

## CAPÍTULO XII

### LOS ÓRGANOS DEL ESTADO

#### SUMARIO

1. Concepto de órgano .....	XII-1
2. El órgano y el ente al que pertenece .....	XII-2
3. El órgano y el funcionario.....	XII-2
4. La actuación del órgano .....	XII-2
5. El criterio jurisprudencial .....	XII-4
6. La competencia.....	XII-5
7. Distinción entre competencia y ejercicio de la función .....	XII-9
7.1. La competencia y los “postulados de la permisión” .....	XII-10
7.2. Crítica de la asimilación de capacidad y competencia.....	XII-10
7.3. Indevida extensión de la competencia al principio de liber- tad .....	XII-11
7.4. Relaciones con otros principios de derecho público.....	XII-11
8. Clasificación de la competencia .....	XII-13
8.1. Competencia en razón de la materia.....	XII-13
8.2. Competencia en razón del territorio .....	XII-14
8.3. Competencia en razón del tiempo.....	XII-14
8.4. Competencia en razón del grado .....	XII-15
9. Delegación.....	XII-16
10. Admisibilidad y caracteres de la delegación .....	XII-18
10.1. Revocación de la delegación de competencia .....	XII-19
10.2. Relaciones del delegante y el delegado .....	XII-19
10.3. Responsabilidad del delegante y del delegado.....	XII-19
10.4. Contralor por el delegante .....	XII-19
10.5. La subdelegación .....	XII-20
11. La avocación .....	XII-20
11.1. Comparación general con la delegación.....	XII-21

11.2. Procedencia de la avocación.....	XII-22
11.3. Conclusiones comparativas .....	XII-23
12. La jerarquía.....	XII-24
13. Principales órganos de la administración central .....	XII-26
13.1. El Presidente de la Nación.....	XII-26
13.2. El Jefe de Gabinete .....	XII-27
13.3. Ministros y Secretarios de Estado .....	XII-28
13.4. El Procurador del Tesoro de la Nación.....	XII-29
13.5. Direcciones Generales y Nacionales.....	XII-30
14. Autoridades administrativas independientes .....	XII-32
14.1. El Defensor del Pueblo .....	XII-32
14.2. La Auditoría General de la Nación .....	XII-35
14.3. El Consejo de la Magistratura.....	XII-37
14.4. El Jurado de Enjuiciamiento .....	XII-39
14.5. El Ministerio Público .....	XII-40
14.6. Entes reguladores y de control del poder económico .....	XII-41
14.7. Banco Central de la República Argentina .....	XII-43
14.8. Una agencia independiente del control de la deuda pública externa .....	XII-44

*Capítulo XII*  
**LOS ÓRGANOS DEL ESTADO**

1. *Concepto de órgano*

Las entidades estatales manifiestan su actividad y su voluntad a través de sus órganos; el concepto de órgano sirve, pues, para imputar a la entidad de que el órgano forma parte el hecho, la omisión o la manifestación de voluntad de que se trate. Para algunos autores el órgano es un conjunto de competencias —algo así como un “cargo,” *office, ufficio, Amt, etc.*— que será ejercido por una persona física —el funcionario público, agente o “personal” del Estado— que, al actuar dentro de las atribuciones o funciones que le han sido conferidas, produce tal imputación. En este concepto se distingue entre el “órgano jurídico” —el conjunto de competencias— y el “órgano físico,” o sea, la persona llamada a ejercer esas competencias.

En otra terminología, se distingue entre el “órgano-institución” y el “órgano-individuo.”<sup>1</sup> Para otros autores, el órgano sería la suma de los dos elementos, el cúmulo de las funciones individualizadas y la persona llamada a ejercerlas.<sup>2</sup>

Adoptaremos aquí el primer concepto, pues permite diferenciar más precisamente los derechos y deberes de la persona física llamada a desempeñarse en la función. Estamos frente a situaciones que no se confunden; una es la repartición de atribuciones en diferentes unidades, otra es la imputación de una conducta al Estado,<sup>3</sup> una tercera es la situación del funcionario.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Ver VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, TEA, 1950, p. 530 y ss.; TREVILJANO FOS, JOSÉ ANTONIO, *Principios jurídicos de la organización administrativa*, Madrid, 1957, p. 88.

<sup>2</sup> SILVESTRI, ENZO, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milán, Giuffrè, 1950, p. 8 y ss.; SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 181; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, p. 493.

<sup>3</sup> BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*, San Pablo, 1972, p. 66.

<sup>4</sup> CAETANO, MARCELLO, *Manual de direito administrativo*, Río de Janeiro, 1970, t. 1, p. 197.

## 2. *El órgano y el ente al que pertenece*

Pero tanto si se adopta uno u otro concepto de órgano, las consecuencias prácticas no varían: En ambos casos se trata de construcciones jurídicas en virtud de las cuales imputamos a la asociación o corporación o entidad estatal, la voluntad de un ser humano manifestada dentro de un marco determinado, propio del ente.

El órgano, precisamente por ser un medio para imputar una actuación o una voluntad al ente del cual forma parte, no constituye una persona diferenciada, sino que se confunde como parte integrante de él: No tiene, pues, derechos o deberes diferenciados de los derechos o deberes del ente del cual se desprende; su voluntad no es diferenciable de la voluntad de la organización a la cual pertenece, precisamente porque la voluntad a través de él expresada es en esa medida la voluntad de la organización. Ello no quita que puedan eventualmente existir voluntades contrapuestas entre órganos de un mismo ente, pues 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 por el ejercicio de actividades diversas.<sup>5</sup>

## 3. *El órgano y el funcionario*

Diferenciando como lo hicimos entre órgano físico y órgano jurídico, resultará que estas consideraciones son aplicables al órgano jurídico, el cual se integra y confunde con el ente al cual pertenece, sin tener una voluntad o una personalidad independiente de él.

No ocurre lo mismo con el órgano físico, esto es, la persona física llamada a ejercer la función que constituye el órgano jurídico. El funcionario, en efecto, tiene dos voluntades y dos situaciones distintas según sea el modo de su actuación: su voluntad en cuanto persona y sus derechos y deberes en cuanto funcionario frente al Estado y su voluntad orgánica, en cuanto desempeña la competencia estatal. En el primer caso el funcionario puede tener derechos contrapuestos con el Estado y se lo considera un sujeto de derecho diferenciado de él; en el segundo el funcionario se subsume dentro del órgano jurídico y en cuanto titular, no tiene, según ya dijimos, derechos o deberes contrapuestos con el Estado, sino meramente competencias que le han sido asignadas y que desempeñará en su nombre; no tiene tampoco, en consecuencia una personalidad diferenciada de la del Estado.

## 4. *La actuación del órgano*

Dado, pues, que el órgano físico puede actuar como titular del órgano jurídico —caso en el cual su voluntad se considera como la voluntad estatal— o fuera de

<sup>5</sup> SILVESTRI, *op. cit.*, pp. 17-8; MARIENHOFF, "Administración pública: actividad interorgánica y relaciones interadministrativas," *JA*, 1962-III, 77, sec. doctr. En contra, BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 75.

la función que se le ha asignado, como sujeto de derecho diferenciado del Estado, interesa saber qué criterio habrá de seguirse para establecer cuándo el funcionario actúa como órgano del Estado y cuándo no.

Para establecer esa diferencia existen básicamente dos criterios:

a) *Un criterio subjetivo*: Que toma en cuenta la finalidad perseguida por el funcionario al actuar. (Esto es, si entendió actuar en su calidad de órgano del Estado, o privadamente.)

b) *Un criterio objetivo*: Que prescinde de la motivación psicológica del funcionario y atiende objetivamente a lo que ha realizado. Este criterio, que es el prevalente, presenta a su vez dos variantes:

b.1) En una posición, que es la que a veces adopta la legislación civil, se estima que el órgano físico ha actuado como órgano jurídico de la institución siempre que haya actuado dentro del límite de sus *atribuciones legales*, esto es, siempre que haya actuado legítimamente, respetando la competencia que le ha sido otorgada y en general las regulaciones establecidas para el desempeño de sus atribuciones. En este primer concepto, *la legitimidad* del acto es el factor que decide la cuestión: Si el acto producido es legítimo, entonces ha sido dictado “dentro de las atribuciones legales” del órgano y debe imputárselo al Estado; si el acto es *ilegítimo*, por haber sido emanado con incompetencia, etc., entonces se encuentra fuera de las atribuciones legales del órgano y no puede imputárselo al Estado, debiéndoselo considerar como un acto personal del funcionario.

Este es el criterio que tiene, p. ej., el art. 36 del Código Civil<sup>6</sup> en cuanto dice que “se reputan actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio. En lo que excedieran, sólo producirán efecto respecto de los mandatarios.”<sup>7</sup> Esta norma, referida a la imputación de la conducta, está limitada en materia de responsabilidad<sup>8</sup> por el nuevo art. 43: “Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones.”

b.2) En una segunda posición, propia del derecho público y generalmente prevalente en éste, se considera que la *legitimidad* del acto no es el elemento primordial para decidir si él es o no un acto estatal por haber emanado de un órgano suyo;<sup>9</sup> se entiende, en cambio, que debe atenderse únicamente a la *apariencia externa* del acto o hecho, a su *reconocibilidad exterior* como un hecho o acto propio de la

<sup>6</sup>Que no modificó la reforma de 1968.

<sup>7</sup>La misma regla sigue el art. 58 del decreto-ley 19.500/72 en materia de sociedades comerciales, al disponer que “el administrador o el representante que de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad, obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social.”

<sup>8</sup>Esta sí modificada en 1968 con el nuevo art. 43.

<sup>9</sup>De lo contrario, resultaría contradictorio hablar de la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita, que es una de las instituciones clásicas de siempre admitidas por el derecho administrativo.

función atribuida al órgano, haya sido ella ejercida regular o irregularmente. De este modo, basta con establecer que la actuación del funcionario se ha referido a una tarea que era propia de su función, para decidir que ha actuado como órgano jurídico del Estado y que, por lo tanto, su acto no es un acto privado suyo sino un acto del Estado;<sup>10</sup> esto es así, repetimos, sea que su acto o hecho sea regular o irregular, legítimo o ilegítimo.

Es por ello que se puede luego hablar de “actos administrativos nulos,” o “actos administrativos anulables,” etc., lo cual supone que se trata de un acto estatal —por lo tanto producido por un órgano suyo— viciado, ilegítimo: ello sería una contradicción si se adoptase el criterio anterior, en el cual sólo el acto legítimo podía ser considerado como dictado dentro de la función del órgano.

c) En suma, comparando la amplitud respectiva de los tres criterios enunciados (el subjetivo y los dos objetivos), se advierte que ella es creciente y que es dentro del último de los criterios indicados donde mayor será el número de actos y hechos que se le imputarán al ente del cual el órgano forma parte.

### 5. *El criterio jurisprudencial*

Esta última es también la orientación jurisprudencial y ha dicho así la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “la irresponsabilidad [...] de la provincia por actos realizados por sus representantes legales, *más allá de sus atribuciones*, no puede aceptarse en el caso de autos, por cuanto estos representantes *han obrado dentro de sus propias funciones*,”<sup>11</sup> sentando de tal modo el criterio de que un acto es imputable al Estado (y en su caso lo hace responsable) cuando es ejecutado por el funcionario dentro de sus funciones, sin importar que haya sido hecho o no dentro de sus atribuciones o límites legales específicos.

Surge de este modo la distinción entre:

a) El criterio del Código Civil, que sólo imputa al ente el ejercicio legítimo y regular de la función y

<sup>10</sup> Incluso, el criterio de la *reconocibilidad exterior* es el que subyace en la clásica distinción entre la falta de servicio (*faute du service*) y falta personal (*faute personnelle*), conceptos que sirvieron de punto de partida para todo el desarrollo jurisprudencial en materia de responsabilidad del Estado en Francia, luego seguido en nuestro país. Ver REIRIZ, MARÍA GRACIELA, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969, p. 109.

<sup>11</sup> *Fallos*, 163: 155, 163, *Ferrugia*, 1931. Posteriormente, 203: 30, año 1945, *Rabanillo*, 306-2: 2030, año 1984, *Vadell* (en este pronunciamiento por primera vez la Corte, por aplicación de la teoría del órgano, modifica su criterio anterior respecto de la imputación en materia de Responsabilidad del Estado, pasando así de una imputación indirecta (art. 1113 CC) que se venía aplicando, a una imputación directa. Nos remitimos a nuestro t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, op. cit., cap. XX, p. 26, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo2/capitulo20.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo20.pdf)); 307-1: 821, *Hotelería Río de la Plata SACI* (1985); 312-II, 1656, *Tejedurías Magallanes S.A.*, 1989. Aplicando la misma regla, ha dicho recientemente la Corte Suprema que, a la inversa, “la Administración Pública no es responsable cuando el funcionario obra a título puramente personal, al margen de la función, y en exclusivo provecho propio.” Ver *Fallos*, 325: 1787, *Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A.*, 2002, voto de PETRACCHI, BELLUSCIO y BOSSERT.

b) el criterio del derecho público, que imputa al ente todo ejercicio de la función, sea legítimo o ilegítimo. Esto último también queda sentado en otra causa en la que específicamente se declaró que, apareciendo clara la imputación, “carece de importancia la cuestión planteada [...] referente a la legalidad de los acuerdos de ministros en virtud de los cuales se ordenaron las licitaciones.”<sup>12</sup>

Desde luego, el acto o hecho debe reunir ciertas condiciones exteriores para poder objetivamente ser considerado como realizado en ejercicio de las funciones del agente, es decir, del órgano. Ya no se dirá que el acto debe ser legítimo o dictado con competencia, pero se afirmará que “debe haberse cometido por el dependiente en ejecución de las tareas a su cargo, dentro de los límites y objeto aparente de las mismas.”<sup>13</sup>

En definitiva, debe considerarse sólo la apariencia externa del acto o hecho, para determinar si es imputable a la función. Señala ALESSI en este sentido que “basta que aparezca formalmente presentado como una exteriorización de las funciones propias del cargo;” “que la determinación volitiva del órgano esté dirigida, al menos por lo que resulta de su apariencia exterior, a un fin propio del ente;” que presente “un mínimo de reconocibilidad exterior.”<sup>14</sup>

Como en otras palabras lo expresa nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, si el acto o hecho de que se trata aparece externamente reconocible como propio de la función, sea ésta bien o mal ejercida, “con fidelidad o sin ella,”<sup>15</sup> incluso en un cumplimiento “defectuoso,”<sup>16</sup> igualmente es imputable al ente.<sup>17</sup>

## 6. La competencia

La competencia es el conjunto de funciones que un agente puede legítimamente ejercer; el concepto de “competencia” da así la medida de las actividades que de acuerdo al ordenamiento jurídico corresponden a cada órgano administrativo: Es su aptitud legal de obrar y por ello se ha podido decir que incluso formaría parte esencial e integrante del propio concepto de órgano.<sup>18</sup>

Con todo que mantenemos la utilización del concepto de competencia, se trata de una noción proclive a variantes. Según los autores, se habla:

<sup>12</sup> *Fallos*, 160: 381, *Gassull*, 1931.

<sup>13</sup> *Fallos*, 194: 170, 172, *Rodríguez, Enrique*, 1942.

<sup>14</sup> ALESSI, RENATO, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione*, Milán, Giuffrè, 1955, 3ª ed., pp. 50-1.

<sup>15</sup> *Fallos*, 203: 30, 43, *Rabanillo*, 1945.

<sup>16</sup> *Fallos*, 196: 101, 108, *Belleza*, 1943. Dijo aquí la Corte Suprema: “La circunstancia de que el accidente sobreviniera en el curso del cumplimiento tardío y defectuoso de la orden impartida al dependiente no exime al principal. Por el contrario, la responsabilidad [...] supone generalmente el desempeño incorrecto de las tareas encomendadas a aquél.” (P. 108.)

<sup>17</sup> Ampliar en el t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, op. cit., cap. XX, § 6 a 9, pp. 20-26, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo2/capitulo20.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo20.pdf), todo lo referente a la problemática de la imputación de un hecho al Estado.

<sup>18</sup> SAYAGUÉS LASO, op. cit., p. 183.

- a) De una “competencia para la ilicitud,” provocando así una antítesis o contradicción formal;
- b) de un concepto de competencia bajo el amparo del mismo principio que rige la libertad y la capacidad de los individuos;
- c) de la competencia expresa;
- d) de la competencia expresa o razonablemente implícita;
- e) de la competencia virtual.

Tanto en definiciones amplias como restringidas, se suele utilizar el término como comprensivo de toda la conducta que se imputa legítimamente o no a un ente, cuando en realidad todos los autores limitan la competencia a los casos de competencia en razón del territorio, materia, tiempo y tal vez grado. Quedan afuera los demás elementos del acto y decir entonces que un acto fue dictado “con competencia” no equivale a decir que fue dictado “válidamente,” en el derecho positivo, pues queda aún por determinar si el acto cumplimenta o no con los demás recaudos del ordenamiento jurídico. En el decreto-ley 19.549/72, la competencia aparece como uno de los requisitos de validez del acto (art. 7º) y no como el único requisito de validez.<sup>19</sup>

Frecuentemente se compara a la competencia de los órganos administrativos con la capacidad de los sujetos privados de derecho: En ambos se estaría señalando una aptitud de obrar, la medida de las actividades que el órgano o el sujeto pueden legalmente ejercer. Sin embargo, es importante destacar que mientras que en el derecho privado la capacidad es la regla y por lo tanto se presume en la medida que una norma expresa no venga a negarla, en derecho público la competencia de los órganos no se presume y debe estar otorgada en forma expresa o razonablemente implícita por una norma jurídica para que pueda reputársela legalmente existente.<sup>20</sup>

En general parece predominar el concepto que “la competencia de los organismos administrativos debe ser expresa, esto es, debe resultar de una norma que

<sup>19</sup> La competencia pierde así, en la actualidad, verdadera utilidad técnica y pasa a tener una utilidad solamente didáctica, lo que, ciertamente, no es simple. Ver NIETO, ALEJANDRO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, con nuestras glosas; nuestra *Introducción al derecho*, publicada en castellano (Buenos Aires, La Ley, 2007, <http://gordillo.com/iad.html>), inglés (Londres, Esperia, 2003, <http://gordillo.com/aitl.html>) y francés (Londres, Esperia, 2003, <http://gordillo.com/uiad.html>), todas con prefacio de SPYRIDON FLOGAITIS.

