) D'Alessio, tomo 1º, página 224; Giannini, página 113; Zanobini, tomo 1º, página 130; Laubadère: "Traité élémentaire...", números 312-313; Sandulli, pág. 236; Silvestri: "L'attività interna della pubblica amministrazione", págs. 21-24, 27, 33, 35; Diez: "El acto administrativo", páginas 54-55.

(139) D'Alessio, tomo 1º, página 224; Giannini, pág. 113; Zanobini, tomo 1º, pág. 130; Sandulli, pág. 236; Silvestri, op. cit., págs. 24, 33-35; Diez: "El acto administrativo", página 54.

(140) Silvestri, página 27.

(141) Silvestri, página 135.

(142) Silvestri, páginas 35-37.

(143) Posada, tomo 1º, página 393.

(144) Posada, tomo 1º, página 393; Presutti, tomo 2º, página 59.

(145) Zanobini, tomo 1º, página 130; De Valles: "Elementi...", página 68.

(146) El carácter de órgano consultivo que reviste el Procurador del Tesoro de la Nación no se desvirtúa por el hecho de hallarse encuadrado en la Administración activa. Lo esencial es la "substancia" de las funciones que al respecto ejerce. Por supuesto, *aparte* de su calidad de asesor jurídico del Ejecutivo, ejerce la función legal de Jefe del Cuerpo de Abogados del Estado; pero esto último -dispuesto por ley posterior a la creación originaria del cargo de Procurador del Tesoro- no obsta a su carácter de órgano consultor o asesor del Ejecutivo. Con referencia a España, García Trevijano Fos estima que los abogados del Estado, que actúan como órganos asesores de los ministerios, no son verdaderos órganos consultivos porque se integran en la Administración activa ("Principios jurídicos de la organización administrativa", página 248). Por la razón que expuse, no comparto esa opinión, tanto más cuanto, como lo expresé precedentemente, la Administración consultiva es una mera actividad "*preparatoria*" de la manifestación "activa" de la Administración, de la que es una "*colaboradora*".

(147) Posada, tomo 1º, página 393.

(148) Posada, tomo 1º, página 394; Santamaría de Paredes, página 99.

(149) La conclusión indicada en el texto no varía aun en el supuesto de que el dictamen sea técnicamente erróneo. En este caso, por razones de mejor servicio, se justificaría la *cesantía* del funcionario asesor, pero no su *responsabilidad*.

(150) Presutti, tomo 2º, página 60; Sandulli, página 228.

(151) Presutti, tomo 2º, página 60.

(152) Presutti, lugar citado en la nota precedente.

(153) En igual sentido: Nigro: "Le decisioni amministrative", páginas 71-72, Napoli, 1953; Sayagués Laso: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 2º, página 445, nota 2, Montevideo 1959.

(154) Recaredo Fernández de Velasco Calvo: "El acto administrativo", página 120, y "Resumen de derecho administrativo y de ciencia de la administración", tomo 1º, página 98; Ramón Ferreyra: "Derecho Administrativo General y Argentino", páginas 35-36, Buenos Aires 1866; Villegas Basavilbaso, "Derecho Administrativo", tomo 2º, páginas 280 y 285. También Díez comparte en definitiva la opinión que doy en el texto; refiriéndose a los llamados dictámenes "vinculantes" dice así: "Pero no puede aceptarse que la Administración activa deba ceñirse estrictamente a los pareceres de los cuerpos consultivos; solamente cabría aceptar que no se tomase una resolución contraria" ("El acto administrativo", páginas 45-46). Además, véase a Sarria: "Derecho Administrativo", página 107.

(155) Fernández de Velasco Calvo, tomo 1º, página 97; Presutti, tomo 2º, página 60; D'Alessio, tomo 1º, página 227; Zanolini, tomo 1º, página 130; García Trevijano Fos, página 112. Para Sayagués Laso la opinión que expresa el órgano consultado no es un acto administrativo, "*sino meramente un juicio*" ("Tratado...", tomo 2º, página 445).

(156) De Valles: "Elementi...", páginas 202-203.

(157) Véase Villegas Basavilbaso, "Derecho Administrativo", tomo 2º, páginas 284-285. Además: Díez: "El acto administrativo", página 47; Sarria: "Derecho Administrativo", página 107.

(158) Véase a Villegas Basavilbaso "Derecho Administrativo", tomo 2º, páginas 284-285 y Díez, lugares citados en la nota precedente.

(159) Puede verse a Sandulli, páginas 228-229; Stassinopoulos, páginas 156; Fiorini: "La discrecionalidad en la Administración Pública", páginas 41-42; Díez: "El acto administrativo", páginas 58, 60-61.

(160) Fiorini: "La discrecionalidad...", página 41.

(161) Véase precedentemente, texto y notas 84 y 85. Pero no habrá actividad "discrecional" cuando la valoración que se hiciere no implique precisamente una apreciación *subjetiva* de los intereses colectivos, y dicha apreciación sirva sólo como presupuesto de hecho para la aplicación de la norma que regula la acción (Díez: "El acto administrativo", página 69). En ese orden de ideas, Fiorini da como ejemplo de actividad "*reglada*" la autorización de reconocimiento de personería jurídica a una entidad social, la que debe hacerse de acuerdo a disposiciones reglamentarias, previa justificación del número de socios, antecedentes policiales, capital aportado, actividades, razonabilidad del fin, etc. (Fiorini: "La discrecionalidad en la Administración Pública", páginas 44-45); en cambio, Manuel J. Argañarás estima que el otorgamiento de la personería jurídica constituye un acto discrecional ("Tratado de lo contencioso administrativo", páginas 171-172, Buenos Aires

1955). Villegas Basavilbaso considera que se trata de una facultad en parte reglada y en parte discrecional, pero no arbitraria ("Derecho Administrativo", tomo 5º, página 406 y siguientes). Véase: Hugo Estrázulas: "La Administración Pública en el Estado Moderno. Poder discrecional. Recurso por desviación de poder)", páginas 42-43, Montevideo 1943. Asimismo: Manuel J. Argañarás, obra citada, páginas 169-170; Laubadère: "Traité de droit administratif", nº 397.

Al tratar de los actos administrativos me referiré a la diferencia que, en lo atinente a la protección jurisdiccional del administrado, existe entre "discrecionalidad técnica" y "actividad discrecional" *stricto sensu*. No obstante, véase nº 254, punto 5º.

(162) Fiorini: "La discrecionalidad...", página 45.

(163) Fiorini, op. cit., pág. 42.

(164) Véase: Stassinopoulos, página 156, letra d. Además: Laubadère: "Traité de droit administratif", nº 397.

(165) Lo dicho en el texto es de gran trascendencia en lo atinente a la estabilidad de los derechos subjetivos nacidos de actos administrativos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, equivocadamente a mi criterio, circunscribió la estabilidad de tales derechos, en sede administrativa, a los nacidos de actos emitidos por la Administración en ejercicio de la actividad *reglada*, excluyendo de tal estabilidad los nacidos del ejercicio de la actividad discrecional; sostuvo que la Administración, por sí misma y en su propia sede, no puede extinguir los derechos subjetivos nacidos a favor de los administrados como consecuencia de actos que ella hubiese emitido ejercitando sus facultades "*regladas*". Dijo el Tribunal: "Que las distinciones precedentes adquieren particular importancia cuando se trata de saber si los actos o resoluciones administrativos hacen "cosa juzgada" y "causan estado", o son revocables total o parcialmente, en cualquier término que el poder administrador o la institución autárquica lo considere conveniente. *Es lógico que cuando se obra en virtud de facultades discrecionales la revocación sea procedente* y lo mismo puede ocurrir cuando, aun actuando y decidiendo en virtud de las facultades regladas, el interés público que, como ha dicho esta Corte puede confundirse con el orden público, reclame una modificación del *status* creado al amparo del acto administrativo, aunque podría surgir la obligación de indemnizar al particular afectado por la revocación" ("Fallos", tomo 175, páginas 373-374, *in re* "Elena Carman de Cantón c/Nación s/pensión"). En posteriores resoluciones el Tribunal ratificó dicho criterio ("Fallos", tomo 209, página 497 y siguientes; tomo 210, página 1071 y siguientes; tomo 245, página 406 y siguientes; tomo 250, página 491 y siguientes). Tal afirmación de la Corte Suprema de Justicia la juzgo equivocada, pues, como lo expreso en el texto, los derechos subjetivos nacidos de actos administrativos emitidos sea en ejercicio de la actividad reglada o de la actividad discrecional de la Administración, *tienen idéntica substancia*. Si el derecho nacido de un acto administrativo emitido por la Administración en ejercicio de facultades regladas es irrevocable por la propia Administración, igual prerrogativa debe acompañar al derecho subjetivo nacido de un acto administrativo emitido en ejercicio de facultades discrecionales. No hay razón alguna que justifique lo contrario. Todo esto será de fundamental importancia para cuando,

en futuros estudios y fallos, se reestructure lo atinente a la revocabilidad por el órgano administrador de los actos administrativos creadores de derechos en favor de los administrados. En sentido concordante al que expongo, véase: Juan F. Linares: "Cosa juzgada administrativa en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", página 117; Díez: "El acto administrativo", página 351; Fernández de Velasco: "El acto administrativo", página 264; Sarriá: "Teoría del recurso contencioso-administrativo", página 62, tercera edición.

La mencionada resolución de la Corte Suprema resulta, asimismo, poco alabable en cuanto se refiere a la revocabilidad de actos administrativos emitidos en ejercicio de facultades *regladas*, cuando el interés público así lo reclame. No era pertinente hacer ahí semejante declaración, máxime cuando se la ha referido o contrapuesto a la revocación de actos administrativos emitidos en ejercicio de facultades discrecionales, admitiendo la de éstos y desechando, en principio, la de aquéllos. Sabido es que los actos administrativos pueden ser revocados en cualquier momento, *cuando el interés público lo reclame*; y también es sabido que tal revocación, determinada entonces por razones de "oportunidad" o "conveniencia", la realiza la *propia Administración* emisora del acto, todo ello sin perjuicio de la indemnización que correspondiere en favor del administrado. La expresada referencia a la posibilidad de revocar, por razones de oportunidad, los actos administrativos emitidos en ejercicio de facultades regladas, la juzgo fuera de lugar en el citado fallo del alto Tribunal, tanto más cuanto la revocación del acto administrativo que motivó la intervención de la Corte Suprema no se refería a razones de oportunidad, sino a razones de "legitimidad". Dicha referencia tiende a confundir la cuestión debatida, de suyo ya muy compleja. En el lugar de esta obra donde me ocupe, en particular, del "acto administrativo", volveré a referirme a esta cuestión (tomo 2º, números 465, 521-523).

(166) El art. 17 del decreto-ley nº 19549/72, *sin distinguir entre acto administrativo emitido en ejercicio de la actividad reglada o de la discrecional*, establece que el acto no puede ser revocado en sede administrativa si estuviere firme y consentido y hubiese generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, en cuyo supuesto se requiere la declaración judicial de nulidad. Ver, además, art. 18 de dicho texto.

(167) Giannini, página 197. Téngase presente: Luis J. Pérez Colman: "El control de legitimidad a cargo del Tribunal de Cuentas", en "Revista Argentina de Derecho Administrativo", enero-marzo 1975, página 67 y siguientes.

(168) Véase: Zanobini, tomo 1º, página 131; De Valles: "Elementi...", números 94, 280-282; Giannini, páginas 199-202; Díez: "El acto administrativo", página 47.

(169) De Valles: "Elementi...", páginas 70 y 203. En el supuesto de control jerárquico, ejercido por el superior respecto al inferior, la actividad administrativa es equiparable a la vigilancia que, en la vida privada, ejerce una persona sobre sus propios dependientes (De Valles, página 70).

(170) García Trevijano Fos, página 115. Entre nosotros, la Contaduría General de la Nación -que, juntamente con el Tribunal de Cuentas de la Nación, tenía a su cargo el control administrativo de tipo financiero- depende jerárquicamente de la Secretaría de Hacienda

(art. 72 del decreto n° 23354/56). Pero lo dicho en el texto resulta igualmente exacto aun cuando se aceptare que el expresado Tribunal de Cuentas de la Nación -que es el otro organismo que tenía a su cargo el control administrativo de tipo financiero- es un instrumento técnico del Congreso (ver sobre esto último a Giuliani Fonrouge: "Derecho Financiero", tomo 1°, páginas 234 y 238), pues ni el propio Congreso está colocado institucionalmente por encima del Ejecutivo, sino en un pie de igualdad con éste. Ver la siguiente nota 149. El citado decreto ley n° 23354/56 puede vérselo en el Boletín Oficial del 8 de enero de 1957, y en "Jurisprudencia Argentina", 1957-II, páginas 11 y siguientes, sección legislación. El decreto-ley 23354/56 ha sido derogado en gran parte.

(171) Giannini, páginas 198 y 201. Baste recordar, dice este autor, que en el Estado moderno, la suprema autoridad, o sean los órganos constitucionales, que por definición se hallan en un pie de igualdad, se encuentran bajo control recíproco entre ellos (página 198), lo cual bien puede recordarse a título de "*principio*".

(172) Villegas Basavilbaso, tomo 2°, páginas 306-307 y 310; De Valles: "Elementi...", páginas 70, 229-230; Diez: "El acto administrativo", página 47, texto y nota. Más adelante, n° 226, me refiero a la clasificación del control o fiscalización en la Administración Pública.

(173) Villegas Basavilbaso, tomo 2°, páginas 308, 311-312.

(174) No obstante, véase mi trabajo "Entidades autárquicas institucionales. Su creación por ley o por decreto. Lo atinente a su constitucionalidad", en "Jurisprudencia Argentina", 1961-VI, página 62, sección doctrinaria.

(175) Jèze: "Principios generales del derecho administrativo", tomo 3°, página 142, edición española, Depalma, Buenos Aires 1949; Villegas Basavilbaso, tomo 2°, página 310; Heredia: "Contralor administrativo sobre los entes autárquicos", páginas 27, 52-53; Sayagués Laso: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 2°, páginas 438-439.

(176) Jèze: "Principios generales del derecho administrativo", tomo 3°, páginas 139-140; Heredia: "Contralor administrativo sobre los entes autárquicos", página 53.

(177) Véase el n° 27 de la presente obra. Jèze, respecto a los poderes de vigilancia, jerarquía y control, haciendo referencia a las instrucciones generales o individuales en que dichos poderes se concreten, dice que las expresadas instrucciones *no son actos jurídicos* y que no son *jurídicamente* obligatorias para el agente subordinado; si el agente no se conforma a la instrucción su acto no es nulo, sino válido, todo ello sin perjuicio de la sanción disciplinaria pertinente, etc. ("Principios generales del derecho administrativo", tomo 3°, páginas 72-73). Considero que la solución que el caso requiere, no es la que da Jèze, sino la que expongo en el texto: las "instrucciones" son obligatorias para los agentes de la Administración. Véase: Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", n° 315.

(178) "Jurisprudencia Argentina", tomo 41, páginas 22-23; Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomo 167, páginas 253-254, *in re* "Georges de Maussion".

(179) D'Alessio, tomo 1º, página 226; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, página 273; Diez: "El acto administrativo", página 51. Además, véase: Fernández de Velasco Calvo: "Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración", tomo 1º, página 97.

(180) En igual sentido: Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 273-274.

(181) D'Alessio, tomo 1º, página 226; Vitta, tomo 1º, páginas 162-163; Zanobini, tomo 1º, página 129; Alessi: "Diritto Amministrativo", página 114; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, página 273; García Trevijano Fos: "Principios jurídicos de la organización administrativa", página 249; Diez: "El acto administrativo", página 51.

(182) D'Alessio, tomo 1º, página 226; García Trevijano Fos, página 253.

(183) Zanobini, tomo 1º, página 129.

(184) Fragola: "Manuale di diritto amministrativo", página 81.

(185) D'Alessio, tomo 1º, número 155, página 241.

(186) García Trevijano Fos, páginas 249 y 253. Para las diferencias entre actos "simples", "complejos" y "colectivos", véase: Ranelletti: "Teoria degli atti amministrativi speciali", páginas 117-120; Zanobini, tomo 1º, páginas 232-234.

(187) García Trevijano Fos, página 250; Vitta, tomo 1º, página 163. Además: Hauriou: "Précis...", páginas 117-119 y 119 y siguientes.

(188) Según Vitta, quórum deriva del vocablo latino con que se iniciaba una primitiva ley inglesa que se ocupaba de este asunto (tomo 1º, página 164).

(189) Alessi: "Diritto Amministrativo", página 115; Vitta, tomo 1º, página 164; Fragola: "Manuale...", página 82; García Trevijano Fos, página 250; Galateria: "Gli organi collegiali amministrativi", tomo 2º, páginas 45-52.

(190) Galateria: "Gli organi...", tomo 2º, páginas 35-41.

(191) Galateria, tomo 2º, páginas 42-43.

(192) Galateria, invocando los principios generales del estado de necesidad, acepta que el órgano colegiado, por el voto unánime de sus miembros, se aparte del "orden del día" y, para evitar graves daños, trate otros puntos no incluidos en él, siempre que existan razones graves, excepcionales y urgentes ("Gli organi collegiali amministrativi", tomo 2º, página 43).

(193) Galateria: "Gli organi...", tomo 2º, páginas 42-43.

(194) Véase: D'Alessio, tomo 1º, página 242; Fragola: "Manuale...", página 83; García Trevijano Fos, páginas 250-251; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 274-275 y 277; Alessi: "Diritto Amministrativo", página 115. En estos supuestos, la mayoría "absoluta"

equivale a la mitad más uno de los miembros presentes, en tanto que la "simple" mayoría puede referírsele al número de miembros del colegio o a quien obtenga más votos (Fragola: "Manuale...", página 83; Vitta, tomo 1º, página 164; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, página 277; Diez: "El acto administrativo", página 52). Con relación al derecho parlamentario, escribe Linares Quintana: "La mayoría absoluta está constituida por la mitad más uno de los sufragios válidos emitidos, mientras que la mayoría relativa consiste en la cifra mayor de votos alcanzados por un partido, independientemente de su relación con la totalidad de los sufragios válidos" ("Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", tomo 7º, nº 4034).

(195) García Trevijano Fos, páginas 251-252.

(196) Fragola: "Manuale...", página 83; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 277-278; Nigro: "Le decisioni amministrative", páginas 42-43; Galateria: "Gli organi collegiali amministrativi", tomo 1º, páginas 93-100 y tomo 2º, páginas 63-70.

(197) Galateria: "Gli organi...", tomo 2º, páginas 68-69. Compárese, además: Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 277-278.

(198) Galateria: "Gli organi...", tomo 2º, páginas 69-70.

(199) Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 278-279; Diez: "El acto administrativo", página 54.

(200) García Trevijano Fos, página 253; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, página 278. De acuerdo al artículo 14 de la ley española de procedimiento administrativo, del 17 de julio de 1958, cuando los miembros del órgano colegiado voten en contra y hagan constar su motivada oposición, quedarán exentos de la responsabilidad que, en su caso, pueda derivarse de los acuerdos del órgano colegiado (ver Eduardo Vivancos: "Comentarios a la ley de procedimiento administrativo", páginas 58-59, Barcelona 1959).

(201) Descentralizar significa, literalmente, sacar del centro; y descentralización es el método mediante el cual un grupo de facultades jurídicas se saca del centro y se transfiere hacia la periferia (Fragola: "Manuale di diritto amministrativo", página 84). Existen ciertas necesidades o intereses locales que no pueden ser satisfechos con oportunidad por la Administración central del Estado; entonces, para lograr esa satisfacción oportuna, el Estado transfiere algunas de sus funciones a órganos periféricos o locales (Fragola, op. y loc. cit.). "La descentralización como principio de organización consiste en transferir competencias de la Administración directa del Estado a la indirecta, es decir, a las demás personas jurídicas públicas" (García Trevijano Fos: "Principios jurídicos de la organización administrativa", página 221).

(202) Zanobini, tomo 3º, página 203.

(203) Véase mi trabajo "Entidades autárquicas institucionales. Su creación por ley o por decreto. Lo atinente a su constitucionalidad", en "Jurisprudencia Argentina", 1961-VI, página 62 y siguientes, sección doctrinaria.

(204) Desde ya advierto que, en principio, debe distinguirse la "persona jurídica pública" de la "persona estatal". Más adelante, al referirme a la personalidad en el derecho administrativo, volveré sobre esta cuestión.

(205) Sayagués Laso: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, páginas 589-591. Forsthoff también advirtió este doble orden de relaciones; pero al referirse a las relaciones "interorgánicas" limita su exposición a las *cuestiones de competencia* que puedan surgir entre órganos de un mismo ente ("Tratado de Derecho Administrativo", páginas 575-577).

(206) Giannini: "Lezioni di diritto amministrativo", página 349.

(207) Véase mi trabajo "Administración Pública. Actividad interorgánica. Relaciones interadministrativas", en "Jurisprudencia Argentina", 1962-III, sección doctrinaria, página 77.

(208) Méndez: "Las relaciones interadministrativas", página 10; Sayagués Laso, tomo 1º, página 589; Giannini: "Lezioni...", páginas 348-349.

(209) Silvestri: "L'Attivit... interna nella pubblica amministrazione", página 15; Zanobini, tomo 1º, n° 7, página 247. Además: Sayagués Laso, tomo 1º, página 589.

(210) Silvestri: "L'Attivit... interna...", página 15; Sayagués Laso, tomo 1º, páginas 589-591; Giannini: "Lezioni...", páginas 349-350.

(211) Véanse: Giannini: "Lezioni...", páginas 349-350; Sayagués Laso, tomo 1º, páginas 590-591, números 411 y 412.

(212) Para "actos colectivos" y su distinción con los "actos complejos" y con los "contratos", véase: Ranelletti: "Teoría degli atti amministrativi speciali", páginas 117-120; Zanobini, tomo 1º, páginas 232-234. Además, véase lo que escribe Vitta acerca de lo que él llama "*acuerdos*" entre entes públicos ("Diritto Amministrativo", tomo 1º, n° 81, páginas 353-355).

(213) Sayagués Laso, tomo 1º, página 591, n° 413.

(214) Silvestri: "L'attività interna della pubblica amministrazione", páginas 15-19.

(215) Zanobini, tomo 1º, páginas 124-125; D'Alessio, tomo 1º, páginas 208-209 y 211; Fraga, página 323.

(216) Silvestri: "L'attività...", páginas 19-21. Además, véase: D'Alessio, tomo 1º, páginas 211-212.

(217) Zanobini, tomo 1º, páginas 124-125 y 247-248; Sayagués Laso, tomo 1º, página 183; Romano, página 102; Fraga, n° 146, páginas 322-324. Además: Sandulli: "Il procedimento amministrativo", páginas 97-112, Milano 1959, quien hace interesantes consideraciones.

(218) Ver Fraga, página 323.

(219) Ver Sayagués Laso, tomo 1º, página 183.

(220) Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", n° 315, páginas 169-170; Sandulli, páginas 236-237. Además, véase precedentemente, texto y nota 155. Asimismo, puede verse a Villegas Basavilbaso, tomo 1º, páginas 309-310.

(221) Jèze: "Principios generales del derecho administrativo", tomo 3º, página 73, edición española, Depalma, Buenos Aires 1949; Vedel: "Droit Administratif", páginas 143-144.

(222) En sentido concordante: Zanobini, tomo 1º, página 247. Además, véase precedentemente, n° 22.

(223) Cuando el rozamiento entre los distintos órganos dependientes de un mismo ente obedezca a una *cuestión de competencia*, ésta -por principio general, y salvo texto expreso en contrario- debe ser resuelta por la autoridad administrativa inmediatamente superior y no por la autoridad judicial (Forsthoff: "Tratado de Derecho Administrativo", páginas 576-577). Ver más adelante, n° 196.

En concordancia con lo que dejo expresado acerca de la improcedencia de litigios judiciales *entre meros organismos administrativos* (relaciones "interorgánicas"), puede recordarse un fallo de la Corte Suprema de Justicia Nacional, donde ésta expresó que "la Nación no podría ser llevada a juicio por las diferencias suscitadas *entre reparticiones dependientes de su autoridad*, dentro de la cual aquéllas deben encontrar solución" ("Fallos", tomo 180, páginas 58 y 66). Entre nosotros existe un interesante antecedente que corrobora lo que dejo expresado. Por decreto del Poder Ejecutivo Nacional n° 2325/61 se estableció que los diferendos interadministrativos (debió decir "*interorgánicos*") que se susciten entre las Secretarías de Estado de Obras Públicas, Comunicaciones y Transportes, serán resueltos por decreto del Poder Ejecutivo en base a la propuesta que eleve el Ministerio de Obras y Servicios Públicos (ver dicho decreto en el Boletín de la Secretaría de Estado de Obras Públicas, n° 4246, página 499). El temperamento de referencia debe ser extendido a todo conflicto motivado por relaciones administrativas "*interorgánicas*".

(224) Puede verse el trabajo de Luis A. Premoli: "Contralor jurisdiccional de las entidades autárquicas nacionales. Competencia judicial", en "Entidades autárquicas institucionales. Bases para una ley orgánica", publicado por el "Instituto Argentino de Estudios Legislativos", página 52 y siguientes. Buenos Aires 1942. Además, véase: Villegas Basavilbaso, tomo 2º, página 187, letra f.

(225) Al respecto, el artículo 56 de la ley n° 16432, sobre presupuesto general de la Nación, dice así: "No habrá lugar a reclamación por daños y perjuicios entre organismos administrativos del Estado nacional, centralizados y/o descentralizados, incluidas las entidades autárquicas, empresas del Estado y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, cuando el monto presupuesto de los daños y perjuicios no sea mayor a \$ 20.000 (veinte mil pesos). Cuando exceda de esta cantidad hasta la suma de \$ 1.000.000 (un millón de pesos) y no haya acuerdo entre los organismos interesados, la cuestión se someterá a la decisión definitiva e irrecurrible del Procurador del Tesoro de la Nación; la decisión será tomada por el Poder Ejecutivo cuando supere el monto antes indicado. El Poder Ejecutivo

podrá elevar los montos fijados en este artículo cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable por razones de economía y expedición administrativa" (a). Dicha ley fue publicada en el Boletín Oficial del 13 de enero de 1962. Posteriormente, ante ciertos interrogantes planteados por algunas reparticiones públicas, para evitar toda cuestión acerca de la duración temporal de ese texto, dado que el mismo estaba contenido en la ley de "*presupuesto general de la Nación*", se dictó el decreto-ley nº 3877, del 13 de mayo de 1963, publicado en el Boletín Oficial el 30 de dicho mes y año, reiterando dicho precepto. Tal reiteración no era necesaria, pues esa clase de normas, no obstante hallarse incluidas en la ley de presupuesto, tienen una duración ilimitada en el tiempo, rigen *sine die* (ver más adelante, nº 60).

En su carácter de "Procurador del Tesoro de la Nación", el autor de la presente obra tuvo oportunidad de emitir varias decisiones -las primeras dictadas al respecto en nuestro país- dirimiendo querellas entre organismos estatales. En su fondo y forma tales decisiones seméjanse a los fallos que habitualmente dictan los jueces. En materia de "prueba" todo se reduce, por principio general, a las *actuaciones* practicadas por los propios entes interesados y a las *manifestaciones* de los mismos, lo cual resulta justificado y comprensible si se considera que, en realidad, se trata de órganos del propio Estado y no de verdaderas "*partes opuestas*".

(a) Véase el decreto-ley 19983, de diciembre de 1972, que modificó los topes del decreto-ley de contabilidad, art. 56. La Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo de la Capital, Sala IV, declaró que el sistema de la ley 19983 se aplica a todas las cuestiones "patrimoniales" que se susciten entre organismos públicos, y no sólo a controversias sobre "daños y perjuicios" (sentencia del 27 de agosto de 1986, *in re* "Y.P.F. c/ Administración de Aduanas", en "El Derecho", 27 de agosto de 1987).

(226) "Derecho Administrativo", tomo 1º, páginas 77-78. Zanobini expresa un concepto concordante al de dicho autor, ya que incluye entre los objetos del derecho administrativo "los consiguientes vínculos jurídicos entre la Administración Pública y *los otros sujetos*" (tomo 1º, página 26).

(227) Fernando Garrido Falla: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, página 116, Madrid 1961, quien da la siguiente definición del derecho administrativo: "aquella parte del derecho público que determina la organización y comportamiento de la Administración directa e indirecta del Estado, disciplinando sus relaciones jurídicas con el administrado". Frente a la definición de Garrido Falla, resulta más correcta, por lo ampliamente genérica, la siguiente definición del derecho administrativo propuesta por Díez: "Derecho administrativo es un complejo de normas y de principios de derecho público interno, que regula la organización y la actividad de la Administración Pública" (Manuel María Díez: "Derecho Administrativo", página 264, Buenos Aires 1963). También Sayagués Laso da una definición genérica del derecho administrativo (tomo 1º, página 21).

(228) Sayagués Laso: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, página 21.

(229) Véase: Posada: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, página 25 y siguientes; Fernández de Velasco Calvo: "Resumen de Derecho Administrativo y de

Ciencia de la Administración", tomo 1º, página 25 y siguientes; Bullrich: "Principios generales de derecho administrativo", página 13 y siguientes; García Oviedo: "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 13 y siguientes; Gascón y Marín: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, página 43 y siguientes; Antonio Royo Villanova: "Elementos de Derecho Administrativo", tomo 1º, página 9 y siguientes; Villegas Basavilbaso: "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 47 y siguientes.

(230) Batbie: "Traité théorique et pratique de droit public et administratif", tomo 2º, página 5, París 1885.

(231) Colmeiro: "Derecho Administrativo Español", tomo 1º, páginas 30-31, Madrid 1858.

(232) Ferreyra: "Derecho Administrativo General y Argentino", páginas 19-20, quien definió el derecho administrativo como "el conjunto de leyes y decretos que determinan las relaciones de la sociedad con los ciudadanos en el orden administrativo".

(233) Lucio V. López: "Derecho Administrativo Argentino", páginas 16 y 17. Para el Dr. López el derecho administrativo "es el conjunto de reglas que tienen por objeto limitar o garantizar los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con los intereses colectivos" (página 16); y agrega que el estudio del derecho administrativo puede dividirse en dos grandes secciones: la primera comprende el estudio de las leyes o de la materia administrativa; la segunda el estudio de las autoridades administrativas (página 17).

(234) Royo Villanova, tomo 1º, página 9.

(235) Ducrocq: "Cours de droit administratif et de législation française des finances", tomo 1º, página 3.

(236) Santamaría de Paredes: "Curso de Derecho Administrativo", página 38.

(237) Sarría: "Derecho Administrativo", página 47.

(238) García Oviedo: "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 14.

(239) Royo Villanova, tomo 1º, página 10.

(240) Bullrich, entre nosotros, rechaza enérgicamente ese aspecto de la crítica ("Principios generales de derecho administrativo", páginas 18-19).

(241) En Francia lo sostuvieron, entre otros: *Duguit*: "Las transformaciones del derecho público", páginas 85, 93 y 106, para quien la noción de servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del derecho público, y para quien el derecho público es el derecho objetivo de los servicios públicos; del mismo autor: "Traité de droit constitutionnel", tomo 1º, página 707; *Jèze*: "Los principios generales del derecho administrativo", tomo 1º, página 29, traducción española, Editorial Reus, Madrid 1928, y traducción española, Editorial Depalma, tomo 1º, página 1, Buenos Aires 1948; *Rolland*: "Précis de droit administratif", página 1. En Brasil la sostiene *Brandao Cavalcanti*:

"Tratado de Direito Administrativo", tomo 2º, página 7. En Chile *Aylwyn Azócar*: "Manual de Derecho Administrativo", página 30. Además, el criterio del "servicio público" desempeña un papel esencial en las definiciones de *Silva Cimma*: "Derecho Administrativo Chileno y Comparado", tomo 1º, página 24, y de *Bielsa*: "Derecho Administrativo", tomo 1º, páginas 5 y 7.

Respecto a Francia, corresponde advertir y dejar bien establecido que el maestro *Hauriou* no compartió la tesis de que el derecho administrativo era el conjunto de normas reguladoras de los servicios públicos. El eminente jurista dijo claramente que la base del derecho administrativo es la actividad del poder público; *no es, como se ha pretendido, el servicio público* ("La jurisprudence administrative de 1892 ... 1929", tomo 1º, pág. 1).

(242) Mayer: "Le droit administratif allemand", tomo 1º, páginas 15 y 20.

(243) Conformes con lo dicho en el texto: Royo Villanova, tomo 1º, página 14; Gascón y Marín, tomo 1º, página 52; Bullrich: "Principios...", página 15. No obstante, García Oviedo acepta el criterio que considera al derecho administrativo como regulador de la actividad total del Estado (tomo 1º, páginas 15 y 16).

(244) Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 1º, páginas 5 y 7.

(245) Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 54 y siguientes.

(246) Adolfo Merkl: "Teoría general del derecho administrativo", página 106.

(247) Merkl, op. y loc. cit.

(248) Entre otros: Goodnow: "Derecho Administrativo Comparado", tomo 1º, página 11; Ducrocq, tomo 1º, página 3; García Oviedo, tomo 1º, páginas 16-18; Romano: "Corso di Diritto Amministrativo", página 9; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 77; Sayagués Laso, tomo 1º, página 21; Sandulli: "Manuale di diritto amministrativo", página 12; Rolland: "Précis de droit administratif", página 1; Silva Cimma: "Derecho Administrativo Chileno y Comparado", tomo 1º, página 24; Legaz y Lacambra: "Introducción a la Ciencia del Derecho", página 336; Carlos Octavio Bunge: "El Derecho", página 423; etc.

(249) Si bien la distinción entre "derecho público" y "derecho privado" es incierta o imprecisa (Ranelletti: "Corso di istituzioni di diritto pubblico", página 9; Presutti: "Istituzioni di diritto amministrativo italiano", tomo 1º, página 40; Alberto R. Real: "Criterio de distinción y ámbito de aplicación del derecho público", páginas 39-40), prevalece el criterio que funda la distinción en la naturaleza de las respectivas normas: de "subordinación" en el derecho público, de "coordinación" en el derecho privado (Legaz y Lacambra: "Introducción...", páginas 313 y 337; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, páginas 66 y 70. Además, véase: Fleiner: "Instituciones de Derecho Administrativo", páginas 40-41; D'Alessio: "Istituzioni di diritto amministrativo italiano", tomo 1º, números 18 y 19, páginas 25-29; García Oviedo, tomo 1º, página 18; Garrido Falla: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, página 122). En general, aparte de los autores ya citados, para los criterios de distinción entre "derecho público" y "derecho privado" pueden verse: Duguit:

"*Traité de droit constitutionnel*", tomo 1º, página 702 y siguientes; Carlos Octavio Bunge: "*El Derecho*", página 407 y siguientes, y "*Teoría del Derecho*", página 262 y siguientes; Linares Quintana: "*Gobierno y Administración de la República Argentina*", tomo 1º, página 5 y siguientes; Fraga: "*Derecho Administrativo*", página 121 y siguientes.

(250) Sayagués Laso, tomo 1º, página 21, texto y nota 1.

(251) Ducrocq, tomo 1º, página 3; D'Alessio, tomo 1º, números 13 y 14, páginas 20 y 21; Linares Quintana: "*Gobierno y Administración de la República Argentina*", tomo 1º, página 10; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 77; Laubadère: "*Traité élémentaire de droit administratif*", página 11.

(252) Zanolini incluye en su definición la "*organización*", los "*medios*", la "*actividad*" de la Administración y las consiguientes "*relaciones*" jurídicas entre la misma y los otros "sujetos". Dice así: derecho administrativo "es la parte del derecho público que tiene por objeto la organización, los medios y las formas de actividad de la Administración Pública y los consiguientes vínculos jurídicos entre ella y los otros sujetos" ("*Corso...*", tomo 1º, página 26). En materia de "*relaciones*", en esta definición no se mencionan las "*interorgánicas*", o sea las establecidas entre organismos sin personalidad.

Presutti define el derecho administrativo como el complejo de normas jurídicas que regula la actividad de la Administración Pública y exclusivamente tal actividad ("*Istituzioni...*", tomo 1º, página 50). En esta definición, aparte de silenciarse todo lo atinente a las "relaciones", sólo se habla de "actividad" de la Administración, omitiendo toda referencia a la "organización". Este silencio lo considero una deficiencia, a pesar de lo que, sobre este tema, expone Gordillo, quien estima que basta con hacer referencia a la "actividad" ("ejercicio de la función administrativa"), ya que ello obviamente incluye lo atinente a la "organización" (Agustín Gordillo: "*Introducción al Derecho Administrativo*", página 46). Cuando se define una institución debe procederse con precisión y claridad, sin dar lugar a que la definición sea completada con conocimientos obvios o implícitos a cargo del intérprete o lector. El "*autor*" tiene el deber de circunscribir nítidamente el concepto que define, sin dejar dudas en sus lectores. Tampoco es aconsejable que la definición prescindiera de conceptos que el autor considere "obvios", pues el lector puede no considerarlos así, o sencillamente puede ignorar la materia, siendo en este caso indispensable que el autor le proporcione todos los elementos para formarse un juicio certero. De lo contrario la definición no la daría precisamente el autor, sino que debería construirla el lector, lo que ni es concebible ni es razonable que así sea. Sayagués Laso no sólo que en su definición habla de "estructura" (organización) y de "funcionamiento" de la Administración, sino que, además de ello, habla del "*ejercicio de la función administrativa*"; dice así: derecho administrativo es "la parte del derecho público que regula la estructura y funcionamiento de la administración y el ejercicio de la función administrativa" ("*Tratado*", tomo 1º, página 21), de lo cual dedúcese que dicho jurista comparte lo que dejo expresado.

Yorodzu Oda, con un criterio distinto al de Presutti, incluye en la definición del derecho administrativo, aparte de las "relaciones" de los entes públicos entre sí y con los administrados, la "*organización*" administrativa, pero no hace referencia alguna a la "actividad" o al "funcionamiento" de la Administración Pública. Dice así: "El derecho

administrativo es el conjunto de reglas jurídicas concernientes a la organización de los sujetos del poder administrativo y a sus vínculos con los particulares, como también a los vínculos de los sujetos del poder administrativo entre ellos" ("Principes de droit administratif du Japon", página 6). Al haber omitido toda referencia a la "*actividad*" de la Administración Pública, la definición de Oda resulta incompleta.

Garrido Falla define el derecho administrativo como "aquella parte del derecho público que determina la organización y comportamiento de la Administración directa e indirecta del Estado, disciplinando sus relaciones jurídicas con el administrado" ("Tratado...", tomo 1º, páginas 116 y 117). Como lo advertí en otro lugar de esta obra, n° 27, texto y nota 201, esa definición es incompleta, pues, respecto a las "relaciones", limita esa noción a las existentes *entre la Administración y los administrados*, quedando, entonces, indebidamente excluidas de la definición las relaciones de los entes administrativos entre sí, aparte de que tampoco contiene una referencia expresa a las relaciones que surgen de la actividad meramente interorgánica.

Villegas Basavilbaso incluye en su definición, como contenido del derecho administrativo, no sólo las relaciones de los entes públicos con los administrados, sino también las que se establecen "entre" dichos entes públicos ("Derecho Administrativo", tomo 1º, página 77), lo que en nuestro país implicó un verdadero progreso conceptual.

Diez define el derecho administrativo como el "conjunto de normas y de principios de derecho público interno, que regula la organización y la actividad de la Administración Pública" (Manuel María Diez: "Derecho Administrativo", pág. 264, Buenos Aires 1963). Asimismo Sayagués Laso da una definición genérica del derecho administrativo, pero omitiendo toda referencia a las "relaciones" ("Tratado...", tomo 1º, página 21).

Guillermo Varas C., tratadista chileno, define el derecho administrativo como "aquella rama del derecho público que regula la actividad del Estado y de los organismos públicos entre sí y con los ciudadanos, para el cumplimiento de los fines administrativos" ("Derecho Administrativo", páginas 14-15). Estimo que a esta definición corresponde hacerle extensiva parte de la crítica que precedentemente le formulé a Presutti: omitió hacer referencia a la "*organización*" de la Administración Pública.

El profesor francés Rivero define el derecho administrativo como "el conjunto de reglas jurídicas, derogatorias del derecho común, que rigen la actividad administrativa de las personas públicas" (Jean Rivero: "Droit Administratif", página 19, París 1962). Esta, si bien constituye una original noción del derecho administrativo, la considero susceptible de objeciones: 1) peca por excesivamente genérica: no especifica cuál es el objeto preciso de ese derecho; 2) aparte de ella, es de recordar que el derecho administrativo no sólo está constituido por "reglas" jurídicas, sino también por "*principios*" jurídicos; 3) finalmente, no considero que el derecho administrativo esté constituido por un conjunto de reglas jurídicas "*derogatorias*" del derecho común, pues, rigiendo el derecho administrativo en un ámbito donde no tiene aplicación originaria el derecho común, para la vigencia del derecho administrativo no es menester derogar el derecho común, el cual, a su vez, rige donde no tiene vigencia el derecho administrativo.

(253) Entre otros, Goodnow: "Derecho Administrativo Comparado", tomo 1º, página 12; Fernández de Velasco Calvo: "Resumen...", tomo 1º, página 1; Bielsa, tomo 1º, páginas 5 y 7; Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", página 12.

(254) Adolfo Merkl: "Teoría general del derecho administrativo", página 469 y siguientes. Para Merkl, *la justicia administrativa* es un trozo de la *justicia* y *no de la administración* (página 476); Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 56; Jesús González Pérez: "La sentencia administrativa: su impugnación y efectos", páginas 4-5; del mismo autor: "Derecho Procesal Administrativo", tomo 1º, páginas 126-127; Francisco Pera Verdaguer: "La nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956", páginas 5 y 6. Este autor, refiriéndose a la jurisdicción contencioso-administrativa, dice que "no es más que una especie de la genérica función jurisdiccional, y la naturaleza de tales procesos no difiere esencialmente de los demás procesos de conocimiento" (página 5). Sayagués Laso expresa que a primera vista parece lógico que todo lo relativo a los litigios en que es parte la Administración correspondiera al derecho procesal, pues en último término se trata de cuestiones relativas al ejercicio de la potestad jurisdiccional. Pero -agrega- es tal la complejidad del contencioso-administrativo y tan estrecha su vinculación con el ejercicio de la función administrativa, que tradicionalmente se le incluye en el derecho administrativo ("Tratado...", tomo 1º, página 22). Precisamente, sólo la "complejidad" a que hace referencia el jurista uruguayo, la cual incide en el aspecto didáctico de la cuestión, es la que justifica y explica que por ahora se sigan estudiando en conjunto -como integrando una misma asignatura- el derecho administrativo y el contencioso-administrativo.

(255) Agustín Gordillo: "Introducción al Derecho Administrativo", página 48.

(256) Véase: Jean Rivero: "Droit administratif", nº 25, página 27, París 1962, quien, refiriéndose a esta cuestión, dice que "el derecho administrativo es un derecho joven". Otros autores expresan la misma idea diciendo que trátase de un *jus novum*. Sobre este punto, escribe John Clarke Adams: "Entre las ramas importantes del derecho positivo moderno, el derecho administrativo es la más joven. Tiene tal vez cien años de vida en Italia, un poco más en Francia y unos cincuenta años en los Estados Unidos y en Inglaterra" ("El derecho administrativo norteamericano", página 21, Buenos Aires 1964, Eudeba).

(257) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 190, páginas 150-151, *in re* "S.A. Ganadera Los Lagos c/ Nación Argentina".

(258) Constitución actual, art. 121 .

(259) Constitución actual, art. 122 .

(260) Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 79. Además, véase: Gascón y Marín, tomo 1º, página 76; Romano, página 15, nº 2.

(261) En términos generales, a la ciencia de la administración se le asigna como objeto la indicación de los sistemas, modos y medios que sean mejores y más aptos para realizar las funciones administrativas, mientras que al derecho administrativo le correspondería regular jurídicamente esos modos o medios por los cuales el Estado cumple sus expresadas funciones.

(262) Sostienen dicha autonomía con relación al derecho administrativo; Presutti, tomo 1º, páginas 26-29; Orlando: "Diritto Pubblico Generale", página 127 y siguientes; D'Alessio, tomo 1º, números 29 y 30, páginas 47-50; Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 1º, páginas 7-8, y "Ciencia de la Administración", páginas 24 y 46; Rodríguez Arias: "Sobre algunos principios de ciencia de la administración", páginas 71-80; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, páginas 98-100; Díez: "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 305 y siguientes; además, véase: Patricio Aylwin: "Manual de Derecho Administrativo", páginas 34-35. Niegan dicha autonomía: Gascón y Marín, tomo 1º, páginas 72-73; Romano, páginas 17-20; García Oviedo, tomo 1º, páginas 30-31; Zanolini, tomo 1º, páginas 52-54; Vitta, tomo 1º, páginas 23-26; Lentini, tomo 1º, páginas 20-21; Prates da Fonseca: "Direito Administrativo", páginas 68-69; Sayagués Laso, tomo 1º, páginas 24-25; Garrido Falla, tomo 1º, páginas 186-189; Daniel H. Martins: "Introducción al Derecho Administrativo", páginas 113-115; Revidatti: "Derecho Administrativo", tomo 1º, páginas 315-316.

