

MANUEL MARIA DIEZ

MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Tomo II

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA
ESCUELA DE CAPACITACION JUDICIAL

MANUEL MARIA DIEZ

MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Tomo 2

EDITORIAL PLUS ULTRA



342
D568m
T. II

MANUEL MARÍA DIEZ

Con la colaboración de
TOMÁS HUTCHINSON



PLUS ULTRA

MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO

TOMO II



002996



Hecho el depósito de ley
Printed in Argentina - Impreso en la Argentina

© 1979 by Editorial PLUS ULTRA
Vladimir H. y Buenos Aires - (1979)

DMOT



Hecho el depósito de ley
Printed in Argentina - Impreso en la Argentina

© 1979 by Editorial PLUS ULTRA
Viamonte 1755 - Buenos Aires - (1055)

concurrentemente con la administración determinados servicios públicos, por ejemplo los asistenciales, los educativos, por medio de instituciones privadas. En cuanto al fundamento de esta actividad de los particulares, reside en la libertad individual. El derecho reconocido a cada individuo lo faculta para hacer lo que no esté prohibido por la ley. Ello resulta de la circunstancia de que la administración no tiene el monopolio del bien público, no tiene vocación exclusiva para satisfacer las necesidades de interés general de la colectividad, por lo que los particulares pueden, paralelamente a ella y con sus propios medios perseguir los mismos fines. Hay una yuxtaposición coordinada de esfuerzos para satisfacer esa necesidad de interés general. Naturalmente que todos los servicios se realizan bajo el contralor del Estado.

15. De la creación, organización, modificación y supresión de los servicios públicos

La creación, organización, modificación y supresión de los servicios públicos tienen objeto distinto pero están íntimamente vinculados, lo que es evidente porque la organización, la modificación y la supresión son consecuencia de la creación. La creación del servicio es una manifestación de voluntad del Estado, que establece que una necesidad de interés general debe ser satisfecha por medio del servicio público.

La supresión de un servicio público es también una manifestación de voluntad del Estado que declara que en lo sucesivo una necesidad del interés general no se verá satisfecha por medio de un servicio público. Los actos por los cuales se crea, se organiza, se modifica o se suprime un servicio público son disposiciones de carácter general y obligatorio y, en consecuencia, son leyes en sentido material⁵³. De allí, entonces que las únicas autoridades competentes para crear, organizar, modificar o suprimir un servicio público son aquellas que tienen poder de formular normas de derecho, es decir poder normativo.

16. Creación de los servicios públicos

En general, podemos decir que el legislador es el órgano competente para crear un servicio público. Ello así, porque en algunas

⁵³ Vid. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., t. 2, pág. 94; LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif*, op. cit., t. 1, pág. 529, enseña que antes de sancionarse la Constitución francesa de 1958, la creación de los servicios públicos era considerada tradicionalmente como reservada a la ley, lo que se justifica porque aquellos, en cierta forma, usurpaban la esfera de acción de los particulares y, en consecuencia, limitaban sus libertades.

oportunidades el servicio público se realiza bajo la forma de un monopolio de hecho y, por consiguiente, los particulares están privados de ejercer su propia actividad, como lo establece la Constitución Nacional (art. 14). Por lo demás, la realización de un servicio público trae aparejada, para el que lo presta, la posibilidad de gozar de ciertas prerrogativas propias del Estado que le permiten aplicar limitaciones al dominio de los particulares, vale decir expropiar, imponer servidumbres, etc. La limitación a las libertades individuales, a la propiedad privada, a la libertad de comercio e industria que implica la creación de un servicio público, hace necesario que el acto de decidir que esa necesidad de interés general deba ser satisfecha por medio de un servicio público, sea de competencia del Poder Legislativo y no del Ejecutivo ⁵⁴.

Puede ocurrir que la ley no diga expresamente que una cierta actividad constituye servicio público, bastando que consagre soluciones que implícitamente supongan que esa actividad es un servicio público. Así, las leyes que facultan a la administración para otorgar concesiones de tal o cual servicio público. Por lo demás, es el legislador quien deberá otorgar los créditos necesarios para que el servicio funcione ⁵⁵. En algunos países el derecho positivo establece que el servicio público debe ser creado por ley ⁵⁶.