<sup>20</sup> Comp. SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 183; LINARES, JUAN FRANCISCO, “La competencia y los postulados de la permisión,” *RADA*, 2: 13, Buenos Aires, 1971; ARNANZ, RAFAEL A., *De la competencia administrativa*, Madrid, 1967, pp. 39-43; COMADIRA, JULIO R., *Procedimiento administrativo y denuncia de ilegitimidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 19, nota 31; *Acto administrativo municipal*, 1992, p. 24; COLOMBO CAMPBELL, JUAN, *La competencia*, Santiago, Chile, 1959, p. 176 y ss.; GONZÁLEZ ARZAC, RAFAEL M., “La competencia de los órganos administrativos,” *ED*, 49: 885, 1973; HUTCHINSON, TOMÁS, *La ley nacional de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 92 y ss.

la atribuya.”<sup>21</sup> Por lo demás, uno de los antiguos principios que regían a la competencia es el de que esta es inderogable, o improrrogable; esto es, que no puede ser renunciada ni extendida sea por acuerdo entre las partes privadas, o entre ellas y la administración;<sup>22</sup> asimismo, que sólo puede surgir de la ley en sentido estricto. Sin embargo, frente al clásico principio de que la competencia es siempre de origen legal, el decreto-ley 19.549/72 establece que la competencia puede ser tanto de origen legal como reglamentario: “La competencia de los órganos administrativos será la que resulte, según los casos, de la Constitución Nacional, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia. Su ejercicio constituye una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente<sup>23</sup> y es improrrogable, a menos que la delegación o sustitución estuvieren expresamente autorizadas; la avocación será procedente a menos que una norma expresa disponga lo con-

<sup>21</sup> En tal sentido la CNAp CAFed señaló que “En el orden jurídico administrativo la competencia constituye un elemento esencial, que confiere validez a la actuación de los órganos estatales, y, en especial, la atribución de competencia jurisdiccional a los órganos y entes administrativos debe ser interpretada con carácter estricto. (Sala 1ª, *in re Cía. De Alimentos Kovex S.A.*, del 7-IX-09.) También resolvió que por ser de orden público, no corresponde extenderla por vía analógica. (Sala 4ª, *in re Grunbaum Rico y Daucourt S.A.I.C.F v. DGI*, del 2-X-01; Sala V, *Dow Química Argentina SA v. AFIP-DGA*, del 19-VI-12.) Paralelamente la CSJN afirmó que “[...] es principio de nuestro ordenamiento constitucional que ningún poder puede arrogarse mayores facultades que las que le hayan sido conferidas expresamente. (Fallos, 137: 47, entre otros.) La regla según la cual es inválido privar a alguien de lo que la ley no prohíbe, ha sido consagrada en beneficio de los particulares (artículo 19 de la Constitución Nacional), no de los poderes públicos. Estos, para actuar legítimamente, requieren de una norma de habilitación (Fallos, 32: 120, entre otros)” (CSJN, *Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional*, ley 26.855, medida cautelar (Exte. N° 3034/13), sentencia del 18-VI-13.)

<sup>22</sup> SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 191; ALESSI, *op. cit.*, p. 98; VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. 2, p. 259. Otras diferencias en WALINE, MARCEL, *Droit Administratif*, París, 1963, p. 452; DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Plus Ultra, 1965, p. 32 y ss. Debe en cualquier caso ser ejercida en forma obligatoria y de modo irrenunciable. Ver así lo resuelto por la CNAp CAFed en las causas *Peso, ED*, 114: 231 y en el plenario *Multicambio S.A. c/ B.C.R.A. s/ ordinario, JA*, 1986-I-140. Señala MONTI, LAURA, que la competencia no se configura como un límite externo a la actuación sino como un presupuesto de ella, conforme la vinculación positiva de la administración al ordenamiento jurídico. Al respecto ver lo resuelto por la Sala V de la CNAp CAFed, *Pasa S.A. (incidente y otro) c/ Resol. 149/96 Enargas (Expte 1701/1995)*, del 28-VI-00 o por la Sala I del mismo Tribunal *in re YPF c/ Enargas*, del 20-II-96.

<sup>23</sup> Como lo señala REJTMAN FARAH, MARIO, “Una revisión crítica a los principios de la organización administrativa,” en AA.VV., *Cuestiones de organización estatal, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2012, pp. 293-304, pese a que el ejercicio de la competencia es obligatorio, el propio decreto-ley 19549/72 contempla mecanismos diversos frente al incumplimiento de tal deber por parte de diversos órganos administrativos. En tal caso si los funcionarios no pueden elegir a su antojo cuándo actuar o cuándo no, resulta necesario hacer efectivas las responsabilidades disciplinarias, por omisión o violación de principios y normas vinculadas a la competencia, de quien desconoce tal obligación. Respecto a la obligatoriedad de resolver las peticiones de los administrados la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal ha señalado que el derecho de petición no se agota con el hecho de que el ciudadano pueda pedir, sino que exige una respuesta. Frente al derecho de petición se encuentra la obligación de resolver. (Sala IV, *in re Vitale* del 19-X-89, en *JA*, 1990-III-127. Ver también MONTI, LAURA y VIEITO FERREIRO, MABEL, “El amparo por mora de la Administración y la obligación de resolver,” Buenos Aires, *LL*, 1996-E, p. 85; TENREYRO, MARÍA PAMELA, *Técnicas de tutela frente a la inactividad administrativa*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2012, especialmente pp. 38-64.

trario.” Por lo tanto, las normas generales emanadas del Poder Ejecutivo, como primer órgano de reglamentación de la ley, pueden a su vez servir de base para competencia delegada o desconcentrada, o de competencia para delegar.

Así p. ej. el art. 2º del decreto 1.759/72, reglamentario del decreto-ley 19.549/72 en el citado aspecto, autoriza a los ministros y a las autoridades superiores de los entes descentralizados a delegar sus facultades en órganos inferiores. El reglamento del decreto-ley opera así como norma general facultativa para que los ministros a su vez deleguen en órganos inferiores, facultad que también se extiende a las autoridades superiores de los entes descentralizados del Estado. (Entes autárquicos, empresas del Estado, sociedades del Estado.)

De cualquier manera, el principio general de la competencia sufre excepciones en los casos de avocación y delegación, a los cuales nos referiremos más adelante;<sup>24</sup> además, el tradicional principio de la inderogabilidad de la competencia no es aplicable, aun en su forma ya morigerada por el decreto-ley, sino cuando la competencia de que se trata ha sido otorgada en forma exclusiva al órgano.<sup>25</sup> En efecto, pueden presentarse algunas variantes en cuanto a la forma en que el ordenamiento jurídico puede otorgar la competencia:

Puede la ley otorgar competencia alternativa a dos o más órganos, de modo que cualquiera de ellos pueda dictar los actos propios de esa competencia.<sup>26</sup> Esto puede presentarse en forma incondicionada, esto es, no sujeta a condición alguna, de modo tal que cualquiera de los órganos puede en cualquier momento ejercer la

<sup>24</sup>También hay alguna jurisprudencia justificadamente oscilante, como explicamos en el t. 3, *El acto administrativo, op. cit.*, cap. IX, “Vicios de la voluntad,” § 5.3, “Actos que requieren autorización” y 5.4, “Actos que requieren aprobación,” [http://gordillo.com/pdf\\_tomo3/capitulo9.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo9.pdf); cap. VIII, § 11, “Competencia en razón del grado,” [http://gordillo.com/pdf\\_tomo3/capitulo8.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo8.pdf).

<sup>25</sup>Es posible que un órgano administrativo reivindique para sí el ejercicio de atribuciones en una misma esfera de competencias. El criterio general en nuestro país es que ante la inexistencia de dos sujetos diferenciados, prevalece el principio de jerarquía y el de unidad de acción y dicha competencia se adjudique al superior. No obstante la CSJN admitió en la causa *Facultad de Ciencias Médicas – UNLP c/ Universidad de La Plata s/ nulidad actos administrativos - medida cautelar - art. 32 - ley 24521 (recurso extraordinario)*, del 21-X-08 que, en defensa del derecho de un órgano administrativo a ejercer competencias que le son propias y exclusivas, se le impone a éste un deber de actuar que no puede resignar en favor de otro superior. En tales casos prima el principio de competencia por el de jerarquía. Ampliar en GONZALEZ NAVARRO, AUGUSTO, *Los órganos administrativos y la defensa de sus competencias*, LL, 2008-F, esp. p. 745. Ver también REJTMAN FARAH, MARIO, “Una revisión crítica a los principios de la organización administrativa,” *op. cit.* y lo que exponemos en el t. 4, *Procedimiento y recursos administrativos*, <http://gordillo.com/tomo4.html>.

<sup>26</sup>También pueden asignarse competencias concurrentes. Así por ley 26.168 se creó la Autoridad de la Cuenca Matanza Riachuelo como ente de derecho público interjurisdiccional integrado por representantes del PEN, el Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el de la Provincia de Buenos Aires. Sus atribuciones prevalecen sobre cualquier otra competencia concurrente en ese ámbito, aún la asignada a órganos jerárquicamente superiores. Ampliar en REJTMAN FARAH, MARIO, “Una revisión crítica a los principios de la organización administrativa,” *op. cit.*, pp. 293-304. Se trata de los entes interjurisdiccionales que explicamos en *Empresas del Estado*, Buenos Aires, 1966, y puntualizamos en materia recursiva en el t. 4 antes citado, *Procedimiento y recursos administrativos*, <http://gordillo.com/tomo4.html>. Conviene, en otro sentido, tener presente los problemas del procedimiento administrativo en la práctica, que son tratados *infra*, t. 7, secc. IV, cap. XVIII y ss.

competencia y habiéndola ejercido uno no la pueden ejercer ya en ese aspecto los otros; o puede presentarse en forma condicionada, o sea, que uno de los órganos ejerce normalmente la competencia, pero, dándose determinada condición, la pasa a ejercer el otro, como sería el caso de la suplencia.<sup>27</sup>

Tampoco es de aplicación estricta el principio de la inderogabilidad de la competencia cuando ella no es *originaria* sino *derivada*, esto es, cuando no ha nacido de una directa atribución *legal* de funciones al órgano, sino, p. ej, de una delegación hecha al inferior por el órgano superior titular originario de la misma: en este caso el superior puede en cualquier momento retomar para sí la competencia que había delegado en el inferior.

### 7. *Distinción entre competencia y ejercicio de la función*

No debe confundirse la *competencia* con la “aptitud de obrar” de los órganos administrativos, o con el “complejo de atribuciones otorgadas al órgano;”<sup>28</sup> en otros términos, la competencia no designa al conjunto de actividades que pueden imputarse a un órgano estatal, sino sólo el conjunto de actividades que el órgano puede legítimamente realizar.

Diferenciamos así al *ejercicio de la función* como género y al *ejercicio de la competencia como especie*. Para que el acto sea *válido*, es necesario que además de ser realizado dentro de la función que corresponde al órgano, lo sea *dentro de su competencia*.

La ley atribuye una función a un órgano y dispone que el ejercicio de la función sólo será legítimo cuando lo realice en su competencia: El que lo realice fuera de la competencia, pero dentro de la función, significa que el acto es irregular, *pero ello no quita que el acto sea estatal* y pueda acarrear la responsabilidad de la administración.

*La competencia condiciona la validez del acto, pero no su condición propia de acto estatal o no*; claro está, todo acto realizado dentro de una competencia es acto estatal, pero conviene no olvidar que no porque haya incompetencia el acto deja necesariamente de ser referible al Estado.

*La aptitud de obrar o ejercicio de la función* deriva, pues, de que se confiere al órgano una parte de la función administrativa y ello se aprecia de acuerdo con la “reconocibilidad externa” del acto o hecho; *la competencia* deriva de las limitaciones expresas o virtuales contenidas en el orden jurídico y regla *la licitud* del ejercicio de aquella función o aptitud de obrar.

<sup>27</sup> ALESSI, *op. cit.*, p. 98; uniforme.

<sup>28</sup> Nos apartamos en ello de la doctrina corriente, que no las diferencia. Así SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 191; DIEZ, t. II, p. 29; ALESSI, *op. cit.*, p. 97; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 542. Comparar LINARES, *Poder discrecional administrativo, op. cit.*, p. 26, y *La competencia y los postulados de la permisión, op. cit.*, p. 15; GONZÁLEZ ARZAC, *op. cit.*, § 13 a 15.

### 7.1. *La competencia y los “postulados de la permisión”*

Hay autores que amplían el concepto de competencia hasta hacerlo comprender lo que denominamos ejercicio de la función.<sup>29</sup> Parten para ello del principio de la libertad<sup>30</sup> o *capacidad* en el derecho privado y señalan que, por razones de unidad y sistematicidad de la ciencia,<sup>31</sup> corresponde extenderla a los órganos públicos.

El principio de que todo lo no prohibido está permitido, valdría así tanto para la capacidad de las personas privadas, como para la competencia de los entes públicos y sus órganos, con una sola diferencia: La persona jurídica pública, su competencia y la de sus órganos no existen si las normas no lo establecen; pero una vez creada dicha persona, ésta y sus órganos podrían hacer todo lo *no prohibido* dentro de sus respectivas competencias.<sup>32</sup> La competencia sería así una “órbita de acción,”<sup>33</sup> más amplia incluso que la capacidad del representante en el derecho privado, el cual dentro de una “órbita de especialidad,” o “esfera de la representación,” está facultado jurídicamente para hacer *todo lo no prohibido* jurídicamente.<sup>34</sup> En el caso del órgano público, entonces, se entendería por prohibido solamente lo que no constituye el campo de la especialidad del ente, o de la distribución de órbitas de acción en los distintos órganos.<sup>35</sup> Se asimilaría la finalidad u objeto para el cual el ente o el órgano han sido creados, con la competencia o capacidad del ente u órganos: En cuanto actúa dentro del campo de acción para el cual fue creado, actuaría con competencia, dentro del marco de la licitud.<sup>36</sup> En suma, para esta doctrina “competencia” sería sinónimo de “ejercicio de la función” y no estaría dada por normas expresas ni razonablemente implícitas que facultaran al órgano a actuar, sino por la existencia de un ente u órgano creado por una norma jurídica con una determinada finalidad, órbita de acción, etc.: Todo lo que cae dentro de esa órbita es jurídico o lícito hacerlo.

### 7.2. *Crítica de la asimilación de capacidad y competencia*

Ahora bien, no obstante que el autor mencionado expresa que con ello encuentra un postulado de identidad para la capacidad y la competencia, nos parece que

<sup>29</sup> Ver nuestro *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, Macchi, 1967, pp. 87-8; una primera diferencia es que la competencia generalmente se entiende como imputación de conducta lícita, mientras que el ejercicio de la función es imputación de conducta lícita o ilícita. Comparar LINARES, *Poder discrecional administrativo*, op. cit., p. 26.

<sup>30</sup> COSSIO, CARLOS, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, 1964, pp. 488 y 677.

<sup>31</sup> LINARES, *La competencia y los postulados...*, op. cit., p. 31; GONZÁLEZ ARZAC, op. cit., § 13 y ss.

<sup>32</sup> LINARES, op. ult. cit., p. 32.

<sup>33</sup> LINARES, op. cit., pp. 26-7: “una órbita de acción o capacidad o competencia.”

<sup>34</sup> LINARES, op. cit., pp. 25-6.

<sup>35</sup> LINARES, op. cit., p. 26, § 23: “aquí también, aunque con más amplitud que en la representación de una persona real por otra, el órgano puede hacer todo lo no prohibido, entendiéndose por prohibido todo lo que no constituye el campo de la «especialidad» del ente, o el de la distribución de órbitas de acción (competencia) de los distintos órganos.”

<sup>36</sup> LINARES, op. cit., pp. 29-31.

esto no es así en el derecho argentino. En efecto, el art. 36 del Código Civil, ya comentado, imputa a la persona jurídica privada como lícito solamente lo actuado dentro de los límites del “ministerio” de los “representantes legales” (competencia de los órganos), sin perjuicio de imputar como ilícito a los efectos de la responsabilidad, los daños causados por quienes las dirijan, en ejercicio o con ocasión de sus funciones (art. 43).<sup>37</sup> En la tesis glosada se pretende justamente lo contrario: Imputar al órgano público como *lícito* todo lo realizado dentro de su órbita de acción, objeto, finalidad, etc.

### 7.3. *Indebida extensión de la competencia al principio de libertad*

Así dada la noción pensamos que no sólo pierde utilidad para el derecho público sino que sienta un grave fundamento para luego permitir juridizar las intervenciones de los órganos públicos, cualquiera sea su contenido, con la sola necesidad de que su objeto sea congruente con lo que la norma le ha fijado: Él es entonces competente, *ergo* con licitud para actuar.