(263) Una exposición de esos criterios puede verse en: Gascón y Marín, tomo 1º, página 62 y siguientes; García Oviedo, tomo 1º, página 25 y siguientes; Fernández de Velasco Calvo: "Resumen...", tomo 1º, página 21 y siguientes; Vitta, tomo 1º, página 23 y siguientes; Bielsa: "Ciencia de la Administración", páginas 43-48; Prates da Fonseca: "Direito Administrativo", página 63 y siguientes; Bullrich: "Principios", páginas 22-25; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 90 y siguientes.

(264) Gascón y Marín, tomo 1º, página 64.

(265) García Oviedo, tomo 1º, páginas 28-29.

(266) García Oviedo, op. y loc. cit. Además: Gascón y Marín, tomo 1º, páginas 67-69.

(267) D'Alessio, tomo 1º, páginas 49-50.

(268) Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 8, y "Ciencia de la Administración", páginas 24 y 46.

(269) Villegas Basavilbaso, tomo 1º, páginas 99-100.

(270) Bielsa: "Ciencia de la Administración", página 46.

(271) Bielsa: "Ciencia de la Administración", página 24. Además: Presutti, tomo 1º, página 26.

(272) Vitta, tomo 1º, páginas 25-26.

(273) Romano, páginas 19-20. En sentido concordante: Gascón y Marín, tomo 1º, páginas 72-73; Garrido Falla, tomo 1º, páginas 186-189.

(274) García Oviedo, tomo 1º, página 31.

(275) En igual sentido: Romano, página 20; Garrido Falla, tomo 1º, página 189.

(276) Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 101.

(277) Véase a Linares Quintana: "Tratado de la ciencia del derecho constitucional", tomo 1º, página 367.

(278) Ducrocq, tomo 1º, página 6.

(279) Romano, página 16. Además: Ducrocq, tomo 1º, página 5.

(280) Pellegrino Rossi, citado por Ducrocq, tomo 1º, página 5.

(281) Véase a Jesús González Pérez: "Derecho Procesal Constitucional", Madrid 1980, páginas 50-53, quien considera la existencia de un *derecho procesal constitucional* como algo distinto del derecho procesal administrativo y, desde luego, distinto del derecho administrativo.

(282) En idéntico sentido: Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 113.

(283) Gascón y Marín, tomo 1º, página 79.

(284) Véase: Sarría: "Derecho Administrativo", página 59.

(285) Mayer, tomo 4º, página 353; Posada, tomo 2º, página 461, nº 4, y página 463, nº 7; Zanolini, tomo 1º, página 36. "La actividad de los Estados en la cooperación internacional es, en sí, de relación política. Sus actos no son necesariamente administrativos, sino de dirección de vida exterior, provocada por la formación de un concurso entre Estados, y por las tendencias expansivas de la humanidad" (Posada, op. cit., página 461).

(286) Sin embargo, respecto a esa supuesta "*extraterritorialidad*", véase el tomo 4º, nº 1334, texto y nota 370.

(287) García Oviedo, tomo 2º, página 15; Zanolini, tomo 1º, página 36; D'Alessio, tomo 1º, página 164, nº 102.

(288) Zanolini, tomo 1º, páginas 36-37.

(289) García Oviedo, tomo 1º, página 23.

(290) Mayer, tomo 4º, página 353.

(291) Así, el juez penal puede recurrir a procedimientos analógicos de interpretación, y eventualmente hasta aplicar extensivamente normas análogas, con tal que no amplíe la pretensión punitiva del Estado. Lo único constitucionalmente vedado al juez argentino, es servirse de una incriminación para castigar un hecho no punido. En ese orden de ideas, puede aplicarse analógicamente la prescripción penal a leyes sobre faltas (verbigracia, leyes sobre represión de juegos de azar) que no contengan disposiciones al respecto. Véase a Enrique R. Aftalión y Laureano Landaburu (h): "Acerca de las faltas o contravenciones", en "La Ley", 12 de noviembre de 1943, y autores ahí citados. En sentido adverso a la

aplicación subsidiaria de las normas generales del derecho penal criminal al derecho penal administrativo: James Goldschmidt y Georg Anders: "Deslinde entre los delitos administrativos y los criminales y aplicación de las normas generales del derecho penal al delito administrativo", en "El Derecho Penal Administrativo", página 57 y siguientes, Córdoba 1946, edición Universidad Nacional de Córdoba, cuya posición doctrinaria no es aceptada por la doctrina actual (véase a Enrique R. Aftalión: "Derecho Penal Económico", páginas 29-31, Buenos Aires 1959).

(292) En ese orden de ideas, se ha sostenido que nada se opone a que, en lo concerniente al proceso de duración de las contravenciones, de *lege ferenda* se aplique a su respecto la clasificación de los delitos del derecho penal: instantáneos, continuos y permanentes (Bielsa: "Los actos administrativos que imponen multa y su revisión jurisdiccional", en "Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas", Universidad Nacional del Litoral, Rosario 1937, septiembre-diciembre, páginas 272-273; el mismo autor y el mismo artículo en "Jurisprudencia Argentina", tomo 60, páginas 27-28, nota).

Lo mismo cuadra decir respecto a la teoría sobre unidad y pluralidad de delitos, a efectos de determinar si en el caso concreto hay una o más infracciones punibles. De acuerdo a esos principios, para considerar que sólo existe "*una*" infracción punible deben concurrir simultáneamente dos requisitos esenciales: unidad de hecho y unidad de resolución (Soler: "Derecho Penal Argentino", tomo 2º, páginas 304-336, Buenos Aires 1945). Esos principios del derecho penal sustantivo son enteramente aplicables en materia de infracciones de tipo administrativo, y han sido tenidos en cuenta, por ejemplo, para juzgar infracciones a las normas de sanidad animal que obligan a la lucha contra la garrapata. A estos efectos el país se divide en tres zonas, que para mayor claridad se podrían designar así: zona A., o infestada; zona B., o intermedia; zona C., indemne o libre. Si una persona, sin cumplir con los recaudos pertinentes, traslada animales desde la zona infestada (A.) a la zona intermedia (B.), comete "*una*" infracción y es reprimida por ella; lo mismo ocurre si el traslado de los animales fuese directamente efectuado desde la zona intermedia (B.) a la zona indemne o libre (C.). Pero si el traslado se efectúa directamente desde la zona A. (infestada) a la zona C. (libre o indemne), *pasando por la zona intermedia* (B.), por aplicación de los expresados principios del derecho penal sustantivo se considera que sólo hay "*una*" infracción punible, porque en la especie habría "unidad de hecho" y "unidad de resolución". En el sentido indicado, véase el dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación, del 14 de enero de 1963, *in re* "Expediente nº 7208/60. Lucha contra la garrapata. Secretaría de Estado de Agricultura y Ganadería".

(293) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 191, página 245; tomo 195, página 319. En ambos pronunciamientos el Tribunal dejó establecido que la legislación sobre faltas y contravenciones les compete a las provincias. En el primero de esos fallos dijo la Corte Suprema: "Que el Congreso de la Nación, al dictar el Código Penal vigente, deliberadamente no ha querido legislar sobre las faltas, dejando la materia, con ciertas reservas, librada a la legislación de los estados federales, considerando que si bien esta clase de contravenciones constituye, en algunos casos, verdaderos pequeños delitos comunes a los cuales podría aplicárseles los principios generales de la legislación nacional, más frecuentemente ofrecen características especiales determinadas por las costumbres de

cada localidad, por las necesidades de orden moral o material de los pueblos o por el resguardo de ciertas instituciones locales, cuyo regular funcionamiento les interesa más directamente, o porque existen en cada región muchos y pequeños intereses que hay que contemplar en este género de represión y que lógicamente pueden ser mejor apreciados por los poderes locales" (tomo 191, páginas 249-250). Además, puede verse: Villegas Basavilbaso, tomo 1º, páginas 135-138.

(294) Al respecto, nada más ilustrativo que recordar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dictada en "Raúl Oscar Mouviel y otros", "Fallos", tomo 237, página 636 y siguientes, donde el recurrente impugnó una condena dictada por el Jefe de Policía de la Capital, a treinta días de arresto por infracción a los edictos sobre desórdenes y escándalos dictados por la institución policial. El Tribunal, previo dictamen concordante del procurador general de la Nación, doctor Sebastián Soler, cambiando su anterior jurisprudencia, se pronunció en el sentido de que, como consecuencia de la garantía de artículo 18 de la Constitución, es indispensable que los *hechos* punibles y las *penas* a aplicar estén previstos por la ley. En mérito a ello, dispuso que la facultad de emitir edictos para reprimir actos no previstos por las leyes excede la facultad simplemente reglamentaria del Poder Ejecutivo. Además, véase: Stassinopoulos, página 88; Enrique R. Aftalión: "Derecho Penal Económico", página 101 y siguientes; Goldschmidt y Anders, obra citada, página 59 y siguientes; Christian Pelletier: "L'appréciation de la légalité des actes administratifs par le juge répressif", página 189 y siguientes, y prólogo de Georges Vedel, páginas 5-7. Véase: Corte Suprema, "Fallos", tomo 308, pág. 2236, y leyes 22935 y 23184.

(295) Gascón y Marín, tomo 1º, página 79; Bullrich: "Principios", página 19.

(296) Merkl: "Teoría general del derecho administrativo", página 347; Sayagués Laso, tomo 1º, página 23, letra d.

(297) Las "*modalidades*" principales que distinguen el ilícito administrativo del ilícito penal, pueden resumirse en lo siguiente: a) las condiciones personales del agente, que son tenidas en cuenta por el derecho penal, no juegan *principaliter* en la contravención; b) la incriminación de los hechos es mucho más restringida en el delito que en la contravención; c) la sanción en la contravención puede ser aplicada a persona de existencia ideal, mientras que la sanción en el delito es aplicable al hombre; d) en la contravención puede allanarse el agente a las consecuencias del hecho, lo que es inadmisibles en el derecho penal (Villegas Basavilbaso, tomo 1º, páginas 134-135; Zanobini: "Le sanzioni amministrative", páginas 135 y siguientes, 199 y siguientes). Además, véase: Stassinopoulos, páginas 87-88; Aftalión: "Derecho Penal Económico", páginas 27-28; Cirne Lima: "Principios de direito administrativo brasileiro", páginas 216-217; Goldschmidt y Anders, op. cit., pág. 62 y siguientes. Además, véase lo que expongo en el tomo 4º, nº 1546.

(298) Véase lo que escribe Zanobini: "Le sanzioni amministrative", números 4 y 10, quien se muestra adverso a la existencia de un derecho penal administrativo. A favor de la existencia de este último: García Oviedo, tomo 1º, página 22; Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 1º, páginas 37-38; Spiegel: "Derecho Administrativo", página 136 y

siguientes; Alberto G. Spota: "El derecho de reunión y el derecho penal administrativo", en "Jurisprudencia Argentina", tomo 76, página 739 y siguientes; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 135 y siguientes. En contra de la existencia de un derecho penal administrativo: Enrique R. Aftalión y Laureano Landaburu (h.): "Acerca de las faltas o contravenciones", en "La Ley", 12 noviembre 1943, páginas 2 y 3; Juan F. Linares: "Cosa Juzgada Administrativa", página 20; Ernesto R. Gavier: "James Goldschmidt y el derecho penal administrativo", en "El Derecho Penal Administrativo", página 22 y siguientes, Córdoba 1946, edición Universidad Nacional de Córdoba; Stassinopoulos, páginas 87-88; Enrique R. Aftalión: "Derecho Penal Económico", página 27 y siguientes.

(299) Véase: Villegas Basavilbaso, tomo 1º, páginas 135-137.

(300) En sentido concordante: Regis Fernandes de Oliveira: "Infrações e sanções administrativas", pág. 33, São Paulo 1985.

(301) D'Alessio, tomo 1º, páginas 35-36; Lentini, tomo 1º, página 14; Horacio A. García Belsunce: "Temas de Derecho Tributario", páginas 36 y siguientes, Buenos Aires 1982.

(302) Vitta, tomo 1º, página 19; Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 33; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 181; Sayagués Laso, tomo 2º, página 425; Giuliani Fonrouge, tomo 1º, páginas 34-35.

(303) Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 183; Giuliani Fonrouge, tomo 1º, página 47; Sayagués Laso, tomo 2º, página 425.

(304) Giuliani Fonrouge, tomo 1º, página 47.

(305) Es evidente que en cualquier organización de vida social, por rudimentaria que haya sido, existieron elementos de una organización administrativa y de una actividad administrativa pública: el jefe de la tribu, el sacerdote, el augur, el pregonero, etc., constituyeron, evidentemente, un aparato administrativo primordial (Giannini: "Lezioni di diritto amministrativo", páginas 14-15).

(306) Fernández de Velasco Calvo: "Resumen...", tomo 1º, página 37.

(307) "El derecho administrativo ha existido siempre, porque la administración no ha faltado nunca. El cuidado de administrar es tan antiguo como la sociedad, y su ejercicio una condición esencial de toda existencia colectiva. Lo único que debemos a nuestra época es la clasificación de las leyes relativas a la administración pública, el aislamiento de sus principios y la deducción de una serie de consecuencias pertenecientes a este nuevo orden de ideas: en suma, al espíritu analítico del siglo somos deudores de la teoría en cuanto a las doctrinas, y del sistema en cuanto a la organización" (Colmeiro: "Derecho Administrativo Español", tomo 1º, página 32, nº 59).

(308) En el nº 18 me he ocupado de la actividad "*jurisdiccional*" de la Administración.

(309) Gascón y Marín, tomo 1º, nº 4, página 81.

(310) El decreto n° 1759/72, reglamentario del decreto-ley nacional de procedimientos administrativos, establece que el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación será de aplicación supletoria en dicho procedimiento (art. 111).

(311) El actual decreto-ley nacional de procedimientos administrativos, n° 19549/72, art. 22, instituye expresamente el recurso de revisión. Pero, para suplir *omisiones* en los actos administrativos -que antes se salvaban con el recurso de "revisión"-, se ha instituido el recurso de aclaratoria (decreto n° 1759/72, art. 102).

(312) Villegas Basavilbaso, tomo 1º, páginas 186-188.

(313) Spiegel: "Derecho Administrativo", página 151.

(314) Hamson: "Pouvoir discrétionnaire et contr"le juridictionnel de l'administration", página 141.

(315) Fleiner: "Instituciones de Derecho Administrativo", página 41.

(316) Mayer: "Le droit administratif allemand", tomo 1º, página 174.

(317) Mayer, tomo 1º, página 174; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, páginas 193 y 199.

(318) Véase a Forsthoff: "Tratado de Derecho Administrativo", páginas 241-242. Además: Gordillo: "Introducción al Derecho Administrativo", páginas 48-49.

(319) Fleiner, páginas 39-40.

(320) Busso: "Código Civil Anotado", tomo 1º, página 9; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, páginas 328 y 371.

(321) Entre otros, véanse: "Fallos", tomo 107, página 134; tomo 118, página 347; tomo 190, página 142; tomo 205, páginas 200 y siguientes y 207; tomo 237, páginas 452 y siguientes y 462. Véase: Paul Laband, op. cit., páginas 330-331.

(322) Así, en una oportunidad dijo el Tribunal: "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 aquéllas una construcción jurídica basada en la justicia, su aplicación se extienda al derecho administrativo, cuyas normas y soluciones también deben tender a realizar aquélla, con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la substancia de esta última disciplina" ("Fallos", tomo 190, páginas 150-151). En otra ocasión dijo el Tribunal que las disposiciones de la ley civil sobre nulidades se aplican al derecho público solamente en cuanto son compatibles con la índole de éste ("Fallos", tomo 205, páginas 200 y siguientes y 207). Y en otra oportunidad el Tribunal expresó que en instituciones que presentan carácter patrimonial evidente, el derecho civil es legislación subsidiaria del derecho administrativo ("Fallos", tomo 237, páginas 452 y siguientes y 462).

(323) Retortillo Baquer: "El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones", página 39.

(324) En sentido concordante: Zanobini, tomo 1º, páginas 99-100. Además: Romano: "Corso...", página 76; Lentini: "Istituzioni...", tomo 1º, página 61, nº 12.

(325) Hay quien entiende que la titularidad de potestades y derechos del administrado frente a la Administración Pública es consecuencia de una aptitud jurídica o capacidad *distinta* de la jurídicoprivada. De ahí que se propugne la existencia de una "*teoría del administrado*", concepto que juzgo inaceptable. De esto me ocuparé en el título destinado a los actos administrativos (proceso de su emanación). Desde ya adelanto que debe distinguirse la actuación del individuo en el campo del derecho administrativo, de su actuación en el campo del derecho constitucional, donde la nacionalidad y la religión, por ejemplo, pueden incidir en la capacidad o *status* exigido para determinadas relaciones.

(326) Stassinopoulos: "Traité des actes administratifs", páginas 31-36.

(327) Véase precedentemente, texto y notas 86 y 87.

(328) Véase mi "Tratado del Dominio Público", números 36 y 37.

(329) Corte Suprema de Justicia, "Fallos", tomo 241, páginas 75 y 81-82, sentencia del 7 de julio de 1958, *in re* "Administración General de Obras Sanitarias de la Nación c/ Ernesto M. Torquinst y Bernal y otros"; Villegas Basavilbaso, tomo 6º, página 332 y siguientes. Al respecto, véase el tomo 4º de la presente obra, nº 1293.

(330) Spiegel, páginas 163-164.

(331) El artículo 2511 del Código Civil es el único texto, en el orden nacional, que expresamente establece que la indemnización ha de ser "*justa*". Este requisito no está expresamente mencionado por el artículo 17 de la Constitución Nacional, pero con gran acierto se ha dicho que ha de tenerse por existente en dicho texto, a título de una virtual garantía a la inviolabilidad de la propiedad. Véase el voto del doctor Alfredo Orgaz en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación citado en la precedente nota 93.

(332) En la actualidad todo lo atinente a la "*ocupación temporánea*" está contemplado en el título IX, artículos 57 a 70, de la ley de expropiación nº 21499.

(333) Véase a Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 205.

(334) Los porcentajes susceptibles de embargo respecto a jubilaciones y pensiones, originariamente regíanse por la ley nº 9511, del año 1914; pero ésta fue modificada por la ley nº 14443, del año 1958.

(335) En realidad, el artículo 1502 del Código Civil habla de "*establecimientos de utilidad pública*"; pero, como bien lo advierte Villegas Basavilbaso, el legislador ha querido

referirse a los "*establecimientos públicos*", ya que los de "*utilidad pública*" son entes de derecho privado (tomo 1º, página 207).

(336) En sentido concordante: Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 207.

(337) Véase mi "*Tratado del Dominio Público*", n° 82, páginas 245-247.

(338) Constitución actual, art. 121 .

(339) Constitución actual, art. 122 .

(340) Véase a Gascón y Marín, tomo 1º, página 86.

(341) Téngase presente la actual ley n° 19550 y modificatorias.

(342) Esa forma de remunerar a los agentes fiscalizadores de la Administración Pública es repudiada por la doctrina. El pago hecho por las propias entidades fiscalizadas no condice con la deseada eficiencia de ese contralor.

(343) Téngase presente la ley 19551, art. 193 .

(344) Téngase presente la ley 19551, art. 270 , inc. 4º.

(345) Véase a Bullrich: "*Principios Generales de Derecho Administrativo*", página 21.

(346) En la actualidad, las pertinentes disposiciones del Código de Comercio están reemplazadas por las del decreto-ley n° 20094, del 2 de marzo de 1973, denominado "*ley de navegación*".

(347) Para atribuciones del capitán, ver decr.-ley n° 20094, artículos 120 a 136.

(348) Para "*privilegios*", ver decreto-ley 20094, artículos 476-498.

(349) Téngase presente el actual Código Aeronáutico, ley n° 17285 , publicada el 23 de mayo de 1967.

(350) Véase el tomo 5º de la presente obra, números 1715, 1716 y 1905.

(351) Marienhoff: "*Tratado del Dominio Público*", números 224, 227 y 228.

(352) Marienhoff: "*Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas*", números 110 y 111, y "*Tratado del Dominio Público*", n° 228, página 576, letra b.

(353) Bielsa: "*Derecho Administrativo*", tomo 1º, página 45.

(354) Villegas Basavilbaso, tomo 1º, páginas 224-231; Sarría: "*Derecho Administrativo*", página 60; Bielsa, tomo 1º, página 43; Joaquín V. González: "*Legislación de Minas*", n° 408, páginas 472-473.

(355) Interpretando el régimen legal actual de las minas en nuestro país, Cano estima "que las concesiones mineras no son de derecho administrativo -como lo serían si las minas integraran el dominio público de las provincias-..." (Guillermo J. Cano: "Contribución al estudio de la reforma constitucional: federalismo, minas y aguas", en "Jurisprudencia Argentina", 1957-III, página 75, sección doctrinaria). No comparto este criterio: la concesión minera es de derecho administrativo, aunque la mina, originariamente, sea del dominio *privado* del Estado (véanse los autores citados en la nota precedente). Algo similar ocurre con las impropriadamente llamadas "concesiones" (compra-venta o locación) de tierras fiscales, que se rigen -principalmente- por el derecho administrativo, no obstante el carácter "privado" de esas tierras. Estas concesiones de tierras generalmente contienen "*cláusulas exorbitantes*" expresas del derecho privado: cuando así ocurre constituyen "*contratos administrativos*" propiamente dichos. Sobre "cláusulas exorbitantes" véase el tomo 3º A., nº 598 y siguientes.

(356) Se ha expresado que el derecho eclesiástico es la rama del derecho de aquellos Estados que deban dictar normas para regular jurídicamente las manifestaciones del fenómeno religioso (Arturo Carlos Jemolo: "Lezioni di diritto ecclesiastico", nº 9, página 23, Milano 1962). Para los diversos puntos en que se hacen efectivas las relaciones entre el derecho administrativo y el derecho eclesiástico, véase: Villegas Basavilbaso, tomo 1º, páginas 166-173 y 177-178; tomo 5º, página 441 y siguientes. Para "policía de cultos" en particular, puede verse: Rolland: "Précis de droit administratif", página 424 y siguientes. Más adelante, en el título respectivo, al referirme a los diversos "*órganos*" de la Administración, y aunque el órgano eclesiástico no tenga naturaleza "*administrativa*", haré referencia al mismo para fijar sus caracteres frente a los órganos administrativos *stricto sensu* (a).

(a) Para "*policía de cultos*", ver el tomo 4º de la presente obra, nº 1583.

(357) El Nuevo Testamento emplea la palabra "*sinagoga*" para la comunidad judía, y la de "*ecclesia*" para la cristiana (Eduardo Eichmann: "Manual de derecho eclesiástico a tenor del Codex Iuris Canonici", tomo 1º, página 5).

(358) Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 162.

(359) Véase el actual art. 33 del Código Civil, reformado por la ley 17711, del año 1968.

(360) Lafaille: "Apuntes de Derecho Civil 1º", tomados por sus alumnos Eduardo B. Busso y Horacio A. Morixe, tomo 1º, página 128; Salvat: "Tratado de Derecho Civil Argentino", Parte General, nº 1194, Buenos Aires 1931; Busso: "Código Civil Anotado", tomo 1º, página 276.

(361) Salvat: "Parte General", nº 1194; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 174; Spota: "Tratado de Derecho Civil", Personas Jurídicas, páginas 160-175.

(362) Busso, op. cit., tomo 1º, página 276; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 174. Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 151, página 411, donde se dijo: "que la Iglesia como entidad de *derecho público* reconocida por la Nación...".

(363) Véase el tomo 5º de la presente obra, nº 1707; Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 53, páginas 208 y 209, considerandos 1º y 6º, tomo 151, páginas 403 y 410-412.

(364) Respecto de las personas jurídicas públicas estatales y no estatales, véanse los números 99 y 100, texto y notas.

(365) Véase mi "Tratado del Dominio Público", nº 16, página 75 y siguientes.

(366) En un antiguo pronunciamiento, aceptando el dictamen del Procurador General de la Nación, doctor Carlos Tejedor, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró que el Sumo Pontífice no tiene ni conserva el dominio sobre bienes raíces sitos en territorio de la República, y donados a órdenes religiosas dentro de ella ("Fallos", tomo 17, página 113).

(367) Acerca de la aplicación, en el derecho administrativo, de las reglas del Código Civil sobre nulidades de los actos jurídicos, véase el precedente nº 43, texto y nota 86 y siguientes. Con todo acierto Gascón y Marín expresa "que los actos administrativos han de tener presentes los principios de la moral" (tomo 1º, página 87). "La moral es la base de todos los derechos" (Bullrich: "Principios...", página 21).

(368) Sobre la buena fe en derecho administrativo, véase: Berthélemy, citado y transcripto por Ramón Badenes Gasset, en "El riesgo imprevisible", páginas 151-152, Barcelona 1946; Forsthoff: "Tratado de Derecho Administrativo", páginas 244-246; Sayagués Laso: "Tratado...", tomo 1º, página 148.

(369) Puede verse: Santamaría de Paredes, página 43; Gascón y Marín, tomo 1º, página 87; García Oviedo, tomo 1º, página 25; Bullrich: "Principios...", página 21.

(370) Bullrich: "Principios...", página 21.

(371) García Oviedo, tomo 1º, página 24.

(372) Véase a García Oviedo, tomo 1º, páginas 24-25.

(373) Santamaría de Paredes, página 43; Bullrich: "Principios...", página 22.

(374) García Oviedo, tomo 1º, página 25.

(375) Posada, tomo 1º, página 123.

(376) Posada, tomo 1º, página 128; García Oviedo, tomo 1º, página 32; Gascón y Marín, tomo 1º, página 89.

(377) Sandulli: "Manuale...", página 14; Aylwin, página 36. Con referencia al derecho constitucional, Linares Quintana sigue un criterio similar ("Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", tomo 1º, páginas 461-463, Buenos Aires 1953).

(378) Giannini: "Lezioni...", página 55; Garrido Falla, tomo 1º, página 197.

- (379) Véase: Garrido Falla, tomo 1º, páginas 197-198, texto y notas.
- (380) Luis Legaz y Lacambra: "Introducción a la ciencia del derecho", página 345.
- (381) Cueto Rúa: "Fuentes del Derecho", páginas 24-25.
- (382) Cueto Rúa, página 18.
- (383) Sayagués Laso: "Tratado...", tomo 1º, página 87.
- (384) Fleiner: "Instituciones de derecho administrativo", página 56; Merkl: "Teoría general del derecho administrativo", páginas 133-134; García Oviedo: "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 32.
- (385) Luis Legaz y Lacambra: "Introducción a la ciencia del derecho", páginas 345-352.
- (386) Cueto Rúa: "Fuentes del Derecho", páginas 13, 25-26.
- (387) Gascón y Marín, tomo 1º, página 120.
- (388) Garrido Falla, tomo 1º, página 201.
- (389) Silva Cimma: "Derecho Administrativo Chileno y Comparado", tomo 1º, página 343.
- (390) Véase: Gascón y Marín, tomo 1º, páginas 120-121; Waline: "Manuel élémentaire de droit administratif", páginas 15-16; Silva Cimma, tomo 1º, páginas 343-345; Garrido Falla, tomo 1º, páginas 201-203; Gordillo, Agustín: "Introducción...", página 64, nº 17.
- (391) Véase: Caetano: "Manual de direito administrativo", página 91; Silva Cimma, tomo 1º, página 344; Gordillo: "Introducción...", página 64, nº 17.
- (392) Véase mi trabajo: "Entidades autárquicas institucionales. Su creación por ley o por decreto. Lo atinente a su constitucionalidad", en "Jurisprudencia Argentina", 1961-VI, sección doctrinaria, página 62 y siguientes.
- (393) Alberto R. Real: "Bases constitucionales de la Administración Pública", en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", página 419, Montevideo 1959. Además: Sayagués Laso: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, números 48 y 49, páginas 90-92; Silva Cimma: "Derecho Administrativo Chileno y Comparado", tomo 1º, página 60 y siguientes.
- (394) Es lo que ocurre, por ejemplo, con el fundamento de la acción del concesionario para reclamar del Estado una indemnización, en los supuestos de revocación de la concesión por razones de oportunidad, mérito o conveniencia (véase mi "Caducidad y revocación de la concesión de servicios públicos", páginas 88-90, y mi "Tratado del Dominio Público", página 419 y siguientes). Así también ocurre, entre nosotros, con la teoría de la imprevisión en el derecho público, cuyo fundamento jurídico positivo lo constituyen los *principios* constitucionales sobre igualdad de las cargas públicas y sobre inviolabilidad de la

propiedad (véase mi trabajo: "La teoría de la imprevisión y su recepción en el derecho público argentino", en "Jurisprudencia Argentina", 1959-V, sección doctrinaria, página 106 y siguientes; asimismo: Dalurzo, Beatriz F.: "La teoría de la imprevisión y la Constitución Nacional", en "Jurisprudencia Argentina", 1960-VI, sección doctrinaria, página 101 y siguientes). Véanse también: Real, Alberto R.: "Los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya", Montevideo 1958; Gordillo, Agustín: "Introducción al Derecho Administrativo", páginas 52-54.

(395) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 239, páginas 459 y 463; Linares Quintana: "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", tomo 5º, páginas 373-374.

(396) Merkl: "Teoría general del derecho administrativo", página 135; D'Alessio: "Istituzioni...", tomo 1º, página 57. Además: Laband, tomo 2º, página 344; Bullrich: "Principios generales de derecho administrativo", página 32.

(397) Laband, tomo 2º, página 260; Merkl, página 135; Bullrich: "Principios...", páginas 33-35.

(398) Sayagués Laso: "Tratado", tomo 1º, página 94. En idéntico sentido: García Oviedo: "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 33, punto IV. En sentido concordante: Linares Quintana: "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", tomo 8º, nº 5245.

La ley en sentido *material* o *substancial* (criterio objetivo) está determinada por la *naturaleza de la actividad* del Estado y no por la del *órgano* del cual emana (criterio subjetivo). La ley en sentido material contiene siempre normas jurídicas. Por el contrario es ley en sentido *formal* la que sólo emana del Poder Legislativo, pero una ley de tal naturaleza puede no contener norma jurídica: es ley por la forma constitucional que reviste (Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 1º, páginas 116-117).

Para el concepto de "*ley*" en la actual Constitución española, véase a Luis María Díez-Picazo: "Concepto de ley y tipos de leyes. (¿Existe una noción unitaria de ley en la Constitución española?)", trabajo publicado en la "Revista Española de Derecho Constitucional", año 8, nº 24, septiembre-octubre de 1988, páginas 90-91.

(399) Constitución Nacional, artículos 68 -73*; Joaquín V. González: "Manual de la Constitución Argentina", nº 492; Segundo V. Linares Quintana: "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", tomo 8º, nº 5250, página 315; Alberto R. Real: "El concepto de sanción de la ley", páginas 24, 39 y 40, Montevideo 1950.

* Constitución actual, arts. 77 -84.

(400) Constitución Nacional, artículos 69 ** y 86 , inciso 4º ***; Joaquín V. González: "Manual etc.", páginas 507-508; Linares Quintana: "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", tomo 8º, nº 5250, página 315; Salvat: "Tratado de Derecho Civil Argentino", Parte General, nº 222, Buenos Aires 1931.

** Constitución actual, art. 78 .

*** Constitución actual, art. 99 , inc. 3º.

(401) Joaquín V. González: "Manual...", páginas 507-508; Linares Quintana: "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", tomo 8º, nº 5250, páginas 315-316.

(402) Constitución actual, arts. 77 a 84.

(403) Constitución actual, art. 99 , inc. 3º.

(404) Juan A. González Calderón: "Derecho Constitucional Argentino", tomo 3º, página 42, Buenos Aires 1923.

(405) Constitución actual, art. 99 , inc. 3º.

(406) Alberto Real: "El concepto de sanción de la ley", página 11. "En los usos parlamentarios, sanción es siempre acto de los órganos parlamentarios, nunca del Poder Ejecutivo" (Real, página 39). Ver Corte Suprema, "Fallos", tomo 302, página 918 .

(407) Ver ley nº 697 , del 19 de octubre de 1874, y el decreto del 2 de mayo de 1893, dictado en "*mérito*" a dicha ley. Ambos textos pueden verse en Carette, Attwell Ocantos y Requena: "Diccionario de Legislación Nacional y Provincial de la República Argentina", tomo 8º, páginas 547 y 549, Buenos Aires 1916.

(408) Bullrich: "Principios...", páginas 49-50; Busso: "Código Civil Anotado", tomo 1º, página 15, nº 20.

(409) Salvat: "Parte General", nº 226, Buenos Aires 1931.

(410) D'Alessio: "Istituzioni...", tomo 1º, nº 35, página 57. Además: Código Civil, artículos 1º y 2º.

(411) Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 125.

(412) Joaquín V. González: "Manual de la Constitución Argentina", nº 492, página 508. Véase: Néstor Pedro Sagfés: "Las leyes secretas", Buenos Aires 1977, página 1023.

(413) Bullrich: "Principios...", página 46.

(414) En idéntico sentido: Sayagués Laso: "Tratado...", tomo 1º, nº 54, página 97.

(415) D'Alessio: "Istituzioni", tomo 1º, página 58.

(416) Gascón y Marín, tomo 1º, páginas 91-92; García Oviedo: "Derecho Administrativo", tomo 1º, páginas 33-35 y 36; Romano: "Corso...", página 2; Bullrich: "Principios...", páginas 35 y 37; Presutti: "Istituzioni...", tomo 1º, páginas 65, 66 y 68-69; Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", nº 292, páginas 153-154.

(417) Carré de Malberg: "Teoría general del Estado", página 275, Fondo de Cultura Económica, México 1948.

(418) Laband: "Le droit public de l'empire allemand", tomo 2º, páginas 261-262.

(419) Fernández de Velasco Calvo: "Resumen de Derecho Administrativo...", tomo 1º, páginas 46-47; Jellinek: "Teoría general del Estado", página 462, ed. Albatros; Zanobini: "Corso...", tomo 1º, página 11; Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 1º, páginas 119 y 127; Sayagués Laso: "Tratado...", tomo 1º, página 95; Silva Cimma: "Derecho administrativo chileno y comparado", tomo 1º, páginas 89-90.

(420) García Oviedo, tomo 1º, página 37; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 251.

(421) García Oviedo, tomo 1º, páginas 35-36; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 250. Además, véase Presutti, tomo 1º, páginas 67-68, en nota.

(422) Silva Cimma, tomo 1º, páginas 90-91.

(423) Ver Código Civil, artículos 1º, 2340 inciso 1º y 2518, y el tomo 5º de la presente obra, número 1915 y siguientes.

(424) Ver precedentemente el nº 38. Además, Zanobini: "Corso...", tomo 1º, página 97, nº 8. No obstante, es de advertir que el principio de la "*extraterritorialidad*" hoy tiende a abandonarse en el ámbito del derecho internacional público (Isidoro Ruiz Moreno: "Derecho Internacional Público", tomo 1º, páginas 252-253; César Díaz Cisneros: "Derecho Internacional Público", tomo 2º, página 87).

(425) Código Civil, artículo 3º; Gascón y Marín, tomo 1º, página 93; Romano, páginas 70-71; Bullrich: "Principios", páginas 38-39; Forsthoff: "Tratado...", página 217.

(426) Gascón y Marín, tomo 1º, página 93; Bullrich, página 39; Forsthoff, página 217.

(427) Gascón y Marín, tomo 1º, página 94; Romano, páginas 70-71; Zanobini, tomo 1º, página 96; Busso: "Código Civil Anotado", tomo 1º, página 25, nº 48. Además, puede verse: Forsthoff, páginas 219-223.

(428) Romano, páginas 70-71; Fleiner: "Instituciones de derecho administrativo", página 73.

(429) Sin perjuicio de lo dicho en el texto, considero que el artículo 5º de nuestro Código Civil, al menos en nuestro ordenamiento jurídico, implica un pleonismo o redundancia, ello a pesar de que alguna vez se haya dicho que ese texto no se refiere a derechos de índole patrimonial (Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 137, páginas 63-64) (a). Ya la Constitución Nacional, en su artículo 17, sentó el "*principio general*" de que la propiedad privada cede por razones de utilidad pública, previa indemnización. Si ello es así, va de suyo que nadie puede alegar derechos irrevocables contra leyes de "orden público", concepto éste que en la especie es correlativo al de "utilidad pública", ya que ésta, como aquél, en definitiva contemplan el derecho de la "sociedad" como opuesto al del individuo. Desde luego, el hecho de que nadie pueda alegar derechos irrevocablemente adquiridos contra leyes de orden público, en modo alguno significa que, en tales circunstancias, el derecho individual pueda ser sacrificado sin indemnización, pues esto iría contra lo que inexcusablemente requiere el artículo 17 de la Constitución (véase el interesante fallo de la

Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomo 137, página 47 y siguientes, especialmente páginas 63-64). ¿Pero qué es "orden público" y qué es "utilidad pública"? El interés orgánico de la sociedad, jurídicamente concebido y expresado, se llama orden público (véase: Carlos Sánchez Viamonte: "El orden público en el nuevo derecho", página 694, en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", n° 12, Buenos Aires julio-septiembre de 1925, y Julio O. de Roa: "Del orden público en el derecho positivo", n° 87, página 64, Buenos Aires 1926). ¿Qué es "utilidad pública"? "Ni los profesores del derecho ni las cortes de justicia, dijo el doctor Eduardo Costa en una de sus luminosas vistas como procurador general de la Nación, han acertado a encerrar en una fórmula concreta qué es lo que deba entenderse por utilidad pública. Bien se alcanza, agrega, que todo aquello que satisface una necesidad generalmente sentida, o las conveniencias del mayor número, es de utilidad pública" (véase ese dictamen en "Fallos" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomo XXXIII, página 166 y siguientes, especialmente página 169).

(a) La reforma del Código Civil, realizada en 1968, *derogó* dicho artículo 5°.

(430) Georges Burdeau, citado por Linares Quintana: "Tratado de la ciencia del derecho constitucional", tomo 5°, páginas 206-207.

(431) En sentido concordante, véase lo que escribe Zanobini: "Corso...", tomo 1°, página 95, letra *a*.

(432) Constitución actual, art. 75, inc. 8°.

(433) Ya el Dr. Rodolfo Bullrich se hizo eco de esa falla legislativa (Bullrich: "Principios generales de derecho administrativo", páginas 48-49). Pero esa verdadera corruptela, en nuestro país va excediendo el ámbito de la ley de presupuesto, para penetrar en el de otras leyes, verbigracia en el de la de "contabilidad". Al respecto baste recordar que, en nuestra actual ley de "contabilidad" (decreto-ley n° 23354/56, artículo 142, que en este orden de ideas fue modificado por el decreto-ley n° 3453/58), se legisla sobre el plazo de prescripción de la acción del Estado para hacer efectiva la reparación civil de los daños e intereses ocasionados por actos u omisiones imputables a los agentes de la administración nacional... con lo cual se han modificado disposiciones del Código Civil. Téngase presente que el decreto-ley 23354/56 fue derogado en su mayor parte.

(434) Dichos montos fueron modificados. Ver decreto-ley n° 19983, de diciembre de 1972.

(435) Laband: "Le droit public de l'empire allemand", tomo 2°, páginas 356 y 363; tomo 6°, páginas 268-295. En sentido concordante: José Nicolás Matienzo: "Derecho Constitucional", tomo 2°, páginas 83-84, La Plata 1916; Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 1°, página 120; Bullrich: "Principios...", página 48.

(436) Carré de Malberg: "Teoría general del Estado", páginas 300-303, Fondo de Cultura Económica, México 1948. En igual sentido: Garrido Falla, tomo 1°, páginas 223-224. Además véase: Carlos M. Giuliani Fonrouge: "Derecho Financiero", tomo 1°, páginas 128-131.

- (437) D'Alessio: "Istituzioni di diritto amministrativo italiano", tomo 1º, página 59.
- (438) Ver Giuliani Fonrouge: "Derecho Financiero", tomo 1º, página 130.
- (439) Innecesariamente, el citado artículo 56 de la ley de presupuesto general de la Nación, si bien para alejar dudas acerca de su duración en el tiempo, fue reiterado mediante el decreto-ley nº 3877, del 13 de mayo de 1963, publicado en el Boletín Oficial el 30 de dicho mes y año.
- (440) En sentido concordante, véase el nuevo artículo 3º del Código Civil.
- (441) Busso: "Código Civil Anotado", tomo 1º, página 24, nº 34; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 256.
- (442) Bullrich: "Principios...", página 44; Ranelletti: "Corso di istituzioni di diritto pubblico", página 13, Milano 1946.
- (443) Henocho D. Aguiar: "Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley", tomo 2º, páginas 26-28, Buenos Aires 1950. Además: Ranelletti: "Corso di istituzioni...", página 13.
- (444) Henocho D. Aguiar: "Hechos y actos...", tomo 2º, páginas 28-29.
- (445) Ranelletti: "Corso di istituzioni...", página 13.
- (446) Vitta: "Diritto Amministrativo", tomo 1º, página 86, Torino 1948.
- (447) D'Alessio: "Istituzioni...", tomo 1º, páginas 156-158; Romano: "Corso", páginas 75-76; Lentini: "Istituzioni...", tomo 1º, páginas 56 y 61; Prates da Fonseca: "Direito Administrativo", página 120; Zanobini, tomo 1º, páginas 99-102; Vitta, tomo 1º, página 86; De Valles: "Elementi di diritto amministrativo", páginas 37-38; Silva Cimma: "Derecho administrativo chileno y comparado", tomo 1º, páginas 102-103. Además, véase: Fleiner: "Instituciones...", página 72.
- (448) Silva Cimma, tomo 1º, página 103. Además: Vitta, tomo 1º, páginas 86-87.
- (449) Con referencia a las expresiones de los legisladores, vertidas en el Parlamento con motivo de la sanción de las leyes, la Corte Suprema de la Nación dijo: "las manifestaciones del miembro informante de la comisión son fuentes de interpretación auténtica de las leyes, en su significado y alcance" ("Fallos", tomo 127, páginas 106 y 125).
- (450) Salvat: "Tratado de Derecho Civil Argentino", Parte General, números 236-239, Buenos Aires 1931.
- (451) Patricio Aylwin A.: "Manual de Derecho Administrativo", páginas 42-43, Santiago de Chile 1952; Enrique Silva Cimma: "Derecho administrativo chileno y comparado", tomo 1º, página 104.

(452) Véase: Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 182, página 392 y siguientes, especialmente páginas 397-398 ; tomo 266, página 137 ; tomo 248, página 257.

(453) Forsthoff habla de otra forma más de derogación de la ley administrativa. Considera que si desaparece un órgano administrativo, cae también el derecho establecido por él, siempre que no se haya establecido otra cosa sobre su subsistencia. Así, dice, la división de un municipio por el reparto de su territorio entre otros ayuntamientos, hace desaparecer *ipso jure* las ordenanzas del municipio dividido (Forsthoff: "Tratado de Derecho Administrativo", página 219). El supuesto planteado por este autor sólo podría aceptarse si quedare asegurado el respectivo derecho de los terceros que hubieren tenido tratos con el órgano que desaparece; de lo contrario quedaría en pie lo atinente a la responsabilidad, hacia esos terceros, de parte de los sucesores del órgano que se extingue.

(454) "Cuando una norma jurídica ha sido suprimida por un procedimiento formalmente válido, pierde definitivamente su vigor y no puede en modo alguno revivir. Si, por tanto, la norma derogadora es a su vez derogada, esto no quiere decir que la norma suprimida pueda recuperar su vigor. El Tribunal Supremo Administrativo de Prusia -sentencia de 13 de junio de 1899, tomo 36, página 61- ha resuelto un caso semejante: una norma jurídica había sido formal y válidamente derogada, pero la nueva norma que debía ocupar su lugar resultó ser materialmente inválida. El Tribunal sostuvo, con acierto, que, a pesar de ello, la norma suprimida no seguía en vigor" (Forsthoff: "Tratado de Derecho Administrativo", páginas 218-219).

"Adviértase que la *abrogación de una norma abrogante* -dice Messineo- no tiene la función de volver a su anterior estado a la norma abrogada por esta última, salvo que se disponga expresamente para tal caso (norma *repristinatoria* o reintegratoria)". ... "Se ha hablado de *normas* y no de *leyes*, para incluir en lo que se ha dicho también las normas que resulten de los reglamentos, en lugar de resultar de leyes en sentido estricto" (Francesco Messineo: "Manual de Derecho Civil y Comercial", traducción de Santiago Sentís Melendo, tomo 1º, página 88, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires 1954).