Entre nosotros, en algunos supuestos, la Constitución Nacional establece expresamente que el servicio público lo crea el legislador. Así, es facultad del Congreso de la Nación establecer las postas y correos de la Nación. Vale decir, que la creación del servicio de correos compete al Poder Legislativo (art. 67, inc. 13, Constitución Nacional). Además es facultad del Congreso de la Nación reglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí (art. 67, inc. 12 de la Constitución Nacional). Quiere decir, entonces, que todo lo relativo a transporte internacional o interestadual, sea que se realice por ferrocarril, buque, automotor o avión, debe ser creado por el Congreso de la Nación. En el mismo sentido la Constitución Nacional faculta al Congreso para promover la construcción de ferrocarriles y de canales navegables por medio de los cuales se pueda efectuar el transporte interestadual e internacional (art. 67, inc. 16) ⁵⁷.

⁵⁴ SAYAGUÉS LASO, op. cit., t. 1, pág. 67.

⁵⁵ Vid. GARRIDO FALLA, op. cit., t. 2, pág. 392. Agrega este autor que aun en los supuestos en que el legislador haya decidido que la administración debe crear un servicio público, no puede entenderse que los servicios obligatorios se correspondan con un derecho del particular a exigir su establecimiento.

⁵⁶ En Chile este principio está consagrado en los arts. 45 inc. 3 y 44 inc. 5 de la Constitución Política del Estado. Vid. SILVA CIMMA, op. cit., t. 2, pág. 89.

⁵⁷ JÉZE, op. cit., t. 2, pág. 95, dice que es necesario el procedimiento legislativo para crear el servicio público porque éste entraña necesariamente el debate parlamentario y la publicidad, que son las garantías básicas de las libertades individuales, indispensables en todo asunto de gran importancia. El debate parlamentario, además, facilita el control de la opinión pública.

Queremos señalar también que al Congreso compete proveer lo conducente a la prosperidad del país, dictando las leyes que sean convenientes para poner en ejercicio esta facultad como también para todos los otros poderes concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina (art. 67, incs. 16 y 28).

Es posible en ciertos casos que la ley que crea el servicio público tenga el carácter potestativo y deje, en consecuencia, a la administración la determinación de la oportunidad y conveniencia de su funcionamiento. También puede ocurrir que la ley creadora esté concebida en términos generales como comprensiva de varios servicios públicos, en cuyo supuesto el poder administrador puede, de acuerdo con su criterio, organizar y hacer funcionar uno, algunos o todos los servicios públicos a que se refiera la ley⁵⁸.

Al crear un servicio público, la ley puede seguir dos procedimientos: a) permitir que subsista la iniciativa particular; b) reservar para el Estado la satisfacción de una determinada necesidad de interés general en forma exclusiva y por medio del procedimiento de servicio público.

En cuanto a la jurisdicción competente para crear un servicio público será, en general, la local, correspondiéndole a la Nación en los supuestos que la Constitución Nacional así lo establezca, por ejemplo, el servicio de correos (art. 67, inc. 13).

17. Organización de los servicios públicos

La organización de los servicios públicos consiste en la determinación de las reglas generales y particulares a que habrá de ceñirse. Estas reglas se referirán, entre otras cosas, a la determinación de los recursos de que dispondrá, a la naturaleza, atribución y deberes de su personal, a la determinación del régimen a que deben sujetarse, etcétera⁵⁹.

Como es lógico suponer, toda norma de organización de un servicio público que implica un gasto deberá emanar de la autoridad que tiene poder presupuestario o, de lo contrario, obtener su aprobación expresa o bajo la forma de otorgamiento de los créditos necesarios para la aplicación de la norma⁶⁰. Por lo demás, toda disposición que signifique, en la organización de servicios, una limitación a la libertad individual, a la propiedad privada o a la libertad de comercio o industria, debe ser establecida por la ley⁶¹.

Si la organización de un servicio público no implicara otra cosa que la ejecución de la ley de su creación, evidentemente esta facultad

⁵⁸ Vid. VILLEGAS BASAVILBASO, op. cit., t. 3, pág. 155.

⁵⁹ Vid. SILVA CIMMA, op. cit., t. 2, pág. 96.

⁶⁰ Vid. JÉZE, *Principes...*, op. cit., t. 2, pág. 105.

⁶¹ Vid. VILLEGAS BASAVILBASO, op. cit., t. 3, pág. 159; SILVA CIMMA, op. cit., t. 2, pág. 96.

corresponde al Poder Ejecutivo, que ejercería su potestad reglamentaria (art. 86, inc. 2, Constitución Nacional).

En materia de educación primaria, la Constitución Nacional establece expresamente que las provincias deben asegurarla, a los efectos de que el Gobierno federal les garantice el goce y ejercicio de sus instituciones (art. 5). Quiere decir que, entre nosotros, las legislaturas provinciales deberán proceder a la creación y organización de la educación primaria impuesta por la Constitución. Como en nuestro país el régimen municipal es, en general, autárquico, los gobiernos provinciales han delegado en los municipios la creación de ciertos servicios públicos, entre otros el de transportes, por lo que compete al órgano legislativo, Concejo Deliberante, la creación y la organización de los mismos, de acuerdo con las leyes orgánicas.