Así, si un profesor universitario tiene por norma de competencia la de dictar cursos, puede no sólo dictarlos (competencia expresa) y organizarlos, ordenar los trabajos prácticos, fijar días y temas de prueba, calificar a los alumnos, etc. (competencia razonablemente implícita), sino que puede también atenerse al axioma ontológico de la libertad y hacer todo lo que no le esté prohibido dentro de su órbita de acción. ¿Podría así ordenar una cantidad arbitraria o desproporcionada de estudio?

La respuesta negativa la da el mismo LINARES en otras obras. ¿Podría actuar desviadamente o maliciosamente? La respuesta ha de ser también negativa, siempre que la desviación o mala fe pueda ser probada.

¿Puede preguntarle a un alumno su raza, religión o creencias, a los efectos de un caso práctico? No, porque lesiona los derechos constitucionales del alumno y los derechos humanos del Pacto de San José de Costa Rica y art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional.

¿Puede el profesor en un examen exigir puntos que no figuran en el programa, con el solo fundamento y requisito de que los primeros también corresponden temáticamente al objeto de la disciplina y por lo tanto a su órbita de acción como órgano? No, porque se trata de una facultad en ese aspecto reglada y no discrecional.

### 7.4. *Relaciones con otros principios de derecho público*

Así se va advirtiendo que aplicar el postulado de la libertad para un órgano público contradice, entre otras cosas, la distinción entre facultad discrecional y reglada,

<sup>37</sup> Ampliar en nuestro t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, op. cit., cap. XX, pp. 24 y 25, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo2/capitulo20.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo20.pdf).

que surge no de meras doctrinas, sino de la voluntad del Estado transmitida a través de los órganos que crean las normas *legales* de conducta. La competencia será parcialmente reglada (lo expresamente reglado y lo razonablemente implícito), o será parcialmente discrecional, pero no puede ser preponderantemente discrecional, con la sola limitación del objeto: Que el órgano haga cualquier cosa, en cualquier lugar, respecto de cualquier persona, siempre que no le esté expresamente prohibido<sup>38</sup> y se atenga a la órbita de acción que la norma le ha fijado. Parece una clara exageración en la interpretación de las supuestas atribuciones o competencias otorgadas por el orden jurídico a los entes públicos estatales.

El orden jurídico, por lo demás, al fijar los objetivos o fines que deben satisfacer los entes y órganos públicos, no ha tenido, evidentemente, una tal intención. Los fines u objetivos que las leyes señalan a las administraciones públicas son tan amplios y extensos que no habría prácticamente nada que ellas no pudieran legítimamente hacer desde el punto de vista de la competencia.

Dicho postulado de libertad para los órganos públicos significaría también la destrucción del postulado que propugna la misma doctrina para las personas privadas: Pues si el órgano puede hacer todo lo no prohibido, dentro de un objeto autorizado, entonces puede dictar toda suerte de órdenes o prohibiciones a los particulares que se le crucen en el camino, en contraposición con lo que dispone el art. 19 de la constitución nacional.<sup>39</sup>

Frente a una permanente facultad discrecional de actuar de la administración y a un principio de libertad del órgano público, con más sus prerrogativas clásicas de supremacía sobre el particular, desaparecerían los derechos subjetivos de cualquier índole de los particulares.<sup>40</sup> Tendríamos que los individuos se encontrarían frente a una fórmula “prohibido todo lo que el órgano prohíba,” o “es debido todo lo que el órgano ordene,” conclusión a la cual pensamos no se estará fácilmente dispuesto a llegar.<sup>41</sup>

Debe ante todo lograrse la armonía entre los propios principios de derecho público y, recién a partir de allí, buscar si se encuentra o no una coherencia con el derecho privado, susceptible de eliminar nociones y categorías diferenciales.

<sup>38</sup> Si se dijera que no se trata sólo de lo expresamente prohibido, sino tanto de lo expresa como lo implícitamente prohibido (el caso de la arbitrariedad, desviación de poder, etc.), entonces o no hay diferencia alguna entre esta postulación y la contraria, o se trata de una cuestión logomáquica. Véase, con todo, LINARES, *op. cit.*, p. 17 y nota 5.

<sup>39</sup> Es bueno recordar a MAIRAL, “Hacia una noción más acotada del acto administrativo (donde se explica cómo los argentinos pasamos, sin darnos cuenta, de obedecer la ley a obedecer a los funcionarios públicos),” en t. 7, *El derecho administrativo en la práctica*, cap XXVIII, p. 507 y ss., [http://gordillo.com/pdf\\_tomo7/capitulo28.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo28.pdf).

<sup>40</sup> Pues en la contraposición entre un derecho genérico de mandar del órgano público, con la sola condición de actuar dentro de su “órbita de acción,” el particular destinatario de la orden se encontraría que no tiene derecho a exigir una conducta contraria del órgano.

<sup>41</sup> Parafraseamos así las agudas reflexiones de LAQUIS, MANUEL A.; SIPERMAN, ARNOLD; GROISMAN, ENRIQUE y otros, “Sobre la teoría del derecho subjetivo,” publicado en la revista *Jurídica*, México, n° 4, julio de 1972.

Mientras se mantenga la noción de derecho subjetivo de los particulares, la distinción entre facultades regladas y discrecionales de la administración, función legislativa y administrativa, etc., debe mantener su armonía propia sosteniendo un principio de competencia expresa o razonablemente implícita, pero no un principio de competencia equiparado a la libertad del sujeto privado.

Esa libertad dejaría de existir frente al poder si se reconoce al órgano un principio similar al denominado axioma ontológico de la libertad.<sup>42</sup> Si la competencia es tan sólo uno de los elementos del acto administrativo y, por lo tanto, *uno* de sus requisitos de validez,<sup>43</sup> no tiene sentido elevar a uno de esos elementos a la categoría de criterio rector de la validez de *toda* la conducta administrativa.

## 8. Clasificación de la competencia<sup>44</sup>

### 8.1. Competencia en razón de la materia<sup>45</sup>

Se trata del contenido u objeto del acto, según que se refiera a uno u otro asunto administrativo: Son las tareas o actividades que el órgano puede legítimamente realizar. El acto dictado puede estar viciado de incompetencia en razón de la materia en diversos casos:

a) *Incompetencia respecto a materias legislativas*, cuando los órganos administrativos dictan resoluciones sobre cuestiones que sólo pueden ser resueltas por el Congreso. Ejemplos: disposición de fondos sin autorización presupuestaria; otorgamiento de concesión de servicios públicos sin ley que la autorice; creación o modificación de los elementos esenciales de un impuesto,<sup>46</sup> etc.

b) *Incompetencia respecto a materias judiciales*, cuando la administración adopta decisiones que sólo pueden ser tomadas por los órganos del poder judicial, como p. ej. un acto que pretenda decidir un litigio entre partes con fuerza de verdad legal, esto es, con carácter definitivo.

c) *Incompetencia respecto a materias administrativas de otros órganos*, o sea, ejercicio por un órgano de atribuciones que corresponden a otros órganos de la administración pública. Este tipo de incompetencia puede también ser llamada incompetencia relativa, por oposición a los dos casos anteriores, en que se podría hablar de incompetencia absoluta.

<sup>42</sup> SCHEIBLER, GUILLERMO, "La aplicación del principio del artículo 19 de la Constitución Nacional al accionar de los órganos estatales o el germen del totalitarismo" en RUSSO, EDUARDO A. (coord.), *Colectión de Análisis Jurisprudencial - Teoría General del Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 94.

<sup>43</sup> Decreto-ley 19.549/72, art. 7°.

<sup>44</sup> Ampliar *infra*, t. 3, cap. VIII, § 10 a 14, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo3/capitulo8.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo8.pdf); WALINE, *op. cit.*, p. 453 y ss.

<sup>45</sup> Ampliar *infra*, t. 3, cap. VIII, § 12, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo3/capitulo8.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo8.pdf).

<sup>46</sup> Entre muchos otros, CSJN, *Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía s/ amparo*, del 06-VI-95, *Fallos*, 318: 1154; *Selcro S.A. c/ Jefatura Gabinete Mos. deci. 55/00 (dto. 360/95 y 67/96) s/ amparo ley 16.98*, del 21-X-03, *Fallos*, 326: 4251.

### 8.2. Competencia en razón del territorio<sup>47</sup>

En razón del *territorio* es igualmente posible clasificar la competencia: Tendríamos así, según la organización política de cada país competencias nacionales, provinciales, municipales y de la Ciudad de Buenos Aires; o federales, estatales y comunales, etc.

Va de suyo que cuando un órgano tiene delimitada su competencia a determinada circunscripción territorial, no puede excederse de ella; la incompetencia sería en tal caso absoluta.

### 8.3. Competencia en razón del tiempo<sup>48</sup>

En razón del *tiempo* es también factible distinguir según que la competencia sea *permanente, temporaria o accidental*. La competencia es, por regla general, permanente, en cuanto el órgano de que se trata puede ejercer en cualquier tiempo las atribuciones que le han sido conferidas.<sup>49</sup>

Pero en ciertos casos el ordenamiento jurídico otorga una facultad al órgano sólo por un lapso determinado, p. ej., cuando el Jefe de Gabinete debe presentar a la Comisión Bicameral Permanente un reglamento de necesidad y urgencia dentro de los diez días de suscripto o publicado (art. 99, inc. 3°): en tal caso la competencia del órgano se halla limitada en razón del tiempo en la forma indicada y es por ende una competencia temporaria. Lo mismo ocurre cuando el Poder Ejecutivo puede declarar el estado de sitio por ataque exterior, *estando en receso el Congreso*, o cuando el vicepresidente asume las funciones en razón de la ausencia del país del presidente, etc.

A su vez, frente a la competencia permanente y a la competencia temporaria, que se caracterizan ambas porque están *regularmente* atribuidas a un órgano determinado, puede en ciertos casos encontrarse una competencia que en cuanto a su duración es puramente accidental e incluso fugaz: La persona que sorprende a otra en la comisión de un delito, puede proceder a detenerla, erigiéndose en ese momento en órgano público y desempeñando accidentalmente una competencia que es propia de las fuerzas del orden, hasta tanto se haga presente el órgano policial respectivo, momento en el cual cesa automáticamente aquella competencia accidental.

Algo similar puede ocurrir en los cuerpos colegiados cuyos miembros actúan en calidad de tales solamente cuando el cuerpo se reúne.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> Ampliar *infra*, t. 3, cap. VIII, § 13, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo3/capitulo8.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo8.pdf).

<sup>48</sup> Ampliar *infra*, t. 3, cap. VIII, § 14, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo3/capitulo8.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo8.pdf).

<sup>49</sup> En general la competencia es permanente, desde que el órgano puede ejercer en cualquier tiempo las atribuciones que le son propias; pero en ciertos casos, sólo puede ejercerlas por un lapso determinado, configurándose así un caso de competencia temporaria. PTN, *Dictámenes*, 236: 414 e *infra*, t. 3, *El acto administrativo*, <http://gordillo.com/tomo3.html>.

<sup>50</sup> Sin perjuicio de otros recaudos para la toma de decisiones en este ámbito. La voluntad de los órganos colegiados se exterioriza mediante decisiones adoptadas en un ámbito deliberativo y

#### 8.4. Competencia en razón del grado<sup>51</sup>

Por último, en razón del grado, cabe distinguir según que la competencia haya sido atribuida a los órganos máximos o haya sido distribuida en distintos órganos, diferenciados de los órganos superiores. Como clasificación de la competencia en razón del grado, pues, puede hablarse fundamentalmente de competencia *centralizada, desconcentrada y descentralizada*.

Se dice que la competencia es *centralizada* cuando está conferida exclusivamente a los órganos centrales o superiores de un ente.

a) *Desconcentrada*, cuando se ha atribuido porciones de competencia a órganos inferiores, pero siempre dentro de la misma organización o del mismo ente estatal al que nos referimos.

b) *Descentralizada*, cuando la competencia se ha atribuido a un nuevo ente, separado de la administración central, dotado de su personalidad jurídica propia y constituido por órganos propios que expresan la voluntad de ese ente.

La diferencia fundamental entre la desconcentración y la descentralización estaría así dada por el otorgamiento de la personalidad jurídica, de individualidad propia, que faltaría en el primer caso y existiría en el segundo.

En cambio en la desconcentración el que recibe la competencia es un órgano del mismo ente. La descentralización, en cambio, el que recibe la competencia es un órgano de un ente distinto de aquel al que se resta la competencia. A su vez, dentro del ente descentralizado puede existir un cierto grado de centralización interna o puede en cambio existir también allí desconcentración.<sup>52</sup>

mediante votos individuales de sus miembros, en el momento preciso de la deliberación. Por ello, existen ciertos recaudos formales mínimos que se deben cumplir para que las decisiones de tales órganos sean válidas, tales como la convocatoria previa, la fijación del orden del día con anticipación, la reunión del quórum de asistencia, el tratamiento exclusivo de los temas fijados en el orden del día, y finalmente, la reunión del quórum de votación. Ver por ej., SCBuenosAires, 27-XII-02, *Zarlenga, Marcelo c. Consejo de la Magistratura, LLBA*, 2003, 413. Es la doctrina clásica, que expresa DAGTOGLOU y recojemos en *El acto administrativo*, t. 3 de este *Tratado*: Convocatoria, sesión, quórum, deliberación, <http://gordillo.com/tomo3.html>.

<sup>51</sup> Ampliar *infra*, t. 3, cap. VIII, § 11, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo3/capitulo8.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo8.pdf).

<sup>52</sup> La desconcentración es también llamada, por parte de la doctrina, “descentralización burocrática” queriendo con ello decirse que no es una plena descentralización, sino una descentralización por oficinas (del francés: *bureau*, oficina y de allí lo de “burocrática.”) A su vez la descentralización *stricto sensu* es también llamada, en esa terminología, “descentralización autárquica,” destacándose entonces que este tipo de descentralización es la que se refiere a la creación de los “entes autárquicos,” o sea los entes separados de la administración central y dotados de “autarquía” o capacidad de actuar por sí mismos y administrarse a sí mismos. Sin embargo, esta terminología tal vez no sea la más acertada, porque dentro del concepto de descentralización no sólo deben comprenderse los denominados “entes autárquicos” sino también otras formas tales como las “empresas del Estado” o “empresas nacionalizadas,” etc., con lo que resultaría que el calificativo “autárquica” para designar a tal descentralización resultaría impropio por restringido y limitado. Lo hemos explicado en *Empresas del Estado*, Buenos Aires, Macchi, 1966, pp. 34-5.

### 9. Delegación<sup>53</sup>

La delegación es una decisión del órgano administrativocompetente, por la cual transfiere el ejercicio de todo o parte de su competencia a un órgano jerárquicamente inferior, o sometido a tutela administrativa. Es importante diferenciar adecuadamente la delegación de la descentralización y de la desconcentración: En estas últimas hay una decisión legislativa por la cual, total o parcialmente, se quita la competencia al órgano superior y se la atribuye a un órgano o ente inferior, mientras que en la delegación la decisión parte del propio órgano que delega.

A su vez, importa distinguir la delegación como acto formal, de la normal cuasi delegación informal y no escrita, en la cual funcionarios de menor nivel jerárquico preparan las decisiones que habrán de firmar sus superiores: Esta última es prevalente en la administración pública y muy frecuente en el ámbito judicial argentino.

No la hemos observado, en cambio, en los tribunales administrativos internacionales ni en los tribunales arbitrales que hemos integrado: La dinámica es distinta, la ecuación numérica entre el caso a decidir y cuántos deben participar de la decisión es totalmente diferente. Si son pocas personas y tienen pocos casos, la delegación no es algo que entrará en su experiencia.

Cuando la administración o la justicia se encuentran abarrotados de casos, la delegación, aunque oculta, deviene inevitable.

La primera diferencia entre la delegación por un lado y la desconcentración y descentralización por el otro, está así dada por el *órgano* que decide la atribución de facultades al funcionario inferior: En la desconcentración y descentralización es por regla general *el Congreso*, en la delegación un *órgano administrativo superior* que ha sido autorizado al efecto por la ley, pero que retiene el poder de decisión de delegar o no.<sup>54</sup>

Una segunda diferencia es que en el caso de la desconcentración y descentralización, una vez que ellas han sido dispuestas, la competencia de que se trata pertenece exclusivamente al inferior y el superior *sólo tiene facultades de supervisión* propias del poder jerárquico o del control administrativo. En el caso de la delegación el órgano que recibe la competencia delegada es el que en el hecho va a ejercerla, pero no le pertenece a él sino al superior, que es el responsable de cómo se habrá de ejercer; de allí también que se halle unido por más fuertes lazos al superior. En la desconcentración, a su vez, la responsabilidad del superior por el modo en que se ejerce la competencia que le ha sido quitada, es limitada porque *se ha reducido también su poder de control*.

<sup>53</sup> La delegación existe en los tres poderes del Estado, como explicamos en nuestras glosas a NIETO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, op. cit., pp. 86-91.

<sup>54</sup> Comp. FAZIO, GUISSeppe, *La delega amministrativa e i rapporti di delegazione*, Milán, Giuffrè, 1964, p. 32 y ss.

Cuando se trata de competencia delegada, el órgano superior puede siempre y en cualquier momento retomar la competencia que él ha conferido al órgano inferior y atribuírsela a otro órgano o ejercerla él mismo; en el caso de la competencia descentralizada o desconcentrada el superior sólo tiene facultades de supervisión propias del poder jerárquico o del contralor administrativo: Dirección, revisión de los actos del inferior, etc. y no puede reasumir la competencia que ahora pertenece al órgano inferior. Así las diferencias más estructurales: La descentralización y desconcentración implican una nueva repartición, permanente y definitiva, de competencias;<sup>55</sup> el acto de descentralización o desconcentración tiene así un valor constitutivo y representa una forma de organización administrativa, un tipo de estructura estatal.<sup>56</sup> Como dice TREVIJANO FOS,<sup>57</sup> “la descentralización es permanente y constitutiva, general, abstracta y normal, mientras que la delegación es una técnica organizativa de carácter transitorio y para competencias determinadas.”