En sentido idéntico al expresado, véase: Tribunal del Trabajo de Lomas de Zamora, con un meritorio voto del doctor Rafael V. Novello, en "Jurisprudencia Argentina", 1961-III, página 421; Cámara Federal de La Plata, en "Jurisprudencia Argentina", 1963-I, página 185; Tribunal de Trabajo de Junín, en "Jurisprudencia Argentina", 1963-I, página 443; Cámara Federal de La Plata, en "Jurisprudencia Argentina", 1963-III, página 125. Asimismo, en el sentido del texto, véase el trabajo de Jorge A. Carranza: "Algunos aspectos de la problemática actual en materia de arrendamientos rurales", capítulo III, en "Jurisprudencia Argentina", 1964-II, página 503.

(455) Véanse: Alberto R. Real: "Los decretos-leyes", páginas 1-2 y 19-20, Montevideo 1946; César A. Quintero: "Los decretos con valor de ley", página 253, nº 8, Madrid 1958.

(456) "La esencia del decreto-ley es su pretensión de aparecer situado en el mismo rango jerárquico que la ley y, en consecuencia, con fuerza suficiente para derogar la ley si ello fuera preciso. El decreto-ley, en el orden jerárquico de las normas, aparece situado junto a las leyes y como superior en jerarquía a los decretos" (Juan Gascón Hernández: "Problemas

actuales del decreto-ley", en "Revista de Administración Pública", n° 15, septiembre-diciembre 1954, página 100, Madrid). Además: Real, páginas 2-3; Quintero, página 82.

(457) Gascón Hernández, página 92. Además: Quintero, página 73.

(458) Quintero, página 97.

(459) Igual criterio sustentan: Real, página 26; Gascón Hernández, página 98; Silva Cimma, página 132.

(460) Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación reiteradamente ha calificado de "decreto-ley" a los actos de contenido legislativo emanados de los gobiernos de facto ("Fallos", tomo 169, página 309 y siguientes, especialmente página 320, *in re* "Martiniano Malmonge Nebreda"; tomo 209, páginas 25 -27, *in re* "Egidio Ziella c/ Smiriglio Hnos."). Si bien, entre nosotros, sólo un Poder Ejecutivo de facto -gobierno de facto- puede dictar decretos-leyes, en el derecho comparado no ocurre lo mismo, pues tales decretos pueden tener otro origen. Por eso un destacado autor pudo decir, con acierto, que el tema de los gobiernos de facto sólo constituye un capítulo en la vasta materia de los decretos-leyes (Real: "Los decretos-leyes", página 47). ¿Qué es un gobierno de facto? Por tal ha de entenderse la autoridad que habiendo depuesto al gobierno existente o, por lo menos, reemplazándolo de súbito, se implanta fuera del orden jurídico preestablecido y ejerce el poder público sobre la generalidad de las personas y de las cosas de determinado territorio (Luis A. Podestá Costa, citado por Jorge A. Aja Espil, en "La encrucijada constitucional", aparecido en "Jurisprudencia Argentina", 1955-IV, sección doctrinaria, página 34). Además, véase: Quintero, página 88. Linares Quintana ha sistematizado la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, acerca de los caracteres o condiciones que debe reunir un gobierno de facto ("Tratado de la ciencia del derecho constitucional", tomo 6º, página 452 y siguientes).

(461) Así lo tiene resuelto la antigua y la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (véase, "Fallos", tomo 169, página 309 y siguientes, especialmente página 320, y tomo 240, páginas 96 -98, y fallos ahí citados). Y así lo reconoce la unanimidad de nuestros autores; entre otros, véanse: Julio I. Lezana: "La evolución de la jurisprudencia de la Corte sobre la facultad de los gobiernos de facto para dictar decretos-leyes y sobre la vigencia de éstos", en "Jurisprudencia Argentina", 1948-II, sección doctrinaria, página 79; Linares Quintana: "Tratado de la ciencia del derecho constitucional", tomo 6º, n° 3858, página 460; César Enrique Romero: "Vigencia temporal de los decretos-leyes", en "Jurisprudencia Argentina", 1958-II, sección doctrinaria, páginas 25 y 26; Alberto M. Etkin: "Validez temporal de los decretos-leyes de la revolución", en "Jurisprudencia Argentina", 1958-II, sección doctrinaria, páginas 39-40; Federico Rayces: "Los decretos-leyes, su naturaleza jurídica, su autoridad legal y su subsistencia", en "Jurisprudencia Argentina", 1958-II, sección doctrinaria, página 161.

(462) Cabral Texo: "El régimen de los decretos-leyes en el derecho público argentino", páginas 13 y 27, Buenos Aires 1949.

(463) Con referencia a este aspecto de los gobiernos de facto, escribe Quintero: "Ciertos autores prefieren hablar en estos casos de gobiernos *revolucionarios*. La naturaleza revolucionaria o no de un gobierno es más cuestión de carácter político que jurídico". ... "Es preciso descartar, pues, la expresión *gobierno revolucionario* como adecuada para designar todo gobierno que se instituye por vías contrarias a las fijadas en el derecho constitucional de un país" (César A. Quintero: "Los decretos con valor de ley", página 89).

(464) Rafael Bielsa: "Derecho Constitucional", páginas 670-674, Buenos Aires 1959. Además, del mismo autor: "Derecho Administrativo", tomo 1º, páginas 348-350, Buenos Aires 1947. La posición de Bielsa en esta materia fue objeto de críticas (Real, páginas 4, 20-21, 25 y 202).

(465) Ello, en principio, concuerda con la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación. Así, en cierta oportunidad el Tribunal dijo: "Que en la medida en que sea necesario legislar para gobernar, un gobierno de hecho tiene facultades legislativas, sin que la determinación de esa necesidad -en cuanto a extensión o en cuanto a la oportunidad-, siendo como es objeto propio de la prudencia política, pueda ser judicialmente revisada. Lo que sigue sometido a dicha revisión por la vía del recurso de inconstitucionalidad es el fondo o contenido de las sanciones legislativas provenientes de dichos gobiernos, pues mientras la Constitución Nacional está en vigencia es ley suprema tanto respecto a las sanciones de los gobiernos de hecho como a las que provienen de los legalmente establecidos" ("Fallos", tomo 208, página 186, *in re* "Arlandini, Enrique", sentencia del 22 de agosto de 1947). Posteriormente, siempre con referencia a gobiernos de facto, el Tribunal ratificó dicho criterio, diciendo así: "La oportunidad y discreción con que se ejercite el poder de legislación están excluidas de la revisión de la justicia" ("Fallos", tomo 172, página 344), en tanto no se afecte sustancialmente ninguna de las garantías fundamentales establecidas por la Constitución" ("Fallos", tomo 240, página 96 y siguientes, especialmente página 98, sentencia del 28 de febrero de 1958).

Con todo, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, en lo atinente al contenido o alcance de los actos legislativos que emitan los gobiernos de facto, no puede decirse que sea "orgánica" y que responda a un criterio definido. Tampoco puede deducirse de ella, actualmente, un "*principio*" definitivo. Diríase que es una jurisprudencia "casuista". Así, sin perjuicio de las declaraciones fundamentales a que hice referencia en el párrafo precedente, el Tribunal tiene formuladas otras declaraciones que desconciertan al intérprete y desvirtúan el alcance de aquéllas. En oportunidades supedita la eficacia del texto legislativo emanado del gobierno de facto, a que, mediante dicha norma, se tiendan a satisfacer necesidades ineludibles para el funcionamiento del Estado (entre otros, ver "Fallos", tomo 240, página 98); en otra ocasión el Tribunal vincula la eficacia del respectivo decreto-ley al hecho de que el gobierno de facto que lo emitió, al asumir sus funciones, sólo lo haya hecho con referencia al Poder Ejecutivo, o que, en tal oportunidad, se atribuya también el ejercicio de funciones legislativas (ver "Fallos", tomo 243, página 265 y siguientes, especialmente página 269).

No comparto el criterio de nuestra Corte Suprema, en cuanto impone limitaciones o restricciones a la eficacia de los expresados actos normativos de los gobiernos de facto. Con relación a la primera de las limitaciones mencionadas (la relativa a la urgente o real

necesidad de legislar), ya el profesor español, César A. Quintero, dijo: "Pero éstas y otras teorías similares carecen de toda aplicabilidad efectiva. Ninguna doctrina de derecho constitucional puede prescribir la conducta de un gobierno de facto en cuanto al ejercicio de sus actividades en la esfera nacional" (Quintero: "Los decretos con valor de ley", página 92).

Y en cuanto a la segunda limitación, o sea la que supedita la eficacia de los decretos-leyes a la circunstancia de que el respectivo gobierno de facto, al asumir sus funciones se reservara o no expresamente el ejercicio de las potestades legislativas, un escritor argentino, el doctor Federico Rayces, dijo lo que al respecto debía decirse: "Paréceme harto frágil el fundamento de la distinción. Si no hay una norma de derecho público que autorice a los gobernantes de facto a legislar, de nada les vale anunciar que lo harán. Y si la hay, no necesitan anunciarlo" (Rayces: "Los decretos-leyes...", en "Jurisprudencia Argentina", 1958-II, sección doctrinaria, página 161).

Estimo que nuestro alto Tribunal debe modificar su jurisprudencia en lo atinente a los requisitos para que los actos normativos procedentes de gobiernos de facto tengan plena eficacia. En tal sentido, cuadra tener presente la juiciosa advertencia del escritor francés Gouet, citado por Quintero: "es jurídicamente imposible negar a un poder que lo puede todo, la posibilidad de hacer también leyes" (Quintero, op. y loc. cit.). ¿Cuál es el criterio que debe adoptarse al respecto? El mismo que regula la actividad legislativa de los gobiernos *de jure*, o sea que puede ser objeto de actividad legislativa de los gobiernos de facto cualquier materia -incluso las de índole "penal" o "tributaria"-, sin más limitación que el respeto celoso debido a los principios establecidos en la Constitución.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, dada su jerarquía institucional, a la vez que en mérito a su reconocido prestigio, debe ser *categorica* en sus declaraciones, mediante decisiones rectoras, orgánicas y concretas. Los habitantes del país deben saber a qué atenerse, pues todo ello vincúlase a la certidumbre del derecho, base, a su vez, de la libertad.

(466) La circunstancia de que el decreto-ley no requiera aprobación ni ratificación legislativa, se explica porque tiene una fuerza jurídica igual a la de la ley, lo que a su vez se justifica por el "*origen*" de ese acto. En cambio, el hecho de que el reglamento de necesidad y urgencia requiera esa aprobación o ratificación, también se explica porque dicho acto no tiene una fuerza jurídica igual a la de la ley, pues proviene de autoridad incompetente para emanarlo, y sólo el *gravísimo* y *agudo* "estado de necesidad" justifica tal emanación, circunstancia que posteriormente debe ser considerada por el Congreso para ratificar o no el respectivo acto. Por eso el reglamento de necesidad y urgencia es un verdadero "*reglamento*" y de ningún modo un decreto-ley. Este último no está subordinado a la ley, mientras que aquél sí lo está.

La "*necesidad*" que justifica que los gobiernos de facto emitan "*decretos-leyes*" es distinta de la "*necesidad y urgencia*" que justifica que el Poder Ejecutivo *de jure* emita "*reglamentos de necesidad y urgencia*". La primera es una *necesidad* "lata", de carácter general, cuya apreciación o valoración es "conveniente" para el *normal* desenvolvimiento del Estado (vgr., reforma del régimen legal sobre locaciones rurales; puede verse, Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 240, página 98); en cambio, la segunda es una *necesidad* "específica", aguda, de súbita aparición, y de *impostergable* atención o

satisfacción dada la anormalidad y gravedad de sus consecuencias (terremotos, epidemias, graves perturbaciones económicas, etc.). En suma, ambas constituyen "hechos" distintos, lo que a su vez justifica su sometimiento a regímenes jurídicos diferentes.

(467) "Fallos", tomo 169, página 309 y siguientes, especialmente páginas 320-321, *in re* "Martiniano Malmonge Nebreda", sentencia del 15 de noviembre de 1933.

(468) "Fallos", tomo 209, página 25, *in re* "Egidio Ziella c/ Smiriglio Hnos." , sentencia del 1º de octubre de 1947. Asimismo: "Fallos", tomo 295, páginas 264 y 809 ; tomo 305, página 376 .

(469) Salvador Dana Montaña: "La duración de los decretos-leyes dictados por el gobierno provisional", en "La Ley", tomo 90, página 670 y siguientes. Este autor sostiene que "los decretos-leyes de los gobiernos de facto caducan automáticamente al instalarse los poderes `constitucionales'" (loc. cit.). En igual sentido: Alberto M. Etkin: "Validez temporal de los decretos-leyes de la revolución", en "Jurisprudencia Argentina", 1958-II, sección doctrinaria, páginas 41-42.

(470) *Doctrina argentina*: Julio I. Lezana: "La evolución de la jurisprudencia de la Corte sobre la facultad de los gobiernos de facto para dictar decretos-leyes y sobre la vigencia de éstos", en "Jurisprudencia Argentina", 1948-II, sección doctrinaria, páginas 79-80; César Enrique Romero: "Vigencia temporal de los decretos-leyes", en "Jurisprudencia Argentina", 1958-II, sección doctrinaria, páginas 26-27; Federico Rayces: "Los decretos-leyes, su naturaleza jurídica, su autoridad legal y su subsistencia", en "Jurisprudencia Argentina", 1958-II, sección doctrinaria, página 161; Julio Oyhanarte: "Caducidad o continuidad de los llamados decretos-leyes del gobierno de facto", en "La Ley", tomo 90, página 770 y siguientes, especialmente página 776, nº 13; Juan Francisco Linares: "Ilimitación temporal de los decretos-leyes de la Revolución", en "La Ley", tomo 89, página 845 y siguientes, especialmente página 847. Puede verse, además: Linares Quintana: "Tratado de la ciencia del derecho constitucional", tomo 6º, números 3828, 3861 y 3872-3873; Díez: "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 413. *Doctrina extranjera*: Real, páginas 65-68; Sayagués Laso, tomo 1º, páginas 113-114; Quintero, página 99; Silva Cimma, tomo 1º, páginas 133-140.

(471) Las leyes números 12921 , 12922 y 12997 declararon la subsistencia de decretos dictados para otros tantos sectores de la actividad. En cambio, la ley nº 14467 declaró la subsistencia de "todos" los decretos-leyes emitidos por el gobierno provisional surgido en 1955, que no hubieren sido derogados por el Congreso.

(472) Gascón y Marín, tomo 1º, páginas 99-100; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, páginas 266-267; Sayagués Laso, tomo 1º, páginas 120-121; Quintero, página 60; Garrido Falla, tomo 1º, páginas 233-234.

(473) Constitución actual, arts. 66 y 113 .

(474) Quintero, página 59. El carácter "*administrativo*" de los expresados reglamentos que emiten los órganos Legislativo y Judicial es aceptado por la generalidad de los expositores; entre otros: Gordillo: "Introducción...", página 58.

(475) "La norma jurídica denominada *reglamento* ha sido entendida por la doctrina y el derecho positivo como un acto de carácter general procedente de las autoridades administrativas, y más concretamente de la autoridad superior de la rama ejecutiva: del jefe de Estado. Es laudable esta tendencia a reservar el nombre jurídico de reglamento sólo para los actos generales de ejecución de la ley, emitidos por la máxima autoridad administrativa" (Quintero, página 60).

(476) Constitución actual, art. 75 , inc. 32.

(477) Constitución actual, art. 75 , inc. 22.

(478) Constitución actual, art. 75 , inc. 27.

(479) En ese sentido: "Jurisprudencia Argentina", tomo 74, página 980 y siguientes, especialmente páginas 981-982.

(480) Carré de Malberg: "Teoría general del Estado", página 503, Fondo de Cultura Económica, México 1948.

(481) Laband, tomo 2º, páginas 406, 408 y 412. Además: Sandulli, página 32.

(482) Quintero: "Los decretos con valor de ley", página 58.

(483) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 179, páginas 39 -40; tomo 191, páginas 442-444. En ambos casos, el Tribunal estableció que carecía de asidero legal la resolución ministerial que les acordare obligatoriedad a los decretos generales desde la fecha misma en que se dicten.

(484) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 252, páginas 19 -20. En sentido concordante: Stassinopoulos: "Traité des actes administratifs", página 226; Garrido Falla: "Tratado...", tomo 1º, página 475, Madrid 1961. El acto administrativo de contenido "particular" adquiere eficacia, no mediante publicación, sino mediante "*notificación*". En Estados Unidos de América, una ley especial (*Federal Register Act*, de 1935) dispone la "publicación" de todos los reglamentos administrativos de contenido "general" (Bernard Schwartz: "Le droit administratif américain", página 79, Paris 1952, Sirey). En lo atinente a la "publicación" de los reglamentos de necesidad y urgencia, véase lo que escribo más adelante (nº 70, *in fine*).

(485) D'Alessio, tomo 1º, página 88; Forsthoff, página 198.

(486) Merkl, páginas 160-161. En sentido concordante al del texto, véase: Sayagués Laso, tomo 1º, página 124, letra c.

(487) Los autores dieron distintos criterios para explicar las diferencias entre ley formal y reglamento. Así, algunos se deciden por un criterio que en definitiva se vincula al "*contenido*" de la respectiva norma (Gascón y Marín, tomo 1º, páginas 107-108; Sayagués Laso, tomo 1º, páginas 122-125). A igual conclusión llega Jean Rivero, refiriéndose a la diferencia entre ley y reglamento en la Constitución francesa de 1958 ("*Droit Administratif*", números 52-55, páginas 57-59, París 1962). Otros se atienen al "*origen*", considerando que el reglamento emana de órganos *administrativos* (Waline, página 36; Fraga, páginas 172-174; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 266). Finalmente, otros expositores, para distinguir la ley del reglamento, dicen que la ley es "expresión de la voluntad nacional", en tanto que el reglamento es una "disposición de la autoridad administrativa" (Hauriou: "*Précis de droit administratif et de droit public*", página 564, París 1933; Berthélemy: "*Traité élémentaire de droit administratif*", página 125, París 1930), y otros autores, orientados en la misma corriente, sostienen que la ley es un "acto de gobierno", en tanto que el reglamento es un "acto de administración" (Caetano, páginas 92-93).

(488) Merkl, página 159; Waline, página 36; Carré de Malberg, página 502; Bielsa, tomo 1º, páginas 204-205 y 332, Buenos Aires 1947; Sayagués Laso, tomo 1º, página 121; Sandulli, página 31; Garrido Falla, tomo 1º, página 234; Silva Cimma, tomo 1º, página 141, Santiago de Chile 1962; Bidart Campos: "*Derecho Constitucional del Poder*", tomo 2º, página 79 b.

(489) Forsthoff, página 192; Diez: "*El acto administrativo*", páginas 111 y 114; Gordillo: "*El acto administrativo*", páginas 70, 74 y 79. A su vez, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: "*Curso de Derecho Administrativo*", tomo 1º, página 104, Madrid 1975, sostienen que el reglamento no es ni ley material ni acto administrativo general, sino un *quid novum*...

(490) Carré de Malberg, página 504.

(491) Carré de Malberg, páginas 507-508. En igual sentido: Sayagués Laso, tomo 1º, páginas 134-135; Garrido Falla, tomo 1º, páginas 235-237; Silva Cimma, tomo 1º, páginas 141-144.

(492) La clasificación que menciono en el texto, y que es la que seguiré en la presente obra, entre nosotros es también la seguida por Villegas Basavilbaso (tomo 1º, página 270).

En cambio, en *Italia* se sigue, en general, el criterio que clasifica los reglamentos en ejecutivos, delegados e independientes (Zanobini, tomo 1º, páginas 72-74; Presutti, tomo 1º, páginas 81-84). En Italia, los autores, al hablar de los "*reglamentos*", no mencionan el de "*necesidad y urgencia*". Ello obedece a que allí, para hacer frente a ese especialísimo estado de hecho, existe un instrumento "legal" específico: *le ordinanze*, que se distingue del decreto-ley común, de los reglamentos comunes y de los actos ordinarios de necesidad (ver Luigi Galateria: "*I provvedimenti amministrativi di urgenza. Le ordinanze*", Milano 1953).

En *Alemania*, siguiendo el criterio de Stein, predomina la clasificación de los reglamentos en *ejecutivos*, *administrativos* y de *necesidad*, o sea *secundum legem*, *praeter legem* y *contra legem* (Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 268). Aparte de lo expresado, en

Alemania se propuso otra clasificación de los reglamentos -"ordenanzas", como ahí se les llama (ver Mayer, tomo 1º, página 158; Laband, tomo 2º, página 383)-; reglamento administrativo, que se refiere a cuestiones internas de la Administración, y reglamentos jurídicos. Sólo a estos últimos se les considera verdaderas fuentes de derecho, de ahí que mientras a los primeros puede dictarlos libremente la Administración, ya que se desenvuelven en el ámbito interno de ella, a los segundos -en cuanto a la posibilidad de emanación- se los vincula a una autorización legislativa (véase: Laband, tomo 2º, páginas 377-383). Pero esta clasificación de los reglamentos no es aceptada por la prevaleciente doctrina moderna (véase: Merkl: "Teoría general del derecho administrativo", páginas 161-163; Sayagués Laso: "Tratado...", tomo 1º, página 122, texto y nota 4).

(493) "Fallos", tomo 241, página 396.

(494) Constitución actual, art. 99 , inc. 2º.

(495) En ese orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que los decretos reglamentarios del Poder Ejecutivo Nacional, expedidos en la órbita de sus atribuciones constitucionales, integran la ley reglamentada, completando el régimen creado por ella, y su violación o falsa interpretación afecta al régimen legal establecido por la ley pertinente ("Fallos", tomo 190, página 301, especialmente páginas 304 -305; tomo 234, página 166 , especialmente página 170).

(496) Constitución actual, art. 99 , inc. 2º.

(497) Constitución actual, art. 99 , inc. 2º.

(498) También existe la zona que ha de llamarse "*reserva de la justicia*" o "*reserva del juez*", ámbito reservado al poder u órgano "judicial", en cuyo recinto jurídico les está vedada la penetración al legislador y al administrador, so pena de realizar actos írritos por implicar una violación del principio constitucional de división de las funciones estatales. En concordancia con la "*zona de reserva de la Administración*": Bidart Campos: "Derecho Constitucional del Poder", tomo 2º, n° 635, página 83; n° 639, página 87, y "Manual de Derecho Constitucional Argentino", página 467, n° 748; Fiorini: "Teoría jurídica del acto administrativo", página 130, y "Manual de Derecho Administrativo", tomo 1º, página 255; Revidatti: "Derecho Administrativo", tomo 1º, páginas 197-198, y tomo 2º, página 198; Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 303, páginas 1238 -1239 , *in re* "Guahaman c/ Molinos Río de la Plata" (la teoría de la zona de reserva de la Administración aparece ahí vinculada al principio de separación de los poderes de gobierno); tomo 305, páginas 982-983, considerandos 2º y 6º; Jorge A. Aja Espil: "Constitución y Poder. Historia y Teoría de los Poderes Implícitos y de los Poderes Inherentes", páginas 100-101, 102 nota y 160-161, Buenos Aires 1987.

(499) Véase mi trabajo: "Entidades autárquicas institucionales. Su creación por ley o por decreto. Lo atinente a su constitucionalidad", en "Jurisprudencia Argentina", 1961-VI, sección doctrinaria, página 62 y siguientes, y más adelante el lugar de la presente obra donde me ocupo de las entidades autárquicas y de la descentralización administrativa.

Además, véase precedentemente, nº 64, texto y notas 218 y 219. Véase: Aja Espil, "Constitución y Poder", páginas 100-101.

(500) Constitución actual, art. 99 , inc. 7º.

(501) Véase: Fiorini: "La discrecionalidad en la Administración Pública", páginas 70-72.

(502) Fiorini: "La discrecionalidad...", página 72.

(503) Además, ver precedentemente, nº 64, texto y notas 218 y 219.

(504) Constitución actual, art. 75 , inc. 32.

(505) Ver precedentemente nº 6.

(506) Véase: Joaquín V. González: "Manual de la Constitución Argentina", páginas 312 y 322-323.

(507) Corte Suprema de Justicia, "Fallos", tomo 53, página 434, *in re* "Cullen c/ Llerena". Esta sentencia fue reiterada en "Fallos", tomo 54, página 181, *in re* "Lobos c/ Dónovan".

(508) Corte Suprema de Justicia, "Fallos", tomo 154, página 200, *in re* "Fernando Orfila interpone recurso de hábeas corpus a favor de Alejandro Orfila".

(509) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 137, página 47 y siguientes, especialmente página 66, *in re* "Horta c/ Harguindeguy".

(510) Las consecuencias de la "*zona de reserva de la Administración*" no actúan en abstracto y automáticamente para oponerse a las de la "*zona de reserva de la ley*". La invocación de aquella zona, por sí misma, no justifica supremacía alguna respecto a la "*zona de reserva de la ley*". La "*zona de reserva de la Administración*" se refiere al ámbito en que, desde el punto de vista constitucional, puede preceptuar válidamente el Poder Ejecutivo: de ahí que si una *ley formal* hubiere violado esa zona preceptuando sobre materia propia del Poder Ejecutivo, para imponer la eficacia de la "*zona de reserva de la Administración*", debería gestionarse por la vía que corresponda la derogación o anulación de la referida ley formal. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación pudo decir acertadamente: "Que de admitirse el argumento referido a la llamada `zona de reserva de la Administración´ -traído para fundamentar la validez del decreto 766/73, sin que se ataque de modo directo la ley que éste pretende derogar-, ello vendría a sentar el derecho del Poder Ejecutivo a dejar sin efecto actos con forma de ley, facultad que es ajena a sus funciones constitucionales" ("Fallos", tomo 305, página 980 y siguientes, considerando 6º).

(511) Constitución actual, art. 99 , algunos incisos tienen nueva redacción.

(512) En nuestro país, entre los expositores que se han pronunciado en *contra* de la posibilidad constitucional de que se emitan reglamentos delegados, puede mencionarse, en primer término, a Linares Quintana, quien al respecto ha escrito páginas notables: "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", tomo 8º, página 129 y siguientes; del mismo

autor "La delegación del Poder Legislativo como negación de la división de los poderes y del constitucionalismo", en "Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política", realizado en Buenos Aires, agosto de 1960, publicado por la Asociación Argentina de Ciencia Política, tomo 2º; además: Elizabeth M. Rivas y Alberto A. Spota: "El problema de la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo. El problema referido a la delegación en materia penal", en "Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política", tomo 2º.

Se han pronunciado a favor de esa posibilidad constitucional: Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 338 y siguientes, Buenos Aires 1947; del mismo autor: "Derecho Constitucional", páginas 474-481, Buenos Aires 1959; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, páginas 273-280; Guillermo Becerra Ferrer: "Delegación de Facultades Legislativas", en "Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política", tomo 2º; Beatriz F. Dalurzo: "Delegación de Facultades Legislativas", en "Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política", tomo 2º; Jorge Aja Espil: "*Delegata potestas non potest delegari*", en "Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política", tomo 2º; Alberto G. Padilla: "Delegación Legislativa", en "Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política", tomo 2º. También corresponde incluir en este grupo a Gordillo, pues en definitiva acepta la posibilidad de este tipo de reglamentos en una forma que resulta concordante con la aceptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ("Introducción al Derecho Administrativo", página 59). Asimismo: Bidart Campos: "Derecho Constitucional", tomo 1º, páginas 779-780; Bianchi, Alberto B.: "La delegación de funciones legislativas (Contribución hacia un estudio de los llamados reglamentos delegados)", publicado en "El Derecho" (tomo 121 de dicha revista, del 17 al 23 de febrero de 1987).

Los autores extranjeros también se han ocupado con interés de estos reglamentos; pero la generalidad de dichos expositores lo hace sobre la base de su propio derecho positivo. En el Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política, realizado en Buenos Aires en 1960, intervinieron destacados juristas foráneos, que presentaron trabajos sobre este tema. Así, F. Pierandrei, de Italia, presentó un constructivo estudio sobre "La delegación de potestad legislativa en la República Italiana", pronunciándose a favor de los reglamentos delegados ("Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política", tomo 2º). En cambio, Vicente Mora Rodríguez, de Uruguay, en su trabajo "Delegación de Facultades", se pronunció en contra de tales reglamentos ("Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política", tomo 2º). Otros tratadistas se ocuparon también de los reglamentos delegados, manifestándose en sentido adverso a la validez de su emanación (ver, por ejemplo, César A. Quintero: "Los decretos con valor de ley", páginas 68-69, Madrid 1958).

(513) La actual Constitución argentina, sancionada en el año 1994, prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, pero la acepta en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio (artículo 76).

(514) Bielsa: "Derecho Constitucional", página 480, Buenos Aires 1959.

(515) Quintero: "Los decretos con valor de ley", página 67.

(516) En sentido concordante: Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 275.

(517) Constitución actual, art. 75 , incs. 12 y 13.

(518) Constitución actual, art. 99 , inc. 2º.

(519) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 148, páginas 434-438, sentencia del 20 de junio de 1927. Además, véase: tomo 207, páginas 133 -139; tomo 304, página 1898 , y tomo 311, páginas 1617 , 2339 y 2453 .

(520) Constitución actual, art. 99 , inc. 2º.

(521) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 237, páginas 654-658, *in re* "Raúl Oscar Mouviel y otros s/ desórdenes", sentencia del 17 de mayo de 1957. Sobre estas cuestiones y, en particular, sobre la repercusión de esta sentencia, véase a Enrique R. Aftalión: "Derecho Penal Económico", página 101 y siguientes, Buenos Aires 1959, y Hugo J. Pinto: "Edictos de policía y Constitución Nacional", en "El Derecho", 23 de junio de 1989, donde se hace referencia a las normas dictadas con motivo de ese fallo.

(522) Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 275.

(523) Gordillo: "Introducción al Derecho Administrativo", página 59.

(524) Pierandrei: "La delegación de potestad legislativa en la República Italiana", en "Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política", tomo 2º, (párrafo 6 *in fine*, páginas 16-17 de su trabajo); D'Alessio: "Istituzioni di diritto amministrativo Italiano", tomo 1º, página 72.

(525) En sentido concordante: Villegas Basavilbaso, tomo 1º, páginas 289-290.

(526) Quintero: "Los decretos con valor de ley", página 109. Ver el art. 99 , inciso 3º de la Constitución Nacional sancionada en 1994, que, en determinadas circunstancias y condiciones, autoriza al Poder Ejecutivo para emitir reglamentos de necesidad y urgencia. Véase el tomo 4º de esta obra, nº 1618.

(527) El reglamento de "necesidad y urgencia" puede haberse emitido en días feriados; entonces su ratificación o aprobación puede realizarla el Congreso cuando reanude su labor al terminar el feriado. Puede, asimismo, haberse dictado el reglamento durante el período de receso del Parlamento; en tal caso la aprobación o ratificación se produciría en el próximo período de sesiones.

(528) En Italia, en este orden de ideas, existe un acto "especial", "*le ordinanze*", que se distingue del decreto-ley común, de los reglamentos comunes y de los actos ordinarios de necesidad, el cual puede ser emitido por el órgano administrativo en supuestos de necesidad y urgencia. Ver Luigi Galateria: "I provvedimenti amministrativi di urgenza. Le ordinanze", páginas 18-19, 21-30 y 65 y siguientes, Milano 1953; Sandulli: "Manuale di diritto amministrativo", página 257.

En Francia, si bien el "*estado de urgencia*" está contemplado por el ordenamiento jurídico (Jean Rivero: "Droit Administratif", nº 84, página 79, Paris 1962), el Consejo de Estado "*creó*" la teoría de las "*circunstancias excepcionales*" (vgr., guerra, tensión política consecutiva a la Liberación, amenazas de huelga general, trastornos o desórdenes sociales,

etc.), en cuyo mérito, existiendo esa situación anormal determinante de las llamadas "*circunstancias excepcionales*" -cuyo control definitivo queda a cargo de la autoridad judicial-, la autoridad administrativa queda habilitada para actuar prescindiendo de las reglas legales que habitualmente le impiden hacerlo (Rivero, op. cit., páginas 78, 82).

En España, ya la Constitución del 27 de diciembre de 1978 admitía dicho tipo de reglamento que denominaba decretos-leyes (Francisco González Navarro: "Derecho Administrativo Español", tomo 1º, páginas 412-413, Pamplona 1987).

(529) Villegas Basavilbaso, tomo 1º, páginas 290 y 293-294; Quintero, páginas 111-112.

(530) Quintero, página 112.

(531) Quintero, página 112.

(532) Ni siquiera en Italia, respecto a las "*ordenanzas de urgencia*" -ver precedentemente nota 244- se sigue un procedimiento adecuado para que dichos actos adquieran eficacia y obligatoriedad. Se exige su "publicación en la forma prescrita en la ley", sin perjuicio de que la Administración adopte cualquier otro medio de publicidad, incluso radiodifusión, diarios particulares, etc. (Galateria: "I provvedimenti amministrativi di urgenza. Le ordinanze", páginas 85-86).

(533) Constitución actual, art. 99 , inc. 2º.

(534) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 151, páginas 5 y 33.

(535) Véanse los siguientes fallos del Tribunal: "Fallos", tomo 178, páginas 224 y siguientes, 355 y siguientes; tomo 182, página 244 y siguientes; tomo 183, página 117 y siguientes, y página 147 y siguientes; tomo 199, página 442 y siguientes; tomo 200, página 194 y siguientes; tomo 220, página 136 y siguientes; tomo 232, página 287 y siguientes; tomo 241, página 176 y siguientes, página 384 y siguientes; tomo 246, página 221 y siguientes.

(536) Con razón ha dicho Fernández de Velasco Calvo: "De aquí que cuando se trata de leyes administrativas puede producirse el reglamento, y no cuando se trata de leyes civiles y penales. Y de aquí también que en cuanto éstas tocan materia administrativa se produzca la facultad reglamentaria: aguas, minas, sanciones correctivas y disciplinarias" ("Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración", tomo 1º, página 53). En sentido concordante: Romano: "Corso di diritto amministrativo", página 56, párrafo 4; Zanobini: "Corso di diritto amministrativo", tomo 1º, página 71; Sayagués Laso: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, página 123, letra a; Garrido Falla: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, página 242, texto y nota 59, Madrid 1961.

(537) Carré de Malberg: "Teoría general del Estado", páginas 515-516, Fondo de Cultura Económica, México 1948; Gascón y Marín, tomo 1º, página 109; Romano, página 56, párrafos 2 y 3; Waline: "Manuel élémentaire de droit administratif", página 38; Alessi: "Diritto Amministrativo", página 33; Sandulli: "Manuale di diritto amministrativo", página 32; Garrido Falla, tomo 1º, página 241.

(538) Romano, página 56, párrafo 7; Zanobini, tomo 1º, página 71; Waline: "Manuel...", página 38; Sandulli: "Manuale...", página 31; Beno t Jeanneau: "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative", páginas 92-99, Paris 1954, Sirey; además, véase Olivier Dupeyroux: "La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs", página 65 y siguientes, Paris 1954; Diez: "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 237.

(539) Waline, op. cit., página 38; Beno t Jeanneau, op. y loc. cit., donde estudia los límites, alcance y fundamento de tal "*irretroactividad*". Véase: Grecco, Carlos Manuel: "Impugnación de disposiciones reglamentarias", Buenos Aires 1988, y Gambier, Beltrán: "La impugnación directa de los reglamentos en sede administrativa en un dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación", en "Revista de Derecho Administrativo", n  2, Buenos Aires 1989.

(540) En doctrina no hay uniformidad en cuanto a si el tratado debe o no considerarse como fuente de derecho administrativo. En sentido *afirmativo* se pronuncian: Fernández de Velasco Calvo: "Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración", tomo 1º, página 65; Merkl, páginas 148-155; Sayag  s Laso, tomo 1º, páginas 148-149; Silva Cimma, tomo 1º, páginas 325-327; Garrido Falla, tomo 1º, páginas 270-273; Jean Rivero: "Droit Administratif", páginas 50 y 51, Paris 1962. En sentido *negativo*: Laband, tomo 2º, páginas 440 y 484; Presutti, tomo 1º, páginas 53-54; D'Alessio, tomo 1º, páginas 122-123, n  73; Vitta, tomo 1º, página 76, n  25.

Los que est n en dicha posición negativa esgrimen dos argumentos: a) que de los tratados sólo nacen obligaciones y derechos para los Estados contratantes, siendo sujetos de las relaciones jurídicas internacionales sólo los Estados; b) que, en estos supuestos, las fuentes son las "leyes" dictadas para la ejecución de los tratados. Pienso que ambos argumentos, en cuanto a lo que aquí se indaga, son equivocados. En primer término, es inexacto -y la vida real así lo demuestra- que los tratados internacionales sólo crean obligaciones y derechos entre los respectivos Estados, pues dichos derechos y obligaciones los Estados los trasladan a la respectiva porción de sus habitantes. Los Estados contratan para encuadrar en ello la conducta de sus propios habitantes o ciudadanos. Con sobrada razón escribe Gordillo: "Demás está decir que cuando una ley ratifica un tratado por el cual se establecen reglas de derecho que se refieren exclusivamente a seres humanos individuales (derecho del trabajo, derechos humanos, etc.), carece de asidero pretender que la ratificación vale sólo frente a los demás Estados y no para los habitantes del país respectivo; la ley de ratificación transforma a esas proposiciones en normas jurídicas internas (pero esta solución no ha imperado)" (Agustín Gordillo: "Introducción al Derecho Administrativo", página 55). En segundo lugar, en el ordenamiento jurídico argentino, según así lo expreso en el texto, la operatividad de un "tratado" no requiere "*ley*" aprobatoria, y de acuerdo al artículo 31 de nuestra Constitución los tratados son, por sí, *ley suprema de la Nación*.

(541) Dicha "autonomía" no pudo menos que reconocerla la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que, en lo pertinente, refiriéndose al tratado, dijo: "Este adquiere validez jurídica en virtud de la ley aprobatoria, pero no por ello deja de tener el carácter de un estatuto legal autónomo, cuya interpretación depende de su propio texto y naturaleza, con independencia de la ley aprobatoria. Y por eso lo concerniente al comienzo de su vigencia

no está condicionado por esta última sino en cuanto no ha podido tenerla antes de la aprobación legislativa" ("Fallos", tomo 202, página 355).

(542) Constitución actual, art. 75 , inc. 22.

(543) Escribe el profesor chileno Silva Cimma: "De las normas preinsertas, deducimos que en nuestro régimen jurídico el tratado no es propiamente una ley, en el sentido que a estas normas da la Constitución Política del Estado, ya que si bien la aprobación del mismo se sujeta en el Congreso a los mismos trámites de una ley, tal aprobación reviste tan sólo el carácter de una formalidad habilitante, substancial y previa a la ratificación del mismo... Una vez obtenida esa aprobación y ratificado adquiere prácticamente la misma fuerza jurídica de la ley. Desde el punto de vista del carácter de la norma jurídica, en razón del órgano del cual emana, creemos, pues, que el tratado *es un acto administrativo de Gobierno* y no un acto legislativo..." ("Derecho Administrativo chileno y comparado", tomo 1, página 327).

(544) En igual sentido: Villegas Basavilbaso, tomo 1º, páginas 259-260. Además: Linares Quintana: "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", tomo 2º, números 1182 y 1187, páginas 371-372 y 375; Gordillo: "Introducción...", página 55. Por eso considero objetable la expresión de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando, refiriéndose a la aprobación de los tratados por el Congreso, dijo: "y esa aprobación no se puede expresar de otra manera que *mediante una ley*" ("Fallos", tomo 202, página 355). Aparte de lo dicho en el texto, por una modalidad seguida en derecho internacional un convenio, en ciertas circunstancias, puede adquirir validez por el mero acuerdo de los países contratantes, sin necesidad, en el caso, de que sea aprobado por el Congreso; tal temperamento se ha seguido también entre nosotros, de suerte tal que, en ciertos grupos de casos (verbigracia, convenios adicionales o complementarios de convenios ya aprobados), los convenios adquieren validez interna sin la aprobación del Congreso. Este criterio ha sido reiteradamente aceptado, entre nosotros, por la Procuración del Tesoro de la Nación (entre otros, véase dictamen del 11 de febrero de 1963, expte. n° 28.552/61, del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto; además, dictamen del 11 de marzo de 1963). Ver: Isidoro Ruiz Moreno: "Estudios de Derecho Internacional Público", Buenos Aires 1965, quien comparte la opinión de que un *tratado* no ratificado o aprobado por el Congreso, carece de validez (página 84 y siguientes).

(545) Linares Quintana: "Tratado...", tomo 2º, n° 1187, página 375.

(546) Véase: Charles Evans Hughes: "La Suprema Corte de Estados Unidos", páginas 112-115, Fondo de Cultura Económica, México 1946; Linares Quintana: "Tratado", tomo 2º, números 1176 y 1180, páginas 363 y 367; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 261; además, Vanossi: "Teoría Constitucional", página 227 y siguientes, tomo 2º, Buenos Aires 1976.

De acuerdo a lo expresado en el texto, teniendo en cuenta que la jurisdicción es uno de los atributos de la soberanía y porque también lo es la limitación de la justiciabilidad de los actos de la Nación, por sus propios tribunales, la Corte Suprema de Justicia les dio preeminencia a leyes que imponen la intervención de los tribunales nacionales en las causas

en que interviene el Banco de la Nación, sobre las disposiciones de un tratado internacional que disponía el sometimiento a jueces extranjeros de la controversia entre una sociedad nacional y el Banco de la Nación ("Jurisprudencia Argentina", 1963-III, páginas 268-270, *in re* "La República c/ Banco de la Nación Argentina", sentencia del 28 de diciembre de 1962, y "Fallos", Corte Suprema, tomo 254, páginas 500 -504).

(547) Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 262.

(548) Charles Evans Hughes, op. cit., página 115. Además: Merkl: "Teoría general del derecho administrativo", página 152.

(549) Ver Charles Evans Hughes, op. cit., página 115; Merkl, páginas 151-152; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 263.

(550) Fernández de Velasco Calvo: "Resumen de derecho administrativo...", tomo 1º, página 88; Vitta, tomo 1º, página 83; D'Alessio, tomo 1º, páginas 147-148; Presutti, tomo 1º, páginas 97-98; Giorgio del Vecchio: "Teoría del Estado", página 170, Barcelona 1956; Caetano, página 82 y siguientes; Forsthoff, página 240; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 357.

(551) Zanobini, tomo 1º, página 82; Silva Cimma, tomo 1º, páginas 336-337.

(552) Ver autores citados en la nota precedente.

(553) En igual sentido: Vitta, tomo 1º, página 83; D'Alessio, tomo 1º, página 148.

(554) Véase precedentemente, nº 43, texto y nota 85.

(555) D'Alessio, tomo 1º, página 147.

(556) Véase el nº 56.

(557) Giorgio del Vecchio, citado por Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 351; Luis Legaz y Lacambra: "Introducción a la ciencia del derecho", páginas 371-372; Fernández de Velasco Calvo: "Resumen...", tomo 1º, página 88; D'Alessio, tomo 1º, página 147.

(558) "Fallos", tomo 190, páginas 150-151.

(559) "Fallos", tomo 205, páginas 200 y siguientes y 207.

(560) "Fallos", tomo 237, páginas 452 y siguientes y 462.

(561) Véase: Spota: "Tratado de Derecho Civil. El Sujeto del Derecho. Personas Jurídicas", página 499 y siguientes. "El fundamento jurídico de la responsabilidad aquiliana del Estado, según la construcción jurisprudencial argentina, importa la recepción del derecho civil en la materia por el derecho administrativo" (Spota, op. cit., página 500).

(562) Ver nota *b* agregada al nº 41.

(563) Ver nº 43, texto y notas 86 a 88 bis.

(564) Véase mi "Tratado del Dominio Público", nº 36.

(565) Véase mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", números 306 y 376, y mi "Tratado del Dominio Público", nº 227. Respecto a "*lagos*", téngase presente el nuevo inciso 5º del art. 2340 del Código Civil.

(566) En idéntico sentido: Forsthoff, página 240. Acerca de la existencia del pretendido "derecho penal administrativo", véase nº 39, texto y notas 66 y 67.

(567) En igual sentido, Caetano, página 83.