En el supuesto de tratarse de municipalidades autónomas, como las que surgieron con motivo del nacimiento de las nuevas provincias, sus facultades derivan de la Constitución provincial. Así, por ejemplo, la Constitución de Misiones atribuye a los municipios todo lo referente a transportes y comunicaciones urbanas, organización de los servicios públicos locales, servicios fúnebres (art. 204, inc. a). Puede además la comuna contratar servicios públicos y otorgar concesiones a particulares con límite de tiempo y rescatables sin indemnización por lucro cesante (art. 204, inc. f). Agrega esta Constitución que para la concesión de servicios públicos por plazos mayores de 10 años se requiere licitación pública, aprobación por dos tercios de votos del Concejo Deliberante y su posterior sometimiento a referéndum popular (art. 207).

18. Modificación del servicio público

La modificación consiste en alterar las normas de organización del servicio público cuando el interés general así lo impone. La idea de modificación trae aparejada la de organización, vale decir, una variación de las normas sobre cuya base el servicio fue estructurado. Si la organización de un servicio resulta de una ley, parecería lógico que la modificación resultase derivada también de ley, ya que ésta afecta no solamente a su aspecto reglamentario sino también a su estructura orgánica, régimen de bienes y personas⁶². Si la organización del servicio fue hecha por la administración, a ésta le corresponderá, en general, su modificación.

19. Supresión de los servicios públicos

Por aplicación del paralelismo de las formas y de la competencia, y salvo disposiciones contrarias de la ley, es necesario, para suprimir

⁶² Vid. SILVA CIMMA, op. cit., t. 2, págs. 97 y sig.

el servicio, un acto de la misma naturaleza de aquel que lo ha creado⁶³. La supresión del servicio supone una manifestación de voluntad del Estado que declara que esa necesidad de interés general no necesita ser satisfecha por el procedimiento del servicio público, pudiendo entregarse a la iniciativa privada o no hacer lugar a la provisión de esa necesidad por ser innecesaria⁶⁴. Como la supresión de un servicio público conduce a la abrogación de un acto emanado del Poder Legislativo, es evidente que sólo éste tiene competencia para ello. Es de advertir que los servicios públicos establecidos en la Constitución Nacional no pueden ser suprimidos por el legislador. Así, por ejemplo, el de correos. El Congreso es quien juzga discrecionalmente, según las circunstancias económico-sociales, sobre el mantenimiento o supresión del servicio público.

Con respecto a los servicios públicos municipales, su supresión corresponde a los consejos deliberativos, según lo establecen las respectivas leyes orgánicas municipales o las constituciones provinciales para las entidades autárquicas o las autónomas, respectivamente.

Si la ley creadora de un servicio público dispone que el órgano administrativo puede decidir también su funcionamiento del mismo, queda al arbitrio de éste su organización y funcionamiento, lo que le faculta implícitamente para suprimirlo. En este supuesto, es potestad del órgano ejecutivo decidir discrecionalmente si el servicio público debe ser mantenido o suprimido.

20. Sistemas de prestación de servicios públicos

Oportunamente dijimos que el servicio público puede ser prestado directa o indirectamente por la administración. En consecuencia, podríamos decir que el servicio público puede efectuarse por gestión directa de la administración o por gestión indirecta de la misma. Además, se podría agregar un tercer tipo, que sería el de la gestión mixta.

La gestión directa por la administración puede realizarse:

a) Por la administración centralizada.

⁶³ Vid. LAUBADÈRE, *Services publics et concessions de services public*, en DALLOZ, *Repertoire...*, op. cit., t. 2, pág. 869.

⁶⁴ Un ejemplo importante en la supresión de servicios públicos es el ocurrido en Francia con motivo del culto. La ley del 9 de diciembre de 1905 sobre la separación de la Iglesia y el Estado, estableció que la satisfacción de las necesidades religiosas no podría ser asegurada por las autoridades públicas ni por el procedimiento del servicio público ni por el procedimiento del derecho privado. La ley de 1905 no solamente suprime el servicio público del culto sino que prohíbe el pago de subvenciones y afectaciones gratuitas a todo servicio o establecimiento privado que satisfaga las necesidades religiosas. Vid. JEZE, *Les principes généraux...*, op. cit., t. 2, pág. 133. En este sentido SILVA CIMMA (op. cit., t. 2, pág. 71) dice que si la necesidad pública desaparece o deja de serlo, el servicio debe automáticamente suprimirse, porque no existiría ya el fundamento racional y social de su existencia.