La descentralización y desconcentración operan a través de actos normativos generales y abstractos, que crean competencias estables y definidas<sup>58</sup> y las atribuyen en forma determinada a ciertos órganos que serán los titulares de la función respectiva y, por ende, los responsables de su ejercicio. Por último, la descentralización y desconcentración significan un ordenamiento obligatorio de la jerarquía y funciones administrativas: Cada órgano o ente que recibe la competencia desconcentrada o descentralizada es el que debe ejercerla y bajo su propia responsabilidad, por encargo de la ley; ello, sin perjuicio de la eventual admisibilidad de ulteriores delegaciones.

En la delegación, en cambio, no se opera una modificación en la *estructura* administrativa, sino sólo en su dinámica. La delegación es nada más que un medio jurídico, concreto e individual, ofrecido al órgano a quien le compete una función determinada, de poder desgravarse temporalmente del peso del ejercicio de esa competencia propia.<sup>59</sup> La delegación no puede implicar renunciar definitivamente a la competencia; tampoco desentenderse de la responsabilidad originaria que el órgano titular de la competencia tiene respecto a la forma en que ella se ejerce. La delegación no significa así una determinación de nuevas estructuras de competencia; el acto de delegación interviene en el ámbito de un ordenamiento o estructura de competencias ya establecido y no lo modifica en modo alguno estructuralmente: Es sólo en la dinámica de la actuación administrativa que produce sus efectos.

<sup>55</sup> Ver el t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, op. cit., cap. XX, p. 25, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo2/capitulo20.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo20.pdf).

<sup>56</sup> Ampliar en FRANCHINI, FLAMINIO, *La delegazione amministrativa*, Milán, 1950, p. 28 y ss.

<sup>57</sup> *Op. cit.*, p. 200; ver también FRANCHINI, op. cit., pp. 28-9 y nuestro art. “Descentralización y delegación de autoridad,” *RAP*, 3/4: 28, Buenos Aires, 1962.

<sup>58</sup> FRANCHINI, op. cit., p. 29.

<sup>59</sup> FRANCHINI, op. loc. cit.

En conclusión: Mientras que la descentralización y la desconcentración son tipos de estructura estatal, la delegación es un tipo de dinámica estatal. Por ello, no habría dificultad alguna en combinar ambas formas: Es así hipotéticamente posible que tanto si la competencia está *centralizada* en un órgano superior, como *desconcentrada* en órganos dependientes de la administración central, como *descentralizada* en entes autárquicos con individualidad propia, el órgano que en cada caso sea titular, *delegue* el ejercicio de esa competencia, no su titularidad, en sus órganos inferiores. De tal modo, puede existir conjuntamente en determinado órgano una suma de competencias desconcentradas y delegadas, que se regirán por principios diversos; también, desde luego, puede existir mera delegación en órganos que no tienen competencia por desconcentración o de otro modo: como se advierte, las posibles combinaciones son variadas.

Análogamente, también pueden coexistir competencias desconcentradas y delegadas en *distintos órganos*, tanto en la administración central como descentralizada: O pueden darse simultáneamente la desconcentración y la delegación en un mismo órgano, sea en la administración central o descentralizada.

#### 10. Admisibilidad y caracteres de la delegación

La interpretación técnica preexistente al decreto-ley 19.549/72 era controvertida en doctrina, en cuanto a si un órgano requería previa autorización legal para poder delegar sus propias atribuciones.

El art. 3º del decreto-ley resuelve este punto señalando que la delegación procede cuando esté expresamente autorizada,<sup>60</sup> a su vez, atento que, según vimos, la competencia puede surgir de reglamentos, se concluye que un *reglamento* administrativo puede autorizar a órganos inferiores a delegar sus atribuciones. Es lo que ha hecho el ya comentado art. 2º del reglamento del decreto-ley 19.549/72.<sup>61</sup>

Una vez dictada la norma legal o reglamentaria que autoriza a delegar, la decisión concreta de delegar o no y a quién hacerlo, corresponde al órgano titular de la competencia de cuya delegación se trata. Él decide cuándo, cómo y a quién delegar, dentro de los límites que le haya podido fijar la norma general pertinente.

<sup>60</sup> Con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 no estaba prevista la delegación por parte del PEN en los ministros. No obstante la CSJN pareció admitirla, en tanto no se opusiera a la naturaleza ínsita de la facultad o se tratara de facultades administrativas y no de gobierno o políticas. Ver en este sentido el dictamen del Procurador General en la causa *Prequiú*. (269: 19.) Ampliar en GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2005, 3ª ed. ampliada y actualizada, pp. 888-889. En la práctica, a esos niveles decisorios se pueden dar instrucciones pero el proyecto inevitablemente lo realiza otro y lo firma el responsable como si emanara de él. También hay casos en que la firma la hace otra persona imitando la suya, por autorización conferida informalmente a tal efecto. Lo explicamos en *La administración paralela*, reproducida en el t. 6 de este *Tratado*, Libro II, <http://gordillo.com/tomo6.html>.

<sup>61</sup> Analiza otro supuesto COMADIRA, JULIO P., “La delegación de facultades del Poder Ejecutivo,” en *Cuestiones de organización estatal, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2012, pp. 73-90.

Se trata de una facultad, no una obligación, aunque constituye una buena práctica administrativa proceder a la más frecuente delegación posible, ejercitando el debido control jerárquico para asegurar la eficacia de la delegación.

#### 10.1. *Revocación de la delegación de competencia*

Del mismo modo, el órgano delegante puede en cualquier momento retomar el ejercicio de la facultad delegada, pues como vimos se trata de una facultad propia y no del inferior. La interpretación de esta facultad de revocar la delegación debe, pues, ser amplia.<sup>62</sup>

#### 10.2. *Relaciones del delegante y el delegado*

El poder jerárquico del delegante sobre el delegado es amplio, e incluye no sólo la atribución de expedirle instrucciones sobre el modo de ejercer las atribuciones, sino también de darle órdenes concretas para resolver un caso específico de una u otra manera. Esto es así precisamente por tratarse, según vimos, de competencia propia.

#### 10.3. *Responsabilidad del delegante y del delegado*

El delegado es enteramente responsable por el modo en que ejerce la facultad delegada; también lo es en principio el delegante,<sup>63</sup> aunque podría quizás apuntarse una posible distinción y limitarla a la responsabilidad *in eligendo* e *in vigilando*.

Ello, salvo que el delegado haya actuado por instrucciones escritas u órdenes verbales del delegante, caso en el cual la responsabilidad de éste es plena. Esto no significa, desde luego, que los particulares puedan obedecer órdenes o amenazas verbales o telefónicas de los funcionarios, pues no existe relación jerárquica alguna entre ellos, solamente se admite la orden verbal en pequeños casos de tránsito, p. ej.

#### 10.4. *Contralor por el delegante*

El delegante, además de instruir en general la acción del delegado y de expedirle órdenes concretas, puede también revocar los actos que éste dicte, de oficio o a

<sup>62</sup> A modo de ejemplo, la ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional dispone: "Art. 113. — Los síndicos generales adjuntos participarán en la actividad de la sindicatura general, sin perjuicio de las responsabilidades de determinadas funciones y cometidos que el síndico general de la Nación les atribuya conjunta o separadamente, con arreglo a la naturaleza de la materia o a la importancia o particularidades del caso. El síndico general, no obstante la delegación, conservará en todos los casos la plena autoridad dentro del organismo y podrá abocarse al conocimiento y decisión de cualquiera de las cuestiones planteadas."

<sup>63</sup> Ver nuestro Proyecto de 1964, *infra*, t. 5, Libro IV, arts. 23, 24, 45 y 47, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo5/04/04-proyecto.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo5/04/04-proyecto.pdf). Comp. Bolivia, art. 7º, inc. II): "El delegante y el delegado serán responsables solidarios por el resultado y desempeño de las funciones, deberes y atribuciones emergentes del ejercicio de la delegación;" Perú, art. 68: "El delegante tendrá siempre la obligación de vigilar la gestión del delegado, y podrá ser responsable con éste por culpa en la vigilancia."

petición de parte, sea por razones de legitimidad o de oportunidad; o avocarse a la materia que le delegó. Dichas facultades se hallan limitadas por la estabilidad de los derechos de terceros, de acuerdo con los principios contenidos en los arts. 17 y 18 del decreto-ley 19.549/72: Tales actos no pueden ser revocados, modificados ni suspendidos en contravención a tales normas; tampoco cabe, respecto de ellos, una avocación de tales alcances.

### 10.5. *La subdelegación*

Como regla general, no se admite la subdelegación de una potestad delegada;<sup>64</sup> nuestra Corte Suprema se las ingenió para adoptar la posición opuesta.<sup>65</sup> Ya la delegación en sí misma debe ser interpretada restrictivamente por ser una excepción al principio de la improrrogabilidad de la competencia. En verdad, para poder admitir la validez de la subdelegación es necesario que la norma que autoriza la delegación o el acto concreto del delegante prevea *expresamente* que el delegado puede, a su turno, subdelegar la competencia en sus propios órganos inferiore. Sin previsión expresa que lo autorice, la subdelegación sería inválida.

## 11. *La avocación*

La avocación es el proceso inverso de la delegación, o sea, que el superior ejerza competencia que corresponde al inferior. Al igual que respecto a la delegación, se sostiene de la avocación que no es legítima salvo que la ley la haya autorizado expresamente.<sup>66</sup>

En la práctica tampoco es frecuente su aparición, dado que existen otros medios más directos de obtener el mismo resultado. Basta a veces que el funcionario de cargo superior indique informalmente al de cargo inferior cuál es la solución que él consideraría adecuada, para que éste la adopte, con lo cual el superior obtiene la decisión deseada sin necesidad de intentar avocarse formalmente él mismo a lo que era competencia directa del inferior.

Por otra parte, dado que usualmente se reconoce al órgano superior la facultad de revisar, de oficio o a petición de las partes interesadas (cuando éstas interponen los recursos pertinentes) el acto producido por el órgano inferior y eventualmente revocarlo o modificarlo, bien se advierte que la importancia práctica de la avocación queda minimizada ya que aunque el órgano inferior no

<sup>64</sup> Bolivia, art. 7º, inc. III ap. d); Perú, art. 67, inc. 2 *in fine*.

<sup>65</sup> *Fallos*, 311-2: 2339, *Verónica S.R.L.*, 1988; *Fallos*, 311-2: 2453, *Cerámica San Lorenzo I.C.S.A.*, 1988.

<sup>66</sup> VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. 2, p. 261 y ss. En contra, SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 223; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 549. El decreto-ley 19.549/72 ha creado una suerte de autorización genérica para la avocación, con excepción de los casos en que la competencia del inferior es expresa o implícitamente exclusiva, o se trata de un ente descentralizado, en especial un organismo de control de los contemplados en el art. 42 de la Constitución. Ver *infra*, cap. XV, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo1/capituloXV.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXV.pdf) y t. 4, cap. XI, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo4/capitulo11.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo11.pdf).

adopte la decisión querida por el superior, éste puede de todos modos reformarla posteriormente, obteniendo así el mismo resultado que si hubiera actuado directamente por avocación.

La avocación no procede respecto de los actos de los entes descentralizados, porque violenta su misma razón de ser.<sup>67</sup> Además, la avocación presupone una relación de jerarquía que no existe entre los órganos de la administración central y los entes descentralizados. El control de tutela administrativa que ejercen aquellos, reducido únicamente a cuestiones de legitimidad, no puede ser suficiente para admitir la avocación a las competencias transferidas por descentralización. Tampoco es procedente la avocación cuando el órgano inferior ejerce una competencia exclusiva, como una mesa examinadora en la Facultad, el tribunal de tesis de doctorado, etc.

### 11.1. *Comparación general con la delegación*

Ya vimos que la avocación, a diferencia de la delegación, consiste en un acto concreto por el cual el superior asume la decisión de una cuestión que corresponde a la competencia del inferior. Así, mientras la delegación supone normalmente el traspaso genérico al inferior del ejercicio de una determinada facultad para resolver situaciones similares, la avocación implica tomar *una sola decisión* del inferior.

En otras palabras, cada acto de competencia del inferior que decide *per se* el superior constituye una nueva y distinta avocación, mientras que cada acto que el delegado ejerce en virtud de la delegación no importa una nueva delegación sino la continuación del ejercicio de la misma ya otorgada anteriormente.

Ambas tienen su ámbito natural de aplicación dentro de una misma organización jerárquica: La administración central o descentralizada. No es regular la delegación o avocación de la administración central respecto de un ente descentralizado.

Así, la delegación tiene efectos continuos hasta tanto sea revocada; la avocación en cambio se agota en cada acto concreto en el cual el superior asume una competencia del inferior para resolver determinado caso o situación; una avoca-

<sup>67</sup> La PTN tuvo oportunidad de afirmar que “[r]esulta impropio la avocación solicitada por la firma recurrente para que el Jefe de Gabinete de Ministros resuelva el recurso de apelación interpuesto contra el acto decisorio del Jefe de Recaudación de la Dirección de Grandes Contribuyentes Nacionales de la Dirección General Impositiva, dependiente actualmente de la Administración Federal de Ingresos Públicos. Ello en virtud de que la avocación se basa en una relación jerárquica, ello es, en que exista dicha vinculación entre el órgano que tiene la competencia y el que la asume. Esa relación no existe entre el titular de la Administración Federal de Ingresos Públicos —entidad autárquica en la órbita del Ministerio de Economía— que es quien tiene la competencia para resolver el recurso de apelación y el Jefe de Gabinete de Ministros, a quien se le pide que se avoque.” (*Dictámenes*, 245: 38.) La solución no varía si se considera que no es un ente autárquico, pues se trata de una competencia exclusiva, sujeta sólo a los mecanismos expresos de control administrativo y judicial.

ción genérica implicaría ya la revocación tácita de la delegación, o incluso una intervención *de facto* al órgano desconcentrado, si éste es el caso.

En la delegación, la competencia es primordialmente del *superior*; en la avocación, la competencia es primordialmente del *inferior*; por ello la primera se ha de interpretar más ampliamente en cuanto a las atribuciones del delegante (para dar instrucciones, órdenes, revocar actos, etc.), que la avocación, en cuanto a las atribuciones del órgano que se avoca.

La procedencia de esta última debiera ser más excepcional y el acto dictado en su consecuencia debiera, a su vez, tener un mayor control de legitimidad y oportunidad, que el acto del delegante que retoma la competencia anteriormente delegada. Por lo demás, en la avocación el inferior queda liberado de toda responsabilidad, porque la decisión no la toma él sino el superior.

### 11.2. *Procedencia de la avocación*

De acuerdo con la última parte del art. 3º, la avocación “será procedente a menos que una norma expresa disponga lo contrario.” Por las razones expuestas esto debe interpretarse restrictivamente; el art. debe leerse con la aclaración que ya hemos introducido al principio de la competencia, cuando señalamos que ella podía surgir de una norma expresa “o *razonablemente implícita*.” Del mismo modo, entonces, la disposición ha de entenderse en el sentido de que la avocación procede a menos que una norma expresa o *razonablemente implícita* disponga lo contrario. Esto último puede ocurrir cuando la atribución de funciones al inferior ha estado fundada en razones de especialización técnica, mayor imparcialidad, u otros motivos que hagan razonable entender que la intención del legislador fue que esa atribución fuera ejercida primordialmente por el inferior y no, en realidad, por un superior que en cualquier momento decidiera avocarse al conocimiento y decisión de un asunto de la competencia del inferior.<sup>68</sup> Por la misma índole de razones, la avocación no procede respecto de competencias descentralizadas, esto es, de actos de entes autárquicos, empresas del Estado, sociedades del Estado, etc. Mucho menos, desde luego, respecto de los entes o autoridades administrativas o judiciales autónomas, como el Defensor del Pueblo, el Ministerio Público, el Consejo de la Magistratura,<sup>69</sup> los entes reguladores independientes previstos en el art. 42 de la Constitución, etc.

<sup>68</sup> Comp. GONZÁLEZ ARZAC, “La competencia de los órganos administrativos,” *op. cit.*, § 7. En este sentido la PTN, *Dictámenes*, 226: 161 señaló, en un caso en que la competencia del inferior era de naturaleza técnica específica de éste, se descartaba la posibilidad de avocación.

<sup>69</sup> Aunque, como es sabido, la modificación legal pero inconstitucional de su composición ha otorgado en los últimos años neta predominancia al poder político en él, al punto de tener quorum propio, con lo cual ya no tiene la independencia constitucionalmente requerida, hasta que la CSJN declare la inconstitucionalidad de la ley y se establezca una composición que evite el control político sobre él.