(568) Es lo sucedido entre nosotros en materia de lagos no navegables por buques de más de cien toneladas. Ante el silencio de nuestra legislación sobre la condición legal de esos lagos, para resolver la cuestión la Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicó, erróneamente, los "principios generales del derecho", en lugar de aplicar, como era menester, la analogía. Por ese camino, el Tribunal concluyó afirmando que dichos lagos pertenecían al dominio privado del dueño del terreno en que se formaron. La conclusión es totalmente equivocada: los lagos de referencia pertenecen al dominio público, solución a la que se llega sin dificultad aplicando las leyes "análogas". Véase mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 306, y Villegas Basavilbaso, tomo 1º, páginas 360-361, texto y nota 186, y tomo 4º, páginas 588-593. Respecto a la condición legal de los lagos, téngase presente el nuevo inciso 5º del art. 2340 del Código Civil, reformado en 1968.

(569) Legaz y Lacambra: "Introducción a la ciencia del derecho", páginas 397 y 405; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 367; Caetano, páginas 82-85; Sayagués Laso, tomo 1º, páginas 147-148; Giorgio del Vecchio: "Teoría del Estado", página 170; Alberto Ramón Real: "Los Principios Generales de Derecho en la Constitución Uruguaya", página 20; Garrido Falla, tomo 1º, páginas 264-270; Georges Vedel: "Droit Administratif", página 186 y siguientes; Jean Rivero: "Droit Administratif", páginas 70-71.

(570) Entre otros: Zanobini, tomo 1º, página 82; Silva Cimma, tomo 1º, páginas 337-338.

(571) En Francia, el carácter de "fuente" jurídica que revisten los principios generales del derecho, es evidente. El Consejo de Estado exige que el Ejecutivo respete los principios generales del derecho y anula los actos administrativos que no se conformen a ellos. Véase: Benoît Jeanneau: "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative", página 92 y siguientes, Paris 1954; C. J. Hamson: "Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration", página 179, Paris 1958; Vedel, página 186 y siguientes; Rivero, páginas 70-72.

(572) Olivier Dupeyroux: "La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs", páginas 57 y 58, Paris 1954.

(573) Véanse las fuentes que menciona Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 362. En Francia, a la existencia de los principios generales del derecho se la vincula, sea a la tradición liberal de 1789 (igualdad de los ciudadanos ante la autoridad pública, libertad de conciencia, posibilidad de libre defensa), sea a las necesidades de la vida social (continuidad de los servicios públicos, control del superior sobre los actos del inferior), sea a los imperativos de la equidad (principio del enriquecimiento sin causa). Véase a Jean Rivero: "Droit Administratif", página 70, Paris 1962.

(574) Ver, no obstante, lo que escribe Ricardo Reimundín en "La concepción de los principios generales del derecho y la fórmula del art. 16 de nuestro Código Civil", especialmente punto IV, en "Jurisprudencia Argentina", 31 de agosto de 1977.

(575) "Instituta", libro 1º, título 1º, párrafo 3; "Digesto", libro 1º, título 1º, ley 10, párrafo 1.

(576) Para la traducción española véase a Ildefonso L. García del Corral: "Cuerpo del Derecho Civil Romano, a doble texto, traducido al castellano del latino publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen", tomo 1º, páginas 5 y 199, Barcelona 1889.

(577) "*Honeste vivere*" (vivir honestamente). La Constitución Nacional somete al juicio de los magistrados los actos que ofendan a la moral pública (art. 19); el Código Civil prohíbe las convenciones particulares que dejen sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesadas las "*buenas costumbres*" (art. 21), y asimismo prohíbe los actos jurídicos cuyo objeto sea contrario a las "*buenas costumbres*" (art. 953).

"*Alterum non laedere*" (no hacer daño a otro o no perjudicar a tercero). La Constitución Nacional somete a la autoridad de los magistrados las acciones de los hombres que "*perjudiquen a un tercero*" (art. 19); el Código Civil declara nulos los actos jurídicos realizados en perjuicio de terceros (art. 953), y dispone que los contratos no pueden perjudicar a terceros (art. 1195 , *in fine*). Aparte de lo expuesto, la legislación sobre aguas de nuestras provincias contiene, en general, la declaración de que los derechos otorgados no pueden perjudicar a terceros (véase mi "Legislación de Aguas. La cláusula *sin perjuicio de terceros* en las concesiones de uso del agua pública", Buenos Aires 1942, Abeledo, y mi "Tratado del Dominio Público", n° 139).

"*Suum cuique tribuere*" (dar a cada uno lo suyo). Este es, precisamente, el objeto y fin de la "*justicia*". Para lograrlos, nuestra Constitución Nacional -y lo mismo hacen las constituciones provinciales- ha instituido un "poder" especial, el "*Poder Judicial*", rodeado de todas las garantías de independencia y a cuya competencia exclusiva quedan adscriptas las correspondientes funciones estatales.

(578) "*Derecho natural* es el que la naturaleza enseñó a todos los animales. Mas este derecho no es privativo del género humano, sino de todos los animales que nacen en la tierra y en el mar, y también a las aves. De aquí proviene la unión del macho y de la hembra, que llamamos matrimonio; de aquí la procreación y la educación de los hijos: porque vemos que también los demás animales se rigen por el conocimiento de este derecho" ("Instituta", libro 1º, título 2º, preámbulo; "Digesto", libro 1º, título 1º, ley 1, párrafo 3). Además, véase: Luis Legaz y Lacambra: "Introducción a la ciencia del derecho", páginas 254-255; Edgar Bodenheimer: "Teoría del Derecho", página 127 y siguientes;

Linares Quintana: "Gobierno y Administración de la República Argentina", tomo 1º, páginas 3 y 4.

(579) "Mas el derecho se divide así, civil o *de gentes*. Todos los pueblos, los cuales se rigen por leyes y costumbres, usan de un derecho, en parte suyo propio, en parte común a todos los hombres; pues el derecho que un pueblo cualquiera constituye él mismo para sí, es propio de la ciudad misma y se llama derecho civil; mas el que la razón natural establece entre todos los hombres, éste es igualmente observado en todos los pueblos, y se llama *derecho de gentes*, porque de este derecho usan todas las gentes" ("Instituta", libro 1º, título 2º, párrafo 1; "Digesto", libro 1º, título 1º, párrafo 4). Con referencia al "*derecho de gentes*", expresa Escriche en su diccionario: "El conjunto de reglas que la razón natural ha establecido entre todos los hombres, y se observan generalmente por todas las naciones". ... "Algunos desechan la división del derecho de gentes en primario y secundario, diciendo que el derecho de gentes no es otra cosa que el mismo derecho natural aplicado a los negocios de las naciones" (Joaquín Escriche: "Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia", locución "Derecho de Gentes", tomo 2º, página 666, Madrid 1874).

(580) Precisamente, la diferencia entre "*ius civile*" y "*ius gentium*" consiste en que el derecho civil -por su contenido- constituye un derecho "particularizado", de aplicación en cada pueblo individualmente considerado, es decir, carece de "universalidad". En cambio, el *ius gentium*, contrariamente a lo que ocurre con el *ius civile*, hállese constituido por principios o partes del derecho que en los diversos Estados *coinciden*: es un derecho "*generalizado*".

(581) La doctrina uniforme considera, por ejemplo, que el derecho a ser juzgado "previa audiencia" o "previa oportunidad de presentar la defensa", constituye un *principio general* derivado de la justicia natural: "*natural justice*", como le llaman los jueces ingleses. Sobre esto último, compárese: Fernando Garrido Falla: "Régimen de impugnación de los actos administrativos", página 260.

(582) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 7, páginas 282, nº 14, y 294.

(583) L. Oppenheim: "Tratado de Derecho Internacional Público", tomo 1º, volumen 1º, página 30, texto y nota 15, traducción española, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1961. Ver la sentencia dictada por dicho Tribunal en el expresado caso del Canal de Corfú, en José I. García Ghirelli: "Repertorio de Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia", página 11 y siguientes, especialmente página 15, Buenos Aires 1973.

(584) El actual Código Civil de Italia, en su artículo 12, establece que si una cuestión no puede resolverse por una norma expresa, ni por analogía, se decidirá "*de acuerdo a los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado*".

(585) Alejandro Groizard y Gómez de la Serna: "El Código Penal de 1870, concordado y comentado", tomo 1º, página 254, Madrid 1902.

(586) Constitución Nacional, artículo 16 ; Vedel: "Droit Administratif", página 187, quien menciona un fallo del Consejo de Estado francés donde éste aplicó el "principio general de derecho" que consagra la "igualdad de los habitantes".

(587) Constitución Nacional, artículo 16 , *in fine*; Alberto Ramón Real: "Los Principios Generales de Derecho en la Constitución Uruguaya", páginas 33 y 57-58; Jeanneau: "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative", página 23.

(588) Vedel: "Droit Administratif", página 187, quien trae a colación un fallo del Consejo de Estado de Francia, donde se consideró que el "derecho de defensa" constituye un principio general de derecho (página 187). En igual sentido: Caetano, página 84; Real: "Los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya", página 11, nota 6.

(589) Todos esos supuestos quedan amparados por la disposición constitucional en cuyo mérito la privación de lo que constituya una "propiedad", cuando ello ocurra por utilidad pública, requiere indemnización (artículo 17 de la Constitución Nacional), norma que, en lo pertinente, tiene caracteres de "*principio general de derecho*". Véase: Fritz Fleiner: "Instituciones de Derecho Administrativo", páginas 236-237, traducción, Barcelona 1933; además, mi "Caducidad y revocación de la concesión de servicio público", páginas 88-89, Buenos Aires 1947.

(590) Véase precedentemente, n° 71, texto y notas 253-254.

(591) Véase este mismo párrafo y el n° 50. Además: Real: "Los principios generales...", página 11, nota 6, y Sayagués Laso, tomo 1°, página 148.

(592) Constitución Nacional, artículo 19 ; Luis Legaz y Lacambra: "Introducción a la Ciencia del Derecho", página 405; Linares Quintana: "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", tomo 3°, número 1745 y siguientes, en especial números 1751-1754.

(593) Véase a Benoît Jeanneau: "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative", página 99 y siguientes.

(594) Alberto Ramón Real: "Los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya", página 11, nota 6. Téngase presente la ley n° 21173 , de septiembre de 1975, que contempla diversos aspectos del derecho de la "*personalidad*" (protección jurídica de la intimidad), incorporada al Código Civil como artículo 1071 bis . Ver: Daniel Becourt: "Le droit de la personne sur son image", Paris 1969; Risolía, Marco Aurelio: "La protección jurídica de la intimidad", en "Anales" de la Academia Nacional de Derecho, Segunda Época, año XXI, n° 16.

(595) Jean Rivero: "Droit Administratif", página 67.

(596) Posada: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1°, página 146, n° 18; Luis Méndez Calzada: "Rol de la jurisprudencia entre las fuentes subsidiarias de derecho en la legislación argentina", en "Jurisprudencia Argentina", tomo 20, páginas 125-126, sección doctrinaria; Fernández de Velazco Calvo: "Resumen...", tomo 1°, páginas 64-65; Bullrich:

"Principios...", página 81 y siguientes; Legaz y Lacambra: "Introducción...", páginas 379-385; Waline, páginas 16-17; Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 61; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, páginas 344-349; Jesús Edelmiro Porto: "Fuentes del Derecho Penal", página 115 y siguientes; Sayagués Laso, tomo 1º, páginas 143-145; Julio Cueto Rúa: "Fuentes del Derecho", páginas 123 y siguientes, especialmente 127, 128 y 131; Silva Cimma, tomo 1º, páginas 292-296; Jean Rivero: "Droit Administratif", página 67, nº 68, y página 69, nº 72; Gordillo: "Introducción...", página 61; Enrique R. Aftalión: "Derecho Penal Económico", página 107.

(597) Presutti, tomo 1º, página 56, nº 27; Lentini, tomo 1º, páginas 30-31, nº 11; García Oviedo, tomo 1º, página 44; Fraga, página 189; De Valles, páginas 35-36; Garrido Falla, tomo 1º, páginas 273-274.

(598) Luis Legaz y Lacambra, página 382. En sentido concordante: José Puig Brutau: "La jurisprudencia como fuente del derecho", páginas 7 y 8, 51 y 52, que dice al respecto: "quien tiene a su cargo la misión de interpretar y aplicar la ley realiza en muchos casos una función verdaderamente creadora" (página 8).

(599) Véase mi trabajo: "Acerca del llamado *derecho judicial*: su alcance. La costumbre derogatoria o *contra legem*. La justicia en la estructura escalonada del orden jurídico", en "Jurisprudencia Argentina", 1950-I, páginas 75 y 76, sección doctrinaria.

(600) "El derecho administrativo francés es, sin duda alguna, un derecho creado por el juez; su 'creador soberano' es el Consejo de Estado" (C. J. Hamson: "Pouvoir discrétionnaire et contr'le juridictionnel de l'administration", página 182, Paris 1958). En el derecho norteamericano -especialmente con referencia al derecho administrativo- el papel de la jurisprudencia es trascendente, y mayor que el de la doctrina. Los "*casos particulares*" revisten ahí gran interés. "En EE. UU. -dice John Clarke Adams- los jueces son citados más frecuentemente que los profesores. En Francia y en Italia, en cambio, la doctrina goza de mucho mayor crédito que en EE. UU., pero ningún juez francés o italiano goza del prestigio -entre los estudiosos y el público en general- que se atribuye en EE. UU. a un Holmes, un Hughes, un Cardozo o un Learned Hand. Los jueces, sin embargo, son conocidos casi exclusivamente a través de sus sentencias; sólo excepcionalmente el juez escribe obras científicas de alcance general" ("El derecho administrativo norteamericano", página 35, Buenos Aires 1964, Eudeba).

(601) Hauriou: "Précis de droit administratif et de droit public", páginas 862-864; Hauriou: "La jurisprudence administrative de 1892 ... 1929", tomo 3º, páginas 270 a 288; Louis Rigaud: "La théorie des droits réels administratifs", Paris 1914; Marienhoff: "Tratado del Dominio Público", nº 175.

(602) André de Laubadère: "Traité théorique et pratique des contrats administratifs", tomo 3º, página 71 y siguientes, Paris 1956.

(603) Jean Rivero: "Droit Administratif", página 78 y siguientes, Paris 1962.

(604) Sobre lo dicho en el texto: Linares Quintana: "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", tomo 1º, nº 639, página 480.

(605) En sentido concordante: Vedel, página 191.

(606) "Si bien la permanencia de la jurisprudencia es deseable, con fundamento en la preservación de la seguridad jurídica, no debe obstar a su revisión cuando medien razones de justicia suficientes al efecto" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 248, páginas 116 y 125).

(607) Téngase presente mi artículo "La doctrina científica como fuente del derecho", publicado en "Anales" de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Época, año XXX, nº 23, página 217 y siguientes, donde, además, contesto a ciertas reflexiones sobre existencia y porvenir de la doctrina científica como fuente del derecho.

(608) Luis Legaz y Lacambra: "Introducción a la ciencia del derecho", página 411.

(609) "Código", libro 1º, título 17, ley 1, párrafo 12. Para la versión española: Ildefonso L. García del Corral: "Cuerpo del Derecho Civil Romano...", tomo 4º, página 154. Además: P. van Wetter: "Pandectes contenant l'histoire du droit romain et la législation de Justinien", tomo 1º, página 18.

(610) Bullrich: "Principios...", páginas 85-88; Legaz y Lacambra, páginas 410 y 411; García Oviedo, tomo 1º, página 45; Bielsa, tomo 1º, página 66; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, páginas 381 y 382-383; Gascón y Marín, tomo 1º, página 121; Sayagués Laso, tomo 1º, página 144; Linares Quintana: "Tratado...", tomo 1º, páginas 483-484; Cueto Rúa, páginas 201-204; Silva Cimma, tomo 1º, páginas 322-323; Jean Rivero, página 67; Nelson de Sousa Sampaio, en "Revista de Informação Legislativa", julio-septiembre de 1982, páginas 80-81, Senado Federal, Brasilia.

(611) Waline, páginas 17 y 144, para quien la doctrina tiene un valor puramente moral; Gordillo: "Introducción...", página 52, quien niega que la doctrina tenga carácter de fuente porque carece de imperatividad, es decir que no integra el orden jurídico positivo.

(612) Julio Cueto Rúa: "Fuentes del Derecho", páginas 203-204 y 218.

(613) Presutti, tomo 1º, página 70; Romano, página 65; D'Alessio, tomo 1º, página 143; Sandulli, página 30.

(614) Giuseppe Ferrari: "Introduzione ad uno studio sul diritto pubblico consuetudinario", páginas 14-15, Milano 1950.

(615) Carlos Octavio Bunge: "Teoría del derecho", páginas 246-247, Buenos Aires 1905.

(616) Presutti, tomo 1º, páginas 71-72; Romano, páginas 67-69; Legaz y Lacambra, páginas 304-305; Zanobini, tomo 1º, página 83; Vitta, tomo 1º, página 81; Llambías, Jorge Joaquín:

"Tratado de Derecho Civil. Parte General", tomo 1º, páginas 71-75, Buenos Aires 1961. Giuseppe Ferrari sostiene que sólo hay dos clases de costumbre: *praeter legem* y *contra legem*; niega que la costumbre *secundum legem* tenga autonomía, pues está subordinada a la ley y debe actuar siempre de acuerdo a la ley ("Introduzione ad uno studio sul diritto pubblico consuetudinario", páginas 126-127).

(617) Luis Legaz y Lacambra, página 304. En sentido concordante al del texto: Bullrich: "Principios...", página 79; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, páginas 323 y 329-330; Giuseppe Ferrari: "Introduzione ad uno studio sul diritto pubblico consuetudinario", página 126; Cueto Rúa: "Fuentes del Derecho", página 79.

(618) Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 330 y siguientes; Bielsa, tomo 1º, página 51; Llambías, tomo 1º, página 72; Diez: "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 488 y siguientes.

(619) Salvat, "Parte General", nº 330, páginas 172-173, Buenos Aires 1931; Bullrich: "Principios...", página 78; Busso, tomo 1º, página 174, nº 79; Gordillo: "Introducción...", páginas 62-63.

(620) Sostienen que la costumbre *praeter legem* es fuente jurídica: Posada, tomo 1º, páginas 142-143 y 146, números 14, 15 y 18; Fleiner, páginas 71-72; Forsthoff, páginas 208-215; Caetano, página 63. Se pronuncian en contra de que la costumbre *praeter legem* sea fuente jurídica: Mayer, tomo 1º, páginas 168-173; Vanni: "Filosofía del Derecho", páginas 105, 109 y 110; Fernández de Velasco Calvo: "Resumen...", tomo 1º, página 60; Merkl, páginas 140-141; D'Alessio, tomo 1º, páginas 144-145; Vitta, tomo 1º, páginas 79-81; Waline, página 16; Silva Cimma, tomo 1º, página 309; Garrido Falla, tomo 1º, página 263.

(621) Migel S. Marienhoff: "Acerca del llamado *derecho judicial*: su alcance. La costumbre derogatoria o *contra legem*. La justicia en la estructura escalonada del orden jurídico", en "Jurisprudencia Argentina", 1950-I, páginas 74-75, sección doctrinaria.

(622) Jorge Joaquín Llambías: "Tratado de Derecho Civil. Parte General", tomo 1º, página 72, Buenos Aires 1961.

(623) Véase precedentemente, nº 59, texto y nota 148; además: Linares Quintana: "Reglas para la interpretación constitucional", página 266, Buenos Aires 1988.

(624) Diez: "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 489, nota 206.

(625) Esa parte del art. 17 del Código Civil fue suprimida en la reforma de 1968. Pero el contenido de ese texto sigue imperando como principio general de derecho, pues, salvo texto expreso y válido en contrario, la atribución de dejar sin efecto una "ley" le corresponde al mismo órgano que la dictó, temperamento que se justifica por el principio del "*paralelismo de las competencias*".

(626) En idéntico sentido: Otto Mayer, tomo 1º, página 173.

(627) Véase mi trabajo mencionado en la precedente nota 331.

(628) Así, si bien el maestro Villegas Basavilbaso en un principio consideró que la costumbre *contra legem* podía derogar la ley ("Derecho Administrativo", tomo 1º, páginas 333-335), posteriormente, concordando con mi opinión, aceptó la tesis contraria (tomo 4º, páginas 609-610 y 621-626). En contra: Díez: "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 492.

(629) Silva Cimma: "Derecho Administrativo Chileno y Comparado", tomo 1º, página 310. Además: Mayer, tomo 1º, página 173.

(630) Fritz Fleiner: "Instituciones de Derecho Administrativo", página 71.

(631) La reforma al Código Civil, efectuada en 1968, eliminó del art. 17 toda referencia a la "*práctica*".

(632) Presutti, tomo 1º, páginas 69-70; Zanobini, tomo 1º, página 83, letra c; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, páginas 335-337; De Valles: "Elementi di diritto amministrativo", página 35, n° 50; Gordillo: "Introducción...", página 63.

(633) No faltó algún autor disidente que pretendiera asignarle carácter de fuente jurídica a la "*práctica*" administrativa, argumentando que se trata de una "*costumbre interna*" (Lentini, tomo 1º, página 53, n° 9), opinión que la doctrina dominante rechaza (ver Zanobini, obra y lugar citados en la nota precedente).

(634) Ver precedentemente, n° 9, texto y nota 83.

(635) Luis Legaz y Lacambra: "Introducción a la Ciencia del Derecho", páginas 433 y 435.

(636) Vitta, tomo 1º, páginas 83-84.

(637) Vitta, tomo 1º, página 84.

(638) Villegas Basavilbaso, tomo 1º, páginas 374 y 378.

(639) En igual sentido: Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 378.

(640) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 155, páginas 303-304 y 317; tomo 172, página 429. En esas sentencias, dijo el Tribunal: "El Poder Judicial argentino carece de potestad y competencia en casos de pura equidad, salvo la que pueda entrar como elemento interpretativo, no de contraposición legal, en sus pronunciamientos (art. 100 * de la Constitución Nacional)".

* Constitución actual, art. 116.

(641) "La equidad es el conjunto de reglas establecidas para remediar las insuficiencias o las imperfecciones del *common law*" (René David, transcripto por C. J. Hamson, en "Pouvoir discrétionnaire et contrale juridictionnel de l'administration", páginas 227-228, Paris 1958). En sentido concordante: Edward Jenks: "El derecho inglés", página 286,

Madrid 1930, traducción del inglés. Refiriéndose a Inglaterra, expresa Eduardo J. Couture: "La equidad actúa como una especie de válvula reguladora del derecho escrito. Su aplicación ha evolucionado en los últimos tiempos; pero en términos generales podría definirse diciendo que en ciertos casos en que la regla de derecho estricto resulta notoriamente injusta, puede acudirse a su atenuación por la equidad" ("Estudios de Derecho Procesal Civil", tomo 1º, página 168, Buenos Aires 1948, Ediar).

(642) De acuerdo a la Constitución de los Estados Unidos de América "el Poder Judicial se extenderá a todos los casos, en derecho y *equidad*..." (artículo 3º, sección 2ª). La "equidad" también tuvo ahí por función corregir los defectos del *common law*, tarea que por el gran número de casos a resolver, requirió el establecimiento de un tribunal especial, que se denominó "tribunal de *Equity* o de la Cancillería", denominación que aún subsiste en algunos de los estados norteamericanos (Carlos M. Bidegain y Carlos A. Garber: "La enseñanza y la práctica del derecho en los EE. UU.", página 12, Publicación del Servicio Informativo de los Estados Unidos de América, Buenos Aires). ... "En contraste con el *common law*, la *equity* se caracterizó por su flexibilidad, pues a menudo el Canciller, para arribar a una decisión, podía tomar en consideración todas las circunstancias del caso, en lugar de ajustarse estrictamente a la *dura lex*". ... "Sólo es de resaltar que la técnica de los tribunales de la *equity*, al ser reemplazados los cancilleres y jueces clérigos por laicos, se fue asemejando cada vez más a la del *common law*, a tal punto que hoy los casos regidos por el *common law* y la *equity* son juzgados, generalmente, por los mismos tribunales, y sólo algunos pocos estados norteamericanos han conservado tribunales separados. En algunas jurisdicciones se han borrado, inclusive, vetustas distinciones procesales según se trate de uno u otro tipo de casos. La *equity* prescindió, desde su origen, del juicio por jurados, institución esencial al *common law*; sin embargo, en estados como Texas, el juicio por jurados funciona aun en los casos de *equity*" (Bidegain y Garber, obra citada, páginas 12-13). Además, en sentido concordante: John Clarke Adams: "El derecho administrativo norteamericano", páginas 11-12, Buenos Aires 1964, Eudeba.

(643) No obstante, téngase presente el nuevo artículo 1069 del Código Civil, para el supuesto de reparación de daños y perjuicios.

(644) Aparte de los autores citados en dichas notas, sobre circulares e instrucciones véanse: Duguit: "Traité de droit constitutionnel", tomo 2º, página 358 y siguientes; Presutti, tomo 1º, páginas 75-77; D'Alessio, tomo 1º, página 124 y siguientes; Fleiner, página 52 y siguientes.

(645) Mayer, tomo 1º, página 160; Presutti, tomo 1º, páginas 75-77, n° 40; Vitta, tomo 1º, página 76, n° 25; Sayagués Laso, tomo 1º, páginas 149-150; Garrido Falla, tomo 1º, página 246.

(646) Pradier-Fodéré: "Précis de droit administratif", páginas 14-15, Paris 1872; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, páginas 304 y 311; Silva Cimma, tomo 1º, páginas 285-286.

(647) Fernández de Velasco Calvo: "Resumen...", tomo 1º, página 58; Sayagués Laso: "Tratado...", tomo 1º, páginas 142-143.

(648) Vedel: "Droit Administratif", páginas 197-198; Garrido Falla: "Tratado...", tomo 1º, páginas 197-198, texto y nota.

(649) Quintero: "Los decretos con valor de ley", páginas 57 y 81. Además: Laband, tomo 2º, página 535; Guillermo Varas C.: "Derecho Administrativo", página 43; Silva Cimma, tomo 1º, páginas 176-177.

(650) Quintero, página 57.

(651) Quintero, página 58.

(652) Silva Cimma: "Derecho Administrativo Chileno y Comparado", tomo 1º, páginas 176-177, quien expresa que cuando al acto respectivo lo dictan "los jefes de servicios, en nuestro derecho positivo se denomina actualmente *resolución*".

(653) Ver Quintero, páginas 57-58.

(654) En igual sentido: Silva Cimma, tomo 1º, página 179.

(655) Sobre *decretos*, puede verse: Laband, tomo 2º, página 535 y siguientes; Quintero, páginas 57-59 y 81; Guillermo Varas C., página 43 y siguientes; Silva Cimma, tomo 1º, página 176 y siguientes.

(656) Romano, páginas 58-59; Zanobini, tomo 1º, páginas 76-78; Vitta, tomo 1º, páginas 74-75; D'Alessio, tomo 1º, página 132; Merkl, página 163. El Código Civil de Italia dice al respecto: "Son normas corporativas las ordenanzas corporativas, los acuerdos económicos colectivos, los contratos colectivos de trabajo y las sentencias de la magistratura del trabajo en las controversias colectivas" (art. 5º). "La formación y eficacia de las normas corporativas están disciplinadas en el Código Civil y en leyes particulares" (art. 6º).

(657) Romano, páginas 58-59; Zanobini, tomo 1º, página 77; Vitta, tomo 1º, página 75.

(658) Zanobini, tomo 1º, página 77.

(659) Vitta, tomo 1º, página 74.

(660) D'Alessio, tomo 1º, página 133.

(661) D'Alessio, tomo 1º, página 133.

(662) Véase: Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 299; Vitta, tomo 1º, página 74. El Código Civil de Italia incluye expresamente entre las *fuentes* del derecho las "*normas corporativas*" (artículo 1º, inciso 3º). La determinación de los "*fines*" de la entidad podría vincularse a la distinción entre personas "públicas" y "privadas".

(663) Joaquín Escriche: "Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia", vocablo "ordenanza", tomo 4º, página 386, Madrid 1876.

(664) Constitución actual, art. 75 , inc. 27.

(665) Alcides Greca: "Derecho y Ciencia de la Administración Municipal", páginas 159-160, Santa Fe 1937.

(666) En igual sentido: Silva Cimma, tomo 1º, página 280; además: Greca, página 160.

(667) En ese orden de ideas, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que "tienen fuerza de ley y deben recibir la correspondiente ejecución, las ordenanzas municipales que las municipalidades sancionaren sobre materias que les están encomendadas y cuando haciéndolo no violan derechos de tercero" ("Fallos", tomo 66, página 44, *in re* "Juan Anderson c/ Municipalidad de Paraná").

(668) Sobre lo dicho en el texto, véase el nº 66, nota 225.

(669) Véase a Salvat: "Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General", nº 49, Buenos Aires 1931. El primer instrumento jurídico que aparece con los caracteres propios de un "código", es el Código General Prusiano, promulgado por Federico Guillermo II en 1794; pero al respecto cuadra advertir que en dicho texto aún aparece el carácter de las antiguas codificaciones, pues abarca todo el derecho prusiano, es decir, todas sus ramas (Salvat, op. cit., números 48, letra c, y 49). Posteriormente, en 1804, apareció el Código Civil de Francia (Código Napoleónico) que, por su estructura y contenido, pertenece ya a los códigos modernos.

(670) Salvat: "Parte General", nº 50, páginas 29-30; Llambías: "Tratado de Derecho Civil. Parte General", tomo 1º, páginas 169-170.

(671) Geremia L. Broccoli: "La codificazione del diritto amministrativo. Giustificazione teorica e delineazione concreta", página 12, Napoli 1933.

(672) "La codificación civil en Alemania. Opiniones de Thibaut y Savigny", página 47, publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Sección Publicaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Buenos Aires 1940.

(673) Carlos Octavio Bunge: "Teoría del Derecho", páginas 76-82; Enrique de Gandía: "El espíritu del nuevo derecho alemán", en F. de Savigny: "De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho", traducción del alemán de Adolfo G. Posada, página 23, Atalaya, Buenos Aires 1946. Además: "La Codificación Civil en Alemania. Opiniones de Thibaut y Savigny", publicado por el Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires 1940; F. de Savigny: "De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho", Buenos Aires 1946, Atalaya. Asimismo: Néstor Pedro Sagfés: "Derecho y Política en la controversia sobre la codificación", en "El Derecho", Buenos Aires, 28 de marzo de 1979.

(674) Refiriéndose al triunfo de Savigny sobre Thibaut, dijo Carlos Octavio Bunge: "Esta victoria puede considerarse uno de los ejemplos más admirables de la utilidad y eficacia de

los estudios clásicos e históricos para independizar el criterio de las últimas tendencias y modas de la época. Quitad a Savigny sus amplios estudios de derecho romano, su fácil manejo del latín para realizar su exégesis, y él no hubiera concebido su escuela histórica. Quitad de Alemania esta contra-tendencia de la escuela histórica, y el principio inoportunísimo de la codificación, tan aparentemente progresista como en realidad retardatario, hubiera triunfado, causando sin duda gravísimos trastornos al ulterior desenvolvimiento político y económico del imperio, que hoy asombra y maravilla" ("Teoría del Derecho", páginas 81-82). Por su parte, Enrique de Gandía, refiriéndose a la tesis de Hugo y Savigny, dice: "La teoría fue acogida con agrado en los círculos superiores y oficiales, y con temor, como una revolución inmoral, en el pueblo" (trabajo citado en la nota precedente, página 23).

(675) Posada: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, nº 15, páginas 191-192; Ducrocq, tomo 1º, páginas XX-XXV; Santamaría de Paredes, páginas 44-45; Gascón y Marín, tomo 1º, página 126; Geremia L. Broccoli: "La codificazione del diritto amministrativo. Giustificazione teorica e delineazione concreta", página 3 y siguientes, Napoli 1933; Bullrich: "Principios...", páginas 26-27; Brandao Cavalcanti, tomo 2º, páginas 50-53; Zanobini, tomo 1º, página 44; Bielsa, tomo 1º, páginas 76-85; Royo Villanova, tomo 1º, páginas 58-62; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, páginas 407-408; Caetano, páginas 121-122; Garrido Falla, tomo 1º, página 275.

(676) Merkl, páginas 166-168; García Oviedo, tomo 1º, páginas 52-54; Oda, página I, texto y notas; Sarría: "Derecho Administrativo", páginas 65-67.

(677) Jean Rivero: "Droit Administratif", nº 26, página 27.

(678) Broccoli: "La codificazione...", páginas 4 y 5; Royo Villanova, tomo 1º, página 59. Además: Ducrocq, tomo 1º, páginas XX y XXI.

(679) Broccoli, páginas 6 y 7; Royo Villanova, tomo 1º, página 60. Asimismo: Ducrocq, tomo 1º, páginas XXI y XXII.

(680) Broccoli, página 8.

(681) Broccoli, página 20.

(682) Broccoli, páginas 10 y 12.

(683) En China, según refiere Yorodzu Oda, antaño hubieron *códigos administrativos*, que después perdieron vigencia ("Principes de droit administratif du Japon", página 1, nota 2). Es verosímil que tales "*códigos*" hayan sido meras recopilaciones, sin implicar un sistema homogéneo de normas.

(684) Ver las referencias de Marcello Caetano: "Manual de Direito Administrativo", páginas 106-120, Coimbra 1951.

(685) Ver "Código Administrativo de las Islas Filipinas", Manila 1916, Gaceta Oficial, número extraordinario, junio 1º, 1916. Este Código contiene los siguientes títulos: Asuntos de carácter general; Poder Ejecutivo; Poder Legislativo; Poder Judicial; Servicio y empleo en el gobierno en general; Gobierno de las provincias y otras divisiones políticas; Municipios, *Townships* y Rancherías; Ciudades con Leyes Orgánicas; Disposiciones penales suplementarias a las diversas partes de este Código; etc.

(686) Broccoli ha esbozado parte del "*contenido*" para el código administrativo (Geremia L. Broccoli: "La codificazione del diritto amministrativo", página 159 y siguientes). Pero como ese criterio fue expuesto para el ordenamiento jurídico italiano, que, por lo demás, responde a un país unitario, cuando quiera referírsele a nuestro país (de régimen federal, con provincias preexistentes a la Nación, que conservan poderes no delegados), el "*contenido*" en cuestión debe armonizarse con nuestro ordenamiento jurídico y, en particular, con las respectivas potestades de que pueden hacer uso la Nación o las provincias, según el caso. Manuel Andreozzi hace referencia a numerosas leyes de carácter provincial, y a diversas cuestiones, cuyo contenido podría eventualmente ser objeto de un código administrativo provincial ("La materia contencioso administrativa. Bases para su codificación", páginas 31 y siguientes, 161 y siguientes, Tucumán 1947).

(687) Ministerio de Obras Públicas de la Provincia de Buenos Aires, "Proyecto de Código de Aguas para la Provincia de Buenos Aires", La Plata 1939, Guillermo Kraft Ltda.

(688) Ministerio de Economía, Obras Públicas y Riego, "Legislación de Aguas. Antecedentes, mensaje y proyecto de ley", Mendoza 1940, Best Hermanos.

(689) Posteriormente se dictaron otros códigos de Aguas, como el de Corrientes (año 1972); el de Córdoba (año 1974); el de San Juan (1977); el de La Rioja (1983), en vigencia desde el 1º de mayo de 1984; etc.

(690) Téngase presente la actual ley de procedimiento administrativo de la provincia de Buenos Aires, n° 7647, de noviembre de 1970.

(691) Orlando: "Diritto Pubblico Generale", página 5; Gascón y Marín, tomo 1º, página 128.

(692) Alberto R. Real: "El método en el derecho público y especialmente en el derecho administrativo", página 6, Montevideo 1946.

(693) José Rafael Torello: "La escuela de exégesis", en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", número 14, páginas 68-102, Buenos Aires 1926; Orlando, op. cit., páginas 8 y 16.

(694) Orlando, obra citada, página 7.

(695) Orlando, obra citada, página 16.

(696) Ramón Ferreyra: "Derecho Administrativo General y Argentino", páginas 19-20, Buenos Aires 1866, imprenta Pablo E. Coni.

(697) Ver número 28 letra *a*. Dado el "contenido" de su trabajo, también corresponde incluir aquí a otro autor argentino, Joaquín E. Malarino, cuya obra -nada sistemática- alcanzó poca difusión ("Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, Buenos Aires 1915, Talleres Gráficos de Selín Suárez; tomo 2º, Buenos Aires 1922, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez); la publicación de dicho libro debe tenerse en cuenta entre los plausibles esfuerzos realizados entre nosotros en pro del adelanto del derecho administrativo.

(698) Orlando, obra citada, página 9.

(699) Orlando, op. cit., página 7.

(700) Orlando, op. cit., página 10.

(701) García Oviedo, tomo 1º, páginas 47-48; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, páginas 426-428.

(702) Villegas Basavilbaso, tomo 1º, páginas 422-423 y 428.

(703) Gastón Jèze: "Los principios generales del derecho administrativo", tomo 1º, páginas 19-20, Madrid 1928, Reus, traducción del francés de Carlos García Oviedo; además, tomo 1º, páginas LIX y LX de la edición española, Depalma, Buenos Aires 1948.

(704) Jèze, obra citada, tomo 1º, Reus, página 20; Depalma, tomo 1º, página LXI.

(705) Carlos García Oviedo, prólogo a la obra de Jèze: "Los principios generales del derecho administrativo", tomo 1º, páginas 8-9, traducción española, Reus.

(706) Laband: "Le droit public de l'empire allemand", tomo 1º, página 3, prefacio de la primera edición alemana.

(707) Alberto R. Real: "El método en el derecho público y especialmente en el derecho administrativo", página 9; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, páginas 429-430.

(708) Laband, op. cit., tomo 1º, prefacio a la segunda edición alemana, páginas 9-10.

(709) García Oviedo, prólogo a la obra de Jèze: "Los principios generales del derecho administrativo", tomo 1º, páginas 9-10, traducción española, Reus.

(710) Laband, op. cit., tomo 1º, prefacio a la primera edición alemana, páginas 4-5.

(711) Larnaude, prefacio a la edición francesa de la obra de Laband, tomo 1º, páginas X-XV.

(712) Laband, op. cit., tomo 1, prefacio a la primera edición alemana, página 4.

(713) Laband, op. cit., tomo 1º, prefacio a la segunda edición alemana, página 9.

(714) Véase lo que escribí en el nº 74, acerca de los principios generales del derecho como fuente jurídica. Aparte de ello, el contenido y el alcance del "derecho de gentes" (*ius gentium*) confirman lo dicho en el texto (véase precedentemente, nº 74, texto y nota 290).

(715) Vitta, tomo 1º, página 26; Bielsa, tomo 1º, página 15; Alberto R. Real: "El método...", páginas 13 y 19; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, página 458; Garrido Falla, tomo 1º, página 153.

(716) En sentido concordante: García Oviedo, prólogo a la obra de Jèze: "Los principios generales del derecho administrativo", tomo 1º, página 12, traducción española, Madrid 1928, Reus.

(717) Véase lo dicho en el nº 43, punto 1º, referente a las relaciones entre el derecho administrativo y el civil en cuanto a la capacidad de las personas.

(718) Véase a Zanobini: "Corso...", tomo 1º, páginas 205-206.

(719) Como ejemplos de esos organismos carentes de personalidad pueden mencionarse las meras "reparticiones", "direcciones", "comisiones", "oficinas", etc. La doctrina italiana las denomina *uffici*.

(720) En nuestro país, debido a una falla de sistematización jurídico-legal, por ahora la generalidad de las empresas del Estado integran los cuadros de la Administración, pues -por disposición de la ley- constituyen "entidades autárquicas". Igual deficiencia se observa en el actual régimen jurídico francés. De esto me ocuparé al referirme a las "empresas del Estado".

(721) Constitución actual, art. 113 .

(722) Constitución actual, arts. 66 y 113 .

(723) Compárese: García Trevijano Fos, página 131.

(724) Waline, página 151; Rivero, página 38.

(725) Waline, página 152.

(726) Waline, páginas 152-153; Rivero, páginas 38-39.

(727) Waline, página 153.

(728) Waline, página 154; Rivero, página 39.

(729) García Trevijano Fos, página 132.

(730) García Trevijano Fos, páginas 132-133.

(731) Una síntesis de la teoría de Kelsen puede verse en Busso, tomo 1º, páginas 265-266, donde, además, se hace una relación de las diversas teorías sobre la naturaleza de las personas jurídicas (página 253 y siguientes).

(732) Spiliotopoulos: "La distinction des institutions publiques et des institutions privées en droit français", página 13; Rivero, página 37; Sayagués Laso, tomo 1º, página 155.

(733) Giannini: "Lezioni di diritto amministrativo", página 150.

(734) Véase: Waline, páginas 218-219; García Trevijano Fos, páginas 137-140; Berthélemy, páginas 44-46; Sayagués Laso: "Criterio de distinción entre las personas jurídicas públicas y privadas", páginas 9-10.

(735) Véase precedentemente, texto y nota 2.

(736) Para la exposición de dichos criterios, pueden verse los siguientes autores: D'Alessio, tomo 1º, páginas 195-200; Romano, página 88; Lentini, tomo 1º, páginas 71-73; Busso, tomo 1º, páginas 272-273; Zanobini, tomo 1º, páginas 109-112; Waline, páginas 219-221; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 109-124; Giannini, páginas 150-151; García Trevijano Fos, páginas 142-149; Alessi: "Diritto Amministrativo", páginas 42-49; Spiliotopoulos: "La distinction des institutions publiques et des institutions privés en droit français", páginas 28-29; Silva Cimma, tomo 2º, páginas 149-153; Vedel, páginas 510-512; Rivero: "Droit Administratif", páginas 43-45.

(737) Sobre esto: Zanobini, tomo 1º, página 109; Alessi: "Diritto...", página 45; Silva Cimma, tomo 2º, páginas 149-150; Vedel, páginas 510-511; Rivero, páginas 45-46.

(738) Sobre "*finés del Estado*", pueden verse: Vanni: "Filosofía del Derecho", página 256 y siguientes; Carlos Octavio Bunge: "Teoría del Derecho", páginas 206-211.

(739) Giannini: "Lezioni...", página 151.

(740) Alessi: "Diritto Amministrativo", página 46; Garrido Falla, tomo 1º, página 294.

(741) Vedel, página 510; Waline, página 219; Laubadère, página 583.

(742) Véase a Caetano: "Manual de Direito Administrativo", nº 73, página 139.

(743) Sayagués Laso: "Criterio de distinción entre las personas jurídicas públicas y privadas", páginas 13-14; Spiliotopoulos: "La distinction des institutions publiques et des institutions privées en droit français", páginas 39-41.

(744) Sayagués Laso: "Criterio de distinción...", página 20.

(745) Spiliotopoulos, obra citada, página 41.

(746) Zanobini, tomo 1º, páginas 113-114.

(747) Giannini: "Lezioni...", páginas 186-187. Y si bien, entre nosotros, el órgano eclesiástico no integra los cuadros de la Administración Pública, el escritor italiano Jemolo habla de entes eclesiásticos "*de hecho*" (Arturo Carlo Jemolo: "Lezioni di diritto ecclesiastico", n° 60, páginas 218 y 219; n° 106, páginas 365 y 366, Milano 1962).

(748) Otto Mayer, tomo 4º, página 260.

(749) Romano, página 88.

(750) Zanobini, tomo 1º, página 112.

(751) Lentini, tomo 1º, página 73.

(752) Giannini, páginas 151 y 155.

(753) Busso: "Código Civil Anotado", tomo 1º, página 273, n° 32.

(754) Silva Cimma, tomo 2º, página 152.

(755) Waline, página 221.

(756) Spiliotopoulos, página 29.

(757) Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 122-124.

(758) García Trevijano Fos, página 149.

(759) Garrido Falla, tomo 1º, página 294.

(760) Alessi: "Diritto Amministrativo", página 46.

(761) Sayagués Laso: "Criterio de distinción...", páginas 7-8, 12-15, 20-22 y 33-34; del mismo autor: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, páginas 162-163, 175-176, y tomo 2º, página 233 y siguientes. La distinción entre persona jurídica pública "estatal" y "no estatal" ya aparece levemente "*sugerida*" o "*advertida*" por Léon Michoud ("La théorie de la personnalité morale et son application au droit français", puesta al día por Louis Trotabas, tomo 1º, n° 84, páginas 239-240, Paris 1932). En ese orden de ideas, el destacado jurista francés habla de *établissement public* (que serían las personas jurídicas públicas "estatales") y de "personas morales de derecho público" (que serían las personas jurídicas públicas "no estatales").

(762) La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en recientes decisiones, ya emplea la expresión "personas públicas no estatales" ("Fallos", tomo 301, páginas 562 y 566; tomo 302, página 167; tomo 307, página 2199).

(763) Ver mi trabajo sobre "Naturaleza jurídica de los entes internacionales binacionales. La Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", en "La Ley", 7 de mayo de 1992.

(764) Alessi, página 47.

(765) Alessi, páginas 48 y 49.

(766) Alessi, página 48.

(767) Alessi, página 48.