El art. 97 del reglamento señala que en el caso de los entes autárquicos creados por el Congreso “en ejercicio de sus facultades constitucionales”<sup>70</sup> el recurso de alzada ante el Poder Ejecutivo procede solamente por motivos de legitimidad. En el caso de las empresas o sociedades de propiedad del Estado, el recurso tampoco procederá contra actos inherentes a la actividad privada de la empresa o sociedad en cuestión.<sup>71</sup> Este principio reitera el criterio de la menor atribución del Poder Ejecutivo tratándose de control sobre entes descentralizados y, en especial, de autoridades administrativas independientes. Esta es la solución que se desprende del art. 3° del decreto-ley; la reglamentación más la procedencia de la avocación y dispone que “Los Ministros, Secretarios de Presidencia de la Nación y órganos directivos de entes descentralizados podrán [...] avocarse al conocimiento y decisión de un asunto *a menos que una norma jurídica hubiere atribuido competencia exclusiva al inferior.*”<sup>72</sup> Así la avocación no procede respecto de atribuciones desconcentradas, *salvo para el Presidente*: Obsérvese que la norma habla de “los *Ministros*, Secretarios de Presidencia de la Nación y órganos directivos.” La desconcentración es un caso de otorgamiento de “competencia exclusiva al inferior” incluido en la última parte del art. 2° del decreto reglamentario.<sup>73</sup> Por ello, la avocación procede respecto de competencias *desconcentradas* dentro de una misma persona jurídica estatal, pero no es procedente respecto de competencias *descentralizadas*, sin perjuicio de que las autoridades superiores del ente se avoquen a la decisión de asuntos pertinentes a competencias desconcentradas dentro del propio ente.

### 11.3. Conclusiones comparativas

De lo que antecede resulta:

a) La delegación debe estar *autorizada* previamente por una ley o reglamento; se efectúa por un reglamento o un acto administrativo. El delegado puede recién entonces ejercer la facultad expresamente delegada;

b) La avocación procede aunque no haya norma expresa que la autorice y salvo que una norma legal o reglamentaria —en forma expresa o razonablemente implícita— la excluya;

c) La avocación procede respecto de facultades que son *propias del cargo inferior* por desconcentración, mientras que la delegación procede respecto de facultades *propias del superior*;

<sup>70</sup> Sólo el Congreso puede hacerlo: *Infra*, cap. XIV, § 2, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo1/capituloXIV.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXIV.pdf).

<sup>71</sup> Art. 4° del decreto 1.883/91, modificatorio del decreto 1.759/72.

<sup>72</sup> Art. 2° del decreto 1.759/72, según modificación del decreto 1.883/91.

<sup>73</sup> Esta solución, con todo, es reglamentaria y no legal, pudiendo sufrir más fácilmente modificaciones. Ver también GONZÁLEZ ARZAC, *op. cit.*, § 7.

d) Consecuentemente, es mayor la atribución del cargo superior en el caso de la delegación que en el caso de la avocación, tanto para dar instrucciones generales, como para revocar los actos del inferior o dictar actos nuevos. En tal caso de las órdenes concretas, ellas proceden en la delegación pero no en la desconcentración, sin perjuicio de la facultad del superior de revocar los actos del inferior cuando ellos son impugnados por los interesados;

e) La responsabilidad del delegado coexiste con la del delegante, sin perjuicio de que se pueda interpretar en forma restringida la responsabilidad del último; la responsabilidad del inferior, en cambio, desaparece en el caso de la avocación,<sup>74</sup> pues en tal situación el acto es dictado directamente por el superior, quien asume plena y exclusiva responsabilidad;

f) La avocación puede proceder respecto de facultades desconcentradas, de acuerdo al decreto-ley, salvo que una norma la excluya. En el decreto 1.759/72 se *excluye* la avocación en forma general y expresa respecto de toda atribución otorgada en forma exclusiva al cargo inferior, fórmula dentro de la cual queda comprendida la desconcentración y desde luego los tribunales administrativos independientes.<sup>75</sup> Solamente el Poder Ejecutivo mismo queda *prima facie* autorizado a avocarse, pero tal caso tendrá aun la limitación de que una norma en forma expresa o implícita no haya otorgado competencia *exclusiva* al inferior.

## 12. La jerarquía

La jerarquía es una relación jurídica administrativa interna, que vincula entre sí a los órganos de la administración mediante poderes de subordinación, para asegurar unidad en la acción.<sup>76</sup> La primera característica de la jerarquía es que se trata de una relación entre órganos internos de un mismo ente administrativo y no entre distintos *sujetos* administrativos; se distingue así pues el poder jerárquico del *control administrativo* (también llamado “tutela administrativa”),<sup>77</sup> en que este último se da entre *sujetos* de la administración, mientras que aquél se da entre órganos de un mismo sujeto. De este modo el “poder jerárquico” funciona cuando hay *centralización, desconcentración o delegación* y el “control administrativo” únicamente cuando existe *descentralización*.

La relación jerárquica existe siempre que a) haya superioridad de grado en la línea de competencia y al mismo tiempo, b) igual competencia en razón de la materia entre el *órgano* superior y el inferior; cumplidos esos dos requisitos, está dada la relación jerárquica. Esta es la clásica organización administrativa

<sup>74</sup> Lo establece así —en forma expresa— p. ej., Bolivia, art. 9, inc. II).

<sup>75</sup> Ver “Administrative procedure reform: The experience of the Americas,” *European Review of Public Law*, London, Esperia, vol. 21, N° 2, 2009, pp. 699-727, <http://gordillo.com/articulos/art3.pdf>.

<sup>76</sup> Ver SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 214 y ss.; TREVILJANO FOS, *op. cit.*, p. 208 y ss.

<sup>77</sup> Así ORTIZ, EDUARDO, “La tutela administrativa,” en *Revista de Ciencias Jurídicas*, 6: 195. (San José, Costa Rica, 1965.)

“lineal,” con una dirección en estricta línea jerárquica directa. Modernamente se propugna el sistema de “doble o múltiple comando,” en el cual se admite la relación de jerarquía, a efectos de dar órdenes a los inferiores no sólo por parte de los superiores jerárquicos directos que tienen igual competencia en razón de la materia, sino también por parte de otros superiores jerárquicos, siempre, desde luego, que las órdenes se refieran a las tareas propias del inferior.

Con todo, pareciera que este sistema no puede entenderse en funcionamiento a menos que una norma administrativa (no necesariamente *legal*) lo instituya. La relación jerárquica, de todos modos, no existe con referencia a un ente descentralizado: El ente descentralizado no está sometido a la jerarquía de la administración central, sino al contralor administrativo.

Tradicionalmente este contralor lo podía ejercer sólo el Poder Ejecutivo, no los Ministros, pero en la actualidad se ha extendido o, mejor dicho, delegado la competencia en estos últimos, p. ej. para decidir recursos de alzada.<sup>78</sup> Esa revisión puede hacerse solamente por motivos de legitimidad, no de oportunidad.<sup>79</sup>

Al mismo tiempo, el contralor administrativo sobre los entes descentralizados no incluye, a partir de la reforma constitucional de 1994, la posibilidad de reglamentarles su actividad a menos que exista una delegación legal expresa y transitoria que satisfaga los nuevos requerimientos constitucionales.

Por tratarse de una relación entre *órganos* (los cuales a su vez están referidos a un conjunto de competencias), la jerarquía no coincide necesariamente con la posición escalafonaria del funcionario, pues puede ocurrir que un funcionario de categoría inferior cubra temporalmente un órgano que a su vez tiene jerarquía sobre otros funcionarios de igual o superior categoría al primero, caso en el cual existiría subordinación jerárquica de éstos hacia aquél, a pesar de su superioridad escalafonaria.<sup>80</sup>

La jerarquía es un poder que se da de manera total y constante, es de principio y existe siempre aunque ninguna norma lo establezca expresamente; está dado *jure proprio* como una característica natural a todo órgano administrativo.<sup>81</sup> El control administrativo, en cambio, es de excepción y sólo existe en la medida en que la ley lo establezca expresamente.

Mientras que el poder jerárquico abarca la totalidad de la actividad del inferior, el control administrativo del Poder Ejecutivo sobre los entes descentralizados sólo abarca parte de su actividad. Esta diferencia se manifiesta, p. ej., en que el poder jerárquico permite controlar tanto la *legitimidad* (conformación con el

<sup>78</sup> Ampliar t. 4, *El procedimiento administrativo, op. cit.*, cap. XI, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo4/capitulo11.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo11.pdf).

<sup>79</sup> Ver, PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, “Descentralización administrativa y «descentralización constitucional»,” *JA* 2005-II, 862.

<sup>80</sup> TREVILJANO FOS, *op. cit.*, p. 218.

<sup>81</sup> Sobre las derivaciones del poder jerárquico, ver MONTI, LAURA, “La jerarquía y la competencia como principios de la organización administrativa,” en *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas de la Universidad Austral, Buenos Aires, RAP, 2005, p. 115.

ordenamiento jurídico) como la *oportunidad* (conveniencia, mérito) de la actuación del inferior: El contralor administrativo, en cambio, permite revisar únicamente la *legitimidad* de la acción del ente descentralizado.<sup>82</sup> En los casos de empresas o sociedades el control de sus actos se limita a los que no sean inherentes a la actividad privada que desarrollen.<sup>83</sup>

Como consecuencia de lo anterior, ha podido también sostenerse que en caso de duda debe presumirse que el superior jerárquico *tiene* facultades sobre el órgano inferior; en el caso del control administrativo, en cambio, en caso de duda *no se presume* la atribución del sujeto controlante.

En la relación jerárquica existe siempre, salvo que una norma expresa disponga lo contrario, la posibilidad de recurrir contra los actos del inferior ante el superior, mediante el llamado —precisamente— “recurso *jerárquico*,” en la relación de control administrativo, en cambio, la posibilidad de recurrir está más limitada y dado que no existe propiamente relación de jerarquía, el recurso se denomina “recurso de alzada,” que es de alcance más reducido.<sup>84</sup>

La avocación procede sobre los actos de los órganos desconcentrados, no sobre los actos de los entes descentralizados; por supuesto, si bien de hecho ocurre a veces en la práctica, parece irrazonable que la administración central pretenda ejercer “avocación” respecto de competencias concretas de un ente de control de los contemplados en el art. 42 de la Constitución nacional.

La facultad de *intervenir* al inferior se da con mayor amplitud (en cuanto a su procedencia, duración y facultades del interventor) en la jerarquía que en el control administrativo<sup>85</sup> y, desde luego, no existe por parte del Poder Ejecutivo respecto de ninguna las autoridades administrativas independientes, incluidos los entes del art. 42.<sup>86</sup>

### 13. Principales órganos de la administración central

#### 13.1. *El Presidente de la Nación*

El Presidente de la Nación es sin duda el funcionario más importante de la administración nacional. El Presidente es quien de acuerdo con la Constitución expresa la voluntad del Poder Ejecutivo, frente a los demás sujetos de derecho, por

<sup>82</sup> Ampliar *infra*, t. 4, cap. XI, § 5, “Elección de la vía judicial o administrativa,” [http://gordillo.com/pdf\\_tomo4/capitulo11.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo11.pdf).

<sup>83</sup> Art. 4º, decreto 1883/91.

<sup>84</sup> Sobre estos aspectos, ampliar *infra*, t. 4, caps. X, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo4/capitulo10.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo10.pdf) y XI, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo4/capitulo11.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo11.pdf).

<sup>85</sup> Comp. las normas de nuestro Proyecto de código administrativo, en *Introducción al derecho administrativo*, *op. cit.*, 2ª ed., pp. 223-7, reproducido en t. 5, *op. cit.*, Libro IV, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo5/04/04-proyecto.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo5/04/04-proyecto.pdf).

<sup>86</sup> Ver CNFed. CA, Sala V, *Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de Servicios y Acción comunitaria*, LL, 1995-E, 519, con nota “La legitimación en el amparo. Asociaciones, cooperativas, derechos de incidencia colectiva,” LL, 1995-E, 516, reproducida en GORDILLO, *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 18, p. 67.

intermedio de decretos que deben ser refrendados por los respectivos ministros del ramo, requisito sin el cual sus actos carecen de eficacia. Ya hemos dicho en su lugar que el presidencialismo ha quedado a nuestro juicio agotado y que deben intentarse formas de gobierno parlamentario.<sup>87</sup> Sin embargo, los partidos políticos y los candidatos sólo aspiran a ocupar el mismo poder de siempre: Prefieren no tener nada de poder, antes que compartir con la sociedad un proyecto político que termine para siempre con las hegemonías. Ningún candidato o precandidato lo ha hecho saber a la sociedad.

### 13.2. *El Jefe de Gabinete*

La Constitución de 1994 quiso limitar el centralismo del Poder Ejecutivo argentino y para ello optó por crear la figura del Jefe de Gabinete, con supuesta mayor responsabilidad parlamentaria y supuesta mayor autonomía. Nada de eso ocurrió en la práctica.<sup>88</sup>

El Jefe de Gabinete no será un organismo de control si lo designa y remueve un Poder Ejecutivo cuyo partido gobernante tenga mayoría de votos asegurada en el Congreso. Incluso careciendo de ella, con todo, no ha nacido entre nosotros interés por una alternativa distinta de manejo del poder.<sup>89</sup> Sin embargo, en tanto división real del poder, puede al menos en teoría dar lugar a una bipartición de funciones como la que a veces ocurre entre ministros “fuertes” y el Presidente de la Nación. No ha sido ése el caso en la experiencia de estos primeros años. Si se diera el caso de un Presidente que carezca de mayoría parlamentaria, es posible que dada la responsabilidad política del Jefe de Gabinete el Poder Ejecutivo deba negociar su designación, pero nuestra tradicional tendencia hegemónica parece transformarlo en algo inalcanzable. En tal hipotético caso la situación se aproxi-

<sup>87</sup>Nos remitimos nuevamente a “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” en *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-102, reproducido en t. 7, *op. cit.*, cap. XII, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo7/capitulo12.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo12.pdf).

<sup>88</sup>Ver ÁLVAREZ ÁLVAREZ, FERNANDO D., “El Jefe de Gabinete de Ministros: la experiencia institucional,” en AA.VV. *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2005.

<sup>89</sup>Ver, entre otros, COMADIRA, “Jefatura de Gabinete de Ministros,” *RAP*, 234: 33 y ss.; MERTEHIKIAN, EDUARDO, “El Jefe de Gabinete,” en el libro *El derecho administrativo, hoy, op. cit.*, p. 147 y ss.; COMADIRA, JULIO RODOLFO y CANDA, FABIÁN OMAR, “Administración general del país y delegaciones administrativas en la reforma constitucional,” *ED*, 163: 880; MATA, ISMAEL, “El Jefe de Gabinete en la organización administrativa,” en el libro *Homenaje... op. cit.*, cap. II; MARTÍNEZ, PATRICIA RAQUEL, “El Poder Ejecutivo y Jefe de Gabinete y demás Ministros,” en la obra *La reforma constitucional interpretada*, Depalma, 1995, p. 439 y ss.; GARCÍA LEMA, ALBERTO M., “La jefatura de gabinete de ministros en el proyecto de ley de ministerios,” *LL*, 1995-E, 1241; GARCÍA LEMA, ALBERTO M. y MARTINO, ANTONIO, “¿Atenuación o flexibilización del presidencialismo? La jefatura de gabinete ante nuevos escenarios políticos, comparada con la propuesta de Sartori,” *ED*, 180: 927; FANELLI EVANS, “El Jefe de Gabinete y demás Ministros del Poder Ejecutivo en la Constitución Nacional,” *LL*, 1994-E, 1007; LOZANO, LUIS FRANCISCO, “El Jefe de Gabinete,” *LL*, 1995-D, 1465; SCHAFRIK, FABIAN HAYDÉE y BARRAZA, JAVIER INDALECIO, “El Jefe de Gabinete de Ministros y su relación con los demás Ministros Secretarios,” *Revista de derecho administrativo*, año 8, 21/23: 253.

maría a la distinción francesa entre Presidente y Primer Ministro y consiguiente “cohabitación” cuando ambos responden a diferentes partidos. O también puede darse, siempre en teoría y ahora a la europea, un gobierno de coalición, cediendo el Presidente algunos cargos ministeriales al partido que haya de acompañarlo en su gestión, para contar con apoyo legislativo. Ello, en cuanto de hecho existirá entonces una división de competencias en lugar de una cuasi relación jerárquica entre el Presidente y el Jefe de Gabinete. Pero es imposible saber si esto llegará a ocurrir o no.<sup>90</sup> Todo indica más bien que no, nuestra práctica política no lo permite avizorar.

*Informes al Parlamento.* El art. 101 de la Constitución nacional establece la obligación del Jefe de Gabinete de concurrir cada mes alternativamente a cada una de las cámaras a informar de la marcha del gobierno, sin perjuicio de la preexistente facultad de interpelación a todos los ministros conforme al art. 71.

*Voto de censura al Jefe de Gabinete.* El mismo art. 101 faculta al Congreso a remover al Jefe de Gabinete por un voto de censura con el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las cámaras.<sup>91</sup> No se ha producido nunca desde la vigencia de la constitución, lo cual demuestra una vez más que es un posible instrumento de una democracia parlamentaria, no de un régimen bonapartista o cesarista.

### 13.3. *Ministros y Secretarios de Estado*

Los Secretarios de Estado “firman” los decretos del Poder Ejecutivo, pero sólo el Ministro respectivo los “refrenda,” por lo cual un Decreto que no tuviera firma del Secretario, pero sí el refrendo ministerial, sería válido. Los Secretarios no tienen jerarquía ministerial ni podrían tenerla: Son inferiores jerárquicos del Ministro respectivo. Con todo, la orientación administrativa prefirió reconocerles tal “jerarquía ministerial.”<sup>92</sup> En base a tal supuesta falta de relación jerárquica entre el Ministro y el Secretario es que se ha entendido, p. ej., que la tramitación de un recurso jerárquico por el que se impugna un acto del Secretario debía efectuarse ante este mismo y no ante el Ministerio respectivo, con violación entonces no sólo del sistema constitucional y legal sino también de la garantía de que el proceso se tramite ante un funcionario imparcial.<sup>93</sup>

<sup>90</sup> Por nuestra parte, adherimos a aquellos que piensan que necesitamos un gobierno parlamentario, no un presidente fuerte. Ver “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?,” *op. cit.*, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo7/capitulo12.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo12.pdf).