(768) Véase este mismo párrafo, punto 5º, donde, al mencionar los distintos criterios expuestos para diferenciar las personas jurídicas públicas de las privadas, me he referido al "*fin público*". Asimismo, véase el nº 26, donde al mencionar los elementos esenciales de la autarquía, me he referido al "*fin público*" que dichos entes estatales deben satisfacer.

(769) Sayagués Laso: "Criterio de distinción...", página 21.

(770) Véase: Rivero, páginas 45-46; Zanobini, tomo 1º, página 109; Alessi: "Diritto...", página 45; Silva Cimma, tomo 2º, páginas 149-150; Vedel, páginas 510-511.

(771) Sayagués Laso: "Criterio de distinción...", página 21.

(772) Si bien García Trevijano Fos le atribuye fundamental importancia a la "forma" del ente (página 149), Garrido Falla niega tal trascendencia (tomo 1º, página 294).

(773) Puede verse: Cassagne: "Las entidades estatales descentralizadas y el carácter público o privado de los actos que celebran", en "La Ley", tomo 143, página 1172.

(774) Ver autores citados en las precedentes notas 19 y 49.

(775) En general, en sentido concordante al expuesto en el texto, sobre este punto véase a Sayagués Laso: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 2º, páginas 234-237, Montevideo 1959.

(776) Sayagués Laso: "Naturaleza jurídica de la Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires", en "Revista del Colegio de Abogados de La Plata", tomo 4, párrafo 9, nº 7; Antonio A. Tróccoli: "El régimen previsional para abogados en la provincia de Buenos Aires", en "Jurisprudencia Argentina", 1962-III, página 105 y siguientes, sección doctrinaria, capítulo II.

(777) Véase el tomo 5º de la presente obra, nº 1707, donde analizo lo atinente al elemento subjetivo de la dominicalidad; además, véase el precedente nº 49.

(778) Busso: "Código Civil Anotado", tomo 1º, página 271, nº 14; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 101-102.

(779) El nuevo texto del art. 33 del Código Civil, reformado en 1968, clasifica las personas jurídicas en personas de carácter público o privado; pero dicho texto no contiene la subclasificación -esencial- de las personas jurídicas públicas en estatales y no estatales.

(780) Vanni: "Filosofía del Derecho", página 229; Fischbach: "Teoría General del Estado", páginas 19, 101, 111 y 112; Orlando: "Diritto Pubblico Generale", páginas 187 y 188; Ranelletti: "Corso di Istituzioni di Diritto Pubblico", páginas 18, 24 y 32.

(781) Carré de Malberg: "Teoría general del Estado", página 29, Fondo de Cultura Económica, México.

(782) Carré de Malberg, página 30.

(783) Carré de Malberg, páginas 30-31.

(784) Carré de Malberg, página 32.

(785) Carré de Malberg, op. cit., páginas 34-36. Véase: Duguit: "Traité de droit constitutionnel", tomo 1º, páginas 534 y siguientes, 649 y siguientes.

(786) Carré de Malberg, op. cit., páginas 37-38.

(787) H. Berthélemy: "Traité élémentaire de droit administratif", páginas 48-51, Paris 1930.

(788) Si bien Duguit, "Traité de droit constitutionnel", tomo 1º, página 541 y siguientes, y Fischbach, "Teoría general del Estado", páginas 114-115, consideran que el "poder" del Estado no constituye un derecho subjetivo del mismo, otros autores, como Carré de Malberg, op. cit., página 240, opinan lo contrario. Dice Carré de Malberg: "... la potestad estatal debe considerarse como un derecho de la persona Estado y, por lo tanto, como uno de los elementos de la personalidad del Estado".

(789) Como ejemplo de tales derechos subjetivos correspondientes al Estado en la esfera del derecho público, pueden mencionarse: a) el derecho del Estado a utilizar el mar libre (ver mi "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", nº 117); b) para los que sostienen que el titular de los bienes del dominio público es el Estado y no el pueblo, el Estado tiene sobre los bienes dominicales un derecho de propiedad (ver mi "Tratado del Dominio Público", nº 20 y referencias de la nota 100); etc.

(790) Sobre este aspecto de la teoría de Kelsen, véase a Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 143-150.

(791) Carré de Malberg, op. cit., páginas 45, 46 y 61.

(792) García Oviedo, tomo 1º, página 65.

(793) Luis Legaz y Lacambra: "Introducción a la Ciencia del Derecho", página 615.

(794) Véase: García Trevijano Fos, páginas 134 y 136-137; Agustín Gordillo: "Estructuración dogmática del Estado de Derecho", página 11. Además: Garrido Falla, tomo 1º, página 285.

(795) Constitución actual, arts. 44 , 87 , 108 y 128 .

(796) Constitución actual, art. 99 .

(797) A. T. de Freitas: "Código Civil. Proyecto", art. 274, inc. 2º.

(798) No obstante, en la reforma de nuestro Código Civil, efectuada en 1968, se suprimió totalmente la clasificación de las personas jurídicas adoptada por Vélez Sarsfield: personas de existencia necesaria y personas de existencia posible. En la actualidad, dicha clasificación fue substituida por esta otra: personas de carácter público o privado (art. 33); a las primeras, que incluyen al Estado, la doctrina y la jurisprudencia las subdividen en "públicas estatales" y "públicas no estatales".

(799) Carré de Malberg, op. cit., página 45.

(800) Carré de Malberg, op. cit., página 63.

(801) Carré de Malberg, páginas 29, 45, 46, 61 y 63; Lafaille: "Apuntes de Derecho Civil 1º", notas tomadas por Busso y Morixe, tomo 1º, páginas 126-127; Bunge: "Teoría del Derecho", páginas 202-206; Vanni, páginas 229 y 250; Fischbach, página 29; Romano, página 82; Lentini, tomo 1º, página 75; Bullrich: "Principios...", páginas 109-110; García Oviedo, tomo 1º, página 65; Fraga, páginas 320 y 322; Busso, tomo 1º, página 274, n° 34; Zanobini, tomo 1º, página 105; Alessi: "Diritto Amministrativo", página 39; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 150-157; Spota: "Tratado de Derecho Civil (El Sujeto del Derecho. Personas Jurídicas)", página 132; Aylwin, páginas 60-63; Sayagués Laso, tomo 1º, página 158; García Trevijano Fos, páginas 134-136; Gordillo: "Estructuración dogmática del Estado de Derecho", página 11; Garrido Falla, tomo 1º, página 287; Silva Cimma, tomo 2º, página 158.

(802) Lafaille: "Apuntes de Derecho Civil 1º", notas tomadas por Busso y Morixe, tomo 1º, página 127; Romano, página 82; Bullrich: "Principios...", página 127 y siguientes; García Oviedo, tomo 1º, página 66; Fraga, páginas 318-320; Zanobini, tomo 1º, página 107; Alessi: "Diritto Amministrativo", página 40; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 157-163; Spota: "Tratado de Derecho Civil (El Sujeto del Derecho. Personas Jurídicas)", páginas 134-135; Aylwin, páginas 61-62; Sayagués Laso, tomo 1º, página 159; García Trevijano Fos, página 135; Silva Cimma, tomo 2º, página 160; Garrido Falla, tomo 1º, página 287; Diez: "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 69.

(803) Garrido Falla, tomo 1º, páginas 72-73.

(804) Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 112, y "Derecho Constitucional", páginas 170-171; Aguiar, tomo 3º, páginas 163-164; Sarría: "Derecho Administrativo", página 31. Con relación al municipio, Joaquín V. González sostiene su doble personalidad ("Manual de la Constitución Argentina", n° 678, página 687); igual criterio sustenta Greca: "Derecho y Ciencia de la Administración Municipal", página 129.

(805) Fraga, página 318.

(806) Ver autores citados en la nota 76.

(807) Bullrich: "Principios...", páginas 127-128.

(808) Véase lo que escribe Romano, página 85.

(809) Hauriou: "Précis...", páginas 280-281; Fleiner, páginas 259-260; Sayagués Laso, tomo 1º, páginas 173-174; Rivero, páginas 399-401.

(810) Ver precedentemente, nº 97, texto y nota 3.

(811) Por eso juzgo inadmisibile la opinión de Romano, en cuanto cree posible la existencia de una persona individual o física "*autárquica*": el Rey (página 96).

(812) No obstante, en la actualidad, tanto en Francia (Rivero, página 400 y siguientes) como entre nosotros, ese correcto alcance jurídico está desvirtuado por la inclusión de las "*empresas del Estado*" en el concepto de entidad autárquica, lo que considero un error de sistemática jurídica, de lo cual me ocuparé más adelante.

(813) García Trevijano Fos, páginas 157-158. En sentido concordante: Jean Rivero: "Droit Administratif", página 399.

(814) Linares Quintana: "Gobierno y Administración de la República Argentina", tomo 1º, página 36; Bullrich: "Principios...", páginas 170-171; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 181 y 189, nota. Además: Zanolini, tomo 1º, página 115; De Valles: "Elementi...", página 80.

(815) Bullrich: "Principios...", página 171; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 181, nota, y 189, nota. Además: De Valles: "Elementi...", páginas 80-81.

(816) Giannini: "Lezioni di diritto amministrativo", página 162; Linares Quintana: "Gobierno y Administración...", tomo 1º, página 37.

(817) Bielsa: "La noción de autarquía y el régimen municipal", en "Anuario del Instituto de Derecho Público" de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas de la Universidad Nacional del Litoral, mayo de 1939 a abril de 1940, página 131; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 189, nota, y 403 y siguientes. Además, véase a Linares Quintana: "Gobierno y Administración...", tomo 2º, páginas 55-57, donde parece inclinarse a la misma tesis.

(818) Alcides Greca: "Derecho y Ciencia de la Administración Municipal", páginas 104 y 107.

(819) En sentido concordante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que las municipalidades no son las entidades "*autonómicas*" base de gobierno republicano, representativo, federal ("Fallos", tomo 192, páginas 21 y 50; tomo 194, páginas 111 y 114). Pero en una nueva composición de su claustro, en sentencia del 21 de marzo de 1989, *in re* "Martínez Galván de Rivademar c/ Municipalidad de Rosario", la Corte Suprema de Justicia de la Nación las considera "*autónomas*" ("La Ley", 22 de mayo de 1989). Véase el

artículo de Alberto B. Bianchi: "La Corte Suprema ha extendido carta de autonomía a las municipalidades", publicado también en el citado número de "La Ley", comentando en forma adversa dicha sentencia. Véase mi trabajo "La supuesta autonomía de las municipalidades", en "La Ley", 1990-B, 1012.

(820) Bielsa, tomo 3º, página 72, y "La autarquía de las universidades", páginas 43-44; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, página 189, nota.

(821) Sánchez Viamonte: "Manual de Derecho Constitucional", página 160.

(822) Sarría: "Derecho Administrativo", página 113. En igual sentido: Bullrich: "Principios...", página 171.

(823) Silva Cimma: "Derecho Administrativo Chileno y Comparado", tomo 2º, páginas 147 y 199.

(824) Sayagués Laso: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 2º, página 141 y siguientes.

(825) Véase lo que escribe Sarría: "Derecho Administrativo", páginas 114-115.

(826) Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, en "Jurisprudencia Argentina", 1952-III, página 18. En sentido concordante: José Nicolás Matienzo: "Cuestiones de Derecho Público Argentino", tomo 2º, página 642.

(827) En cuanto al alcance del derecho de las entidades autárquicas sobre los bienes que les han sido afectados, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo que el otorgamiento de esos derechos patrimoniales "no se justifica más allá de los límites del fundamento de la afectación de los bienes necesarios a la función encomendada"; agregó también que, con prescindencia de la voluntad legislativa, tales entidades carecen de atribuciones para acceder o desconocer la enajenación de esos bienes por acto del Gobierno nacional ("Fallos", tomo 252, página 380, considerando 2º). En sentido concordante al del texto: Bielsa, tomo 2º, página 15.

(828) Esa falta de sistemática jurídica no sólo se observa en nuestro país, sino también en Francia, donde en el originario concepto de "*établissement public*" (establecimiento público), equivalente a nuestra "entidad autárquica institucional", actualmente se ha incluido a la "empresa de Estado" (Jean Rivero: "Droit Administratif", números 484-486, Paris 1962); pero eso sólo prueba que la expresada falla de técnica jurídica no sólo existe entre nosotros, sino también en Francia, donde es dable observar que la teoría sobre la personalidad en el derecho administrativo aún no alcanzó el pleno desenvolvimiento o desarrollo que le corresponde, ya que en dicho país todavía no plasmó la diferencia esencial entre persona jurídica "pública" y persona jurídica "estatal", de la que derivan notables consecuencias.

(829) De Valles: "Elementi di diritto amministrativo", página 81. Acerca de tipos de entes dudosos: García Trevijano Fos, "Tratado", tomo 2º, volumen 1º, páginas 339 y 376.

(830) La "*personalidad*" del Consejo Nacional de Educación es reconocida por los autores (José Nicolás Matienzo: "Cuestiones de Derecho Público Argentino", tomo 2º, página 643; Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 3º, página 79), y su calidad de "*ente autárquico*" es aceptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ("Fallos", tomo 252, página 380, considerando 3º).

(831) La condición legal de la Sociedad de Beneficencia de la Capital es controvertida (a). Si bien es obvio que posee "*personalidad*" jurídica, Bielsa le niega carácter de entidad autárquica institucional ("Derecho Administrativo", tomo 3º, páginas 111-112). En cambio, para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "la Sociedad de Beneficencia de la Capital es y ha sido siempre una rama de la administración en cuanto a lo administrativo, invirtiendo y rindiendo cuenta de los fondos que para la educación de la mujer y para caridad pública ha destinado el gobierno, sin perjuicio de considerarla una institución pública con autonomía en su funcionamiento a los fines de su creación y poseer la personería jurídica con que ha estado siempre en juicio; ha adquirido derechos y contraído obligaciones; ha otorgado contratos, recibido donaciones,..." ("Fallos", tomo 114, páginas 322-323).

(a) Fue creada mediante decreto del 2 de enero de 1823 por la provincia de Buenos Aires, y fue transferida a la Nación por otro decreto del 15 de diciembre de 1880. Fue fundada por Rivadavia, siendo ministro del gobierno del General Martín Rodríguez. Por ley nº 3727 pasó a depender del Ministerio de Relaciones Exteriores.

(832) Si bien la Ley de Aduana, artículo 1º del texto ordenado en 1962, establece que la Dirección Nacional de Aduanas actuará en forma "*descentralizada en el orden administrativo*", aquélla no constituye una "*entidad autárquica*" con personalidad propia distinta a la del Estado. Trátase de un mero organismo descentralizado burocráticamente (es decir, trátase de un simple descentralización "funcional" y no "orgánica"), lo que se confirma con lo manifestado en dicho artículo 1º, donde después de hacerse referencia a la expresada "descentralización", se agrega: "sin perjuicio de la superintendencia general que ejercerá sobre ella la Secretaría de Hacienda". No obstante lo expuesto, adviértase que de acuerdo a la ley 22091, del año 1979, la Administración Nacional de Aduanas es ahora una "*entidad autárquica*".

(833) Zanobini: "Corso...", página 204; De Valles: "Elementi...", páginas 83-84; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 187 y 298-302.

(834) Fraga, página 479; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, página 301.

(835) Fraga, página 490 y siguientes; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 298-299; Rivero: "Droit Administratif", página 399.

(836) En la legislación de Francia la "*région*" constituye una circunscripción administrativa, pero no una colectividad descentralizada: no tiene personalidad jurídica (Waline, página 210).

- (837) La actual Constitución argentina, del año 1994, se ocupa expresamente de la "región". Véase más adelante, número 161, *in fine*, nota a).
- (838) Como lo advertiré más adelante, al referirme a la "creación" del ente, ese distinto origen normativo tiene entre nosotros base *constitucional*.
- (839) De acuerdo al artículo 44 de la ley general de presupuesto, n° 16432, las *universidades nacionales* dictarán sus propios estatutos. En sentido concordante, ver ley sobre universidades nacionales, n° 20654, de marzo de 1974, art. 4° , inc. b. Ver la ley 22207 del año 1990.
- (840) Ducrocq: "Cours de droit administratif...", tomo 6°, página 94.
- (841) Villegas Basavilbaso, prólogo a la presente obra, páginas V y VI; Sarría: "Derecho Administrativo", página 439, Córdoba 1961. Véase: Aja Espil: "Constitución y Poder", páginas 160-161, Buenos Aires 1987. Téngase presente mi trabajo sobre este tema, publicado en la obra "120 años de la Procuración del Tesoro", publicada por dicha repartición en 1983.
- (842) Germán J. Bidart Campos: "Derecho Constitucional", tomo 1°, página 760, nota 191; "Derecho Constitucional del Poder", tomo 1°, n° 205, página 169; tomo 2°, n° 639, páginas 86-87, y "Manual de Derecho Constitucional", página 649, n° 1092.
- (843) Véase a Sayagués Laso: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 2°, página 143 y siguientes; del mismo autor: "El contralor jerárquico sobre los entes autárquicos", en "Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política", publicado por la Asociación Argentina de Ciencia Política, tomo 2°.
- (844) Constitución actual, art. 75 , inc. 20.
- (845) Sayagués Laso: "Tratado...", tomo 2°, página 145.
- (846) Constitución actual, art. 75 , inc. 20.
- (847) Constitución actual, art. 75 , inc. 20.
- (848) Constitución actual, art. 99 , inc. 1°.
- (849) Constitución actual, art. 99 , inc. 1°.
- (850) Segundo V. Linares Quintana: "Gobierno y Administración de la República Argentina", tomo 1°, página 356, Buenos Aires 1946, quien a su vez cita a Lucio Vicente López: "Derecho Administrativo Argentino", n° 17, página 88.
- (851) Constitución actual, art. 99 , inc. 1°.
- (852) Constitución actual, art. 99 , inc. 1°.

(853) Véase en igual sentido: Villegas Basavilbaso: "Derecho Administrativo", tomo 2º, páginas 311-312.

(854) Más adelante, números 126 y 127, volveré acerca del alcance y extensión del control administrativo sobre las entidades autárquicas institucionales.

(855) Linares Quintana, "Gobierno y Administración de la República Argentina", tomo 1º, página 356, Buenos Aires 1946.

(856) Constitución actual, art. 75 , incs. 6º y 18.

(857) En cuanto al fundamento constitucional de la facultad del Congreso para la creación de "bancos", por ejemplo, véase Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 18, páginas 162, 268 y 329. En cuanto a las *universidades nacionales*, téngase presente lo expresado en la nota 110 bis, acerca de la facultad que les confiere la ley nº 16432, artículo 44 , para dictarse sus propios estatutos.

(858) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 148, página 434, *in re* "A. M. Delfino & Cía., apelando de una multa impuesta por la Prefectura Marítima".

(859) Véase: Aparicio Méndez: "La Jerarquía", páginas 142-143, Montevideo 1950. Asimismo, véanse los números 195 y 214 de la presente obra.

(860) Villegas Basavilbaso: "Derecho Administrativo", tomo 2º, página 698.

(861) En sentido concordante: R. Carré de Malberg: "Contribution ... la Théorie Générale de l'État", tomo 1º, números 149-150, páginas 449-454, Paris 1920.

(862) Constitución actual, art. 99 , inc. 1º.

(863) En idéntico sentido: Villegas Basavilbaso, "Derecho Administrativo", tomo 2º, páginas 695-698; Bidart Campos: "Derecho Constitucional", tomo 1º, página 760, nota 191, Buenos Aires 1964. Además, Sayagués Laso, tomo 2º, páginas 145-146, quien opinó así refiriéndose a un régimen constitucional igual al nuestro. Véase, asimismo, el prólogo de la presente obra (páginas V-VII), donde el maestro Villegas Basavilbaso adhiere en forma concreta y total a las conclusiones que doy en el texto.

(864) Constitución actual, art. 99 , inc. 1º.

(865) En sentido concordante: Bidart Campos: "Derecho Constitucional del Poder", tomo 2º, página 87.

(866) Véase el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 269, páginas 243 -247.

(867) "Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación", tomo 84, página 102. En sentido concordante: Agustín Gordillo: "Introducción al Derecho Administrativo", páginas 65-66, y "Estudios de Derecho Administrativo", página 71, nota 37; Germán J. Bidart

Campos: "Derecho Constitucional", página 271, Buenos Aires 1964 (téngase presente que Bidart Campos comparte expresamente mi tesis acerca de la inconstitucionalidad de las entidades autárquicas institucionales creadas por ley formal; ver de dicho autor, obra citada, página 760, nota 191). Además, Bidart Campos: "El control y la declaración de inconstitucionalidad en sede administrativa. (Sus problemas)", en "El Derecho", tomo 21. Lo dicho en el texto se impone: 1) porque la solución de referencia en modo alguno importa *juzgamiento* y menos aún el ejercicio de funciones judiciales. No contiene, entonces, agravio al artículo 95 * de la Constitución, en cuanto éste le prohíbe al Presidente de la República el ejercicio de tales funciones. Lejos de importar el ejercicio de funciones judiciales, sólo trasunta la emisión de un *juicio de valor* para luego, en su mérito, adoptar un criterio; 2) porque trátase de un procedimiento que el Ejecutivo, como uno de los órganos esenciales del Estado, hállase *obligado* a seguir por imperio del artículo 31 de la Ley Suprema, que coloca a la Constitución en el primer rango dentro de la jerarquía de las normas. En cumplimiento de este último precepto, lo primero que *debe* aplicar el Ejecutivo es la Constitución y en modo alguno la ley formal que vulnere uno de sus textos o alguno de los "*principios*" emergentes de éstos, como ocurriría si el Legislativo se arroga facultades constitucionales del Poder Ejecutivo. La actividad del Ejecutivo está fundamental y directamente supeditada a la *Constitución*. Véase: Oscar Juan Collazo: "Administración Pública", tomo 1º, págs. 110-111, Buenos Aires 1974.
* Constitución actual, art. 109 .

(868) Constitución actual, art. 99 , inc. 1º.

(869) Ver Sayagués Laso: "Tratado...", tomo 2º, página 146.

(870) Sayagués Laso dice que, en virtud de lo dispuesto por la Constitución, que impone el sistema "*colegiado*", en Uruguay no pueden existir entes autónomos *administrados por órganos unipersonales* ("Tratado...", tomo 2º, páginas 169-170, texto y nota). En cambio, Silva Cimma, refiriéndose a Chile, manifiesta que ahí algunas empresas públicas están administradas por un órgano colegiado, mientras que otras, como la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, están administradas por un órgano "*unipersonal*" y ejecutivo ("Derecho Administrativo Chileno y Comparado", tomo 2º, páginas 226-227). Según la Constitución uruguaya de 1967, art. 185, el órgano gestor de los entes autónomos puede ser pluripersonal o unipersonal, y en este último caso le denomina "*director general*". Ver Prat: "Los entes autónomos y los servicios descentralizados en la Constitución de 1967", Montevideo 1967, páginas 15-16.

(871) Puede verse: Romano: "Corso...", página 92.

(872) Zanobini: "Corso...", tomo 1º, página 122.

(873) Ducrocq: "Cours...", tomo 6º, página 102, n° 2219; Romano: "Corso...", página 93; Sayagués Laso: "Tratado...", tomo 2º, n° 663, página 209.

(874) Ley 14380, artículo 4º .

(875) Oliveira Franco Sobrinho: "Autarquias Administrativas", página 172.

(876) De acuerdo a la ley 14380, artículo 4º , sobre empresas del Estado, "en los casos en que el Poder Ejecutivo resuelva la disolución o liquidación de una empresa del Estado, *determinará el destino y procedimiento a seguir respecto de los bienes que constituyen su patrimonio*".

(877) En sentido concordante: Sarriá: "Derecho Administrativo", páginas 112-113.

(878) Algo similar ocurre en Francia (Rivero: "Droit Administratif", página 400).

(879) Sobre la naturaleza de una disposición como la transcripta, contenida en la ley de "presupuesto" de la Nación, y sobre la vigencia temporal de dicha norma, véase lo que expuse en el nº 60. Téngase presente lo dispuesto por la ley 23982, art. 18 , en cuanto a la facultad acordada al Poder Ejecutivo para "*transar*".

(880) Véase, por ejemplo, el artículo 55 , *in fine*, de la ley de obras públicas, nº 13064, que autoriza que las cuestiones se sometan a un "*tribunal arbitral*".

(881) Constitución actual, art. 116 .

(882) José Nicolás Matienzo: "Cuestiones de Derecho Público Argentino", tomo 1º, páginas 5 a 8.

(883) Constitución actual, art. 116 .

(884) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 133, página 61 y siguientes; tomo 178, página 293 y siguientes; tomo 235, página 940 y siguientes. Téngase presente la ley 23982, art. 18 , segundo párrafo, en cuanto faculta al Poder Ejecutivo para someter a "*arbitraje*" las cuestiones que ahí se enuncian.

(885) Constitución actual, art. 99 , inc. 1º.

(886) Sobre la noción del control administrativo sobre los entes autárquicos, véase: Heredia: "Contralor administrativo sobre los entes autárquicos", página 29, y del mismo autor "Contralor", en "Entidades autárquicas institucionales. Bases para una ley orgánica", publicación del Instituto Argentino de Estudios Legislativos, página 23, Buenos Aires 1942.

(887) D'Alessio, tomo 1º, página 371; Sayagués Laso, tomo 2º, páginas 200-201, números 653 y 654; Vedel, página 464; Rivero: "Droit Administratif", página 279.

(888) Vedel, página 464.

(889) D'Alessio, tomo 1º, página 371.

(890) Heredia: "Contralor administrativo sobre los entes autárquicos", páginas 66-68; del mismo autor "Contralor", en "Entidades autárquicas institucionales. Bases para una ley

orgánica", publicación del Instituto Argentino de Estudios Legislativos, páginas 49-50, Buenos Aires 1942.

(891) Vedel, página 464.

(892) Fraga, página 478.

(893) Con referencia al control represivo, escribe Heredia: "La *competencia ex officio* constituye regla; y es natural que así sea, porque a diferencia de lo que ocurre en el preventivo, el ente no está interesado en provocarlo, sino más bien en evitarlo, ya que tiene una dirección contraria a la de su comportamiento" ("Contralor administrativo sobre los entes autárquicos", página 64). Por su parte, Sayagués Laso expresa que en el contralor de oficio el órgano que fiscaliza inicia el procedimiento cuando lo estima conveniente, sin necesidad de ningún requerimiento ("Tratado...", tomo 2º, página 440, n° 925).

(894) Villegas Basavilbaso, tomo 2º, página 306.

(895) Villegas Basavilbaso, tomo 2º, página 312; Sayagués Laso: "El contralor jerárquico sobre los entes autárquicos", publicado en "Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política" por la Asociación Argentina de Ciencia Política; Roland Maspétiol y Pierre Laroque: "La tutelle administrative", página 275, Paris 1930; Horacio H. Heredia: "Contralor administrativo sobre los entes autárquicos", página 69, Buenos Aires 1942, y "Contralor", en "Entidades autárquicas institucionales. Bases para una ley orgánica", publicado por el Instituto Argentino de Estudios Legislativos, página 51, Buenos Aires 1942; Fraga: "Derecho Administrativo", página 478; De Valles: "Elementi...", página 239; Caetano, página 159; Brandao Cavalcanti, tomo 4º, página 205; Zanobini, tomo 2º, páginas 60-61 y 73; Guicciardi: "La giustizia amministrativa", páginas 105-106; D'Alessio, tomo 1º, página 371; Vedel, páginas 464 y 465.

(896) En lo que respecta a las entidades autárquicas institucionales creadas por "ley" formal, que impliquen un acto inconstitucional, el Presidente de la Nación conserva la plenitud de sus potestades de control: la inconstitucionalidad del ente autárquico deja subsistentes las atribuciones que la Constitución le otorga al Presidente en el artículo 86, inciso 1º *. Por tales razones, juzgo acertadas, en general, las siguientes palabras de Félix Sarria: "No hemos de olvidar, conviene recalcarlo, que las autarquías son, en definitiva, de voluntario acatamiento para el Jefe Supremo de la Nación, que puede constitucionalmente hacer caso omiso de ellas cuando lo estime necesario" ("Derecho Administrativo", página 439, Córdoba 1961). De manera que, en nuestro país, como consecuencia de nuestro régimen constitucional, las entidades autárquicas institucionales que, debiendo haber sido creadas por decreto, lo sean por "ley" formal, en caso de *silencio* de esta última, estarán siempre sometidas al control no sólo de "legitimidad" sino también de "oportunidad" por parte del Poder Ejecutivo. Si una ley de esta índole excluyere expresamente la posibilidad del control de "oportunidad" por parte del Poder Ejecutivo, la ley sería en esto manifiestamente inconstitucional. Estas dos conclusiones, que son las pertinentes al derecho argentino, pueden resultar extrañas a otros ordenamientos jurídicos distintos al nuestro. Por lo demás, recuérdese que si bien el Poder Ejecutivo no está facultado para

declarar la inconstitucionalidad de las leyes, sí lo está para no aplicar una ley inconstitucional (ver nº 120, texto y nota).

* Constitución actual, art. 99 , inc. 1º.

(897) Maspétiol y Laroque, página 265.

(898) Maspétiol y Laroque, páginas 272-273.

(899) Puede verse dicho decreto en "Jurisprudencia Argentina", tomo 47, sección bibliográfica, página 21, en nota.

(900) Puede verse dicho dictamen en "Revista del Colegio de Abogados de Rosario", tomo 5º, páginas 195-196, y en "Jurisprudencia Argentina", tomo 48, sección legislación, páginas 89-90, nota.

(901) Esos dictámenes pueden verse en la "Revista del Colegio de Abogados de Rosario", tomo 5º, páginas 195-196, y en "Jurisprudencia Argentina", tomo 48, sección legislación, páginas 89-90, nota.

(902) El mencionado decreto del 7 de noviembre de 1934 está publicado en "Jurisprudencia Argentina", tomo 48, sección legislación, páginas 89-90. Actualmente la cuestión está tratada en el decreto 1759/72, artículos 94-98.

(903) Actualmente la cuestión está considerada en el decreto 1759/72, arts. 94-98.

(904) Como ya quedó expresado en párrafos precedentes, respecto a entidades autárquicas institucionales en nuestro país se está viviendo dentro de un régimen jurídico propio, aunque anómalo. Exactamente lo mismo le ocurrió a Uruguay antes de su respectiva reforma constitucional.

El Congreso, por ejemplo, crea entidades autárquicas que debieron ser creadas por el Poder Ejecutivo; ello -dejando a un lado lo atinente a su inconstitucionalidad-, de acuerdo al "*principio general*" con relación a los actos de esas entidades autárquicas excluiría todo recurso ante el Poder Ejecutivo por razones de "oportunidad", mérito o conveniencia (es distinto lo atinente al control de "legalidad", que, de acuerdo también al principio general, sería pertinente). En materia de entidades autárquicas, la doctrina, generalmente y por principio, limita el recurso jerárquico a cuestiones de "legitimidad", no admitiéndolo por cuestiones de "oportunidad"; la excepción requeriría texto expreso que la consagre. Pero esto sólo se refiere a entidades autárquicas institucionales "*debidamente*" creadas por ley formal.

El decreto del Poder Ejecutivo nº 7520/44 autoriza el recurso jerárquico contra actos de entidades autárquicas (a). Aunque la letra de este decreto no es *precisa* ni *clara* respecto a si el recurso es sólo el de "legitimidad" o también el de "oportunidad", lo cierto es que, en "general" y sin discriminaciones, autoriza el recurso jerárquico contra decisiones de entidades autárquicas, lo que da pie a cualquier interpretación. Nada podría objetarse acerca del recurso jerárquico contra decisiones de entes autárquicos creados por "*decreto*", ya que, en tales supuestos, en definitiva el Poder Ejecutivo conserva -como lo expresé en el texto-

sus potestades no sólo de control, sino también de superior jerárquico, lo que justifica que al recurso jerárquico se le dé su máxima amplitud: legitimidad y oportunidad. Pero otra cosa ocurre con las entidades autárquicas creadas por "ley" formal, que debieron serlo por decreto: con relación a éstas nuestro régimen resulta particularmente anómalo, porque, si bien en buenos principios, contra las decisiones de las entidades autárquicas creadas por ley no se concibe un recurso ante el Poder Ejecutivo que, además de cuestiones de "legitimidad", comprenda cuestiones de "oportunidad", respecto a entidades autárquicas creadas *indebidamente* por ley formal, las cosas no son así en nuestro derecho, según quedó expresado, ya que, en tal caso, el recurso es de amplio alcance.

Los autores italianos le llaman recurso jerárquico "*improprio*" al deducido contra decisiones de entidades autárquicas (Zanobini: "Corso...", tomo 2º, página 61; De Valles: "Elementi...", páginas 238-239), e incluso alguno de esos autores dice que en estos casos las leyes crean una relación de "cuasi-jerarquía" (Guicciardi: "La giustizia amministrativa", página 105). Véase lo que expuse en el número 121.

(a) Actualmente la cuestión está considerada en el decreto 1759/72, artículos 94-98.

(905) Miguel S. Marienhoff: "Entidades autárquicas institucionales. Su creación por ley o por decreto. Lo atinente a su constitucionalidad", en "Jurisprudencia Argentina", 1961-VI, página 62 y siguientes, sección doctrina.

(906) Dictamen del 29 de noviembre de 1963, recaído en el recurso jerárquico promovido por Capace S.R.L. contra una resolución de la Dirección General de Parques Nacionales. En la resolución impugnada, esta entidad había rechazado un pedido de la firma recurrente, sobre prórroga de un permiso para extraer cañas de colihué.

(907) Constitución actual, art. 99 , inc. 1º.

(908) Corte Suprema de Justicia, "Fallos", tomo 253, página 157, considerandos 15 y 16.

(909) Juan Francisco Linares: "Poder discrecional administrativo (arbitrio administrativo)", páginas 121, 154 y 255-256, Buenos Aires 1958. Cuando hablamos de "*fundamento de razonabilidad*", dice el doctor Linares, nos referimos a ese apoyo estimativo que implica la acertada elección de la especie del caso dentro del género legal (página 121). En otro lugar dice: "Debemos destacar aquí, que en esta materia se ve una vez más lo ambiguo de la distinción entre 'legalidad' y 'oportunidad' de la doctrina tradicional. Aquí usamos el término 'legitimidad' incluyendo también el vicio de irrazonabilidad" (página 154). Y en otro lugar hace notar que la legalidad y la razonabilidad pueden existir juntas o separadas (páginas 255-256).

(910) Acerca del alcance o contenido del control de legitimidad, véase el nº 126, texto y nota 137.

(911) Téngase presente que el decreto 1744/73 somete al respectivo *ministro* la decisión del recurso jerárquico, salvo que el acto impugnado proceda de él, en cuyo supuesto lo resolverá el Poder Ejecutivo.

(912) Así lo hizo posteriormente la Procuración del Tesoro de la Nación, estando a cargo de ese organismo el Dr. Alberto E. Cozzi.

(913) Véase: José Ingenieros: "Las doctrinas de Ameghino. La tierra, la vida y el hombre", páginas 100-101, Buenos Aires 1919. Alabando las reiteradas rectificaciones a sus juicios, realizadas por el ilustre jurisconsulto Juan Bautista Alberdi, dijo el Dr. Osvaldo Loudet: "No se rectifican los que tienen el pensamiento inmóvil, la sensibilidad dormida, o viven engeguedados por una pasión" ("Vida e Historia", página 38, Buenos Aires 1969, Emecé).

(914) Para la nueva y actual jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación sobre esta materia, véase mi trabajo "La potestad constitucional para crear entidades autárquicas institucionales, y lo atinente a la extensión del control sobre las mismas en la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación", aparecido en el libro "120 años de la Procuración del Tesoro, 1863-1983", página 50 y siguientes, Buenos Aires 1983, libro publicado por la referida repartición pública.

(915) Maspétiol y Laroque: "La tutelle administrative", páginas 270 y 274; Tito Prates da Fonseca: "Autarquias Administrativas", página 111, São Paulo 1935.

(916) Prates da Fonseca: "Autarquias Administrativas", página 111; Agustín A. Gordillo: "La responsabilidad (extracontractual) del Estado por hechos y actos de la Administración Pública", página 488 (este trabajo, tesis doctoral del autor, aún hállase inédito). En igual sentido: Celso Antonio Bandeira de Mello: "Natureza e regime jurídico das autarquias", página 465 y siguientes, São Paulo 1967. Véase mi tomo 4º, nº 1635, texto y nota 32.

(917) La reforma al Código Civil, de 1968, hizo un agregado a dicho texto, que en nada altera el "*principio*" mencionado.

(918) En materia de empresas del Estado, gran parte de las cuales está constituida como "*entidades autárquicas*", la ley declara que, disueltas o liquidadas, "el Estado responderá por el pasivo no cubierto que resulte" (ley 14380, artículo 4º, *in fine*), criterio que concuerda con lo expresado en el texto.

(919) Henoch D. Aguiar: "Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley", tomo 3º, páginas 228-231.

(920) En sentido concordante: Prates da Fonseca, op. cit., páginas 113-114.

(921) En igual sentido: Prates da Fonseca, op. cit., páginas 112 y 113.

(922) En igual sentido: Prates da Fonseca, op. cit., página 114. Además: Cámara Nacional Civil, Sala C., sentencia del 14 de mayo de 1991, *in re* "López de Aguirre, Marcelina c/ Empresa de Ferrocarriles Argentinos", en "El Derecho", 19 de febrero de 1992.

(923) "Fallos", tomo 249, página 248 (*in re* "Agua y Energía Eléctrica, Empresas del Estado"); además, sentencia del Tribunal del 3 de agosto de 1962, publicada en "Fallos", tomo 253, página 316 y siguientes, y en "Jurisprudencia Argentina", 1963-II, página 159 y

siguientes, *in re* "Obras Sanitarias de la Nación c/ Provincia de Mendoza". Igual conclusión sustentan: Luis A. Premoli, en "Contralor jurisdiccional de las entidades autárquicas nacionales. Competencia judicial", aparecido en "Entidades Autárquicas Institucionales. Bases para una ley orgánica", páginas 52 a 64, publicado por el Instituto Argentino de Estudios Legislativos, Buenos Aires 1942; Bielsa, tomo 4º, página 555.

(924) "Fallos", tomo 210, páginas 1084 -1086, *in re* "Administración Nacional del Agua c/ Provincia de Buenos Aires"; además, sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 3 de agosto de 1962, *in re* "Obras Sanitarias de la Nación c/ Provincia de Mendoza", publicada en "Fallos", tomo 253, página 316 y siguientes, y en "Jurisprudencia Argentina", 1963-II, página 159 y siguientes.

(925) "Fallos", tomo 184, página 67; tomo 210, página 1084 .

(926) "Fallos", tomo 195, página 132 ; tomo 243, páginas 568 -569.

(927) Premoli, trabajo citado, página 63. La Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo de la Capital, Sala IV, por el voto de los doctores Miguens y Galli, con disidencia del Dr. Hutchinson, en sentencia del 10 de febrero de 1987, *in re* "Slowik Emm Sacifia c/ Obras Sanitarias de la Nación sobre cobro de australes", dispuso que Obras Sanitarias de la Nación debía ser demandada ante el juzgado federal con jurisdicción en lo contencioso-administrativo.

(928) Sarría: "Teoría del recurso contencioso-administrativo", página 7 y siguientes; Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 4º, páginas 439-445; Fraga, páginas 816-820; Brandao Cavalcanti, tomo 6º, páginas 162-166.

(929) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 164, páginas 186-187. Además, véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 29 de julio de 1959, "Fallos", tomo 244, páginas 252 -255 , *in re* "Hassanie Mohamed M. c/ Provincia de Chubut", donde el Tribunal dijo que "por *causas civiles* se entienden las derivadas de estipulación o contrato y, en general, las que versan sobre derechos originados y regidos por normas de carácter común" (página 254).

(930) "Fallos", tomo 241, página 218 ; tomo 242, páginas 504-506 y página 518 ; tomo 244, página 533 ; tomo 246, página 193 .

(931) "Fallos", tomo 253, páginas 7 y 8. Para la procedencia de ese recurso de apelación, el *monto* de lo reclamado debe exceder a los 2.000.000 de pesos (ver ley nº 19912 , de octubre 1972). Respecto a la *tercera* instancia ante la Corte Suprema, tratándose de "empresas del Estado", "sociedades del Estado", etc., véase el dictamen del Procurador General de la Nación y la sentencia de la Corte Suprema, en "Fallos", tomo 303, página 1747 y siguientes.

(932) En sentido concordante: Corte Suprema de Justicia, "Fallos", tomo 108, páginas 304-305; tomo 150, página 283; tomo 256, páginas 517 y 521-523. Además: Bielsa, tomo 4º, páginas 555 y 561. Actualmente, el decreto-ley 19549/72, art. 32, inciso f., establece

que la reclamación administrativa previa no será necesaria "si se demanda a un ente descentralizado con facultades para estar en juicio".

(933) "Fallos", tomo 253, páginas 312 -314 .

(934) Miguel S. Marienhoff: "Ley de demandas contra la Nación. Su ámbito de aplicación", en "Jurisprudencia Argentina", 1962-VI, página 43. En sentido concordante con mi criterio: Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 268, página 519 .

(935) Ver Sayagués Laso, tomo 2º, página 603 y siguientes.

(936) Ver artículo 56 de la ley nº 16432, sobre presupuesto general de la Nación, y decreto-ley nº 3877, del 13 de mayo de 1963. Asimismo, véase lo que sobre estos textos expuse en el número 27, texto y nota 199.

(937) Silva Cimma: "Derecho Administrativo Chileno y Comparado", tomo 2º, páginas 224-225.

(938) Rivero: "Droit Administratif", página 410.

(939) Véase a Vedel: "Droit Administratif", página 527.

(940) Esta definición concuerda, en lo substancial, con el artículo 1º de la ley nº 14380. En nuestro país son ya numerosas las "empresas del Estado" existentes. Para una idea general de los antecedentes de la cuestión entre nosotros, véase el interesante artículo de Ana Starkman de García: "Empresas del Estado en Argentina", publicado en el "Boletín del Instituto de Estudios Económicos y Financieros", de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, junio de 1958, página 100 y siguientes, La Plata. Véase: Anaya, Jaime Luis: "Acerca de las empresas del Estado", en "Jurisprudencia Argentina", 1º de agosto de 1967.

(941) Rivero: "Droit Administratif", nº 485, página 400; Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", página 619, nº 1163.

(942) De acuerdo a la ley de hidrocarburos, Yacimientos Petrolíferos Fiscales, Yacimientos Carboníferos Fiscales y Gas del Estado eran "*entidades autárquicas*" (ley nº 14773, artículo 2º) (a).

(a) Esta ley fue derogada y reemplazada por la nº 17319, de junio de 1967. Véanse los actuales estatutos orgánicos de esas entidades.

(943) Según la Constitución uruguaya de 1967, artículo 185, las empresas del Estado podrán o no ser constituidas como "entidades autárquicas" (entes autónomos). Ver Prat: "Los entes autónomos y los servicios descentralizados en la Constitución de 1967", páginas 14-15, Montevideo 1967.

(944) Jean Rivero: "Droit Administratif", números 484-487. El profesor Rivero, apercibido de la falla conceptual a que hago referencia, propone acertadamente que las empresas del

Estado sean excluidas de la noción de "*établissement public*" -equivalente a nuestra entidad autárquica institucional-, y que la teoría de las empresas del Estado se desarrolle sobre otra base, que podría consistir, según dicho autor, en la "*noción de comerciante público*" (obra citada, n° 508, página 418). Véase: Michel Prieur: "Les entreprises publiques locales", Paris 1969.

(945) García Trevijano Fos: "Principios jurídicos de la organización administrativa", página 159.

(946) La Corte Suprema de Justicia ha advertido lo que dejo dicho en el texto, pues en uno de sus fallos distinguió entre entidad autárquica *stricto sensu* y entidad autárquica que no revestía este carácter. En estas últimas incluye a las entidades autárquicas que no persiguen un fin público, sino que realizan actividades de índole puramente comercial e industrial, es decir las empresas del Estado ("Fallos", tomo 241, páginas 220-221). Conceptualmente, esa distinción de la Corte es exacta; pero no tiene base positiva, pues la ley n° 14773, artículo 2° , considera y declara "*entidad autárquica*" -con "plena autarquía", dice la ley- a Yacimientos Petrolíferos Fiscales, a Yacimientos Carboníferos Fiscales y a Gas del Estado, no obstante la índole comercial o industrial de sus actividades (a). Para remediar esta anómala situación, el medio técnico es el indicado en el curso de este párrafo. Pero corresponde recordar que la distinción entre "*établissement public*" *stricto sensu*, y el que no revestía tal carácter, ya la había insinuado Léon Michoud: "La théorie de la personnalité morale et son application au droit français", puesta al día por Louis Trotabas, tomo 1°, n° 84, página 239, Paris 1932.