<sup>91</sup> Va de suyo que una vez removido el Presidente debe designar a otro en el cargo, sea en forma permanente o transitoria y que también éste puede ser removido: No existe ninguna limitación constitucional al efecto, ni siquiera la necesidad de expresión de causa suficiente y adecuada.

<sup>92</sup> PTN, *Dictámenes*, 75: 118 y otros.

<sup>93</sup> *Infra*, t. 4, cap. X, § 12, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo4/capitulo10.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo10.pdf).

Antes de la reforma de 1994 era frecuente que las leyes de ministerios previeran que las eventuales funciones de los Secretarios se les asignaran por decreto, sin perjuicio de las facultades que los Ministros podían por otra parte delegarles. Así, el origen de las competencias de los Secretarios y Subsecretarios era de orden reglamentario, en tanto que las competencias ministeriales eran constitucionales y legales; por lo demás al ser creados dentro del ámbito de cada Ministerio y a propuesta de éste, se encuentran subordinados jerárquicamente al respectivo Ministro.

Esa práctica preconstitucional choca contra la expresa prohibición de delegar facultades legislativas al P. E., lo que *a fortiori* incluye tanto igual prohibición de delegar a los Ministros o Secretarios de Estado, como la adicional prohibición al P. E. de subdelegar a éstos facultades delegadas a él.<sup>94</sup>

Pero mientras tanto las innúmeras delegaciones legislativas preexistentes a la reforma constitucional de 1994, que el Congreso debiera haber revisado en un plazo previsto en la Constitución, han decaído en buena doctrina de pleno derecho constitucional, pero un Congreso que no ha estado nunca a la altura de la manda Constitucional no ha hecho sino ir prorrogando, fútilmente, continuamente, un plazo que la Constitución jamás autorizó a prorrogar. ¿Algún día la CSJN tomará cartas en el asunto? Tampoco somos muy optimistas al respecto, tiene demasiadas cosas que enderezar.<sup>95</sup>

### 13.4. *El Procurador del Tesoro de la Nación*

Consideración aparte merece el caso del Procurador del Tesoro de la Nación, funcionario “con independencia técnica” que tiene jerarquía de Ministro dentro del ámbito de la Presidencia de la Nación,<sup>96</sup> a quien la ley da funciones consultivas de especial naturaleza y además atribuciones para *decidir* ciertos conflictos administrativos. En buenos principios, al tener jerarquía de Ministro debiera asistir a las reuniones del gabinete de ministros, pero como en la práctica actual

<sup>94</sup> Ver GELLI, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2003, 2ª ed., comentario al art. 76, § 5.2, “Los sujetos de la delegación,” p. 621; 4ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2008, t. II, igual lugar y parágrafo, pp. 267-9.

<sup>95</sup> El problema se ha ido repotenciando desde que lo anunciamos en nuestro art. “¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica del país?,” *LL*, 2005-A, 905, reproducido en t. 7, *op. cit.*, cap. XI, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo7/capitulo11.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo11.pdf).

<sup>96</sup> Ley 24.667. Ver BOSCH, JORGE TRISTÁN, “La institución del «Attorney General» en los Estados Unidos de América (Enseñanzas que derivan de su estudio para el perfeccionamiento de nuestro propio sistema),” *LL*, 80: 913-38, esp. § 30-4, pp. 933-8; PICONE, FRANCISCO HUMBERTO, “La doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación (1971-1973),” *JUS*, 22: 100, La Plata, 1973; BIDEGAIN, CARLOS MARÍA, “Ubicación administrativa de la Procuración del Tesoro,” *La Nación*, 11-VIII-76, p. 6; FOLLARI, RODOLFO S., “Reseña sobre el origen y la evolución de la Procuración del Tesoro,” en el libro *120 años de la Procuración del Tesoro. 1863-1983*, Buenos Aires, EUDEBA, 1983, p. 107 y ss.; “Derecho administrativo. El origen de su estudio. Manuel Colmeiro y Ramón Ferreira,” *RAP*, 84:7-30, Buenos Aires, 1985; TANZI, HÉCTOR J., “La Procuración del Tesoro de la Nación,” *ED*, 110: 907.

desde casi el comienzo del milenio no ha habido *nunca* reuniones de gabinete, su función en tal aspecto ha quedado también diluida.

La importancia del Procurador del Tesoro de la Nación no ha perdido jerarquía teórica ni práctica, pues estamos ante un cuerpo de fuerte tradición colegiada, cuya tradición más que centenaria, la seriedad y continuidad de su doctrina, le han conferido un *status* relevante. El Procurador del Tesoro es también Director General del Cuerpo de Abogados del Estado, que comprende a todos los organismos de asesoramiento jurídico de la administración nacional y en tal carácter “sienta normas de interpretación y aplicación de las leyes y sus reglamentos, las que serán obligatorias para los abogados que forman el cuerpo.”<sup>97</sup> Ello crea la particular situación de que si bien el dictamen de la Procuración del Tesoro no obliga a los funcionarios que deben decidir, sino a los abogados integrantes del Cuerpo, que deben dictaminar de acuerdo con su criterio. La solución es loable y ha contribuido a la creación de una jurisprudencia administrativa, de gran valor constructivo y práctico,<sup>98</sup> que es invocada por la doctrina y, en ocasiones, la jurisprudencia.

Además de esa función rectora de las direcciones de asuntos jurídicos, la Procuración del Tesoro de la Nación ha recibido también atribuciones para *decidir* controversias entre entes descentralizados, incluso empresas del Estado y entidades autárquicas nacionales, sea entre ellas o con la administración central. Esa facultad se aplica a reclamos sobre reparación de daños<sup>99</sup> y dentro de ciertos montos.<sup>100</sup> La Constitución de 1994 torna inaplicable, de pleno derecho, igual facultad que también tenía respecto de la Ciudad de Buenos Aires; por supuesto, ella no es tampoco extensible a las autoridades administrativas independientes de la Constitución ni a los tribunales administrativos independientes.

Por último, cabe mencionar que sin su dictamen no pueden celebrarse los contratos de crédito externo.<sup>101</sup>

### 13.5. Direcciones Generales y Nacionales

Dentro de la organización administrativa nacional existen cargos denominados “Dirección General” o “Dirección Nacional,” que se caracterizan por constituir

<sup>97</sup> Decr. 34.952/47, art. 4°, que se funda en el art. 6° de la ley 12.954, que expresa: “las delegaciones deberán supeditar su acción a las instrucciones que imparta la primera para unificar criterios.”

<sup>98</sup> Sobre los requisitos previos al dictamen de la Procuración del Tesoro, ampliar *infra*, t. 4, cap. X, § 15, “Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación,” [http://gordillo.com/pdf\\_tomo4/capitulo10.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo10.pdf).

<sup>99</sup> Ley 16.432, art. 56; el decreto-ley 19.983/72 amplió el concepto a “reclamación pecuniaria de cualquier naturaleza o causa.”

<sup>100</sup> La última norma facultó al P. E. a fijar los montos hasta los cuales la Procuración del Tesoro de la Nación puede dictar “decisión definitiva e irrecurrible.”

<sup>101</sup> Ver *supra*, cap. XI, “Clasificación de los contratos administrativos,” [http://gordillo.com/pdf\\_tomo1/capituloXI.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXI.pdf) e *infra*, t. 7, cap. XXIV, “El contrato de crédito externo,” [http://gordillo.com/pdf\\_tomo7/capitulo24.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo24.pdf).

la más alta *jerarquía administrativa*, o sea, meramente técnica y desprovista de factor político: Son funcionarios que gozan de estabilidad y que no pueden ser removidos sino por las causas que la ley establece, igual que los demás funcionarios estables.

A su vez, dentro del total de las Direcciones Generales o Nacionales cabe destacar los supuestos que han sido reguladas por una ley expresa que le otorgan específicamente facultades. En estos casos nos encontramos frente a un órgano de la administración pública que tiene una competencia propia, desconcentrada, sin separarse por ello de la administración central; no es un ente descentralizado.<sup>102</sup>

Algunos de estos son la Dirección General Impositiva<sup>103</sup> y la Administración Nacional de Aduanas,<sup>104</sup> —unificadas en 1997 en la Administración Federal de Ingresos Públicos, AFIP— que tienen atribuciones para adoptar resoluciones sin necesidad de delegación administrativa.<sup>105</sup>

A pesar de sus amplias facultades, están de todos modos bajo la jerarquía del Poder Ejecutivo y de los Ministros y Secretarios respectivos y desde luego sometidos al control judicial.

En general, a diferencia de otros tipos de organización burocrática, esta jerarquía tiene algunas peculiaridades: El superior puede dar instrucciones generales pero no órdenes particulares, concretas, acerca de cómo resolver un asunto de los que entran dentro de las atribuciones desconcentradas.

Una vez dictado un acto por el órgano desconcentrado, el superior puede de oficio o a pedido de parte revocarlo, reformarlo o sustituirlo, pero sólo por razones de legitimidad. (No de mera oportunidad o conveniencia.)<sup>106</sup>

Esas razones de legitimidad se limitan, por lo demás (existiendo procedimientos reglados especiales), existiendo procedimientos reglados especiales, al contralor de la “manifiesta arbitrariedad, grave error o gruesa violación de derecho”<sup>107</sup> y todo ello siempre que no se lesionen derechos adquiridos.<sup>108</sup> Tampoco tiene, a nuestro juicio, facultades de avocación.

<sup>102</sup> Ver lo que decimos en este mismo cap. acerca de la diferencia entre desconcentración y descentralización. A veces las leyes hablan impropriamente de “autarquía” y “descentralización,” pero no se trata sino de *desconcentración*.

<sup>103</sup> Ley 12.927 y ley 11.683, art. 1º y ss.

<sup>104</sup> Ley de Aduanas, t.o. en 1962, art. 1º y ss.

<sup>105</sup> Debe con todo tenerse presente que existe una permanente ambivalencia normativa que presenta a estos órganos como supuestos entes autárquicos dotados de personalidad jurídica propia. Esto conlleva inseguridad práctica y mutación jurisprudencial, respecto a si se los demanda como parte del Estado nacional o si deben o pueden ser demandados en forma aislada.

<sup>106</sup> Comparar la solución que hemos adoptado en nuestro Proyecto de Código Administrativo, reproducido *infra*, t. 5, Libro IV, art. 33, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo5/04/04-proyecto.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo5/04/04-proyecto.pdf).

<sup>107</sup> Así lo establece el art. 99 de la reglamentación del decreto-ley 19.549/72, que si bien inexactamente habla de “actos de naturaleza jurisdiccional,” debe entenderse referido a los casos de procedimientos especiales que cuenten con recursos especiales reglados.

<sup>108</sup> Decreto-ley 19.549/72, arts. 17 y 18.

## 14. Autoridades administrativas independientes

### 14.1. *El Defensor del Pueblo*<sup>109</sup>

Esta magistratura independiente tiene como función “la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.” (Art. 86 de la Constitución nacional.) Las constituciones provinciales han seguido el ejemplo nacional, aunque a veces existen dificultades con la designación concreta de los respectivos sucesores y son también frecuentes los problemas derivados de la resistencia del Poder Ejecutivo a reconocerle o cumplirle las recomendaciones que realiza en sede administrativa. Esas dificultades, con todo, son la más plena prueba de la importancia y necesidad de su existencia y funcionamiento.

Hay diversos tipos de sujetos pasivos del control que ejerce el Defensor del Pueblo, que se vinculan con la existencia o no de acciones colectivas del Defensor del Pueblo de la nación en sede judicial.

a) *Derechos tutelados y órganos controlados.* El art. 86 incluye la protección no sólo de los derechos subjetivos (los de la Constitución y de los pactos), sino también de los derechos de incidencia colectiva:<sup>110</sup> Así, los referidos al medio ambiente del art. 41; los de los usuarios y consumidores en el art. 42 y, especialmente, los de los usuarios bajo condiciones monopólicas o de exclusividad. Esto último fue discutido jurisprudencialmente durante bastante tiempo, pero parece ahora reafirmarse la buena doctrina.

A su vez, el control que ejerce no sólo se extiende sobre los órganos de la administración, sino sobre todo sujeto que ejerza funciones administrativas públicas en sentido amplio, comprendiendo p. ej. a los prestadores de servicios públicos.

b) *Legitimación procesal.* Además, “El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal,” lo que lo habilita para impugnar ante la administración (reclamos, recursos, denuncias) y la justicia en cualquier competencia dentro de la juris-

<sup>109</sup> Ver MAIORANO, JORGE LUIS, “El Defensor del Pueblo,” en AA.VV., *El derecho administrativo argentino, hoy, op. cit.*, p. 108 y ss.; “El Defensor del Pueblo de la Nación: una nueva institución de la República,” en *Homenaje...*, *op. loc. cit.*; PADILLA, *La institución del comisionado parlamentario*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1972; CARDACI MÉNDEZ, ARIEL, “El Defensor del Pueblo goza de buena salud,” *LL*, 2002-F, 207; GORDILLO, “An Ombudsman for Argentina: Yes, but...,” *International Review of Administrative Sciences*, Bruselas, vol. L-1984, 3: 230; *RDP*, 75: 76-81, San Pablo, 1985; *RAP*, 105: 164, Buenos Aires; *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981, cap. V, etc.; *supra*, cap. II, § 5.2. e). También MONTI, LAURA, “Alcance del control judicial del Defensor del Pueblo de la Nación,” en AA.VV., *Cuestiones de control de la Administración Pública*, Buenos Aires, RAP, 2010, pp. 169-172.

<sup>110</sup> Ver “Los derechos de incidencia colectiva,” *infra*, t. 2, caps. II, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo2/capitulo2.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo2.pdf) y III, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo2/capitulo3.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo3.pdf); CERMESONI, JORGE, “Acerca de la acción de clase y los intereses difusos,” en *Homenaje...*, *op. loc. cit.* BIANCHI, ALBERTO B., “Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de legitimación colectiva a gran escala,” *RAP*, 235: 11; *Las acciones de clase*, Buenos Aires, Ábaco, 2001.

dición nacional (o sea ante la justicia procesal administrativa, civil, comercial, penal) tanto como parte actora civil o contencioso administrativa, o como parte querellante en sede penal,<sup>111</sup> en la justicia supranacional, iniciando el proceso ante la CIDH.

En ese múltiple carácter puede demandar, querellar, recurrir, reclamar, denunciar, los actos, hechos u omisiones lesivos a los derechos y garantías mencionados, y no sólo los de base constitucional o de pactos supranacionales, sino también los de origen legal o reglamentario. Su legitimación procesal no se limita al ámbito nacional, pues puede también presentarse ante los órganos o tribunales supranacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Así lo hizo ante una decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>112</sup> rechazando su pedido de pronto despacho en materia de jubilaciones; su presentación ante la Comisión<sup>113</sup> bastó para que, poco después, la CSJN resolviera *Chocobar*.<sup>114</sup>

En una acción de amparo colectivo iniciada en el año 2009 por el Defensor del Pueblo de la Nación contra aumentos tarifarios de energía eléctrica que en algunos supuestos superaban el 300% o 400%, la primera instancia federal le negó legitimación, conforme algunos precedentes. No obstante, la Sala de ferias revocó el fallo y en su consecuencia el magistrado de primera instancia dictó una medida cautelar de alcance universal, para todos los usuarios del servicio eléctrico federal. Ello muestra otro aspecto del recomienzo de la vigencia de las instituciones y del Estado de Derecho o el *rule of law*.

En suma, los derechos de incidencia colectiva, tutelados también a través de las asociaciones no sólo por el amparo del art. 43, sino también por la ley de defensa del consumidor, tienen también tutela colectiva a través del Defensor del Pueblo de la Nación y la justicia.

<sup>111</sup> Facultad que no ha ejercido pero sería importante que ejerciera, atento el desbalance que señalamos *supra*, cap. VIII, § 7.1, "Relaciones con el derecho penal," [http://gordillo.com/pdf\\_tomo1/capituloVIII.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVIII.pdf).

<sup>112</sup> MAIORANO, "La legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación: De la Constitución a la Corte Suprema," *LL*, 1997-A-808; QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, "El Defensor del Pueblo ante los estrados de la Justicia," *LL*, 1995-D, 1058; CERMESONI, *op. ult. cit.*

<sup>113</sup> Su escrito (publicado en *RAP*, 218: 58, Buenos Aires) forzó a la Corte a definir su tan demorado fallo, lo que ella hizo en *Chocobar*, *LL*, 1997-B, 247, un claro fallo de jurisprudencia de intereses, insinuada en el cons. 48; el resto es *obiter dicta*, como lo explicamos en *Introducción al derecho*, *op. cit.*, cap. V, "Cómo leer una sentencia," § 7, "Lo que el fallo dice de más y de menos," § 7.1, [http://gordillo.com/pdf/int\\_der/iad\\_1\\_v.pdf](http://gordillo.com/pdf/int_der/iad_1_v.pdf). La CSJN entendió, con razón, que perdería el caso supranacional ante la Comisión IDH y en su caso la Corte de San José, si persistía en la mora. Procedió, como no podía ser otra cosa, a decidir. Para no darle a la historia un tinte rosado que no tiene, lo cierto es que la materia jubilatoria de que el fallo trataba siguió en definitiva sin cumplirse, a pesar de otros fallos en sentido similar. La estatización de los fondos de jubilaciones y pensiones por ley del Congreso, aunque inconstitucional en grado sumo, no hace sino fortalecer esta tendencia de la *Realpolitik* argentina, que la variable de ajuste son siempre los jubilados y pensionados.

<sup>114</sup> *LL*, 1997-B, 247. (1996.) Ver nuestros comentarios sobre su *Real Politik* en *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, cap. V, p. 25, [http://gordillo.com/pdf/int\\_der/iad\\_1\\_v.pdf](http://gordillo.com/pdf/int_der/iad_1_v.pdf).

Esa tendencia se ve confirmada y aumentada por el fallo de la CSJN *in re Habibi*, 24 de febrero de 2009, donde una vez más se estableció el efecto *erga omnes* en la sentencia del amparo colectivo. La ajustada mayoría, en este aspecto, del fallo recordado, hace prever que en el corto plazo se irán produciendo progresivos ajustes de la exacta mecánica del alcance de la sentencia del amparo colectivo.<sup>115</sup> El paso fundamental está una vez más claramente dado por la CSJN, lo que comporta un nuevo avance institucional, en un medio no precisamente favorable a dichos cambios, en el ámbito político. Es pues una situación que esperamos se resuelva progresivamente hacia la vigencia del Estado de Derecho.

c) *Legitimación procesal respecto a particulares*. Puede impugnar los comportamientos ilegales de las administraciones públicas o de los prestadores de servicios en monopolio o exclusividad.

d) *Carácter genérico o puntual de su intervención*. Desde luego, lo que el Defensor del Pueblo debe procurar es la corrección de los sistemas o mecanismos, normas o regulaciones, prácticas o costumbres, que por su carácter genérico sean las causantes de las violaciones concretas y particulares. Más que su actividad en la solución de controversias individuales, interesa entonces a la colectividad que ellas le permitan detectar el disfuncionamiento sistemático de las administraciones o de los licenciatarios o concesionarios de servicios públicos. Una vez halladas, su labor es contribuir a corregir las *causas* de esos problemas y superar las fallas generalizadas del sistema, antes que atender principalmente a la superación de las consecuencias puntuales, en algún caso, de la violación generalizada.

e) *Control sobre los servicios públicos privatizados*. El énfasis principal de su actuación debe verse en la protección del usuario frente a los servicios públicos privatizados.<sup>116</sup> También allí los casos individuales deben permitirle detectar las tendencias negativas, siempre cambiantes, que imperan en los diversos tiempos históricos. A veces el control que interesa es sobre lo que hacen los concesionarios; otras veces sobre lo que la administración hace con las tarifas de los concesionarios, llevando el sistema a la ruina futura.

En efecto, no interesa tanto *una* sobrefacturación puntual como una sobrefacturación *sistemática*, en cuyo caso las medidas correctivas deben ser más severas y pueden llegar al pedido de caducidad de la licencia.

<sup>115</sup> Aún cuando exista una causa o controversia judicial concreta y se encuentre en juego un derecho de incidencia colectiva, la Corte Suprema ha efectuado a veces una interpretación restrictiva de la ley 24.284. Ver CSJN, 21-VIII-03, *Defensor del Pueblo de la Nación c/ Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, LL*, 2003-F-936; CSJN, 18-XII-03, *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud, JA*, 2004-II-416; *Mondino, Eduardo R. (Defensor del Pueblo de la Nación)*, 23-IX-03, *LL*, 2003-F-343.

<sup>116</sup> Ampliar *infra*, cap. XV, "Los entes reguladores," § 14.2., "El Defensor del Pueblo nacional," [http://gordillo.com/pdf\\_tomo1/capituloXV.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXV.pdf).

Claro está, si la sobrefacturación se produce no por un incumplimiento del concesionario o licenciatario al régimen tarifario existente, sino por una decisión administrativa que aumenta súbitamente las tarifas de modo extraordinario, luego de siete años de congelamiento de la tarifas, entonces lo que corresponde es la acción de clase iniciada por el Defensor del Pueblo ante la justicia, como ha ocurrido en el año 2009, según hemos relatado más arriba.

De todas las modificaciones institucionales introducidas por la Constitución de 1994, ésta ha probado ser la más resistente al embate político y por ende la que mejor ha podido cumplir su finalidad, no obstante todas las dificultades que ha debido sortear a través de los años y distintos titulares.

f) *Lucha contra la corrupción.* El Defensor del Pueblo tiene, por fin, el deber de proteger a los ciudadanos contra la corrupción administrativa, un verdadero flagelo eterno de la sociedad.<sup>117</sup> Pensamos que es una de las materias en que el Defensor del Pueblo de la Nación no ha tenido la suficiente energía para luchar en tiempo oportuno contra ella. Ha sido pues remiso en su rol constitucional.

#### 14.2. *La Auditoría General de la Nación*<sup>118</sup>

Este organismo de control externo en la órbita del Poder Legislativo<sup>119</sup> tiene a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de la administración pública centralizada y descentralizada, y por ende, de los servicios concedidos o licenciados que están a su vez controlados por la administración: Mal puede controlarse a los entes reguladores descentralizados,<sup>120</sup> en el caso, si no se controla la actividad de los que ellos deben controlar.

<sup>117</sup> Para un panorama general acerca de la problemática contemporánea del control público de la corrupción, ver FERNÁNDEZ AJENJO, JOSÉ ANTONIO, *El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción*, Madrid, Civitas/Thomson Reuters, 2011, pp. 22-315.

<sup>118</sup> Ver SCHAFFRIK, FABIANA HAYDÉE, "Auditoría General de la Nación ¿Agoniza el control de las cuentas públicas?" *LL*, 24-II-09, pp. 1-4, *Columna de opinión*; MERTEHIKIAN, EDUARDO, "Algunas consideraciones jurídicas acerca del control parlamentario del Sector Público Nacional," en *Homenaje...*, op. cit., cap. III; SEVILLE SALAS, VIVIANA, "La Auditoría General de la Nación después de la reforma constitucional de 1994," *LL*, 1997-B, 1304; PAIXÃO, ENRIQUE, "El control. La Auditoría General de la Nación," en el libro colectivo *La reforma de la Constitución*, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 449 y ss.; BRAGA ROSADO, DANIEL, "Reflexiones acerca de la designación del presidente de la Auditoría General de la Nación prevista en el artículo 85 de la Constitución Nacional," *RAP*, 199. (Buenos Aires, 1995.)

<sup>119</sup> La Auditoría General de la Nación es, como lo prevé el art. 85 de la CN, un órgano de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional. Si bien el artículo 116 de la ley. 24.156 (Ley de Administración Financiera) afirma que es un ente de control externo del sector público nacional, dependiente del Congreso Nacional, la previsión del art. 85 de la CN obliga a dictar la ley a fin de adecuar la legislación aplicable a las normas constitucionales en juego. Ampliar en DESPOUY, LEANDRO, "El control externo en la Constitución Nacional. Comentario al art. 85" en DANIEL SABSAY (dir.) y PABLO MANILLI, (coordinación), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Separata*, AA.VV., Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pp. 16-76.

<sup>120</sup> Que, desde luego están sometidos al control de éste organismo. Ver *infra*, cap. XV, "Los entes reguladores," § 14.3, "La Auditoría General de la Nación," [http://gordillo.com/pdf\\_tomo1/capituloXV.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXV.pdf).

Este doble control de la auditoría en nombre del Poder Legislativo es el *quis custodies custodiat* que permitirá saber si los entes reguladores ejercen adecuadamente su propia función de contralor de ellos. Es el sistema de dobles o múltiples controles. Sus atribuciones de control externo de la actividad administrativa se extienden al Congreso de la Nación (art. 117, párr. 4º, ley 24.156) y al Poder Judicial mediante acuerdo.<sup>121</sup>

Es una lástima que se haya dispuesto para su titularidad *un* miembro del principal partido de oposición o una personalidad independiente y que sea un órgano colegiado en el cual entonces la composición política permitiría al partido mayoritario tener mayoría en el órgano colegiado. Hubiera correspondido establecer que su titular *unipersonal* fuera un representante de algún partido minoritario o alguna personalidad independiente nombrada por una mayoría calificada del Congreso, como se debe hacer con el Defensor del Pueblo de la Nación.

Existe un déficit institucional en su carencia de facultades explícitas para actuar como querellante en los procesos iniciados como consecuencia de sus propias denuncias.<sup>122</sup> Es cercenar su eficacia en la lucha contra la corrupción.

Si eventualmente la Auditoría General de la Nación se dedica a investigar, como antaño el Tribunal de Cuentas de la Nación, a los ladrones de gallinas, la pequeña rapiña, la corrupción famélica, no merecería sino el mismo juicio crítico que en su momento se ganó el Tribunal de Cuentas de la Nación.<sup>123</sup> Hasta ahora, si bien su desempeño ha sido honesto, no se destaca en cambio por su eficacia.

Lo mismo si siempre investigara el pasado en vez de atacar el presente, con sus falencias y corrupciones y sentar las bases para la prevención del futuro, o si dedica su atención a las causas menores del presente y descuida las mayores. Recientes informes de auditoría, que pueden consultarse en la página web del

<sup>121</sup> Como afirma DESPOUY, LEANDRO, "El control externo en la Constitución Nacional. Comentario al art. 85" en DANIEL SABSAY (dir.) y PABLO MANILLI, (coordinación), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias., Análisis doctrinal y jurisprudencial. Separata, op. cit.*, un hecho que traduce la necesaria independencia de la AGN y la externalidad del control que realiza, es su habilitación legal de auditar al propio Poder Legislativo, órbita en la cual se desempeña. Esa fiscalización, señala DESPOUY, se ejerce como ampliación de sus funciones de control externo, y no en tanto órgano de control interno del Congreso, función cumplida en ambas Cámaras por sus respectivos auditores internos.

<sup>122</sup> En este sentido a través del Mecanismo de seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, el Comité de expertos de la OEA, en su vigésima primera reunión celebrada el 1º de marzo de 2013 en Washington, DC, recomendó a nuestro país, en relación con este organismo, fortalecer la coordinación interinstitucional entre la AGN y otros órganos de control. También instó al país a exigir a quienes se desempeñen en las jurisdicciones y entidades sujetas a su competencia la responsabilidad que les corresponde; adoptar las medidas pertinentes para que tenga una participación más activa en los procesos judiciales en los que se conoce sobre los daños económicos causados al Estado. Igualmente, adoptar las medidas pertinentes para que pueda contar de manera ágil y oportuna con la información que requiera para el cumplimiento de sus funciones, tales como plazos perentorios para que dicha información le sea suministrada, y sanciones para quienes incumplan la obligación de suministrársela, etc.

<sup>123</sup> Nuestro prólogo a REGODESEBES, JOSÉ RAFAEL, *El control público*, Buenos Aires, FDA, 1984.

organismo,<sup>124</sup> parecen mostrar sin embargo que en los últimos años esta tendencia ha mejorado.

Para que su contralor sirva deberá procurar detectar:

a) Las fallas sistemáticas y generales,<sup>125</sup>

b) las normas y reglamentos que las sustenten,<sup>126</sup>

c) las grandes operaciones en perjuicio del Estado o de los usuarios, que transgredan los principios jurídicos de eficiencia y equidad impuestos por el art. III inc. 5° de la CICC<sup>127</sup> y

d) también deberá hacerse cargo de la investigación del enriquecimiento doloso, público o privado, que el art. 36 de la Constitución nacional iguala al delito de los infames traidores a la patria.

e) De lo que antecede surge que uno de sus objetivos fundamentales ha de ser la lucha contra la corrupción y la irracionalidad públicas, junto a todos los demás controles públicos.<sup>128</sup>

Cabe consignar que los informes de la AGN son de naturaleza técnica, y como tales no son susceptibles de revisión por el Congreso ni por sus comisiones. Contienen la opinión de los auditores y éstos podrán, en informes posteriores, reiterar las observaciones o darlas por superadas, si nuevas evidencias así lo acreditan.<sup>129</sup> Pero les falta la atribución de continuar acciones públicas judiciales contra los responsables, o legitimación para pedir medidas cautelares que impidan la concreción del daño.

#### 14.3. *El Consejo de la Magistratura*<sup>130</sup>

El segundo párr. del inc. 4° del art. 99 de la Constitución nacional instituye de Consejo de la Magistratura, cuya integración y funciones regula esquemática-

<sup>124</sup> [www.agn.gov.ar](http://www.agn.gov.ar).

<sup>125</sup> Ver *supra*, cap. II, “Pasado, presente y futuro del derecho administrativo,” § 5.1, “La insuficiencia cualicuantitativa de los controles,” [http://gordillo.com/pdf\\_tomo1/capituloII.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloII.pdf). Nuestro art. “El Estado de Derecho en estado de emergencia,” *LL*, 2001-F, 1050; reproducido en LORENZETTI, RICARDO LUIS (dir.), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 53-64, <http://gordillo.com/articulos/art10.pdf>.

<sup>126</sup> *Supra*, cap. VII, § 10.3, “La exacerbación reglamentaria,” [http://gordillo.com/pdf\\_tomo1/capituloVII.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVII.pdf).

<sup>127</sup> Ver nuestros arts. “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091, <http://gordillo.com/articulos/art9.pdf>; “La contratación administrativa en la «Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales» (ley 25.319) y en la «Convención Interamericana contra la Corrupción,” *JA*, 2000-IV, 1269.

<sup>128</sup> Ver también FERNÁNDEZ AJENJO, *op. loc. cit.*

<sup>129</sup> Ampliar en DESPOUY, LEANDRO, “El control externo en la Constitución Nacional. Comentario al art. 85,” *op. cit.*

<sup>130</sup> Ver JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, MARÍA, “El ejercicio de facultades disciplinarias por el Consejo de la Magistratura y la independencia del Poder Judicial,” *LL*, 1994-E, 1015; CORCUERA, SANTIAGO

mente el art. 114 y desarrolla la ley 24.937,<sup>131</sup> modificada por las leyes 26.080 y 26.855, que pretenden en cambio darle preeminencia al poder político, en forma incompatible con el sentido del precepto constitucional.

Si bien el art. 1º de la ley 24.937 señala que el Consejo de la Magistratura es un órgano del Poder Judicial, pensamos que su necesario control judicial suficiente y adecuado importa considerarlo, en rigor, una autoridad administrativa independiente y no una parte del Poder Judicial. Resulta inconstitucional someterlo nuevamente al poder político, como han hecho las leyes 26.080 y 26.855. Hemos señalado en el cap. II que esta reforma fue frenada a través de la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 2º, 4º, 18 y 30 de la ley (en lo relativo a la integración del Consejo y la elección popular de sus miembros) y la inaplicabilidad de las modificaciones introducidas con relación al *quorum* previsto en el art. 7º, al régimen de mayorías y a la composición de las comisiones del Consejo de la Magistratura.<sup>132</sup>

El espíritu de la norma constitucional es claro en cuanto a instituir un órgano de contralor independiente, que debe tener “equilibrio,” en otras palabras, virtual igualdad, entre:

a) Los representantes de los órganos políticos resultantes de elección popular (Poder Ejecutivo y Legislativo, por una parte),

b) los jueces *de todas las instancias* (segunda categoría de integrantes, que no puede quedar librado a la *designación* sino que debe resultar de *elección*),

c) los abogados de la matrícula (tercer categoría, en la cual deben estar representados la mayoría y minorías de dicho cuerpo) y

d) otras personas del ámbito académico y científico (cuarta categoría.)

El Consejo de la Magistratura hace propuestas vinculantes al Poder Ejecutivo para que éste eleve al Senado las ternas preparadas por el Consejo para los demás tribunales. Dichas ternas deberán ser tratadas en audiencia pública en el Senado, a fin de resolver si se otorga o no el acuerdo. En ellas es indispensable

H., “Consejo de la Magistratura (Modelos para la reglamentación del artículo 114 de la Constitución Nacional),” *LL*, 1995-C, 1227; BIANCHI, ALBERTO B.; GAMBIER, BELTRÁN; DE PÉREZ CORTÉS, JEANNERET, “Poder Judicial. Sistema de designación y remoción de los Jueces. Consejo de la Magistratura,” en *RAP*, 19: 44, Buenos Aires, 1994; BIANCHI, ALBERTO B., su cap. en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *El derecho administrativo, hoy*, Buenos Aires, 1996, p. 176 y ss. SCHEIBLER, GUILLERMO, “Algunas cuestiones relativas al procedimiento de designación de magistrados en la Ciudad de Buenos Aires,” nota al fallo *Spisso*, *LL*, 2002-D, 740.

<sup>131</sup> Según t. o. decr. 816/99.

<sup>132</sup> Ello mediante sentencia del 18-VI-13 en autos: *Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte. N° 3034/13)*. En ese caso, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de la elección de los miembros del Consejo por medio del voto de la ciudadanía, en atención a que la reforma violó los límites impuestos por el art. 114 CN que prevé la designación de los representantes por cada uno de los estamentos citados.

escuchar la opinión de los miembros de cada estamento que desee exponer sus ideas al respecto; no tenemos noticia de que esto se cumpla.

En cualquier caso, y al igual que en lo referente a los representantes de los usuarios y consumidores en los entes reguladores de servicios dados en monopolio o exclusividad, los particulares que integren dicho Consejo no adquieren con ello la condición de funcionarios públicos, para mayor independencia en el ejercicio de su función.