(a) La ley 17319 , de junio de 1967, derogó a la n° 14773. Ver el actual estatuto orgánico de cada una de esas entidades.

(947) Si bien en Francia se mencionan supuestos de "nacionalización" a título de "*sanción*" por actitudes antinacionales (caso de la empresa Renault), excluyendo en tal supuesto la *indemnización* (Rivero: "Droit Administratif", n° 499, página 412), entre nosotros eso no es concebible, ya que implicaría una confiscación prohibida por la Constitución. Véase: Jaime Vidal Perdomo: "Nacionalizaciones y emergencia económica", Bogotá 1984.

(948) Rivero, op. cit., n° 497, página 411.

(949) Julio C. Rodríguez Arias: "Sobre algunos principios de ciencia de la administración", página 121, Mendoza 1945; Rodolfo O. Fontanarrosa: "Derecho Comercial Argentino (Parte General)", página 237, Buenos Aires 1963.

(950) Fleiner: "Instituciones...", página 261; Silva Cimma: "Derecho Administrativo Chileno y Comparado", tomo 2°, página 225.

(951) Forsthoff: "Tratado de Derecho Administrativo", página 641.

(952) García Trevijano Fos: "Principios jurídicos de la organización administrativa, páginas 140-141.

(953) Ley n° 14380, artículo 1° , segunda parte. En lo atinente a la aplicación del derecho privado en la gestión de las empresas del Estado, véase: Fontanarrosa: "Derecho Comercial Argentino (Parte General)", página 238, Buenos Aires 1963. Pero en la actuación de las empresas del Estado, ni el derecho privado ni el público son de total y excluyente aplicación en cada caso; en los diversos supuestos sólo hay una "*prevaleciente*" injerencia de una rama del derecho sobre la otra. Así, por ejemplo, "cuando la Administración se somete al derecho privado, ... se habla de un derecho privado especial, porque hay una serie de privilegios que van ligados a la Administración en cuanto tal y no en cuanto a su actuación concreta" (García Trevijano Fos: "Principios jurídicos...", páginas 140-141). Véase, asimismo: Sayagués Laso: "Tratado...", tomo 1°, páginas 81-82.

(954) En el tomo 2° me ocupo de lo atinente al sistema jurídico del servicio público (n° 298).

(955) Fontanarrosa, página 238. Laubadère se inclina a la misma solución ("Traité élémentaire de droit administratif", página 619, n° 1163).

(956) Fleiner: "Instituciones de Derecho Administrativo", página 261; Houin: "La gestión des entreprises publiques et les méthodes de droit commercial", en "La distinction du droit privé et du droit public et l'entreprise publique", páginas 79 y 100, publicación de "Archives de Philosophie du Droit", Paris 1952.

(957) García Trevijano Fos: "Principios jurídicos de la organización administrativa", páginas 140-141.

(958) Georges Vedel: "Droit Administratif", página 519, Paris 1961.

(959) Jean Rivero: "Droit Administratif", páginas 415-416, Paris 1962.

(960) Además, ténganse presentes la ley n° 20705 , de agosto de 1974, sobre "sociedades del Estado", y la ley n° 20558 , de diciembre de 1973, sobre "corporación de empresas nacionales".

(961) Rivero: "Droit Administratif", página 414. Además, véase: Fontanarrosa: "Derecho Comercial Argentino", página 238.

(962) Fontanarrosa, op. cit., páginas 239-240, y jurisprudencia ahí citada. En idéntico sentido: García Trevijano Fos: "Principios...", página 141.

(963) Ley 14380, artículo 4°; Houin: "La gestión des entreprises publiques et les méthodes de droit commercial", página 106.

(964) Decreto-ley n° 23354/56, artículo 60. (Este decreto-ley fue derogado en gran parte).

(965) Al respecto téngase presente la ley n° 20558 , sobre "corporación de empresas nacionales". Puede verse: José Roberto Dromi: "Corporación de Empresas Nacionales.

Régimen jurídico. Empresas incorporadas y controladas. Funciones", en "Jurisprudencia Argentina", Doctrina 1975, página 243 y siguientes.

(966) Vedel: "Droit Administratif", página 527.

(967) Fallo del año 1948, citado por Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", página 638, nº 1210.

(968) En ese fallo tratábase de una "*entidad autárquica*" -Consejo Nacional de Educación-, y no precisamente de una empresa del Estado, pero el "*principio*" aplicable es el mismo para ambos tipos de entidades, tanto más cuanto entre nosotros la mayoría de las empresas del Estado hállese constituida como entidades autárquicas.

(969) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 252, página 380, considerando 2º.

(970) Laubadère: "Manuel de droit administratif", páginas 33-34, Paris 1947.

(971) Rolland: "Précis de droit administratif", página 70; Laubadère: "Manuel de droit administratif", página 34, y "Traité élémentaire de droit administratif", nº 1164, página 620, y nº 1258, página 660.

(972) Corte Suprema de Justicia, "Fallos", tomo 244, página 196, *in re* "Etcheverry c/ Aerolíneas Argentinas"; tomo 245, página 271, *in re* "Torres c/ Aerolíneas Argentinas"; tomo 247, páginas 363 -364, *in re* "Benedetti c/ Combustibles Sólidos y Minerales"; tomo 250, páginas 234 -235, *in re* "Lencinas c/ Dirección Nacional de Industrias del Estado".

(973) "Jurisprudencia Argentina", 1961-VI, página 325, *in re* "Imperiale c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales".

(974) En general, respecto al tribunal competente para entender en juicios en que intervienen "empresas del Estado", véase Cámara Civil de la Capital, *in re* "Estancias y Cabañas La Querencia c/ Y.P.F.", sentencia del 19 de octubre de 1972, en "Jurisprudencia Argentina", tomo 18-1973, página 38; además, Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal en *pleno*, en "Jurisprudencia Argentina", junio 16 de 1982, *in re* "Aletto, Carlos c/ Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario".

(975) El decreto-ley 6666/57 fue derogado y reemplazado por la ley nº 22140.

(976) Constitución actual, art. 99, inc. 1º.

(977) Téngase presente la ley nº 20558, de diciembre de 1973, sobre "corporación de empresas nacionales". Asimismo: José Roberto Dromi: "Corporación de Empresas Nacionales...", en "Jurisprudencia Argentina", Doctrina 1975, página 243 y siguientes.

(978) Constitución actual, art. 99, inc. 1º.

(979) En la actualidad debe verse el decreto n° 1759/72, art. 94 y siguientes, reglamentario del decreto-ley n° 19549/72, sobre procedimiento administrativo nacional.

(980) Véase el decreto n° 1759/72, mencionado en la nota anterior, y su modificación.

(981) Téngase presente la ley n° 20558, de diciembre de 1973, sobre corporación de empresas nacionales.

(982) De acuerdo a la actual ley de ministerios, n° 20524, de agosto de 1973, Obras y Servicios Públicos no es un "*ministerio*" (art. 1°): es una "*Secretaría de Estado*". Téngase presente las normas dictadas posteriormente, que modificaron el sistema.

(983) Véase, asimismo, el art. 27 de la ley general de presupuesto de la Nación, n° 16432, sancionada el 30 de noviembre de 1961, que facultó al Poder Ejecutivo para crear en jurisdicción del Ministerio de Economía la "Sindicatura de la Administración Pública", y por cuyo conducto designará con carácter de síndico en cada empresa del Estado a un funcionario permanente de ese departamento de Estado. Además, véase: decreto-ley de contabilidad n° 23354/56, artículo 84, inciso f, que entre las obligaciones del Tribunal de Cuentas mencionaba la de fiscalizar a las empresas del Estado por medio de auditores o síndicos.

(984) En sentido concordante: Laubadère: "Manuel de droit administratif", página 34, y "Traité élémentaire de droit administratif", n° 1171, página 622.

(985) Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", números 1172-1173, páginas 622-623.

(986) Forsthoff, página 669; Julio C. Rodríguez Arias: "La sociedad de economía mixta. Su definición jurídico económica", página 64, Rosario 1940; Brandão Cavalcanti, tomo 4°, páginas 351-353; Sayagués Laso, tomo 2°, páginas 241-242 y 243; Silva Cimma, tomo 2°, páginas 296-297; Tagand Roger: "Le régime juridique de la société d'économie mixte", Paris 1969.

(987) Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", página 602; Spiliotopoulos: "La distinction des institutions publiques et des institutions privées en droit français", página 41; Silva Cimma, tomo 2°, página 295.

(988) Téngase presente la actual ley de sociedades de economía mixta, n° 17318, del año 1967. El art. 389 del *texto ordenado* de la ley de sociedades comerciales, dice: "Las disposiciones de esta ley se aplicarán a las sociedades de economía mixta en cuanto no sean contrarias a las del decreto-ley 15349/46 (ley 12962)".

(989) Véanse los números 99 y 100.

(990) Idem a la nota anterior.

(991) Silva Cimma, tomo 2°, páginas 295-296.

(992) Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", páginas 606-607. En sentido concordante: Forsthoff, página 669.

(993) Véase: Spiliotopoulos: "La distinction...", página 42.

(994) Rafael Bielsa, citado por Villegas Basavilbaso, tomo 2º página 702, nota.

(995) Greca: "El sistema de economía mixta en la realización de los servicios públicos", páginas 6-7. En sentido concordante: Rodríguez Arias: "La sociedad de economía mixta. Su definición jurídico económica", página 20.

(996) Véase: artículo 4º del decreto nº 15349, del 28 de mayo de 1946, ratificado por la ley general nº 12962, de marzo de 1947, y Rodríguez Arias: "La sociedad de economía mixta...", páginas 55-59. Téngase presente la actual ley de sociedades de economía mixta, nº 17318.

(997) Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", nº 1146, página 606.

(998) Villegas Basavilbaso, tomo 2º, página 201, texto y nota. También Rodríguez Arias: "La sociedad de economía mixta...", páginas 71-75, estima que la creación de una sociedad de economía mixta requiere la existencia de una ley.

(999) Constitución actual, art. 99, inc. 1º.

(1000) Constitución actual, art. 99, inc. 1º.

(1001) Véase el nº 59, texto y nota 148.

(1002) Téngase presente la actual ley de sociedades de economía mixta, nº 17318.

(1003) Siendo Procurador del Tesoro de la Nación estimé que el Poder Ejecutivo, por decreto, podía autorizar a Yacimientos Carboníferos Fiscales a constituir una sociedad anónima mixta destinada al transporte de carbón. Dictamen del 29 de mayo de 1963.

(1004) Compárese a Spiliotopoulos: "La distinction...", páginas 41-42.

(1005) Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 197-199 y 202.

(1006) Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 196-197; Bielsa, tomo 3º, página 108.

(1007) Rivero: "Droit Administratif", página 425; Silva Cimma, tomo 2º, página 298; Brandão Cavalcanti, tomo 4º, página 354.

(1008) Bielsa, tomo 3º, página 110.

(1009) Téngase presente la actual ley de sociedades de economía mixta, nº 17318.

(1010) El Supremo Tribunal de Justicia de Entre Ríos siguió dicho criterio ("Jurisprudencia Argentina", tomo 23-1974, página 747 y siguientes, sentencia del 9 de mayo de 1974). Téngase presente la actual ley de sociedades de economía mixta, n° 17318 .

(1011) De acuerdo a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Banco Central de la República Argentina originariamente era una sociedad de economía mixta "*pública*", "Fallos", tomo 176, página 5 . En sentido concordante: véase Rodríguez Arias: "La sociedad de economía mixta...", páginas 101-103. Actualmente es una "*entidad autárquica nacional*". Ver nota 229.

(1012) Téngase presente la actual ley de sociedades de economía mixta, n° 17318 .

(1013) Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", n° 1147, páginas 606-607; Spiliotopoulos: "La distinction...", página 42.

(1014) Téngase presente la actual ley de sociedades de economía mixta, n° 17318 .

(1015) Sayagués Laso, tomo 2º, n° 718, página 243, quien recuerda que estas sociedades de tipo cooperativo están muy difundidas en Bélgica.

(1016) Téngase presente la actual ley de sociedades de economía mixta, n° 17318 .

(1017) Véase el n° 100, texto y notas 52 y 53. Con referencia al Banco Central de la República Argentina, si bien teniendo en cuenta la ley originaria de su creación, n° 12155 del 28 de marzo de 1935, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al establecer que dicho Banco en ese entonces era una sociedad de economía mixta, pública, dejó aclarado que los empleados del mismo no revestían, por lo tanto, carácter de empleados públicos ("Fallos", tomo 176, página 5 y siguientes, especialmente páginas 15 y 16, sentencia del 2 de septiembre de 1936). Actualmente el régimen del Banco Central ha cambiado: es una *entidad autárquica* nacional (decreto n° 14957/46, artículo 1º, ratificado por la ley n° 12962). Posteriormente se dictaron para el Banco Central las leyes 20539 y 21364 .

(1018) Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", páginas 607-608.

(1019) Téngase presente la actual ley de sociedades de economía mixta, n° 17318 .

(1020) Véase el precedente número 154, texto y nota 228.

(1021) Téngase presente la actual ley de sociedades de economía mixta, n° 17318 .

(1022) Téngase presente la actual ley de sociedades de economía mixta, n° 17318 .

(1023) Téngase presente la actual ley de sociedades de economía mixta, n° 17318 .

(1024) Forsthoff: "Tratado de Derecho Administrativo", páginas 670-671.

(1025) Téngase presente la actual ley de sociedades de economía mixta, n° 17318 .

(1026) Téngase presente la actual ley de sociedades de economía mixta, n° 17318 .

(1027) Téngase presente la nota anterior (h).

(1028) Véase: Código de Comercio, artículos 316, 437 y 433; Garo Francisco J.: "Sociedades Comerciales. Parte General", tomo 1º, volumen 2, números 455-457, Buenos Aires 1949, y "Sociedades Anónimas", tomo 2º, n° 709, Buenos Aires 1954; Moirano, Armando A.: "Organización de las sociedades cooperativas", página 65, Buenos Aires 1955. Téngase presente la actual ley de sociedades comerciales, n° 19550.

(1029) Vitta, tomo 1º, páginas 614-625; Zanobini, tomo 3º, página 206; De Valles: "Elementi di diritto amministrativo", página 100. Puede verse: Jorge E. Cermesoni: "El sistema constitucional regionalista: la experiencia italiana", en "La Ley", tomo 142. Además: García Trevijano Fos: "Tratado", tomo 2º, volumen 2, página 746 y siguientes.

(1030) De Valles, página 100.

(1031) Waline, página 210. Con relación a la ley del 2 de marzo de 1982, véase a Jean Marie Becet: "Les institutions administratives", página 167 y siguientes, Paris 1985.

(1032) Véase: Vanossi, Jorge Reinaldo A.: "El marco constitucional de la regionalización", en "Jurisprudencia Argentina", 4-VIII-76. Ténganse presente los artículos 75 , inciso 19, segundo párrafo, y 124 de la nueva Constitución Nacional.

(1033) En sentido concordante, Romano expresa que, por definición, todas las personas públicas son entes auxiliares del Estado y están, en consecuencia, *al lado* de él, pudiéndose decir paraestatales (Santi Romano: "Corso di diritto amministrativo", página 90).

(1034) Presutti, tomo 1º, página 485.

(1035) Romano, páginas 89-90; Zanobini, tomo 1º, página 118, y tomo 3º, página 294; Vitta, tomo 1º, página 141; D'Alessio, tomo 1º, páginas 372 y 373; Renato Alessi: "Diritto Amministrativo", página 55.

(1036) En igual sentido: Renato Alessi: "Diritto Amministrativo", página 55; Cino Vitta: "Diritto Amministrativo", tomo 1º, página 142.

(1037) Forsthoff: "Tratado de Derecho Administrativo", páginas 620-621, 622, 624 y 628; Garrido Falla: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, páginas 297 y 298; además: Silva Cimma, tomo 2º, página 337.

(1038) Véase: Garrido Falla, tomo 1º, página 298; Benito Pérez: "La previsión social de los colegios profesionales", en "El Derecho", tomo 92, del 2 y 3 de febrero de 1981.

(1039) Forsthoff, páginas 625-628; Vitta, tomo 1º, página 632; Waline, página 223; Sayagués Laso, tomo 1º, página 174, letra b; Silva Cimma, tomo 2º, páginas 333-337; Garrido Falla, tomo 1º, páginas 297-298.

(1040) En la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, de 1934, entre las atribuciones del régimen municipal se incluye la de "constituir *consorcios* de municipalidades y cooperativas de vecinos a los fines de la creación de superusinas generadoras de energía eléctrica" (art. 183 , inciso 8º). Dicha Constitución puede vérsela en "Jurisprudencia Argentina", tomo 48, página 43 y siguientes, sección legislación. La ley n° 13512 , sobre propiedad horizontal, instituye el "*consorcio*" (artículo 9º). Clodomiro Zavalía trató de aclarar el concepto de "consorcio" empleado en la citada cláusula de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires ("Régimen jurídico de los servicios de electricidad", páginas 181-183, Buenos Aires 1939).

(1041) Giannini: "Lezioni di diritto amministrativo", página 209.

(1042) Vitta: "Diritto Amministrativo", tomo 1º, página 641. Puede verse el libro de Giuseppe Stancanelli: "I consorzi nel diritto amministrativo", publicado en Milano, en 1963, Giuffrè.

(1043) "Proyecto de Código de Aguas para la Provincia de Buenos Aires", página LXII, La Plata 1939, edición Ministerio de Obras Públicas de la Provincia de Buenos Aires.

(1044) En sentido concordante: De Valles: "Elementi di diritto amministrativo", página 108.

(1045) Giannini, op. cit., página 209.

(1046) Vitta, tomo 1º, página 641; Lentini, tomo 1º, página 83; "Proyecto de Código de Aguas para la Provincia de Buenos Aires", artículo 224.

(1047) Véase: Fosthoff: "Tratado de Derecho Administrativo", página 559; Fragola: "Manuale di diritto amministrativo", páginas 55-56; Spiegel: "Derecho Administrativo", pág. 67.

(1048) Véase: Renato Alessi: "Diritto Amministrativo", página 76.

(1049) Léon Michoud: "La théorie de la personnalité moral et son application au droit français", tomo 1º, n° 59, página 132, Paris 1932.

(1050) Michoud, op. cit., tomo 1º, n° 59, página 133.

(1051) Michoud, op. cit., tomo 1º, n° 60, páginas 133-135.

(1052) Aparicio Méndez: "La teoría del órgano", página 15, Montevideo 1949.

(1053) Véase: Romano: "Corso di diritto amministrativo", páginas 100-101; Silvestri: "L'attività interna della pubblica amministrazione", páginas 8 y 10.

(1054) Autores citados en la nota precedente, y Sayagués Laso: "Tratado...", tomo 1º, página 181, letra d.

(1055) Aparicio Méndez: "La teoría del órgano", página 19, n° 6.

(1056) Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 530 y 539-540.

(1057) García Trevijano Fos: "Principios jurídicos de la organización administrativa", páginas 64-65.

(1058) Vitta: "Diritto Amministrativo", tomo 1º, página 158.

(1059) Michoud: "La théorie de la personnalité moral", tomo 1º, n° 64 bis, página 146; Romano: "Corso...", páginas 101-102; Zanobini, tomo 1º, página 124; Sayagués Laso: "Tratado...", tomo 1º, página 183; García Trevijano Fos: "Principios jurídicos de la organización administrativa", página 88.

(1060) Michoud, op. cit., tomo 1º, n° 64 bis, páginas 147-148.

(1061) Constitución actual, art. 87 .

(1062) Constitución actual, art. 99 .

(1063) Constitución actual, art. 100 .

(1064) Tener presente que actualmente se incorporó la figura del *jefe de gabinete*.

(1065) González Calderón: "Derecho Constitucional Argentino", tomo 3º, página 273 y siguientes, Buenos Aires 1923; Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 3º, páginas 20 y 58-59; Linares Quintana: "Gobierno y Administración de la República Argentina", tomo 1º, páginas 339-340 y 365-366, y "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y comparado", tomo 9º, páginas 263-267; Villegas Basavilbaso: "Derecho Administrativo", tomo 2º, páginas 578-579, 615 y 618-619; Sarría: "Derecho Administrativo", páginas 201 y 202; Quiroga Lavié: "Curso de Derecho Constitucional", páginas 229, 231 y 240.

(1066) Ramón Ferreyra: "Derecho Administrativo General y Argentino", página 200, Buenos Aires 1866; José Nicolás Matienzo: "Derecho Constitucional", tomo 2º, páginas 117-118, La Plata 1916; Carlos Sánchez Viamonte: "Manual de Derecho Constitucional", página 296, Buenos Aires 1958. Este último tratadista considera que "nuestra Constitución crea, así, un sistema mixto, *característicamente argentino*" (op. y loc. cit.); Juan Vicente Sola: "Las dos caras del Estado", página 33 y siguientes, especialmente página 45, Buenos Aires 1988.

(1067) Constitución actual, art. 100 .

(1068) Dicha ley especial fue dictada: es la n° 3727, de acuerdo a cuyo artículo 1º los ocho ministerios en que debe dividirse el despacho de los negocios de la Nación serán los siguientes: 1) del Interior; 2) de Relaciones Exteriores y Culto; 3) de Hacienda; 4) de Justicia e Instrucción Pública; 5) de Guerra; 6) de Marina; 7) de Agricultura; 8) de Obras Públicas.

(1069) Tener presente la redacción actual del correlativo artículo e inciso de la Constitución sancionada en 1994.

(1070) Constitución actual, art. 103 .

(1071) Constitución actual, art. 103 .

(1072) En sentido concordante: Rafael Bielsa: "Derecho Constitucional", página 684, Buenos Aires 1959.

(1073) Téngase presente la ley de ministerios n° 20524 , del 21 de agosto de 1973, y la ley n° 21431 , del año 1976, que creó el Ministerio de Planeamiento. Pero la ley n° 22450 , derogó la 20524. La *actual* ley de ministerios es la 23930 , del 23-IV-91. Téngase presente el decreto 438 , de marzo 12 de 1992, sobre texto ordenado de la ley de ministerios.

(1074) Tener presente la redacción del pertinente texto en la Constitución actual.

(1075) Linares Quintana: "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado", tomo 9º, páginas 305-306, Buenos Aires 1963.

(1076) Linares Quintana, op. cit., tomo 9º, página 306.

(1077) Rafael Bielsa: "Derecho Constitucional", página 680.

(1078) En sentido concordante: Juan Vicente Sola: "Las dos caras del Estado", página 33 y siguientes, especialmente página 45, Buenos Aires 1988.

(1079) Desde sus primeros pronunciamientos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró que los gobernadores, como tales, sólo podían actuar dentro de su esfera de competencia establecida por la Constitución ("Fallos", tomo 9, página 456; tomo 10, página 59.

(1080) Constitución actual, art. 128 .

(1081) Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 658-659; Bielsa: "Derecho Constitucional", páginas 690-691. En sentido concordante: Joaquín V. González: "Manual...", página 757, número 749.

(1082) Constitución actual, art. 128 .

(1083) Villegas Basavilbaso, tomo 2º, página 658.

(1084) Sánchez Viamonte: "Manual de Derecho Constitucional", página 345; Bielsa: "Derecho Constitucional", página 690.

(1085) Constitución actual, art. 128 .

(1086) Sánchez Viamonte, op. cit., página 345.

- (1087) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 115, páginas 266-270.
- (1088) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 9, páginas 537-544.
- (1089) José de Castro Nunes: "Do Estado federado e sua Organização Municipal", páginas 51-53, Rio de Janeiro 1920.
- (1090) Véase el tomo 4º de la presente obra, *cuarta* edición, página 534, nota 35.
- (1091) Domingo F. Sarmiento, citado y transcripto por Bielsa en "Principios de Régimen Municipal", páginas 67-68, y por Linares Quintana: "Gobierno y Administración de la República Argentina", tomo 2º, página 56. Además: Castro Nunes, página 52.
- (1092) Castro Nunes, página 53.
- (1093) Castro Nunes, páginas 51 y 52.
- (1094) Entre nosotros esa es la posición de Spota, para quien tanto las municipalidades de provincia, como la de la Capital Federal, preexistieron históricamente. Agrega que "la tesis que sostiene que las municipalidades sólo ejercen poderes delegados, si bien es una doctrina aceptada por nuestra jurisprudencia, carece de fuerza de convicción" (Alberto G. Spota: "Tratado de Derecho Civil. El sujeto del derecho. Personas jurídicas", página 133, Buenos Aires 1951).
- (1095) Castro Nunes, página 52.
- (1096) Castro Nunes, página 52; además, Domingo F. Sarmiento, citado en la precedente nota 30. "Históricamente, el Estado precedió en mucho al Municipio, tal cual hoy lo concebimos" (Marcio Antonio Inacarato: "O município do vigente direito constitucional brasileiro", en "Revista de informação legislativa", página 156, Senado Federal, Subsecretaría de Edições Técnicas, abril a junio 1974, número 42, Brasilia DF). "...considerando el derecho público y la normativa de las otras provincias, cabe concluir que el régimen municipal era desconocido en la Argentina hasta la segunda mitad del siglo XIX" (José R. Dromi: "Actividad administrativa provincial [enfoque histórico]", en "Jurisprudencia Argentina", Doctrina, 1975, página 712 y siguientes. En sentido concordante: Juan F. Linares: "Derecho Administrativo", página 275, Buenos Aires 1986).
- (1097) Me refiero a la carta orgánica municipal que el mismo Congreso Constituyente sancionó el 6 de mayo de 1853, para ser aplicada a la ciudad de Buenos Aires. Esta ley reprodujo, con ligeras variantes, el decreto que el general Urquiza, en su carácter de Director Provisorio de la Confederación, había expedido el 2 de septiembre de 1852 (Greca: "Derecho y Ciencia de la Administración Municipal", páginas 104-105).
- (1098) Greca: "Derecho y Ciencia de la Administración Municipal", página 107; Linares Quintana: "Gobierno y Administración de la República Argentina", tomo 2º, página 55. En defensa de esa tesis, véase además: Gabriel Carrasco: "Las libertades comunales" (discurso parlamentario en Santa Fe), Santa Fe 1890.

(1099) Joaquín V. González: "Manual...", n° 674, páginas 684-685; Sarria: "Derecho Administrativo", páginas 192-193; Villegas Basavilbaso, tomo 2, página 407; Adrogué: "Poderes impositivos federal y provincial sobre los instrumentos de gobierno", páginas 98-100.

(1100) Véase el n° 111, texto y notas 91, 92 y 92 bis.

(1101) En sentido concordante: Castro Nunes, páginas 54-55.

(1102) Castro Nunes, páginas 193-195; Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 3°, página 198; Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 114, páginas 282-285, y tomo 123, páginas 313 y 329.

(1103) Constitución actual, art. 75 , inc.b 30.

(1104) Constitución actual, art. 99 .

(1105) Téngase presente lo expresado en la actual Constitución.

(1106) La actual ley orgánica de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires es la n° 19987 , del 29 de noviembre de 1972, que tuvo varias modificaciones.

(1107) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 192, páginas 21 y 50; tomo 194, páginas 111 y 114.

(1108) Greca: "Derecho y ciencia de la administración municipal", página 107; Linares Quintana: "Gobierno y Administración de la República Argentina", tomo 2°, páginas 60-61.

(1109) Villegas Basavilbaso, tomo 2°, páginas 421-429, y Joaquín V. González, citado por Villegas Basavilbaso, página 424.

(1110) Ver precedentemente texto y notas 39, 40 y 41. El Dr. José Nicolás Matienzo, en uno de sus dictámenes como Procurador General de la Nación, sostuvo que la municipalidad de la Capital no puede alegar la inconstitucionalidad de las leyes del Congreso, porque las garantías constitucionales han sido dadas a los "*particulares*" contra las autoridades ("Cuestiones de Derecho Público Argentino", tomo 1°, página 89). En concordancia con lo expresado por el doctor Matienzo, cabe recordar que el régimen del Estado de Derecho se establece en interés de los ciudadanos para preservarlos y defenderlos contra la arbitrariedad de las autoridades estatales. Al respecto, véase lo dicho en el n° 7 de la presente obra.

(1131) El carácter de mera circunscripción administrativa, que revestían los territorios nacionales, fue reconocido por la Cámara Federal de Apelación de La Plata en un antiguo fallo ("Jurisprudencia Argentina", tomo 13, página 699, sentencia del 29 de agosto de 1924).

(1132) Bullrich: "Curso de Derecho Administrativo", tomo 2°, páginas 103-104, Buenos Aires 1932; González Calderón: "Derecho Constitucional Argentino", tomo 3°, página 484.

(1133) En la actualidad Tierra del Fuego es "*provincia*" (ley 23775 , del año 1990).

(1134) Constitución actual, art. 75 , inc. 15.

(1135) Nicolás A. Calvo: "Decisiones constitucionales de los tribunales federales de Estados Unidos desde 1789", tomo 1º, página 125, nº 409; Thomas M. Cooley: "Principios generales de Derecho Constitucional en los Estados Unidos de América", página 172; José M. Estrada: "Curso de Derecho Constitucional", tomo 3º, página 109; M. A. Montes de Oca: "Cuestiones Constitucionales", páginas 217-220, Buenos Aires 1899; González Calderón: "Derecho Constitucional Argentino", tomo 3º, página 484.

(1136) Ver la ley nº 4055, artículo 17 , inciso 4º.

(1137) Cámara Federal de Apelación de La Plata, sentencia del 18 de octubre de 1935, *in re* "Sociedad Anónima Importadora y Exportadora de la Patagonia c/ sucesión Antonio Llaneras s/ cobro de pesos". El autor de la presente obra fue el letrado patrocinante de la sociedad actora en el juicio de referencia, radicado en el Juzgado Letrado de Río Gallegos.

(1138) Ver al respecto las referencias contenidas en mi "Tratado del Dominio Público", nº 16, y en la presente obra nº 49. Incluso se ha declarado que la Iglesia Católica debe satisfacer los impuestos que pesan sobre las demás personas, sin que pueda pretender otros privilegios o exenciones que aquellos que le hayan sido expresamente acordados, y que el artículo 2º de la Constitución Nacional no impide que la Iglesia pueda ser sometida al pago de las contribuciones comunes sobre los bienes que posea o reciba como persona jurídica, y no con ocasión o motivo de actos del culto (Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 151, página 403 y siguientes; además, "Fallos", tomo 115, página 111 y siguientes); en ese orden de ideas, se declaró que procede la acción ejecutiva de la Municipalidad contra la Curia Eclesiástica por cobro de pavimentos (Cámara Civil 1ª de la Capital, en "Jurisprudencia Argentina", tomo 42, página 1034).

(1139) Véase mi "Tratado del Dominio Público", nº 91, páginas 505-507.

(1140) Para la distinción o diferencia entre derecho "eclesiástico" y derecho "canónico", véase: Eichmann: "Manual de Derecho Eclesiástico a tenor del codex juris canonici", tomo 1º, páginas 8-9; Villegas Basavilbaso, tomo 1º, páginas 163-165, y tomo 2º, página 447; además, Jemolo: "Lezioni di diritto ecclesiastico", nº 9, página 23; Carlos Octavio Bunge: "El Derecho. Ensayo de una teoría integral", páginas 564-565. Algunos autores no hacen la debida distinción; en tal sentido: Luis Legaz y Lacambra: "Introducción a la Ciencia del Derecho", páginas 630-632.

(1141) Santamaría de Paredes: "Curso de Derecho Administrativo", página 459, Madrid 1898.

(1142) Anteriormente rigieron, entre otras, las siguientes leyes, que sucesivamente fueron derogadas: números 4031 , 4707 , 12913 y 13996 . Ténganse presentes las siguientes leyes: 19101 (personal militar), 22575 (servicio de conscripción) y 22580 (personal convocado). Téngase presente que en la actualidad está derogada la ley de servicio militar obligatorio.

(1143) Lo expresado en el texto concuerda con el artículo 1° de la actual ley orgánica militar, n° 14777, del 28 de noviembre de 1958, que dice así: "Las fuerzas armadas de la Nación son, exclusivamente, el ejército, la armada nacional y la aeronáutica militar".

En sentido similar, Presutti expresa que la locución "*fuera armada*" comprende al ejército, la armada y la aviación, mientras que a otros cuerpos armados y militarmente organizados, encargados de la defensa del orden y de la seguridad pública se les denomina "*fuera pública*" (Errico Presutti: "Istituzioni di diritto amministrativo italiano", tomo 1°, página 332, Messina, tercera edición).

(1144) Constitución actual, art. 75 , inc. 27. Tener presente la nueva redacción: "Fijar las fuerzas armadas en tiempo de paz y guerra, y dictar las normas para su organización y gobierno".

(1145) Constitución actual, art. 99 , inc. 12.

(1146) Constitución actual, inc. 13.

(1147) Tener presente la nueva redacción.

(1148) Constitución actual, inc. 14.

(1149) Tener presente la nueva redacción.

(1150) Adolfo Posada: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 2°, página 439, n° 4, Madrid 1898.

(1151) Constitución actual, art. 99 , incs. 12, 13 y 14.

(1152) Adolfo Posada, op. cit., tomo 2°, página 439, número 6. En sentido concordante: Jorge A. Clariá Olmedo: "Competencia represiva militar", páginas 6, 13 y 102, Córdoba 1947, Imprenta de la Universidad.

(1153) Vittorio Bachelet: "Disciplina militare e ordinamento giuridico statale", página 179, Milano 1962, Giuffrè.

(1154) Ver n° 49 bis.

(1155) Bachelet: "Disciplina militare e ordinamento giuridico statale", páginas 79 y 83.

(1156) Bachelet: "Disciplina militare...", página 312.

(1157) Bachelet, op. cit., páginas 316-317.

(1158) Bachelet, op. cit., páginas 322-323.

(1159) "Dictámenes en lo administrativo de los procuradores generales de la Nación Argentina", tomo 2°, página 433, Buenos Aires 1949, Ministerio de Educación, Departamentos de Informaciones, Biblioteca y Estadística.

(1160) Cámara Federal de la Capital, en "Jurisprudencia Argentina", tomo 22, páginas 141 y 150, *in re* "Aguirre c/ Gobierno Nacional".

(1161) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 101, página 365, considerando 5º, *in re* "Teniente Pedro A. Quiroga por rebelión".

(1162) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 130, página 233, *in re* "Gregorio Cheskis", tomo 167, página 187, *in re* "Sumario instruido contra el Teniente Coronel don Rodolfo M. Lebrero y otros, por homicidio. Contienda de competencia". Además: José Nicolás Matienzo: "Cuestiones de Derecho Público Argentino", tomo 1º, páginas 361 y 394; Jorge A. Clariá Olmedo: "Competencia represiva militar", páginas 65-66. Asimismo: César Enrique Romero: "Constitución, ley 13234 y Plan Conintes", en "Jurisprudencia Argentina", 1960-III, página 345.

(1163) Carlos Risso Domínguez: "Caracteres y naturaleza de la jurisdicción disciplinaria militar", en "Jurisprudencia Argentina", tomo 27, páginas 108, 109, 112, 122, 123 y 125, en nota; Jorge A. Clariá Olmedo: "Competencia represiva militar", páginas 24-29.

(1164) Cámara Federal de la Capital, en "Jurisprudencia Argentina", tomo 22, páginas 142 y 153, y en "Fallos" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomo 148, página 180; Risso Domínguez, trabajo citado en la nota anterior, página 113.

(1165) Constitución actual, art. 109 .

(1166) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 148, páginas 157 y 184; tomo 149, páginas 175 y 181-182. Además: Clariá Olmedo, op. cit., página 29.

(1167) Constitución actual, art. 75 , inc. 27.

(1168) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 101, páginas 364-365; tomo 148, página 184; tomo 149, páginas 175 y 182. Además: Joaquín V. González: "Manual de la Constitución Argentina", nº 641, página 645; José Nicolás Matienzo: "Cuestiones de Derecho Público Argentino", tomo 1º, página 251.

(1169) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 148, página 184; tomo 149, página 82.

(1170) Joaquín V. González: "Manual de la Constitución Argentina", nº 641, página 182.

(1171) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 101, página 365, considerando 4º.

(1172) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 101, página 405. En igual sentido: Joaquín V. González: "Manual de la Constitución Argentina", nº 643, página 646. Además: Clariá Olmedo, op. cit., págs. 72-73.

(1173) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 147, páginas 65-66, *in re* "Subteniente Pedro V. Mórtola por insubordinación"; además, tomo 54, página 589, *in re* "Coronel Mariano Espina por rebelión".

(1174) En sentido concordante: Risso Domínguez, trabajo citado en la nota 86, página 112.

(1175) Ver el n° 18.

(1176) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 149, página 180.

(1177) En sentido concordante: Esteban Imaz y Ricardo E. Rey: "El recurso extraordinario", páginas 49-50, segunda edición actualizada por los doctores Ricardo E. Rey y Lino Enrique Palacio.

(1178) Ver la ley n° 21944 -de 1979- que introdujo modificaciones a la ley n° 14029 . Tener presente la ley 23049 -de 1984-, que modifica varios artículos del Código de Justicia Militar.

(1179) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 175, páginas 177-179, *in re* "Francisco Fasola Castaño. Recurso extraordinario".

(1180) Enrique R. Aftalión y Laureano Landaburu (h.): "Acerca de las faltas o contravenciones", en "La Ley", 12 de noviembre de 1943, capítulo X.

(1181) Así ocurre en Portugal para ciertos comportamientos (Código Administrativo, art. 560).

(1182) James Goldschmidt y Georg Anders: "Deslinde entre los delitos administrativos y los criminales y aplicación de las normas generales del Derecho Penal al delito administrativo", en "El Derecho Penal Administrativo", página 58, Córdoba 1946, Universidad Nacional de Córdoba.

(1183) Ver las referencias de Enrique R. Aftalión en "Derecho Penal Económico", páginas 30-31, Buenos Aires 1959. Asimismo, en total sentido concordante, véase lo que expuse en el n° 39 de la presente obra, al referirme a las relaciones del derecho administrativo con el derecho penal.

(1184) Aftalión, obra citada, página 30.

(1185) Villegas Basavilbaso, tomo 1°, página 122.

(1186) Villegas Basavilbaso, tomo 3°, páginas 540-541.

(1187) Carlos Risso Domínguez: "Carácter y naturaleza de la jurisdicción disciplinaria militar", en "Jurisprudencia Argentina", tomo 27, página 128.

(1188) Enrique R. Aftalión y Laureano Landaburu (h.): "Acerca de las faltas o contravenciones", en "La Ley", 12 de noviembre de 1943, capítulo IX.

(1189) Véase el nº 7 de la presente obra.

(1190) Ver precedentemente, nº 74, texto y nota 303.

(1191) En este orden de ideas, y con referencia a cierta declaración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, véase el tomo 3º B, nº 1073, página 449.

(1192) Véase: D'Alessio, tomo 1º, página 230.

(1193) Renato Alessi: "Diritto Amministrativo", páginas 102 y 103; Silva Cimma, tomo 2º, página 104; García Trevijano Fos: "Principios jurídicos de la organización administrativa", página 186.

(1194) D'Alessio, tomo 1º, página 230.

(1195) Stassinopoulos: "Taité des actes administratifs", página 98; García Trevijano Fos: "Principios jurídicos de la organización administrativa", página 186.

(1196) Advierto que "*determinación de competencia*" y "*distribución de funciones*" son cosas distintas (ver nº 195).

(1197) Forsthoff: "Tratado de Derecho Administrativo", página 575; García Trevijano Fos: "Principios jurídicos...", página 190. Además, véase: Stassinopoulos, páginas 110-111.

(1198) Forsthoff, obra citada, página 575.

(1199) Véase: Fraga: "Derecho Administrativo", páginas 240-241. Además: Silva Cimma, tomo 2º, página 104; Sayagués Laso, tomo 1º, páginas 191-192. Algunos tratadistas, como García Trevijano Fos, pretenden distinguir "competencia" de "capacidad" diciendo que ésta se refiere a los fines de la persona jurídica, y aquélla al círculo de atribuciones de los órganos: capacidad de persona jurídica y competencia de órgano. Por ello es lícito hablar -dice- de que los municipios tienen capacidad, mientras que los ministerios tienen competencia, porque todos forman parte de la personalidad única del Estado ("Principios jurídicos de la organización administrativa", páginas 186-187). Tal distingo es sutil, pues en definitiva ambos institutos -capacidad y competencia- se refieren a la aptitud jurídica del ente para desplegar válidamente una actividad.

(1200) D'Alessio, tomo 1º, página 230; Alessi: "Diritto Amministrativo", página 104; Fraga, página 241; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, página 259.

(1201) Sayagués Laso: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, páginas 201-202. Ver, además: Llambías: "Tratado de Derecho Civil, Parte General", números 1129-30, Buenos Aires 1961; Linares, J. F.: "Derecho Administrativo", página 243, Buenos Aires 1986.

(1202) Sayagués Laso, op. cit., tomo 1º, página 202.

(1203) D'Alessio, tomo 1º, página 230; Alessi: "Diritto Amministrativo", página 104; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, página 259; Silva Cimma, tomo 2º, páginas 104 y 106.

(1204) En sentido concordante: Silva Cimma, tomo 2º, páginas 104 y 106.

(1205) D'Alessio, tomo 1º, página 231; Fraga, página 244; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, página 259; García Trevijano Fos, página 191.

(1206) En igual sentido: Fraga, página 244.

(1207) "*Ad-vocare*": tomar él mismo un asunto.

(1208) Silva Cimma, tomo 2º, página 106; además, véase: García Trevijano Fos, página 203.

(1209) D'Alessio, tomo 1º, página 232; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 261-262.

(1210) D'Alessio, tomo 1º, páginas 232-233; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, página 262.

(1211) D'Alessio, tomo 1º, páginas 233-234; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, página 262; Díez: "El acto administrativo", página 174.

(1212) D'Alessio, tomo 1º, página 234.

(1213) García Trevijano Fos, página 203. En sentido concordante: Silva Cimma, tomo 2º, página 107; Fiorini: "Recurso jerárquico", página 39, Buenos Aires 1963.

(1214) En sentido concordante: Sayagués Laso, tomo 1º, página 223.

(1215) Véanse el nº 50, donde hago referencia a las relaciones del derecho administrativo con la moral, y el nº 74, donde me refiero a la moral en su vinculación con los principios generales del derecho.

(1216) D'Alessio, tomo 1º, página 232; Flaminio Franchini: "La delegazione amministrativa", página 23; Silva Cimma, tomo 2º, página 106.

(1217) Aparicio Méndez: "La Jerarquía", página 143.

(1218) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 148, página 434, *in re* "A. M. Delfino & Cía., apelando de una multa impuesta por la Prefectura Marítima". Además, "Fallos", tomo 304, pág. 1898 .

(1219) Franchini: "La delegazione amministrativa", páginas 21-22.

(1220) Aparicio Méndez: "La Jerarquía", páginas 140-142.

(1221) D'Alessio, tomo 1º, página 232; García Trevijano Fos, página 200. Además: Stassinopoulos, página 111.

- (1222) Franchini: "La delegazione amministrativa", página 101.
- (1223) D'Alessio, tomo 1º, páginas 232 y 234; Franchini, páginas 75-76 y 98-101; Aparicio Méndez: "La Jerarquía", páginas 142-143; Stassinopoulos, páginas 110-111; García Trevijano Fos, páginas 200-201; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 262-263; Díez: "El acto administrativo", páginas 174-175; Silva Cimma, tomo 2º, página 107.
- (1224) Stassinopoulos, páginas 110-111.
- (1225) D'Alessio, tomo 1º, página 234; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, página 263.
- (1226) Franchini: "La delegazione amministrativa", páginas 74, 86 y 87.
- (1227) Franchini, op. cit., páginas 175-177.
- (1228) García Trevijano Fos: "Principios jurídicos de la organización administrativa", página 203.
- (1229) Franchini, op. cit., páginas 198-199.
- (1230) Franchini, op. cit., página 199. Entre nosotros, Bielsa estima que "el delegante continúa siendo responsable de los actos administrativos del delegado" ("El recurso jerárquico", página 66), opinión que, por las razones dadas en el texto, considero inaceptable.
- (1231) Antonio Cianflone: "La supplenza nelle funzioni amministrative" páginas 39-40, Milano 1955. En sentido concordante: García Trevijano Fos, página 198.
- (1232) Cianflone, op. cit., página 40. Véase el tomo 3º B, nº 995.
- (1233) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 175, página 375, *in re* "Elena Carman de Cantón c/ Nación s/ pensión"; tomo 190, página 154, *in re* "Sociedad Anónima Ganadera Los Lagos c/ Nación s/ nulidad de decreto".
- (1234) Alessi: "Diritto Amministrativo", página 103; García Trevijano Fos: "Principios jurídicos de la organización administrativa", página 204.
- (1235) Stassinopoulos: "Traité des actes administratifs", página 98.
- (1236) Alessi, op. cit., página 103; García Trevijano Fos, op. cit., página 204.
- (1237) García Trevijano Fos, op. cit., páginas 204-205.
- (1238) D'Alessio, tomo 1º, página 231; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, página 260; De Valles: "Elementi di diritto amministrativo", página 155; Sayagués Laso, tomo 1º, página 194; Silva Cimma, tomo 2º, página 105.
- (1239) De Valles: "Elementi...", página 155, nº 197.

- (1240) D'Alessio, tomo 1º, página 231; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, página 260; Sayagués Laso, tomo 1º, página 197.
- (1241) D'Alessio, tomo 1º, páginas 231-232; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 260-261; Sayagués Laso, tomo 1º, páginas 193-194; De Valles: "Elementi...", página 157; Silva Cimma, tomo 2º, páginas 104-105.
- (1242) García Trevijano Fos: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 2º, volumen 1º, página 397, Madrid 1971.
- (1243) Véase: Aparicio Méndez: "La Jerarquía", página 143, Montevideo 1950.
- (1244) Stassinopoulos: "Traité des actes administratifs", página 99.
- (1245) Arnaldo de Valles: "Elementi di diritto amministrativo", página 272; Silva Cimma: "Derecho Administrativo Chileno y Comparado", tomo 2º, página 107.
- (1246) Adolfo Posada: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 2º, página 513; De Valles, op. cit., página 272; Silva Cimma, tomo 2º, página 107.
- (1247) Silva Cimma, tomo 2º, páginas 108 y 124; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, página 270; D'Alessio, tomo 1º, página 239; Romano, página 119; García Oviedo, tomo 1º, página 303; Fragola: "Manuale di diritto amministrativo", página 81; Vitta, tomo 1º, página 171; Alessi: "Diritto Amministrativo", página 110; Sayagués Laso, tomo 1º, página 220; García Trevijano Fos, página 212.
- (1248) Silva Cimma, tomo 2º, páginas 108-109.
- (1249) Adolfo Posada: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 2º, páginas 514-516.
- (1250) Forsthoff: "Tratado de Derecho Administrativo", páginas 575-576.
- (1251) "Un organismo en el cual no existe una jerarquía difícilmente podrá cumplir los fines que se propuso, porque fatalmente caerá en el desorden y en la anarquía" (Rodolfo Bullrich: "Principios generales de derecho administrativo", página 173).
- (1252) En sentido concordante: Aparicio Méndez: "La Jerarquía", páginas 19, 20 y 30, Montevideo 1950; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, página 265; Sayagués Laso, tomo 1º, página 215.
- (1253) García Trevijano Fos: "Principios jurídicos de la organización administrativa", página 206; Aparicio Méndez: "La Jerarquía", páginas 12-13.
- (1254) Aparicio Méndez: "La Jerarquía", páginas 25-27; García Trevijano Fos: "Principios jurídicos...", página 207.
- (1255) Villegas Basavilbaso, tomo 2º, página 266; Aparicio Méndez: "La Jerarquía", páginas 34 y 38.

(1256) García Trevijano Fos, página 211; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, página 268; D' Alessio, tomo 1º, página 237; Romano, página 118; Vitta tomo 1º, página 168; Giannini: "Lezioni...", página 194; Silva Cimma, tomo 2º, página 123; Fragola: "Manuale...", página 80.

(1257) Galateria: "Teoria giuridica degli ordini amministrativi", página 43, Milano 1950.

(1258) García Trevijano Fos, página 211; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, página 268; D' Alessio, tomo 1º, páginas 237-239; Romano, página 118; Fragola, página 80; Sayagués Laso, tomo 1º, página 219.

(1259) García Trevijano Fos, página 211; Sayagués Laso, tomo 1º, página 218.

(1260) García Trevijano Fos, página 211; Sayagués Laso, tomo 1º, página 218.

(1261) García Trevijano Fos, página 212; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, página 269; D' Alessio, tomo 1º, página 238; Romano, página 119; Vitta, tomo 1º, página 169; Fragola, página 80; Giannini, página 194.

(1262) García Trevijano Fos, página 212; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 268-269; Romano, páginas 118-119; Vitta, tomo 1º, páginas 170-171; Fragola, páginas 80 y 81; Sayagués Laso, tomo 1º, páginas 219-220; Silva Cimma, tomo 2º, página 123; Giannini, página 195.

(1263) García Trevijano Fos, página 212; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, página 270; D' Alessio, tomo 1º, página 239; Romano, página 119; Vitta, tomo 1º, página 171; García Oviedo, tomo 1º, página 303; Sayagués Laso, tomo 1º, página 220; Fragola, página 81; Alessi: "Diritto Amministrativo", página 110; Silva Cimma, tomo 2º, página 124.

(1264) Fragola: "Manuale di diritto amministrativo", página 80.

(1265) D' Alessio, tomo 1º, página 239; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, página 270.

(1266) Aparicio Méndez: "La Jerarquía", páginas 49-50.

(1267) D' Alessio, tomo 1º, página 240.

(1268) D' Alessio, tomo 1º, página 240. Además, véase a Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 270-271.

(1269) De acuerdo a nuestro Código de Justicia Militar, aprobado por la ley nº 14029 , del 4 de junio de 1951, sólo incurre en desobediencia el militar que deja de cumplir "*sin causa justificada*", una orden del servicio (artículo 674). Para la obediencia en el orden militar, véanse, entre otros: Bachelet: "Disciplina militare e ordinamento giuridico statale", página 179 y siguientes; Galateria: "Teoria giuridica degli ordini amministrativi", páginas 234-242; Stassinopoulos: "Traité...", página 110.

(1270) Bullrich: "Principios...", página 177; Diez: "El deber de obediencia en la función pública", páginas 44 y 53; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 271-272, y tomo 3º, páginas 434-446. Véanse, además: Mayer: "Le droit administratif allemand", tomo 4º, páginas 70-77; Stassinopoulos, páginas 107-108; Galateria: "Teoria giuridica degli ordini amministrativi", páginas 228-234.

(1271) Villegas Basavilbaso, tomo 3º, páginas 437-438. La ley de contabilidad de la Nación, decreto ley n° 23354/56, aceptaba la teoría de la reiteración en los siguientes términos: "Las observaciones formuladas por el Tribunal de Cuentas serán comunicadas al organismo de origen y suspenderán el cumplimiento del acto en todo o en la parte observada. El Poder Ejecutivo, bajo su exclusiva responsabilidad, podrá insistir en el cumplimiento de los actos observados por el Tribunal de Cuentas. En tal caso, éste comunicará de inmediato al Congreso, tanto su observación como el acto de insistencia del Poder Ejecutivo, acompañando copia de los antecedentes que fundamentaron la misma. En jurisdicción de los poderes legislativo y judicial, la insistencia será dictada por el presidente de la respectiva cámara o por el de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respectivamente" (artículo 87).

(1272) Villegas Basavilbaso, tomo 3º, páginas 449-451, donde, además, hace referencia a diversos fallos de nuestros tribunales.

(1273) Vitta: "Diritto Amministrativo", tomo 1º, página 166, Torino 1948; García Trevijano Fos: "Principios jurídicos...", página 217.

(1274) Vitta, tomo 1º, página 186.

(1275) Vitta, tomo 1º, página 186.

(1276) En sentido concordante: Vitta, tomo 1º, página 186; Diez: "El deber de obediencia en la función pública", página 28.

(1277) Santamaría de Paredes: "Curso de Derecho Administrativo", página 87, Madrid 1898.

(1278) Véase: Bullrich: "Principios generales...", página 174.

(1279) Gascón y Marín: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, páginas 452-453, Madrid 1948.

(1280) Puede verse: Santamaría de Paredes, página 52; Gascón y Marín, tomo 1º, páginas 198-200.

(1281) Entre otros caracteres de las "potestades", la doctrina reconoce el de que son "irrenunciables" (Romano: "Corso di diritto amministrativo", páginas 143-144, Padova 1937; Giannini: "Lezioni di diritto amministrativo", página 268, Milano 1950).

(1282) Cuando se hace referencia a este tema, los autores, en general, no efectúan la debida y concreta distinción entre reglamentos "autónomos" y de "ejecución", por una parte, y reglamentos "delegados" y de "necesidad y urgencia", por otra parte, a los efectos de determinar el concreto origen positivo de cada uno de esos instrumentos jurídicos y su correlativo rango jerárquico frente a la ley formal. En tal sentido, véase: García Oviedo, "Derecho Administrativo", tomo 1º, páginas 72-74, Madrid 1943; Antonio Royo Villanova: "Elementos de Derecho Administrativo", tomo 1º, páginas 68-71, Valladolid 1948. En los casos concretos que se presenten, la preeminencia de rango entre una ley formal y un reglamento autónomo dependerá de las circunstancias particulares del caso (ver números 64 y 68), no pudiendo sostenerse, y menos aceptarse, como "principio" la prevaleciente aplicación de la ley formal respecto al reglamento autónomo, pues éste puede prevalecer respecto a la ley. Es distinto el origen de la potestad reglamentaria en Argentina y en Estados Unidos de América, por ejemplo; en este último país el Ejecutivo sólo tiene la potestad reglamentaria que le otorguen las "*leyes*" ordinarias del Congreso (Bernard Schwartz: "*Le droit administratif américain*", páginas 51-53, Paris 1953, Sirey), en tanto que entre nosotros la potestad del Ejecutivo para emitir reglamentos autónomos y de ejecución surge directamente de la Constitución Nacional.

(1283) Santamaría de Paredes, páginas 60-62; García Oviedo, tomo 1º, páginas 83-85; Fernández de Velasco Calvo: "Resumen de Derecho Administrativo...", tomo 1º, páginas 116-117; Royo Vilanova: "Elementos de derecho administrativo", tomo 1º, páginas 73-77; Gascón y Marín, tomo 1º, páginas 204-208; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 232-237.

(1284) Santamaría de Paredes, páginas 63-66; García Oviedo, tomo 1º, página 85; Fernández de Velasco Calvo: "Resumen...", tomo 1º, página 117; Gascón y Marín, tomo 1º, páginas 209-210; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 241-242.

(1285) García Oviedo, tomo 1º, página 85; Gascón y Marín, tomo 1º, páginas 211-212. Además: Santamaría de Paredes, página 66.

(1286) García Oviedo, tomo 1º, página 86; Gascón y Marín, tomo 1º, página 212.

(1287) García Trevijano Fos: "Principios jurídicos de la organización administrativa", páginas 191-192.

(1288) García Oviedo, tomo 1º, páginas 86-87; Gascón y Marín, tomo 1º, página 208; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 238-239. Además: Santamaría de Paredes, página 62.

(1289) Santamaría de Paredes, páginas 62-63; García Oviedo, tomo 1º, página 87; Gascón y Marín, tomo 1º, página 208.

(1290) Santamaría de Paredes, página 63; García Oviedo, tomo 1º, página 87; Jèze: "Principios generales del derecho administrativo", tomo 3º, páginas 92-93, Buenos Aires 1949, Depalma.

(1291) En sentido concordante: Adolfo Merkl: "Teoría general del derecho administrativo", páginas 356-357; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, página 240.

(1292) Jèze: "Principios generales del derecho administrativo", tomo 3º, página 94, Buenos Aires 1949, Depalma.

(1293) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 251, página 368 y siguientes, *in re* "Miguel Alberto Magallanes", tomo 254, página 88 y siguientes, *in re* "Carlos Alberto Paz".

(1294) Con relación a lo expresado en el texto, véase la actual ley n° 21289, del 14 de abril de 1976, que, en el orden nacional, establece supuestos que condicionan la aceptación de la renuncia.

(1295) Bonnard: "Precis de droit public", página 137; Troabas: "Manuel de droit public et administratif", página 69.

(1296) Waline: "Manuel élémentaire de droit administratif", página 172; García Trevijano Fos: "Principios jurídicos de la organización administrativa", página 221.

(1297) Adolfo Posada: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, página 248, n° 3, Madrid 1897.

(1298) Adolfo Posada: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, página 248, n° 3, Madrid 1897.

(1299) Jean Rivero: "Droit Administratif", páginas 271-272, Paris 1962.

(1300) Ya en otro lugar de esta obra me ocupé de la autoridad competente, en el orden nacional de nuestro país, para descentralizar orgánicamente (descentralización subjetiva) creando entidades autárquicas (véanse números 118-121).

(1301) En sentido contrario: Agustín A. Gordillo: "El acto administrativo", páginas 110-112, Buenos Aires 1963.

(1302) Véase el decreto del Poder Ejecutivo Nacional, número 969/80, sobre delegación de facultades en los ministros.

(1303) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 137, página 47 y siguientes, especialmente página 66, *in re* "Horta c/ Harguindeguy".

(1304) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 148, página 434, *in re* "A. M. Delfino & Cía., apelando de una multa impuesta por la Prefectura Marítima".

(1305) Para Aparicio Méndez la delegación supone desprendimiento de un deber funcional ("La Jerarquía", página 143, Montevideo 1950).

(1306) En igual sentido: Aparicio Méndez: "La Jerarquía", páginas 142-143.

(1307) Aparicio Méndez: "La Jerarquía", páginas 142-143.

(1308) Corte Suprema de Justicia, "Fallos", tomo 53, página 434, *in re* "Cullen c/ Llerena", tomo 54, página 181, *in re* "Lobos c/ Donovan".

(1309) Corte Suprema de Justicia, "Fallos", tomo 154, página 200, *in re* "Fernando Orfila interpone recurso de hábeas corpus a favor de Alejandro Orfila".

(1310) Colmeiro: "Derecho Administrativo Español", tomo 1º, página 20, nº 36, Madrid 1858; Hauriou: "Précis de droit administratif et de droit public", página 71, Paris 1933.

(1311) En sentido concordante: García Trevijano Fos, página 221. En los Estados, países o provincias nuevos, de escasa población, la justicia suele presentarse "centralizada". A medida que el Estado, país o provincia crecen en población y en actividades, aparece la necesidad de "descentralizar" la justicia, mediante la creación e instalación de nuevos tribunales en otras zonas o lugares.

(1312) Gascón y Marín: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, página 476; Linares Quintana: "Gobierno y Administración de la República Argentina", tomo 1º, página 117; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 285-286; Silva Cimma: "Derecho Administrativo Chileno y Comparado", tomo 2º, página 112. Además: Rolland: "Précis de droit administratif", página 141.

(1313) Colmeiro, op. cit., tomo 1º, página 20, nº 36; Gascón y Marín, op. cit., tomo 1º, página 476; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, página 286; Silva Cimma, op. cit., tomo 2º, página 112.

(1314) Tito Prates da Fonseca: "Lições de Direito Administrativo", página 83, Río de Janeiro 1943.

(1315) Roberto Lucifredi - Giuseppe Coletti: "Descentramento Amministrativo", página 4, Torino 1956; Rispoli: "Istituzioni di diritto amministrativo", página 78; Bullrich: "Principios generales de derecho administrativo", página 172; Sayagués Laso: "Tratado...", tomo 1º, página 207.

(1316) Waline, página 174; Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", páginas 73-74; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 295-296; Lucifredi-Coletti, página 4; Sayagués Laso: "Tratado...", tomo 1º, página 207; Vedel, página 460; Silva Cimma, tomo 2º, página 113; Rivero, página 273, nº 317.

(1317) Trotabas: "Manuel de droit public et administratif", página 72; Waline, página 174; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 295-296; Lucifredi-Coletti, página 4; Sayagués Laso: "Tratado...", tomo 1º, página 240; Vedel, páginas 460-461; Rivero, página 273, nº 317; Silva Cimma, tomo 2º, página 113.

(1318) Charles Eisenmann: "Centralisation et décentralisation", páginas 70, 71, 86, 87, Paris 1948.

(1319) Maurice Hauriou: "Précis de droit administratif et de droit public", página 74, Paris 1933.

(1320) Hauriou, op. cit., página 74.

(1321) Hauriou, op. cit., páginas 74-75.

(1322) Hauriou, op. cit., página 75.

(1323) Rolland, página 144, n° 164; Lucifredi-Coletti, páginas 2-3; Laubadère: "Traité élémentaire de droit administratif", página 79.

(1324) Gascón y Marín, tomo 1º, página 481; Laubadère, op. cit., páginas 78-79; Lucifredi-Coletti, páginas 2 y 3; Vedel, página 466.

(1325) Rolland, página 144, n° 164; Waline, páginas 172 y 173. Waline, recordando una expresión de Augusto Comte, dice que actualmente los gobernantes se han convertido en "*especialistas de generalidades*": deben limitarse a dar directivas de principio, sin penetrar en los detalles de los asuntos. Una división del trabajo se impone entre los órganos centrales, que sólo deben atender los negocios más importantes, y las autoridades locales, que deben resolver, en el terreno mismo, gran cantidad de problemas. Luego, para hacer resaltar los efectos ridículos de la centralización, Waline recuerda que por un decreto el Presidente de la República francesa debió autorizar a una persona la construcción de un gallinero de tres metros, al costado de una línea férrea; y termina diciendo: he ahí de qué se ocupa el gabinete de un ministro! (Waline, página 173).

(1326) Waline, páginas 172 y 173; Vedel, página 466.

(1327) En sentido concordante: Bullrich: "Curso de Derecho Administrativo", tomo 2º, páginas 81-82, Buenos Aires 1932; Rispoli: "Istituzioni di diritto amministrativo", página 80, Torino 1929; Lucifredi-Coletti: "Decentramento Amministrativo", página 3, Torino 1956; Silva Cimma: "Derecho Administrativo Chileno y Comparado", tomo 2º, páginas 117-118, Santiago de Chile 1961.

(1328) D'Alessio: "Istituzioni di diritto amministrativo italiano", tomo 1º, página 247, n° 159.

(1329) Trotabas: "Manuel de droit public et administratif", páginas 70-71.

(1330) Rolland: "Précis de droit administratif", página 143, n° 163.

(1331) Sobre control en la Administración, véanse las interesantes expresiones de Fiorini: "Teoría de la justicia administrativa", página 157 y siguientes, Buenos Aires 1944.

(1332) En nuestro país fue el profesor Rafael Bielsa quien, siendo subsecretario del entonces ministro de Justicia e Instrucción Pública (año 1933), tuvo la plausible iniciativa de instituir y organizar el "*recurso jerárquico*" en la Administración Pública (véase: Bielsa: "El recurso jerárquico", página IX, Buenos Aires 1953). Esto demuestra que cuando la

función pública es desempeñada por personas idóneas, su acción deja un positivo saldo a favor del progreso de las instituciones.

(1333) Véanse los artículos 23 y 113, inciso 1º, de la ley de procedimiento administrativo de España, del 17 de julio de 1958; además: Eduardo Vivancos: "Comentarios a la ley de procedimiento administrativo", página 183, Barcelona 1959.

(1334) Sin perjuicio de que, en la presente obra, al estudiar el "acto administrativo" me referiré a la revocación, advierto que lo atinente a ella ya lo examiné en otro lugar. Véase mi: "Tratado del Dominio Público", números 147-150, Buenos Aires 1960.

(1335) Véase el nº 7, donde se hace referencia a doctrina y jurisprudencia concordante con lo expresado en el texto. Por su parte, el Dr. José Nicolás Matienzo, en uno de sus dictámenes como Procurador General de la Nación, sostuvo que la Municipalidad de la Capital no puede alegar la inconstitucionalidad de las leyes del Congreso, porque las garantías constitucionales han sido dadas a los "*particulares*" contra las autoridades ("Cuestiones de Derecho Público Argentino", tomo 1º, página 89). La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cierta oportunidad manifestó, en síntesis, que la cosa juzgada administrativa no opera en contra de los administrados ("Fallos", tomo 228, páginas 186 y 194, *in re* "Clara Val viuda de Redrado c/ Instituto Nacional de Previsión Social"); esta declaración del alto Tribunal robustece lo dicho en el texto acerca de los verdaderos destinatarios de las normas que instituyen y regulan "*recursos*" en el procedimiento o trámite administrativo, pues la "*cosa juzgada administrativa*" es la resultante final de un procedimiento o trámite administrativo.

(1336) Véase el nº 22, texto y notas 148 y 149.

(1337) Constitución actual, art. 99, inc. 1º.

(1338) Para Giuliani Fonrouge, el Tribunal de Cuentas "actúa en cierto modo como un instrumento técnico del Congreso" ("Derecho Financiero", tomo 1º, página 238); pero, como lo expresé en otro lugar (nº 22, nota 148), aun aceptando tal posición, trataríase en definitiva del control realizado entre órganos de *igual* jerarquía -donde no hay "subordinación" de uno respecto al otro-, ya que el Congreso, desde el punto de vista institucional, no está colocado por encima del Ejecutivo, sino en el mismo plano que éste.

(1339) Giannini: "Lezioni di diritto amministrativo", páginas 198 y 201.

(1340) Giannini, op. cit.

(1341) Entre nosotros, en el orden nacional, el control de "*legitimidad*" en la Administración hallábase a cargo del Tribunal de Cuentas de la Nación (decreto-ley sobre contabilidad, número 23354/56, artículo 85, inciso a.).

(1342) Véase precedentemente, nº 200, texto y nota 177, y entre otros los siguientes expositores: Romano, páginas 118-119; Fragola, página 80; Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 268-269; Sayagués Laso, tomo 1º, páginas 219-220; Giannini, página 195.

(1343) En sentido concordante: De Valles: "Elementi di diritto amministrativo", páginas 229-230, n° 281.

(1344) Por principio, un acto aislado irregular no justifica la "intervención", sino únicamente la modificación o extinción del acto irregular.

(1345) Sayagués Laso, tomo 2º, página 440, n° 925.

(1346) En igual sentido: Vitta, tomo 1º, páginas 170-171.

(1347) En general, esto se vincula a los límites de la potestad de la Administración Pública para extinguir por "*revocación*" los actos administrativos, materia de la cual ya me ocupé en mi "Tratado del Dominio Público", n° 149, y de la que volveré a ocuparme en la presente obra al referirme a los actos administrativos.

(1348) Si bien la generalidad de la doctrina está conteste en que la "*autorización*" actúa como requisito de la "*validez*" del acto respectivo, Vignocchi sostiene que la "*autorización*" es requisito de la "*eficacia*" de dicho acto (Gustavo Vignocchi: "La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa", páginas 107-108, 111 y 129, Padova 1944). Estimo que aquí no cuadra hablar de "*eficacia*" del acto, pues la "*autorización*" se refiere a un acto que hasta entonces no fue emitido. Mediante la previa "*autorización*", el acto se emite *válidamente*, y como en el ámbito jurídico nada hay que impida su inmediata "*ejecutoriedad*", el acto tiene entonces plena eficacia. Pero ésta no deriva precisamente de la "*autorización*", sino de la *validez* del acto resultante de habersele emitido con posterioridad a la autorización. El acto que, requiriendo "*autorización*", es emitido en base a ésta, nace "*válido*" y, además, plenamente eficaz, puesto que, en tales supuestos, el ordenamiento jurídico no contiene traba alguna a dicha eficacia. "*Validez*" y "*eficacia*" son conceptos distintos. Sólo puede hablarse de "*ineficacia*" de un acto válido cuando dicho acto carezca de fuerza ejecutoria (De Valles: "Elementi...", página 153), lo que no ocurre en este caso, donde la "*eficacia*" no está en juego.

(1349) En sentido concordante: Presutti, tomo 1º, página 184; Heredia: "Contralor administrativo sobre los entes autárquicos", páginas 53 y 72-73, y "Contralor", en "Entidades autárquicas institucionales. Bases para una ley orgánica", publicado por la Federación Argentina de Colegios de Abogados, Instituto Argentino de Estudios Legislativos, página 38; Sayagués Laso, tomo 1º, páginas 414-415; Spota: "Tratado de Derecho Civil. El Sujeto del Derecho. Personas Jurídicas", página 306.

(1350) Zanobini, tomo 1º, página 241; De Valles: "Elementi...", página 168.

(1351) Heredia: "Contralor administrativo sobre los entes autárquicos", página 73; Sayagués Laso, tomo 1º, página 416.

(1352) Villegas Basavilbaso, tomo 2º, página 310; Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 229.

(1353) Vignocchi, op. cit., páginas 117-119.

(1354) Véase: Flaminio Franchini: "Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'amministrazione e i privati", páginas 85 y siguientes, 96 y siguientes, 105 y siguientes, 113 y siguientes, Milano 1957.

(1355) Vitta, tomo 1º, página 332, nº 78; Sayagués Laso, tomo 1º, página 415.

(1356) Romano, páginas 240-241; Zanolini, tomo 1º, página 241; Lentini, tomo 1º, página 189. Pero la "*autorización*" no sólo puede referirse al "*ejercicio*" de un derecho preexistente, sino también a la "*adquisición*" de un derecho (Raneletti: "Teoría degli atti amministrativi speciali", página 21, Milano 1945). Como ejemplo de autorización referida a la adquisición de un derecho, puede recordarse lo que ocurre en muchos países con la adquisición de inmuebles, que requiere ser previamente autorizada por la autoridad pública. Es lo sucedido en Francia con la ley del 16 de noviembre de 1940, según la cual la validez de las transmisiones de dominio sobre "inmuebles" requiere la previa autorización de la Administración (véase: René Malterre: "L'autorisation administrative préalable en matière d'opérations immobilières", Corbeil 1943); y es lo que ocurre en nuestro país con la adquisición de inmuebles situados dentro del perímetro de las "zonas de seguridad", en cuyos supuestos los extranjeros que deseen adquirir inmuebles deben ser previamente autorizados por la Dirección de Zonas de Seguridad.

(1357) Véase: Gustavo Vignocchi: "La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa", páginas 17-18, 108 y 112.

(1358) D'Alessio, tomo 2º, página 164.

(1359) Vitta, tomo 1º, página 332.

(1360) Maspétiol y Laroque: "La tutelle administrative", página 270; Presutti, tomo 1º, página 185; Heredia: "Contralor administrativo...", página 73.

(1361) Romano, página 242; Vignocchi: "La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa", páginas 4-12; Bielsa: "Régimen jurídico de las autorizaciones y aprobaciones administrativas", en "Anuario del Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas", Universidad Nacional del Litoral, páginas 10, 30-32, Rosario 1944; Spota: "Tratado de Derecho Civil. El Sujeto del Derecho. Personas Jurídicas", páginas 310 y 311.

Para "*acto complejo*", véase: Zanolini, tomo 1º, páginas 233-234; Raneletti: "Teoria degli atti amministrativi speciali", página 117 y siguientes.

(1362) En igual sentido: Bielsa, trabajo citado en la nota precedente, página 32.

(1363) Según Bielsa, ése sería el fundamento histórico-jurídico de la "*autorización*" ("Derecho Administrativo", tomo 1º, página 230), criterio que comparto.

(1364) Roland Maspétiol y Pierre Laroque: "La tutelle administrative", páginas 272-273; Heredia: "Contralor administrativo sobre los entes autárquicos", página 73; Spota: "Tratado de Derecho Civil. El Sujeto del Derecho. Personas Jurídicas", página 311.

(1365) Maspétiol y Laroque, páginas 273-274; Sayagués Laso, tomo 1º, página 415; Spota: "Tratado de Derecho Civil. El Sujeto del Derecho. Personas Jurídicas", páginas 311-312.

(1366) Bielsa: "Régimen jurídico de las autorizaciones y aprobaciones administrativas", página 32.

(1367) Presutti, tomo 1º, página 18; Sayagués Laso, tomo 1º, página 416. El ejemplo que da Sayagués Laso (permiso de pesca) así lo demuestra.

(1368) Resta: "La revoca degli atti amministrativi", páginas 106-107; Alessi: "La revoca degli atti amministrativi", páginas 16-17; Gabino Fraga: "Derecho Administrativo", páginas 310-311. "Los actos que producen efectos instantáneos, esto es que no se prolongan en el tiempo, no son susceptibles de revocación, pues respecto de ellos no puede surgir la divergencia sobreviniente con el interés público, ya que si éste cambia, el acto ha producido ya todos los efectos que estaba destinado a producir. ... Por lo tanto, la revocación sólo es posible para aquellos actos que producen efectos durante cierto tiempo, y únicamente mientras tales efectos se están produciendo, es decir para los actos llamados de tracto sucesivo o de *tractum* de futuro" (Fraga, loc. cit.).

(1369) Resta: "La revoca...", páginas 220-224; Baldi Papini: "L'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi invalidi", páginas 90-91.

(1370) Maspétiol y Laroque: "La tutelle administrative", página 274; Bielsa, tomo 1º, página 235, y "Régimen jurídico de las autorizaciones y aprobaciones administrativas", páginas 23 y 31; Spota: "Tratado de Derecho Civil. El Sujeto del Derecho. Personas Jurídicas", página 312.

(1371) Bielsa: "Régimen jurídico de las autorizaciones y aprobaciones administrativas", página 31.

(1372) En sentido concordante: Sayagués Laso: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, página 417. Además: D'Alessio, tomo 2º, página 165; Romano, página 242; Fraga, página 206.

(1373) Vignocchi: "La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa", páginas 32-35, 110-114; Sandulli: "Il procedimento amministrativo", páginas 272-273.

(1374) La diferencia entre *validez* y *eficacia* es bien clara: "válido" es el acto que ha nacido conforme al ordenamiento positivo vigente. En cambio, la "eficacia" del acto sólo se vincula a su ejecutoriedad, a su fuerza ejecutoria, a la posibilidad de ponerlo inmediatamente en práctica (véase De Valles: "Elementi di diritto amministrativo" página 153). No obstante, nuestra Constitución Nacional, para cierto supuesto, exige *simultáneamente* la "autorización" y la "aprobación" (art. 86, inciso 18 *).

* Constitución actual, art. 99, inc. 15.

(1375) Véase: Sandulli: "Il procedimento amministrativo", página 271.

(1376) Ranelletti: "Teoria degli atti amministrativi speciali", página 27; D'Alessio, tomo 2º, página 165; Alessi: "Diritto Amministrativo", página 260; Fraga, página 206; Lentini, tomo 1º, página 190.

(1377) Baldi Papini: "L'annullamento di ufficio degli atti amministrativi invalidi", página 90.

(1378) Villegas Basavilbaso, tomo 2º, página 310.

(1379) En idéntico sentido: Sayagués Laso, tomo 1º, página 419. En cambio, Vitta considera que la "aprobación", como acto de la autoridad administrativa, sólo concierne a actos de entes públicos y no de personas privadas (tomo 1º, página 339), opinión que juzgo inaceptable: ninguna regla de derecho permite rechazar la afirmación de que la aprobación tanto puede referirse a actos de entes públicos como a actos de personas particulares; el ejemplo de los concesionarios de servicios públicos, a que hice referencia, es bien elocuente.

(1380) En idéntico sentido: Sandulli: "Il procedimento amministrativo", páginas 270, 275 y 279. En contra: D'Alessio, tomo 2º, página 165.

(1381) Véase el nº 229, texto y notas 268-271.

(1382) Maspétiol y Laroque: "La tutelle administrative", página 270; Heredia: "Contralor administrativo...", páginas 63 y 76.

(1383) Ranelletti: "Teoria degli atti amministrativi speciali", página 27; Romano, página 243; D'Alessio, tomo 2º, página 165; Vitta, tomo 1º, página 342; Lentini, tomo 1º, página 190; Fraga, página 207; Bielsa: "Régimen jurídico de las autorizaciones y aprobaciones administrativas", en "Anuario del Instituto de Derecho Público. Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas. Universidad Nacional del Litoral", páginas 10, 30, 31 y 32, Rosario 1944; Spota: "Tratado de Derecho Civil. El Sujeto del Derecho. Personas Jurídicas", páginas 310-311.

(1384) Sayagués Laso: "Tratado...", tomo 1º, página 417.

(1385) Fraga: "Derecho Administrativo", página 207.

(1386) Ranelletti: "Teoria degli atti amministrativi speciali", página 27.

(1387) Heredia: "Contralor...", página 63.

(1388) Entre otros autores, véase: Ranelletti: "Teoria degli atti amministrativi speciali", páginas 26-27; Fraga, página 207; Sandulli: "Il procedimento amministrativo", páginas 273 y 274.

(1389) D'Alessio, tomo 2º, página 165.

(1390) Sayagués Laso: "Tratado...", tomo 1º, páginas 418-419.

(1391) Ranelletti, página 28; Alessi: "Diritto Amministrativo", página 261; Sandulli: "Il procedimento amministrativo", páginas 278 y 279.

(1392) En sentido concordante: Heredia: "Contralor...", página 78.

(1393) Maspétiol y Laroque: "La tutelle administrative", páginas 270, 273-274. En igual sentido: Spota: "Tratado de Derecho Civil. El Sujeto del Derecho. Personas Jurídicas", páginas 311- 312.

(1394) En el sentido del texto: Resta: "La revoca degli atti amministrativi", páginas 221-223. Puede verse, además: Heredia: "Contralor administrativo...", páginas 76-77; Bielsa: "Régimen jurídico de las autorizaciones...", página 32.

(1395) Resta: "La revoca degli atti amministrativi", páginas 106-107; Alessi: "La revoca degli atti amministrativi", páginas 16-17; Fraga: "Derecho Administrativo", páginas 310-311. Véase la precedente nota 280; Sandulli: "Il procedimento amministrativo", página 404, quien expresamente manifiesta que la "aprobación" no puede ser revocada porque constituye un acto de eficacia instantánea.

(1396) Baldi Papini: "L'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi invalidi", páginas 90-91; Resta: "La revoca degli atti amministrativi", páginas 223-224; Sandulli: "Il procedimento amministrativo", páginas 403-404, nº 5. Además, véase: Alessi: "La revoca degli atti amministrativi", páginas 118-119.

(1397) Entre estos casos de "*aprobación*" dada a actos de particulares, y las "*autorizaciones*" otorgadas a particulares (ver nº 229, texto y nota 279) hay una diferencia esencial. Mientras que la "*aprobación*" implica el reconocimiento de un nuevo derecho para la persona a quien ella es otorgada (verbigracia, el mencionado supuesto de la aprobación de tarifas a concesionarios de servicios públicos), la "*autorización*" sólo traduce la remoción de un obstáculo legal para el ejercicio de un derecho ya existente. Esa diferencia fundamental en las situaciones mencionadas, justifica una distinta solución legal para cada una de ellas.

(1398) Recaredo Fernández de Velazco: "Los contratos administrativos", página 115; Sandulli: "Il procedimento amministrativo", página 270. Además: Bielsa, tomo 1º, página 231; Spota: "Tratado de Derecho Civil. El Sujeto del Derecho. Personas Jurídicas", página 307.

(1399) En sentido concordante: Sayagués Laso, tomo 1º, página 419; Heredia: "Contralor...", páginas 54 y 77.

(1400) Alessi: "Diritto Amministrativo", página 261; Spota: "Tratado de Derecho Civil. El Sujeto del Derecho. Personas Jurídicas", página 307. Véase, además: Sandulli: "Il procedimento amministrativo", página 279.

(1401) Alessi: "Diritto Amministrativo", página 261; Spota: "Tratado de Derecho Civil. El Sujeto del Derecho. Personas Jurídicas", página 307.

(1402) La "conformidad" del Tribunal de Cuentas a los actos administrativos sometidos a su consideración (decreto-ley número 23354/56, artículo 85, inciso a) implicaba un "visto-bueno" a dichos actos. En cuanto a los actos de "particulares" o "administrados", el *visto-bueno* puede tener lugar en el curso de la ejecución de contratos administrativos, donde, por ejemplo, a una solicitud del contratista previamente corresponda la comprobación de si ella concuerda con la ley pertinente o con el contrato. Respecto al *alcance* del contralor del Tribunal de Cuentas de la Nación, ver Corte Suprema, "Fallos", tomo 304, páginas 191 -194, *in re* "Almagro c/ Nación Argentina".

(1403) Ranelletti: "Teoria degli atti amministrativi speciali", página 27; Vitta, tomo 1º, página 343; Heredia: "Contralor,...", página 80; Sandulli: "Il procedimento amministrativo", página 282.

(1404) Alessi: "Diritto Amministrativo", página 260.

(1405) Sandulli: "Il procedimento amministrativo", páginas 281-282, nº 4. Además, véase: Ranelletti, op. cit., páginas 27-28; Vitta, tomo 1º, página 343.

(1406) Alessi: "Diritto Amministrativo", página 260.

(1407) Heredia: "Contralor...", página 81.

(1408) Sayagués Laso, tomo 2º, páginas 446-447.

(1409) La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de pronunciarse, a través de acciones de amparo, acerca de la suspensión de actos administrativos. En ciertas ocasiones hizo lugar a ella ("Fallos", tomo 250, página 163, considerando 5º); en otras la desestimó ("Fallos", tomo 253, página 18, considerando 3º). Además, sobre este punto, véase: Guillermo Becerra Ferrer: "Naturaleza y presupuestos del recurso de amparo", páginas 20-21, Córdoba 1960, Universidad Nacional de Córdoba, y en "Jurisprudencia Argentina", 1959-V, página 92, sección doctrinaria; Germán J. Bidart Campos: "Derecho de Amparo", páginas 311-313, Buenos Aires 1961.

(1410) Alberto G. Spota: "Medidas Cautelares", páginas 57, 63-64, Buenos Aires 1946, separata de "Estudios de Derecho Procesal en Honor de Hugo Alsina", Ediar S.A.

(1411) Emilio Bonaudi: "Della sospensione degli atti amministrativi", páginas 82-83 y 89, Torino 1908.

(1412) Argañarás expresa un concepto de "*daño irreparable*" de franca inspiración en la fórmula "*Fiscus semper solvens*" ("Tratado de lo contencioso administrativo", página 247); de ahí que estime que la irreparabilidad estaría más bien relacionada con el *derecho* mismo que el acto vulnera, y habría "*perjuicio irreparable*" cuando la ejecución del acto administrativo hiciera frustráneo el derecho subjetivo del interesado, sin que a éste le quede una vía apta para conseguir la reparación debida (op. cit., página 248). Esta posición, que no es la seguida generalmente para establecer el concepto de daño irreparable, la juzgo, además, inaceptable, porque es inexacto que en nuestro ordenamiento jurídico no exista

alguna vía apta para que el titular de un "*derecho subjetivo*", sea que éste tenga o no su origen en un acto administrativo, consiga la reparación debida en el supuesto de un ataque injusto a tal derecho.

(1413) En mi obra "Caducidad y revocación de la concesión de servicios públicos", páginas 106-109, y en mi "Tratado del Dominio Público", n° 169, páginas 456-458, mencioné diversos casos de ilegalidad manifiesta que justifican la suspensión del respectivo acto. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en ocasiones invocó la "*ilegalidad manifiesta*", como fundamento para expedirse en cuestiones sobre suspensión de actos administrativos ("Fallos", tomo 253, páginas 15 y 18, considerando 3°). Además, véase "Fallos", tomo 293, pág. 138, considerando 4°.

(1414) Pero así como el acto administrativo portador de una "*ilegalidad*" manifiesta corresponde suspenderle, del mismo modo el acto administrativo de manifiesta o aparente "*legalidad*" no debe ser suspendido en sus efectos. Especialmente los miembros del Poder Judicial deben proceder con harta cautela o prudencia en esta materia, so pena de incurrir en una violación del principio constitucional de separación de los poderes estatales. En tal orden de ideas, no procedería que un juez ordene la suspensión de un decreto del Poder Ejecutivo que disponga postergar la exportación de trigo hasta tanto quede establecido si las existencias del cereal, deducido el cupo que se autoriza exportar, serán suficientes para abastecer el consumo interno de la población. Tal decreto, que habría sido dictado por el Poder Ejecutivo en ejercicio de facultades constitucionales propias, sería, además, de "*orden público*", ya que tiende a satisfacer el "interés orgánico de la sociedad" (véase el n° 159, nota 76, donde hago referencia al concepto de orden público); por eso no sería concebible que los jueces hicieren lugar a acciones de amparo deducidas por exportadores para lograr que éstos cumplan contratos celebrados con anterioridad al decreto que posterga la exportación, tanto más cuanto cualquier contrato que se hubiere celebrado al efecto lleva implícita la condición de no afectar la cantidad de cereal necesaria para el consumo interno de la población del país. Hay en esto una particular y obvia aplicación del viejo principio de derecho -recibido expresamente por nuestro ordenamiento positivo, constitucional y legal- que prohíbe perjudicar o dañar a otros: "*alterum non laedere*" (ver n° 74, texto y notas 286-288). En este caso particular, los "terceros" y los "otros" están representados por el "*pueblo*", por la población en general.

(1415) En sentido concordante: Sayagués Laso, tomo 2°, página 447.

(1416) Véase precedentemente, n° 7, texto y notas 69 y 70.

(1417) Constitución actual, art. 99, inc. 1°.

(1418) En sentido concordante: Villegas Basavilbaso, tomo 2°, páginas 314-315. Heredia también llega a la misma conclusión que doy en el texto, pero utilizando otros argumentos ("Contralor...", página 87).

(1419) Heredia: "Contralor...", página 64.

(1420) En sentido concordante: Garrido Falla: "Régimen de impugnación de los actos administrativos", página 288; Sayagués Laso, tomo 1º, página 471. En general, aun dentro del derecho administrativo, la noción de "recurso" se inspira en la que al respecto suministra el derecho procesal; véase la constructiva obra de Ibáñez Frocham: "Tratado de los recursos en el proceso civil", páginas 93-95.

(1421) Sayagués Laso, tomo 1º, página 470.

(1422) Fiorini: "Teoría de la justicia administrativa", página 169.

(1423) Sayagués Laso, tomo 1º, página 471, nº 299.

(1424) Actualmente rige el decreto nº 1759/72, y sus modificatorios, reglamentario del decreto-ley nº 19549/72. Hoy rige el decreto 1883/91.

(1425) En igual sentido: Garrido Falla: "Régimen de impugnación de los actos administrativos", páginas 293-294.

(1426) Garrido Falla, op. cit., página 294.

(1427) Así lo disponen los dos más recientes proyectos de ley de procedimiento administrativo: para la provincia de Buenos Aires, preparado en el año 1961 por el Instituto de Derecho Político, Constitucional y Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata, dirigido por el Dr. Bartolomé A. Fiorini, artículo 17; para la provincia de Córdoba, redactado en el año 1963 por el Dr. Guillermo Alberto Saravia, artículo 79. Lo mismo dispone la ley española de procedimiento administrativo, del 17 de julio de 1958, artículo 69. En igual sentido: Garrido Falla: "Régimen de impugnación de los actos administrativos", página 293.

(1428) Así lo dispone el decreto reglamentario nº 1759/72, artículos 77 y 15. Actualmente rige el decreto 1883/91.

(1429) Transcribo un correcto dictamen sobre este punto, tomado de un expediente administrativo, donde el letrado que lo escribió sostiene la exacta posición jurídica: "Señor Secretario General: Esta asesoría tiene reiteradamente dictaminado que la publicidad es de la esencia del régimen republicano de gobierno y la no vista al interesado, de las correspondientes actuaciones administrativas, sólo se justifica en los expedientes *reservados* por razón de la materia, o en los que existiendo otros terceros interesados, el conocimiento de las actuaciones puede significar ventaja indebida para cualquiera de ellos. Esas circunstancias no se dan en el caso de autos, por lo que corresponde acceder a lo solicitado por el recurrente. Asuntos Legales, 27 de mayo de 1962. Aníbal Eugenio Sorçaburu. Abogado Jefe Asuntos Legales. Dictamen nº 1004/62".

(1430) Véase el constructivo trabajo de Agustín A. Gordillo: "La vista de las actuaciones en el procedimiento administrativo", publicado en "Estudios de Derecho Administrativo", páginas 89-109, Buenos Aires 1963, donde analiza todo lo atinente a la "publicidad" de las actuaciones administrativas, e incluso qué actuaciones podrán declararse "*reservadas*" -o

sea "secretas"- por la Administración. El proyecto de ley sobre procedimiento en la Administración Pública para la provincia de Buenos Aires, preparado por el Instituto de Derecho Político, Constitucional y Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata, que dirige el Dr. Bartolomé A. Fiorini, declara que para los interesados y sus letrados "no habrá actuación o informe secreto", salvo que una ley expresamente disponga lo contrario (artículo 16). Véase: Nélida Raquel Agféro: "La vista de las actuaciones en la ley 19549 y decreto 1759/72", en "Revista Argentina de Derecho Administrativo", n° 4.

(1431) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 237, páginas 193 y 196-197, *in re* "S.A. Cía. Azucarera del Norte". Además: Agustín A. Gordillo: "La apertura a prueba en el procedimiento administrativo", en "Revista de Administración Pública", n° 1, Buenos Aires abril-junio de 1961, página 45.

(1432) Gordillo: "La apertura a prueba en el procedimiento administrativo", citado en la nota precedente, páginas 46, 48 y 49. Además, véase mi trabajo "La garantía de libre defensa y la instancia administrativa", en "Jurisprudencia Argentina", tomo 22-1974, nota a fallo.

(1433) Hugo Alsina: "Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial", tomo 1º, página 561, nota 41; Rafael Bielsa: "Cuestiones de jurisdicción. Acciones y recursos", página 25, Buenos Aires.

(1434) García Trevijano Fos: "Principios jurídicos de la organización administrativa", páginas 191-192.

(1435) Bielsa: "Cuestiones de jurisdicción. Acciones y recursos", página 26.

(1436) García Trevijano Fos, página 191. En concreto para el recurso jerárquico: Bielsa: "Cuestiones de jurisdicción", página 26, y "El recurso jerárquico", páginas VIII y X; Marcelo M. Pearson: "Del recurso jerárquico", páginas 16 y 19. Después de muchas vacilaciones, Fraga se resuelve por la tesis de que la "*decisión*" recaída en un recurso administrativo no tiene carácter jurisdiccional ("Derecho Administrativo", páginas 804-807). Con relación al recurso jerárquico niegan que la "*decisión*" recaída en el mismo tenga carácter jurisdiccional: Villegas Basavilbaso, tomo 2º, páginas 244-245; Fiorini: "Recurso Jerárquico", páginas 17-18, Buenos Aires 1963; Díez: "El acto administrativo", páginas 38-39.

(1437) En efecto, en el considerando primero de dicho decreto se dice así: "Que es necesario dar la mayor amplitud y certeza a las garantías *jurisdiccionales* en la esfera de la Administración Pública dentro del sistema constitucional, tanto para los administrados como para los funcionarios públicos". El actual decreto-ley sobre procedimiento administrativo (n° 19549/72), en su exposición de motivos (cap. IV, último párrafo), y su decreto reglamentario n° 1759/72, art. 99, aceptan la existencia de actos administrativos de tipo "*jurisdiccional*". Ver decreto n° 1883/91.

(1438) Bielsa: "Derecho Administrativo", tomo 1º, página 171.

(1439) Ver número 18, texto y nota 119. Pero esa jurisprudencia de la Corte Suprema, en cuanto limita la procedencia del recurso extraordinario a los actos administrativos de tipo "*jurisdiccional*", no es aceptable: tal recurso debe admitirse contra *todo* acto administrativo, jurisdiccional o no, que vulnere una garantía constitucional. Ver nº 280, texto y notas.

(1440) En idéntico sentido: Fraga: "Derecho Administrativo", página 808; Sayagués Laso: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, páginas 471-472 y 473-474; Bielsa: "El recurso jerárquico", página 45.

En España, sobre la base de un texto *positivo*, que no existe entre nosotros, los autores discuten si el derecho a *recurrir* debe o no diferenciarse del derecho de *peticionar*. Si bien Garrido Falla, argumentando con un texto legal, considera que tal diferencia existe, Jesús González Pérez sostiene lo contrario, o sea que el *recurso* es una concreta manifestación del derecho de petición reconocido fundamentalmente en el artículo 21 del Fuero de los Españoles (véase a Garrido Falla: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 3º, página 24, texto y nota). En nuestro país, donde no existe el texto legal que invoca Garrido Falla, la razón está totalmente a favor de la expresada tesis de González Pérez.

(1441) Sayagués Laso, tomo 1º, página 473, nota 2; Agustín A. Gordillo: "El recurso de revocatoria en el procedimiento administrativo nacional. Aspectos de trámite", en "Jurisprudencia Argentina", 1963-VI, capítulo I, página 27, sección doctrinaria.

(1442) Fiorini: "Recurso Jerárquico", página 55.

(1443) Actualmente el ordenamiento jurídico no requiere que se promueva el recurso de revocatoria como previo al jerárquico (decreto nº 1759/72, art. 89). Ver el decreto nº 1883/91.

(1444) Para el sistema que rige actualmente, ver art. 84 y siguientes del decreto 1759/72. Ver decreto nº 1883/91.

(1445) Garrido Falla: "Régimen de impugnación de los actos administrativos", páginas 339-340.

(1446) Fraga: "Derecho Administrativo", página 808; Sayagués Laso, tomo 1º, página 472.

(1447) Fiorini, refiriéndose al recurso jerárquico, después de expresar que el Poder Ejecutivo debe revisar los actos de los órganos inferiores impugnados por los administrados, agrega textualmente: "No puede tampoco negarse a esta función, porque el recurso se interponga fuera de término, pues el inviolable derecho ciudadano de peticionar no puede ser desconocido so capa de haberse recurrido fuera de un término determinado" ("El recurso jerárquico", página 55). Esta última afirmación no condice con la indiscutible potestad de Poder Ejecutivo para "*reglar*" todo lo atinente a funciones que, desde el punto de vista constitucional, le corresponden en forma exclusiva por integrar o pertenecer a la "zona de reserva de la Administración" (ver los números 167 y 223). En la especie trataríase de la reglamentación del modo o forma en que los administrados podrán ejercitar

su derecho a que la Administración Pública revea actos dictados por ella en ejercicio de sus propias y exclusivas funciones, a la vez que trataríase de una autolimitación de sus propias atribuciones por parte de la Administración Pública. Esa potestad de reglamentación constituye, en lo administrativo, una expresión del "*principio*" constitucional, de orden general, en cuyo mérito no existe derecho alguno de carácter absoluto, cuyo ejercicio no pueda razonablemente someterse a plazos determinados.

(1448) En el orden nacional, actualmente existe plazo para interponer el recurso de revocatoria (decreto n° 1759/72, art. 84). Ver el decreto n° 1883/91.

(1449) En igual sentido: Sayagués Laso, tomo 1°, página 472.

(1450) Sobre recurso de "*apelación*", ver decreto n° 1759/72, arts. 87-88. Ver decreto n° 1883/91.

(1451) En concordancia con lo que expreso en el texto: Bielsa: "El recurso jerárquico", páginas 98-99. Sobre recurso de "*queja*", véanse los arts. 71 y 72 del decreto 1759/72. Ver el decreto n° 1883/91.

(1452) En la actualidad hállase reglado. Ver nota anterior.

(1453) Los supuestos en que procederían el recurso de mera apelación jerárquica y el recurso jerárquico propiamente dicho, son en realidad los mismos, según resulta del artículo 1° del decreto n° 7520/44. La diferencia está en el trámite o procedimiento a seguir en cada uno de esos recursos. Véanse los artículos 87 y 88 del decreto n° 1759/72. Ver decreto n° 1883/91.

(1454) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 239, páginas 459 y 463; Linares Quintana: "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", tomo 5°, páginas 373-374.

(1455) Disiento, entonces, con Pearson, quien afirma que la creación del "recurso jerárquico" por una ley (*lato sensu*) es lo único que obliga a la Administración a pronunciarse. "La falta de ley que lo imponga, agrega, reduce la figura a la simple reclamación jerárquica que no determina ninguna clase de deber para el órgano administrativo; podrá o no entrar a considerar la solicitud del particular o del agente de la Administración, según sea su discrecional voluntad" (Marcelo M. Pearson: "Del recurso jerárquico", páginas 17-18, Buenos Aires 1954). En la actualidad existe un plazo dentro del cual la Administración Pública debe resolver el recurso de *apelación* (decreto 1759/72, artículo 87, inc. a.). Ver decreto n° 1883/91.

(1456) Actualmente existen esos plazos (ver decreto 1759/72, arts. 87, inc. a., y 91). Ver el decreto n° 1883/91.

(1457) Lo dicho en el texto no obsta a que, como ocurre en algunos ordenamientos legales -vg. en el decreto nacional n° 1759/72, art. 87-, junto al "*recurso jerárquico*", exista

también el recurso de *mera apelación jerárquica*, que entonces estará asimismo "*reglado*", aunque los casos en que éste procedería diferirían de los del recurso jerárquico.

(1536) En cierta oportunidad el recurso jerárquico fue desestimado porque quien lo promovió era una persona que actuaba como "*denunciante*" de una firma de plaza, a la que aquél le atribuía la comisión de irregularidades en una materia que, aun cuando se hubiere aplicado una "*multa*" al presunto infractor, al denunciante no le correspondía participación alguna en dicha multa. La denuncia fue desestimada, y a raíz de ello el denunciante promovió ese recurso jerárquico que se rechazó. Respecto a estas cuestiones, puede verse el trabajo de Agustín A. Gordillo: "El interés legítimo en los recursos administrativos", en "Revista Argentina de Ciencia Política", n° 4, julio-diciembre de 1961, página 257 y siguientes, Buenos Aires.

(1537) Para lo que debe entenderse por "derecho subjetivo" e "interés legítimo", puede verse mi "Tratado del Dominio Público", n° 162; Giorgio Jellinek: "Sistema dei diritti pubblici subjettivi", Milano 1912; Otto Mayer: "Le droit administratif allemand", tomo 1°, página 132 y siguientes, Paris 1903; J. Dabin: "El derecho subjetivo", Madrid 1955; Gordillo, Agustín: "Introducción al Derecho Administrativo", página 80 y siguientes; Fritz Fleiner: "Instituciones de Derecho Administrativo", página 139 y siguientes; Adolfo Merkl: "Teoría general del derecho administrativo", página 171 y siguientes; José Gascón y Marín: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1°, página 162 y siguientes; Ernst Forsthoff: "Tratado de Derecho Administrativo", página 263 y siguientes; Cino Vitta: "Diritto Amministrativo", tomo 1°, página 102 y siguientes; Francesco D'Alessio: "Istituzioni di diritto amministrativo", tomo 1°, página 168 y siguientes; Guido Zanobini: "Corso...", tomo 1°, página 168 y siguientes.

(1538) Actualmente decreto 1759/72 y modificatorios. Véase el decreto n° 1883/91.

(1539) En la actualidad esa cuestión hállase contemplada en el art. 2° del decreto-ley 19549/72; en el decreto 9101/73 y en el decreto-ley 20261/73.

(1540) El decreto 9101/72 establece qué actos quedan excluidos del recurso jerárquico. Para "*procedimiento administrativo*" ante la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, véase la ordenanza n° 23438, del 10 de octubre de 1975.

(1541) Pietro Bodda: "Appunti di giustizia amministrativa", página 26; Marcello Caetano: "Manual de direito administrativo", página 708; Arnaldo de Valles: "Elementi di diritto amministrativo", página 238, n° 294; Aldo M. Sandulli: "Manuale di diritto amministrativo", página 474.

(1542) Véanse los recaudos a cumplir en los respectivos escritos, exigidos actualmente por el decreto-ley 19549/72 y por su decreto reglamentario n° 1759/72. Véase el decreto n° 1883/91.

(1543) Actualmente rige el decreto n° 1759/72, art. 94 y siguientes; además, ahora no se exige la previa reconsideración (art. 89). Véase el decreto n° 1883/91.

(1544) Sustituido por el decreto reglamentario n° 1759/72, art. 31 y siguientes. Véase el decreto n° 1883/91.

(1545) Véase precedentemente, n° 43.

(1546) Véase n° 43, texto y notas 86-88 bis.

(1547) Ténganse presentes las disposiciones del decreto-ley 19549/72 y de su decreto reglamentario 1759/72. Véase el decreto n° 1883/91.

(1548) En la actualidad el recurso de "*revocatoria*" no es necesario como previo al recurso jerárquico. Ver decreto n° 1759/72, art. 89. Pero todo lo dicho en el texto, en base al hoy derogado decreto 7520/44, sobre esa "*revocatoria*" previa, vale la pena mantenerlo en esta tercera edición del libro porque explica la situación que existió al respecto antes del actual decreto 1759/72. Esto puede facilitar estudios posteriores. Véase el decreto n° 1883/91.

(1549) Dicho decreto 2126/61 fue sustituido por el decreto n° 1759/72, art. 94 y siguientes y 89. Véase el decreto n° 1883/91.

(1550) En la Administración se ha entendido que el cargo "*inmediato inferior*" a subsecretario de Ministerio o Secretaría de Estado, corresponde a los cargos de director general o equivalente.

Gordillo recuerda el antecedente de que en el memorándum con que se acompañaba el proyecto del actual decreto n° 2126/61, elevado al Poder Ejecutivo por la Procuración del Tesoro, autora del mismo, se decía precisamente que ese cargo "*inmediato inferior*" a subsecretario de Ministerio o Secretaría de Estado, corresponde generalmente a los cargos de director general o equivalente (Agustín A. Gordillo: "El recurso de revocatoria en el procedimiento administrativo nacional. Aspectos de trámite", capítulo III, punto 5, en "Jurisprudencia Argentina", 1963-VI, página 28, sección doctrinaria).

En base a lo que antecede, y a lo expresado en el texto, en la práctica administrativa, cuando la resolución impugnada emanó de un *secretario de Estado*, se resolvió que contra esa resolución correspondía un recurso jerárquico directo, sin necesidad de la previa interposición del pedido de revocatoria a que hace mención el artículo 2°, inciso 3°, del decreto n° 7520. En igual sentido se resolvió en el caso de una resolución dictada por el *director nacional de Aviación Civil*, a quien se consideró autoridad superior de la Administración central con jerarquía inmediata inferior a la de subsecretario de Ministerio o Secretaría de Estado.

(1551) En idéntico sentido: Agustín A. Gordillo: "El recurso de revocatoria en el procedimiento administrativo nacional. Aspectos de trámite", capítulo IV, punto b., número 10, en "Jurisprudencia Argentina", 1963-VI, página 30, sección doctrinaria.

(1552) Esta solución *omisso medio* concuerda con la estructura y con el procedimiento instituido expresamente por el propio decreto 2126/61. En efecto: éste autoriza la promoción del recurso jerárquico -ante el Poder Ejecutivo, desde luego- en forma "*directa*", lo que, en ciertos casos, también tendrá lugar *omisso medio*; ejemplo: al promoverse

directamente el recurso jerárquico contra la decisión de un "*director general*" se prescinde de un superior jerárquico intermedio: el *subsecretario* del Ministerio o Secretaría de Estado respectivos, pues el recurso se promueve ante el *Poder Ejecutivo*, que sólo comprende al Presidente y al ministro (ver nº 173), y eventualmente al secretario de Estado, pero de ningún modo al *subsecretario*.

(1553) En la actualidad, para todo lo relacionado con el recurso de revocatoria o reconsideración, y con los recursos contra decisiones de entes autárquicos, véase el decreto nº 1759/72, arts. 84, 89, 94 y siguientes. Véase el decreto nº 1883/91.

(1554) Decreto nº 1759/72, art. 90. Véase el decreto nº 1883/91.

(1555) Todas estas cuestiones han sido sensatamente analizadas por la Procuración del Tesoro de la Nación en un constructivo dictamen del 28 de julio de 1961, *in re* "Expte. nº 8658/960. Domingo Terrenzi. Recurre de hecho c/ resolución nº 1080/61 porque se le denegara el recurso jerárquico. Ministerio de Economía". En igual sentido se pronunció la Procuración del Tesoro en el dictamen del 6 de mayo de 1963, *in re* "Expte. nº 1872/63. Compañía Standard Electric Argentina requiere que la Secretaría de Industria y Minería eleve al Ministerio de Economía un expediente en que se interpuso recurso jerárquico contra una resolución de aquélla. Ministerio de Economía".

Hubo casos en que, contra lo resuelto por una "*Secretaría de Estado*", el recurso jerárquico que se interpuso fue presentado directamente en el respectivo *Ministerio*; pero en tales supuestos el Ministerio remitió las actuaciones a la "*Secretaría de Estado*" correspondiente para que le diere trámite al recurso.

(1556) En igual sentido: Pearson: "Del recurso jerárquico", página 29.

(1557) Fiorini: "Recurso Jerárquico", páginas 43-44; Gordillo: "El recurso de revocatoria en el procedimiento administrativo nacional. Aspectos de trámite", capítulo VI, en "Jurisprudencia Argentina", 1963-VI, página 30, sección doctrinaria.

(1558) Jurídicamente, el supuesto indicado en el texto es perfectamente posible, pues cabe advertir que la denegación *tácita* y la denegación *expresa* de una misma cuestión no se excluyen entre sí. Como lo dice la ley de procedimiento administrativo de España (del 17 de julio de 1958, artículo 94, inciso 2º), "*la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa*".

(1559) En idéntico sentido: Gordillo, trabajo citado en la nota 410, capítulo VII, letra b. Para igual solución en casos como el indicado en el texto, véase: Georges Vedel: "Droit Administratif", página 363, Paris 1961.

(1560) Acerca del "*orden público*" y su vinculación con las normas administrativas, y respecto a la naturaleza de éstas, véase el nº 61 de la presente obra. Tampoco las leyes procesales civiles o comerciales son, por principio, de orden público (Alsina: "Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial", tomo 1º, páginas 53-56, Buenos Aires 1941).

(1561) Así lo sostuvo la Procuración del Tesoro de la Nación ("Dictámenes", tomo 68, página 123).

(1562) Agustín A. Gordillo, trabajo citado en la anterior nota 410, capítulo VI. Además, del mismo autor, véase: "El interés legítimo en los recursos administrativos", en "Revista Argentina de Ciencia Política", n° 4, Buenos Aires, julio-diciembre de 1961, página 264.

(1563) Para corroborar lo dicho en el texto, bastará con transcribir las siguientes partes de un decreto del Poder Ejecutivo que hizo lugar a un recurso jerárquico:

"Decreto n° 3660. Buenos Aires, 10 de mayo de 1963.

"Visto el recurso jerárquico interpuesto por doña Rosa Heredia contra la resolución n° 521/961 del Director General del Registro Nacional de las Personas, ... Considerando:

"Que dicho recurso ha sido interpuesto en tiempo hábil, puesto que no consta en las actuaciones que, en su oportunidad, se haya notificado a la interesada, en la forma que corresponde, la resolución número 377/953 que anuló su libreta cívica, cuyo secuestro se produjo con anterioridad, por lo que debe estarse a la fecha en que la recurrente expresa que tuvo conocimiento de la resolución, habiéndose deducido en término los demás reclamos;

"Que, aun supuesta la existencia de duda sobre el particular, sería de justicia y buena política administrativa optar por la interpretación conducente a la admisión del recurso jerárquico como una mejor garantía de la tutela de los administrados frente al Estado; ... (Fdo.) Guido - E. Rauch. ("Boletín Oficial", 28 de mayo de 1963)".

(1564) Fiorini: "Recurso Jerárquico", página 55.

(1565) Véase el dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación, del 28 de julio de 1961, *in re* "Expte. n° 8658/960. Domingo Terenzi. Recurre de hecho c/ resolución n° 1080/61 porque se le denegara el recurso jerárquico. Ministerio de Economía", donde se tomaron en cuenta dichas situaciones.

(1566) Los "ministerios" a cuyo ámbito jurisdiccional pertenezca una secretaría de Estado, no son "superiores jerárquicos" de éstas, sino "coordinadores" de su acción. De acuerdo con la derogada ley de ministerios n° 14439, los ministerios, con relación a las secretarías de Estado, eran "*coordinadores*", pero no superiores jerárquicos.

(1567) Constitución actual, art. 103.

(1568) Véanse los arts. 71 y 72 del decreto n° 1759/72. Téngase presente el decreto 1883/91.

(1569) Decreto n° 1759/72, art. 90. Durante la vigencia del decreto n° 7520/44, la doctrina estimó que la remisión de las actuaciones al superior debía efectuarse con carácter "*urgente*" (Pearson: "Del recurso jerárquico", página 30). Véase el decreto n° 1883/91.

(1570) La Procuración del Tesoro de la Nación se había expedido en el sentido del texto. Véase el dictamen del 6 de mayo de 1963, *in re* "Expediente n° 1872/63. Compañía Standard Electric Argentina requiere que la Secretaría de Industria y Minería eleve al

Ministerio de Economía un expediente en que se interpuso recurso jerárquico contra una resolución de aquélla. Ministerio de Economía".

(1571) En sentido concordante: Bielsa: "El recurso jerárquico", página 104. Asimismo, téngase presente el art. 111 del decreto n° 1759/72. Véase el decreto n° 1883/91.

(1572) Pearson: "Del recurso jerárquico", página 30; Bielsa: "El recurso jerárquico", página 105.

(1573) En igual sentido: Bielsa: "El recurso jerárquico", página 105.

(1574) Refiriéndose a la "audiencia del interesado", dice Garrido Falla: "se trata de un principio universalmente admitido, sobre todo en materia de expedientes correctivos o disciplinarios; los tribunales ingleses lo consideran una exigencia de la *natural justice*, y nuestro Tribunal Supremo habla de un *principio general de derecho*. Por lo demás, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en que se consagra como trámite esencial, cuya falta vicia el expediente administrativo, es abrumadora" ("Régimen de impugnación de los actos administrativos", página 260, Madrid 1956).

(1575) Ese criterio es mantenido en el actual decreto-ley de procedimiento administrativo, n° 19549/72, art. 1°, inciso c., y en su decreto reglamentario n° 1759/72, art. 81. Véase el decreto n° 1883/91.

(1576) Decreto n° 1759/72, art. 90, modificado por el decreto 1744/73. Véase el decreto n° 1883/91.

(1577) Constitución actual, art. 103 .

(1578) En igual sentido: Fiorini: "Recurso Jerárquico", página 57. En cierta oportunidad, empleados de la Dirección General del Registro Nacional de las Personas, por razones que ellos consideraron pertinentes -pero que el autor de la presente obra, que en la especie actuó como abogado patrocinante de la ciudadana señorita Heredia, consideró erróneas-, *manu militari* le secuestraron la libreta cívica a la expresada ciudadana; posteriormente, y en base a lo expresado por dichos empleados, la Dirección General del Registro de las Personas dispuso la anulación de esa libreta cívica y la de la inscripción de la ciudadana en el padrón respectivo. Todo eso se efectuó sin audiencia de la interesada y sin intervención de la justicia. Ante la negativa del director general del Registro de las Personas a restituir la libreta cívica secuestrada y a incluir nuevamente a la interesada en el padrón cívico, se planteó un recurso jerárquico, que fue resuelto por el Poder Ejecutivo, quien, al hacer lugar al mismo, dejó sin efecto la anulación del empadronamiento que había dispuesto el Registro Nacional de las Personas y ordenó que éste le expidiese a la interesada una nueva libreta cívica. Como se advierte, la "*decisión*" de este recurso jerárquico, aparte de extinguir el acto recurrido, tuvo por *efecto* sustituirlo totalmente. El decreto del Poder Ejecutivo Nacional que resolvió este recurso puede verse en el "Boletín Oficial" del 28 de mayo de 1963, página 6, *in re* "Decreto n° 3660. Rosa Heredia".

(1579) Maspétiol y Laroque: "La tutelle administrative", página 270 y 272-273.

(1580) Véase lo que expuse en los números 118-121.

(1581) Véase la primera edición de esta obra, tomo 1º, página 718.

(1582) En la actualidad rige el decreto-ley nº 19549/72, cuyo art. 12 habla de la "*fuerza ejecutoria*" del acto administrativo. Véase el decreto nº 1883/91.

(1583) Véase el nº 240, notas 345, 345 bis y 346. Los autores que niegan que la "*decisión*" que resuelve un recurso jerárquico tenga naturaleza "*jurisdiccional*", proceden así en virtud de su concepto sobre acto jurisdiccional, concepto que considero equivocado por las razones que ya expresé (véase el nº 18, nota 120).

(1584) En la actualidad, sobre "*silencio*" de la Administración Pública, véase el art. 10 del decreto-ley 19549/72 y el art. 91 de su decreto reglamentario nº 1759/72. Además, téngase presente el art. 28 del expresado decreto-ley, referente al "*amparo por mora de la Administración*". Véase el decreto nº 1883/91.

(1585) "En muchas ocasiones la Administración perjudica más al ciudadano con su silencio que con su actuación, porque dejar sin resolver un pedimento es peor que rechazarlo; cuando un reclamo es resuelto negativamente, el ciudadano puede ocurrir contra esa negativa ante el juez correspondiente, pero cuando no es resuelto, el perjudicado queda impotente, sin remedio alguno" (Carlos H. Pareja: "Curso de Derecho Administrativo Teórico y Práctico", tomo 1º, página 374, Bogotá 1939).

(1586) Véase: Seabra Fagundes: "O contrale dos atos administrativos pelo poder judiciario", página 138, nº 71, Rio de Janeiro 1941; Sayagués Laso: "Tratado...", tomo 1º, página 222.

(1587) "Si la ley tolerase esta pasividad de la Administración, ello entrañaría el abandono de los derechos de los particulares, puesto que la Administración podría prácticamente desconocer y desviar esos derechos con negarse a resolver sobre los mismos, esto es, con guardar silencio. De esta forma no existirían actos impugnables y se cerraría el acceso a la vía jurisdiccional" (Antonio Royo Villanova: "Elementos de Derecho Administrativo", tomo 1º, página 109, Valladolid 1948). En sentido concordante: Georges Vedel: "Droit Administratif", página 363, Paris 1961. Puede verse más adelante, nota 440, letra j., páginas 758-759. Véase: Jesús González Pérez y Francisco González Navarro: "Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común", página 20 y siguientes, Madrid 1993, Civitas S.A.

(1588) Véase precedentemente, nº 7.

(1589) Sayagués Laso: "Tratado...", tomo 1º, página 435.

(1590) Royo Villanova: "Elementos de Derecho Administrativo", tomo 1º, página 108.

(1591) Fraga: "Derecho Administrativo", página 250; Diez: "El acto administrativo", página 204.

(1592) "Jurisprudencia Argentina", 1961-IV, páginas 30-32, considerando 6° (fallo del juez Dr. Alberto R. H. Gartland, al resolver favorablemente una acción de amparo contra la inercia administrativa para dictar resolución en un expediente sobre jubilación).

(1593) "Del ordenamiento jurídico surge así la existencia de una obligación jurídica del funcionario argentino de actuar con razonabilidad" (Juan F. Linares: "Poder discrecional administrativo", página 162), obligación expresamente aplicable al Ejecutivo, para quien existe la "obligación de actuar con razonabilidad en toda la escala de la jerarquía administrativa" (Linares, op. cit., página 164).

(1594) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 245, páginas 351 y 358-359 .

(1595) Por considerar que contiene conceptos útiles, transcribo a continuación, lo que, como respuesta a los interrogantes del texto, expuse en la primera edición de la presente obra:

En los supuestos mencionados precedentemente (se refiere a dichos interrogantes), si la Administración Pública, a pesar de la insistencia del interesado, no "decide" el recurso jerárquico dentro de un lapso razonable, el administrado, mediante una *acción de amparo* puede obligar a que la respectiva "*decisión*" sea dictada. Concurren todos los requisitos necesarios para la procedencia de tal acción (a). El "*amparo*" al administrado quiebra aquí la inercia dañosa de la administración.

La doctrina está conteste, en general, en la procedencia del amparo ante el silencio prolongado de la Administración (b). También lo está la jurisprudencia (c). Ello se explica, por cuanto la "*acción de amparo*" tiene un antecesor con el que presenta identidad de fines: el "*writ of mandamus*" del derecho norteamericano (d).

El "*amparo*" no sólo procede frente a *actos* de la Administración Pública, sino también para salvar "*conductas omisivas*" de ella (e); vale decir, procede incluso contra "omisiones" de la Administración Pública, contra su inercia, contra sus hechos negativos, contra sus abstenciones que causen lesión jurídica al administrado (f).

Para la procedencia del amparo contra actos de la Administración Pública, tanto de acuerdo a la doctrina como a la jurisprudencia, deben concurrir los dos siguientes requisitos esenciales:

a) Que el derecho que resulte lesionado por el silencio de la Administración Pública tenga origen o fundamento "*constitucional*" (g).

b) Que para la protección de ese derecho ahora lesionado por el silencio de la Administración Pública, el ordenamiento jurídico no haya precisado o instituido otra vía de impugnación (h).

Ambos requisitos concurren en este caso:

1) El carácter "*constitucional*" del derecho lesionado es evidente, pues el "*recurso jerárquico*" no implica substancialmente otra cosa que la reglamentación, dentro del ámbito administrativo, del derecho de *peticionar* a las autoridades, que es de expreso origen constitucional (artículo 14 de la Constitución Nacional).

2) La inexistencia de otra vía de impugnación es también obvia, pues si el recurso jerárquico pudo ser promovido es, precisamente, porque al respecto no existía otro camino

legal para enjuiciar el acto que mediante él se recurre (véase lo que expuse en el n° 256).

Pero aparte de las condiciones que anteceden, para la procedencia de la acción de amparo en casos como éstos es indispensable no sólo que la Administración Pública haya incurrido en "*silencio*"; es menester, además, que ese estado de "*silencio*", inercia, pasividad o abstención, tenga una mínima duración determinada. ¿Cuál es esta duración? Sólo puede decirse que dicho "*silencio*", para dar lugar a acciones, debe exceder de un lapso "*razonable*". Establecer cuándo ha de entenderse que el silencio de la Administración Pública se prolonga por un plazo que excede lo razonable, es una cuestión que muchas veces depende del criterio personal del intérprete y otras veces de la índole de la cuestión de que se trate.

Cuando la cuestión en que se produzca el "*silencio*" de la Administración Pública no verse concretamente sobre un "*recurso*", sino sobre peticiones de orden general, el "*plazo razonable*" lógicamente puede tener una duración mayor. Así, en el caso de una petición formulada a un administrador de la Aduana, se estimó que el transcurso de *ocho meses* de silencio o retardo por parte del mismo justificaba el amparo solicitado por el recurrente (i). En otra oportunidad, a raíz de que el Instituto Nacional de Previsión Social ya había tardado más de cuatro años y ocho meses en el *trámite* de una jubilación, sin haber dictado aún la resolución definitiva, el magistrado interviniente manifestó "que es obvio afirmar que ese prolongado lapso *es más que prudencial*, dentro del cual, por arduo y complejo que fuere el caso a resolver, debió dictarse la pertinente resolución". ... "al no haberlo hecho, se han violado los artículos 14 y 18, Const. Nac." (j)

Pero tratándose específicamente de un "*recurso jerárquico*" -y no de una petición formulada por otra vía-, considero que puede estimarse que ha transcurrido un plazo "*razonable*", cuando hayan pasado *tres meses* desde que las actuaciones correspondientes al recurso jerárquico quedaron en condiciones de que se dicte la "*decisión*" definitiva. Sin duda, éste es un plazo excesivamente amplio, pero lo sugiero porque armoniza con los plazos "*básicos*" contenidos en normas análogas para situaciones equivalentes. Así, el Código de Procedimientos en lo Contencioso-Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, a los efectos de la acción contencioso-administrativa, considera a la Administración Pública incurso en "*retardación*" si han transcurrido *dos meses* desde que la Administración debió dictar la pertinente resolución definitiva; trátase del plazo "*básico*" que al efecto establece el citado Código de la provincia de Buenos Aires (artículo 7°). La ley de procedimiento administrativo de España fija ese plazo "*básico*" en *tres meses* (k). En Francia ese plazo "*básico*" es de *cuatro meses*, de acuerdo al artículo 3° de la ley del 17 de julio de 1900 (l).

(a) "Muy especialmente cuando las normas sobre procedimiento no contienen disposiciones que fijen plazos para dictar determinadas resoluciones o expedirse sobre pretensiones articuladas por los interesados, la rémora en emitir la decisión suele originar perjuicio y quedar sin medios de reparación. Es evidente, entonces, que el amparo está llamado a llenar esa laguna, provocando la decisión postergada o el acto omitido" (Germán J. Bidart Campos: "Derecho de Amparo", página 212, Buenos Aires 1961).

(b) Fraga: "Derecho Administrativo", página 251.

(c) "Jurisprudencia Argentina", 1959-V, página 172; "Jurisprudencia Argentina", 1961-IV, páginas 30-32.

(d) César Enrique Romero: "Estudios de Ciencia Política y Derecho Constitucional",

páginas 188 y 189, Córdoba 1961; Alfredo Orgaz: "El recurso de amparo", página 56, Buenos Aires 1961; Bartolomé A. Fiorini: "El recurso de amparo", en "La Ley", tomo 93, página 948. "*Mandamus*" es el auto emitido por los tribunales para que la Administración cumpla con lo que en forma ilegal se niega a hacer y que corresponde a su deber o cargo (Romero, op. y loc. cit.). En cambio, el "*writ of certiorari*" es una orden de un tribunal superior a un inferior para que le envíe un caso a revisión (Dunhan y Kurland: "El señor magistrado", página 196).

(e) Romero: "Estudios de Ciencia Política...", páginas 189-190 y 198.

(f) Fiorini: "El recurso de amparo", en "La Ley", tomo 93, página 951; Guillermo Becerra Ferrer: "Naturaleza y presupuesto del recurso de amparo", página 11, Córdoba 1960, Universidad Nacional de Córdoba, y en "Jurisprudencia Argentina", 1959-V, página 89, sección doctrinaria; Instituto Argentino de Estudios Legislativos: "Anteproyecto de ley sobre acción de amparo de los derechos y garantías constitucionales", artículo 1º, inciso b, en "Jurisprudencia Argentina", 1960-VI, página 3, sección doctrinaria; Bidart Campos: "Derecho de amparo", páginas 207 y 212.

(g) Fiorini: "El recurso de amparo", en "La Ley", tomo 93, página 947, punto 2º; Segundo V. Linares Quintana: "Acción de Amparo", página 68, Buenos Aires 1960 y "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional", tomo 5º, página 373; Romero: "Estudios de Ciencia Política...", páginas 197-198; Orgaz: "El recurso de amparo", páginas 56-57; José Luis Amadeo: "Interpretación jurisprudencial del amparo y su inclusión en constituciones provinciales", en "Jurisprudencia Argentina", 1961-II, página 548; Juan Francisco Linares: "Los derechos protegidos por el recurso de amparo", párrafo final del mismo, en "Jurisprudencia Argentina", 1964-II, sección doctrinaria, página 38.

(h) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 247, sentencia de páginas 11 , 40 , 514 y 718 , tomo 250, páginas 154 y 162-163; Fiorini: "El recurso de amparo", en "La Ley", tomo 93, página 955; Becerra Ferrer: "Naturaleza y presupuestos del recurso de amparo", página 13, y en "Jurisprudencia Argentina", 1959-V, página 90, punto b., sección doctrinaria; Segundo V. Linares Quintana: "Acción de Amparo", página 69; José Luis Amadeo: "Interpretación jurisprudencial del amparo y su inclusión en constituciones provinciales", en "Jurisprudencia Argentina", 1961-II, página 548; Juan Francisco Linares: "Los derechos protegidos por el recurso de amparo", párrafo final del mismo, en "Jurisprudencia Argentina", 1964-II, sección doctrinaria, página 38. Además, véase Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 257, página 125.

(i) "Jurisprudencia Argentina", 1959-V, página 172.

(j) "Jurisprudencia Argentina", 1961-IV, página 31. El magistrado consideró, además, que esa interminable tramitación administrativa, que podría prolongarse *sine die*, fatalmente desembocaría en una evidente "*denegación de justicia*", pues no otra cosa significa privar a un ciudadano de la posibilidad de ejercer los recursos legales, viéndose en esa forma despojado del derecho de defenderse en juicio, violándose entonces el artículo 18 de la Constitución Nacional (página 31).

(k) Ley de procedimiento administrativo de España, del 17 de julio de 1958, artículo 94, inciso 1º.

(l) Véase: Georges Vedel: "Droit Administratif", página 363, París 1961.

(1596) Véase el libro de Horacio D. Creo Bay: "Amparo por mora de la Administración Pública", Buenos Aires 1989.

(1597) Cita de Fernando Garrido Falla: "Régimen de impugnación de los actos administrativos", página 303.

(1598) En tal sentido, véanse: Agustín A. Costa: "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", páginas 182-185, Buenos Aires 1950; Manuel M. Ibáñez Frocham: "Tratado de los recursos en el proceso civil", páginas 201-202, Buenos Aires 1963.

(1599) Costa, op. cit., página 183.

(1600) Garrido Falla, en lo substancial, se pronuncia en sentido concordante al indicado en el texto, o sea que en la resolución de recursos administrativos no es admisible la *reformatio in peius* ("Régimen de impugnación de los actos administrativos", página 301-303 y nota 44). El mismo autor, en su "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 3º, páginas 121-122, desde el punto de vista "*objetivo*", rechaza la *reformatio in peius* en el procedimiento administrativo, aduciendo para ello interesantes argumentos de "*hecho*".

(1601) Stassinopoulos: "Traité des actes administratifs", página 106.

(1602) En sentido concordante: Fiorini: "Recurso Jerárquico", páginas 47-48 y 56. No obstante, al pedido previo de "*revocatoria*" debe asignársele efectos suspensivos del acto impugnado, porque, aparte de que en ese estado el acto continúa bajo la custodia del órgano que lo emitió, está en las posibilidades de éste rechazar la revocatoria en forma inmediata (Fiorini, op. cit., página 47).

En algunos países, como en España por expresa disposición de la ley, la interposición de cualquier recurso, salvo en los casos en que una norma establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado (artículo 116 de la ley española sobre procedimiento administrativo de 1958). En cambio, en Estados Unidos de América, de acuerdo a la *Administrative Procedure Act*, la ejecución del acto impugnado se *suspende* mientras se tramita el recurso jerárquico (John Clarke Adams: "El derecho administrativo norteamericano", páginas 55-56, Buenos Aires 1964, Eudeba).

(1603) Bielsa: "El recurso jerárquico", páginas 129-130.

(1604) Actualmente, respecto al "*silencio*" de la Administración, véase el decreto-ley sobre procedimiento administrativo, n° 19549/72, art. 10.

(1605) Actualmente, las "*omisiones*" pueden ser suplidas mediante el recurso de "*aclaratoria*" (decreto n° 1759/72, art. 102). El recurso de "*revisión*" se da ahora para otros supuestos (art. 22 del decreto-ley 19549/72). Véase el decreto n° 1883/91.

(1606) Este texto hállese derogado por el art. 820 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Insisto en que en la actualidad las "*omisiones*" pueden subsanarse mediante el recurso de "*aclaratoria*" (decreto 1759/72, art. 102). Véase el decreto n° 1883/91.

(1607) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 240, página 453 ; tomo 248, páginas 516 -518 ; tomo 246, página 269; tomo 250, página 272 ; tomo 255, página 354; tomo 277, páginas 474 y siguientes. En consecuencia de ello, la Corte Suprema consideró que la decisión de los órganos administrativos respecto de derechos comunes fundamentales, como respecto a la aplicación de sanciones penales e incluso de multas impuestas a particulares -que constituyen un supuesto de sanción penal-, pueden ser "*ejemplo*" de ejercicio de facultades judiciales (tomo 255, páginas 354 y 357). En cambio, consideró que no tienen carácter judicial y que, por tanto, no autorizan en estos casos el recurso extraordinario: la calificación disciplinaria de la conducta observada por los empleados públicos, en el desempeño de sus funciones (tomo 240, páginas 453 -455); la resolución del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires que denegó al recurrente el derecho alegado por éste de eximirse de las pruebas de eficiencia fijadas para optar a una cátedra universitaria (tomo 248, páginas 516 -518); las decisiones atinentes a la provisión de cátedras universitarias (tomo 246, página 269). También declaró la Corte Suprema la improcedencia del recurso extraordinario contra una resolución administrativa, cuando para el caso la ley prevé un recurso contencioso-administrativo (tomo 250, páginas 272-275). Pero, sin perjuicio de lo expresado en el texto, cabe advertir que la Corte Suprema admitió la procedencia del recurso extraordinario contra actos administrativos que vulneraban el derecho de reunión: tratábase de resoluciones del Jefe de Policía de la Capital Federal que denegaron arbitrariamente el permiso respectivo ("Fallos", tomo 190, páginas 101 -104, y tomo 207, páginas 251 -256; además, véase precedentemente, n° 253, punto 4°).

(1608) En sentido concordante: Bielsa: "El recurso jerárquico", páginas 130-133; "Derecho Administrativo", tomo 4°, páginas 323 y 504, y "Cuestiones de Jurisdicción. Acciones y recursos", página 149, nota. En este último lugar, dice el autor citado: "La distinción entre sentencia o auto judicial y resolución administrativa, a los efectos del recurso extraordinario, en el sentido de admitirlo únicamente contra los primeros, sería arbitraria y opuesta al propio fin de ese medio de protección constitucional". Y luego, refiriéndose a las resoluciones de la Corte Suprema que establecen que los funcionarios u órganos administrados han de estar autorizados por "ley" para el ejercicio de las respectivas funciones de naturaleza judicial, dice dicho autor: "*A fortiori* procede el recurso cuando se trata de reglamentos que son leyes en sentido material" (página 149, citada).

(1609) En igual sentido: Pearson: "Del recurso jerárquico", página 19.

(1610) Bielsa: "El recurso jerárquico", páginas 125-127. Acerca de la acción judicial contra actos administrativos, véase el decreto-ley 19549/72, art. 23 y siguientes.

(1611) Véase el n° 71.

(1612) Constitución actual, art. 75 , incs. 12 y 32.

(1613) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", tomo 6°, páginas 264 y 271, sentencia del 13 de octubre de 1868.

(1614) Actualmente el legislador hizo uso de sus atribuciones y fijó dicho plazo. Ver decreto-ley 19549/72, exposición de motivos cap. II y art. 23 y siguientes.

(1615) En la actualidad rige el decreto-ley sobre procedimiento administrativo, n° 19549/72, su decreto reglamentario n° 1759/72 y sus modificatorios, que derogaron y reemplazaron al decreto 7520/44. Véase el decreto n° 1883/91.

(1616) Actualmente existe ese plazo: 60 días (art. 91 del decreto n° 1759/72). Véase el decreto n° 1883/91.

(1617) Actualmente rige el decreto n° 1759/72, art. 3°, segunda parte. Véase el decreto n° 1883/91.

(1618) Finalmente, otra deficiencia actual del recurso jerárquico en el orden nacional deriva del decreto n° 2126/61, que en parte modificó al decreto n° 7520/44. Aquel decreto, al referirse al recurso de revocatoria previo, dice que será resuelto por las autoridades superiores de las entidades descentralizadas y por los funcionarios de la Administración central con jerarquía *"inmediata inferior a la de subsecretario de Ministerio o Secretaría de Estado"* (párrafo primero); el párrafo segundo de dicho texto establece que contra las decisiones de los funcionarios de *"jerarquía superior de cada departamento"* corresponderá el recurso jerárquico, etc. Todo esto es motivo de confusiones para el público, pues la generalidad de las personas ignora, y no tiene por qué saberlo, cuáles son los funcionarios con tal o cual jerarquía. Esos detalles, por constituir cuestiones de orden "interno", se conocen *dentro* de la Administración, donde los funcionarios que lo deseen pueden disponer de los distintos escalafones y consultarlos, elementos a los que gran parte del público no tiene acceso. La duda que todo esto ocasiona es tan grande, que se han dado casos en que un mismo recurso, para que no dejare de quedar radicado donde en definitiva correspondiere, fue presentado simultáneamente ante dos o tres funcionarios de distintas reparticiones. Se hace necesario, entonces, que todo esto quede expresado, no como actualmente, sino en forma clara, precisa, mediante una nomenclatura concreta al alcance de todos, es decir al alcance de la generalidad de las personas. Si se desea juridizar la Administración, hay que comenzar por utilizar expresiones comprensibles en las normas que regulen las relaciones entre la Administración y los administrados.

(1619) *"Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur"* ("Digesto", libro 47, título 23, ley 1). "Llamamos acción popular la que ampara el derecho propio del pueblo". (La versión española corresponde a la obra de Ildefonso L. García del Corral: "Cuerpo del derecho civil romano a doble texto, traducido al castellano del latino publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen", tomo 3°, página 720, Barcelona 1897).

(1620) Presutti: "Istituzioni di diritto amministrativo italiano", tomo 1°, página 529, tercera edición; Fragola: "Manuale di diritto amministrativo", página 87. Además, puede verse: Bielsa: "Cuestiones de Jurisdicción. Acciones y Recursos", página 63 y siguientes.

(1621) Presutti, op. cit., tomo 1°, página 529; Fragola, op. cit., página 87.

(1622) Presutti, op. cit., tomo 1º, página 528, nº 199; Fragola, op. cit., página 87, nº 37.

(1623) Para toda la problemática relacionada con la acción popular en nuestro derecho, véanse mis siguientes trabajos: "Delfines o toninas y acción popular (nota a fallo)", en "El Derecho", 23 de agosto de 1983; "Nuevamente acerca de la acción popular. Prerrogativas jurídicas. El `interés difuso´", en "El Derecho", 29 de noviembre de 1983; "La legitimación en las acciones contra el Estado", en "La Ley", 23 de junio de 1986, y en "Anales" de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, tomo XV-1986, Buenos Aires 1987, y "La acción popular", en "La Ley", 11 agosto 1993.

(1624) Téngase presente la ley 16986 , de octubre de 1966, sobre acción de amparo, y el artículo 43 de la Constitución Nacional vigente desde el año 1994.