#### 14.4. *El Jurado de Enjuiciamiento*

El Poder Judicial de la Nación es el pilar básico de sistema de control de la administración y de los prestadores de servicios licenciados o concedidos por el legislador en condiciones monopólicas o de exclusividad; dado que esa función puede ser bien o mal ejercida, la Constitución ha querido establecer un sistema de control del ejercicio de la actividad judicial que sea más ágil que el juicio político.<sup>133</sup>

De acuerdo a la remisión que el art. 115 hace al art. 53, los jueces y camaristas pueden ser removidos por las mismas causales que el Presidente y Vice, Jefe de Gabinete, Ministros y Jueces de la Corte Suprema: No sólo por delito en el ejercicio de sus funciones y crímenes comunes, sino también por “mal desempeño” de la función, p. ej., incumplir el orden jurídico supranacional.

A título de ejemplo, será mal desempeño de la función el defectuoso cumplimiento de las demás funciones que la nueva Constitución les impone. Se trata de su deber de tutela de los derechos individuales frente a la administración y los particulares en los supuestos de los arts. 41 y 42.

Así, el art. 41 en la protección del ambiente, el 42 en la protección de los derechos e intereses económicos del usuario de los servicios públicos actuales y futuros, con más las que impone el art. 36 en materia de enriquecimiento ilícito de funcionarios y particulares; también el 43 en los cuatro medios de tutela que determina operativamente. Así mismo, los demás derechos del Pacto de San José de Costa Rica y otros tratados internacionales: La protección de la intimidad y el honor en el derecho de rectificación y respuesta, la no discriminación. Por cierto, le compete también, en su ámbito, exigir la aplicación rigurosa de la Convención Interamericana contra la Corrupción, etc.

Conviene recordar, una vez más, la vinculación que dicha convención efectúa entre diversos delitos como lavado de dinero, narcotráfico, terrorismo, corrupción, etc. Ello lleva indefectiblemente a su futuro juzgamiento como delitos de lesa hu-

<sup>133</sup> Como regla general, las decisiones que adopte el Jurado de Enjuiciamiento no son revisables judicialmente, salvo que se acredite una violación al debido proceso (art. 18 CN). “Las decisiones en materia de los llamados juicios políticos y enjuiciamientos de magistrados en la esfera provincial, dictadas por órganos ajenos a los poderes judiciales locales, configuran cuestión justiciable cuando se invoca por la parte interesada la violación del debido proceso,” CSJN, *Nicosia*, Alberto Oscar *s/ recurso de queja*, 09-XII-93, *Fallos* 316: 2940, entre otros.

manidad, por ende imprescriptibles.<sup>134</sup> Su tratamiento futuro no puede diferir en este aspecto del que se está otorgando hoy en día, con toda razón, a los crímenes de lesa humanidad de los oficiales del último régimen militar.

#### 14.5. *El Ministerio Público*<sup>135</sup>

La independencia del Ministerio Público, que promueve entre otras materias las causas penales por enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos y particulares, es desde 1994 materia regulada en forma operativa por la Constitución. Si bien se justifica la independencia de los fiscales en el ejercicio de su ministerio público, una vez establecido en la Constitución que son independientes de la administración, poco importa ya dilucidar si integran el Poder Judicial o son otras autoridades administrativas independientes.<sup>136</sup> La importancia de esta independencia se advierte en que sólo así pueden intentar hacer verdad la equiparación que realiza el art. 36 entre la corrupción y la traición a la patria, tanto que el enriquecimiento provenga de funcionarios públicos o de particulares.

Hay mucho que aprender del derecho comparado, especialmente el norteamericano,<sup>137</sup> pero independientemente de que se dicten o no leyes tales como la *Foreign Corrupt Practices Act*, la acción *Qui tam*,<sup>138</sup> etc., de todos modos

<sup>134</sup> Ver por ejemplo la sentencia de la CSJN en el caso *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) - causa N° 17.768*, del 14-VI-05, *Fallos*, 328: 2056.

<sup>135</sup> Ver DIEZ-PICASSO, LUIS MARÍA, *El poder de acusar*, Barcelona, Ariel Derecho, 2000, en su análisis de “la criminalidad gubernativa;” ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL y otros, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, EDIAR, 2000, § 35, IV, 2, p. 511.

<sup>136</sup> La descripción de la conducta de un fiscal en los considerandos de un decreto emitido con motivo de denuncias de corrupción para remover a un funcionario de la administración descentralizada, no es ciertamente un síntoma de la independencia deseada. Véase GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “Los decretos autónomos del Poder Ejecutivo y la independencia del Ministerio Público,” *LL*, 2007-D, 716. Es similar al hecho acaecido en 2009, en que un Ministro pide reuniones reservadas con el presidente de una de las organizaciones rurales, y luego se emite un informe oficial detallando lo que era reservado. Es natural que nada de esto provoque la confianza en el gobierno, parte esencial de cualquier gestión gubernamental eficaz.

<sup>137</sup> Para su exposición nos remitimos al mayor desarrollo de CINCUNEGUI y CINCUNEGUI, *La corrupción, op. cit.*, 1996, p. 51 y ss. Como consecuencia del sistema legal estadounidense, las empresas que trabajan en nuestro medio con el gobierno encargan auditorías de *due diligence* para detectar posibles actos de corrupción de sus propios agentes en el país. Por eso son también menos frecuentes los casos de corrupción de empresas estadounidenses, que al no aceptar las reglas locales del juego, deben entonces pagar el precio de verse excluidas de los negocios con el Estado.

<sup>138</sup> BIANCHI, ALBERTO B., “Las acciones *Qui Tam* como medio de lucha contra la corrupción en los contratos públicos en los Estados Unidos,” *EDA*, 2001/2002: 589. Ya relatamos en el trabajo citado al final de esta nota cómo un proyecto de ley consensuado con la opinión pública y los organismos de control, cayó porque un Ministro se opuso diciendo lo obvio: Que no estaba en nuestras tradiciones, en aquel entonces. Hace recordar el chiste de alguien que en una embajada argentina en el exterior pide la nacionalidad y le preguntan si conoce el idioma, a lo que el interesado contesta que no, pero inquiriere si existía alguna forma de “arreglarlo.” La respuesta fue: “Usted conoce nuestras costumbres, por lo tanto le vamos a dar la nacionalidad.” Si la corrupción forma parte de nuestras costumbres y nuestras tradiciones, es lógico que nos parezcan foráneos e incompatibles con nuestra idiosincracia todos los intentos de combatirla: Así no saldremos jamás. Finalmente la ley del Defensor del Pueblo salió, a iniciativa de la oposición, pero inicialmente la CSJN le negó la legitimación

el Ministerio Público tiene una función tutelar esencial en la democracia,<sup>139</sup> sobre todo con las obligaciones internacionales que le imponen tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción<sup>140</sup> como la convención internacional contra el soborno transnacional y el lavado de dinero. (Ley 25.319.)<sup>141</sup>

La falencia más importante es la falta de voluntad política, legislativa y de los políticos en general para introducir la acción *qui tam*. Hace algunos años, la comisión de obras públicas de la H. Cámara de Diputados nos citó para pedirnos opinión, y le redactamos un artículo introduciendo la acción *qui tam* en nuestro medio. Luego nos informaron que consultaron a Legales del Ministerio de Economía y les dijeron que se oponían a la reforma, por lo que los diputados no lo incorporaron. Así funciona el Congreso en la Argentina.

#### 14.6. *Entes reguladores y de control del poder económico*

El tema lo desarrollamos más abajo,<sup>142</sup> pero se justifica dar aquí algunos lineamientos preliminares de esta institución constitucional.

La Constitución habla de “órganos de control” para referirse a lo que la legislación y la práctica denominan “entes reguladores;” o sea, los específicos organismos o autoridades descentralizadas encargadas de controlar al poder económico de los licenciatarios y concesionarios de la administración, para proteger a los usuarios y consumidores.

La genérica mención constitucional a órganos de control no obsta al uso de la segunda expresión, más específica, que por nuestra parte preferimos.

a) *Protección de los usuarios*. La tutela que establece el art. 42 de la Constitución requiere la incrementada participación de los organismos reguladores hoy existentes y los que deberán crearse, como así también define, claramente y en forma directamente operativa, que su función no es tan sólo el control técnico del sistema concedido o licenciado, sino principalmente proteger los derechos e intereses, incluso de naturaleza económica, de los usuarios actuales y futuros.<sup>143</sup>

judicial que la Constitución y la ley le daban. La primera parte de la historia del tema del Defensor del Pueblo la relatamos en “An Ombudsman for Argentina: Yes, but...” *op. loc. cit.* y sus versiones portuguesa en la *Revista de Direito Público*, n° 75, San Pablo, 1985, pp. 76-81 y castellana en la *Revista Argentina del Régimen de la Administración pública*, n° 105, p. 16 y ss., bajo el título “Un Ombudsman para la Argentina. Sí, pero...”

<sup>139</sup> “Comentarios al proyecto de ley de contratos públicos,” *RAP*, 182: 8, Buenos Aires, 1994.

<sup>140</sup> Ver nuestro art. “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *op. loc. cit.*, <http://gordillo.com/articulos/art9.pdf>.

<sup>141</sup> *Supra*, cap. VI, “Fuentes supranacionales del derecho administrativo,” § 1.4.2, “Un caso paradigmático,” 1.4.2.1, “*Male captus, bene detentus*,” 1.4.2.2, “Otros casos” y sus notas, § 2.3, “Convención Interamericana contra la Corrupción,” [http://gordillo.com/pdf\\_tomo1/capituloVI.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVI.pdf).

<sup>142</sup> Ver *infra*, cap. XV, “Los entes reguladores,” [http://gordillo.com/pdf\\_tomo1/capituloXV.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXV.pdf).

<sup>143</sup> En materia de telecomunicaciones, el decreto 681/2013 autorizó a la Autoridad de Aplicación a disponer con carácter preventivo medidas que resulten idóneas para garantizar el efectivo cumplimiento de los requerimientos de calidad del servicio establecidos en las disposiciones vigentes. En sus considerandos se alude a la posibilidad de impedir la venta de nuevas líneas telefónicas.

b) *Participación de los usuarios.* La misma norma establece la necesaria participación de las asociaciones de usuarios y consumidores en la dirección de estos organismos de control. Si el gobierno no dicta la legislación pertinente, corresponde a la justicia reconocerles por imperio constitucional al menos un lugar en los cuerpos colegiados existentes, procediendo a designarlos u ordenando su designación.

La exigencia constitucional de la necesaria participación de los usuarios<sup>144</sup> y las Provincias en su directorio impide que se conciba la idea de su intervención por la administración central como de hecho ha ocurrido. Dado el sentido de su participación como representantes de la comunidad, constituiría un contrasentido considerarlos funcionarios públicos, lo que además lesionaría el concepto constitucional. Siguen siendo particulares, que en la especie ejercen funciones públicas, al igual que son particulares ejerciendo funciones públicas los propios concesionarios o licenciatarios cuyo poder económico habrán de contribuir a regular desde los entes reguladores, en favor de los usuarios o consumidores actuales o futuros.

c) *Participación de las Provincias.* Lo mismo cabe decir de las Provincias, con la salvedad que en algunos marcos regulatorios tienen dos lugares sobre cinco, sin que hasta el presente se haya provisto a su designación. De continuar esta inacción, corresponderá igualmente a la justicia remediarla por directa aplicación de la Constitución. Para ello será necesario que las provincias lo requieran judicialmente.

d) *Audiencias públicas.* El procedimiento de audiencias públicas previo a la emisión de normas reglamentarias o de grandes proyectos que afectan p. ej. el medio ambiente, si bien aparece por ahora exigido sólo en algunas leyes, creemos que ya puede considerarse un principio constitucional operativo, emergente de la garantía de defensa en el nuevo sistema constitucional.

Consideramos por ello que la aprobación de proyectos, contratos o normas generales que afecten el medio ambiente, o disposiciones que afecten en forma general los derechos o los intereses de los usuarios y consumidores de servicios monopólicos concedidos por el Estado, requieren el cumplimiento de este requisito de audiencia pública bajo pena de nulidad absoluta e insalvable.<sup>145</sup> Se ha ordenado

<sup>144</sup> GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución...*, *op. cit.*, comentario al art. 42, § 3.4, “Educación del consumidor, publicidad y propaganda,” pp. 377-8; 4ª ed., t. I, *op. cit.*, pp. 592-3; CAPLAN, ARIEL, “La participación de los usuarios en materia de servicios públicos,” en MILJIKER (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I, op. cit.*, pp. 171-5; “Hacia una nueva relación entre los usuarios y los organismos multilaterales,” en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la Emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2003; MERTEHIKIAN, EDUARDO, “Emergencia de los servicios públicos. Problemas actuales desde la perspectiva de los usuarios y de los prestatarios. (Una visión crítica de las normas que declararon la emergencia en materia de servicios públicos),” en ALANIS, SEBASTIÁN D. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 153-63, esp. § IV, “Ideas para la formulación de una propuesta regulatoria global,” pp. 160-3.

<sup>145</sup> Ampliar *infra*, t. 2, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública,” [http://gordillo.com/pdf\\_tomo2/capitulo11.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo11.pdf). En igual sentido GELLI, *Constitución de la Nación Argentina, op. cit.*,

p. ej. dejar sin efecto la nueva tarifa cuando se omitió llevar a cabo la audiencia pública,<sup>146</sup> incluso como medida cautelar.<sup>147</sup> Pero no ha habido coherencia en esos controles, a veces tanto el Defensor del Pueblo como la Justicia caen en la tentación populista de hacer lo que alguna opinión pública o piquete callejero pide en el momento y no lo que el derecho y la racionalidad indican.

e) *Estabilidad en el cargo.* Los integrantes de los órganos de contralor de estos servicios son designados por períodos determinados, con vencimientos de sus mandatos en forma escalonada. Convendrá tener presente que los cambios del Poder Ejecutivo, del Jefe de Gabinete o Ministros del área, jamás podrán constitucionalmente alterar dicha estabilidad ni dar lugar a la “Constitución paralela” de exigir y obtener renunciaciones antes de la expiración de los mandatos.<sup>148</sup>

La práctica política de los últimos años ha tendido a desmentir estos principios constitucionales, interviniendo los organismos constitucionales de contralor o, p. ej., no sometiendo al acuerdo del Senado el nombramiento de los directores del Banco Central (*infra*, § 14.7), con lo cual estos quedan librados a la libre remoción por parte del Poder Ejecutivo.

f) *Improcedencia de la intervención.* La doctrina que autorizaba la intervención de entes descentralizados por el Poder Ejecutivo resulta inaplicable en el nuevo sistema. A lo sumo cabría admitir, en circunstancias sumamente excepcionales, la intervención por ley del Congreso de la Nación.

#### 14.7. Banco Central de la República Argentina<sup>149</sup>

El Banco Central de la República Argentina gozó tradicionalmente de gran libertad de acción, no siempre bien utilizada, para regular el sistema financiero; el

§ 3.2, “Medios de protección de usuarios y consumidores,” pp. 373-4. Una crítica al modo de reglamentar el procedimiento de audiencias públicas en la Ciudad de Buenos Aires puede verse en ALETTI, DANIELA y TOIA, LEONARDO M., “Audiencias públicas: Sólo para entendidos,” *LL*, 2007-C, 993. En algún momento de nuestra historia reciente se nos había contratado para hacer una audiencia pública abierta al diálogo, como corresponde, y el funcionario municipal a cargo de la Participación Ciudadana se opuso terminantemente e impidió que la realizáramos, optándose entonces por el sistema limitativo de la CABA. Era un funcionario de los que se suele denominar “progresistas,” y ocupa actualmente un altísimo cargo gubernamental en la administración central.

<sup>146</sup> Ver, por ejemplo, la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes en la causa *Ledesma, Jorge S. c/ Dirección Provincial de Energía de Corrientes s/amparo*, Expediente N° GXP-8925/10, del 20-IX-11. Sin embargo, en algún precedente se interpretó que la exigencia de audiencia pública podría depender del marco normativo en particular, al cual está sujeto el servicio público; en el caso *Negrelli, Oscar Rodolfo otro/a c/ Poder Ejecutivo s/amparo*, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata (decisión del 20-XI-12) dejó sin efecto una sentencia del Juzgado N°1 del fuero, a cargo del Dr. ARIAS, que había ordenado la audiencia pública.

<sup>147</sup> Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 3 de la Ciudad de Buenos Aires, causa *Bodart, Alejandro c GCBA, s/amparo*, Expte: A444-2013/0, de marzo de 2013.

<sup>148</sup> Ver nuestro libro *La administración paralela*, Madrid, Civitas, tercera reimpresión, 2001, 2ª ed. en este *Tratado*, t. 6, *op. cit.*, Libro II, <http://gordillo.com/tomo6.html>.

<sup>149</sup> Ver también “Primero: crear el Banco Central Interamericano,” *LL*, 2002-D, 1453, <http://gordillo.com/articulos/art26.pdf> y “Una celebración sin gloria,” *LL*, 2003-C, 1091, <http://gordillo.com/articulos/art26.pdf>.

régimen monetario en cambio estuvo casi siempre en manos de la administración central.<sup>150</sup> Hace algunos años la tendencia había sido tratar de darle, en su función específica, alguna relativa autonomía de la administración central.<sup>151</sup> Pero en la primera década del siglo XXI su titular fue separado del cargo. Luego el BCRA estuvo a cargo de personas plenamente identificadas con el poder político, por ende no independientes. Merced a la inactividad del Congreso la administración recurrió libremente a las reservas para financiar el gasto corriente. Actualmente ninguno de sus directores está nombrado con acuerdo del Senado, lo cual les priva de su indispensable estabilidad e independencia frente al poder político.

Por eso también la justicia ha considerado, en el exterior, que es un *alter ego* del gobierno y en tal medida sus fondos son embargables en jurisdicción extrajera. Esa es la consecuencia de haberle quitado su indispensable autonomía plena.

#### 14.8. *Una agencia independiente del control de la deuda pública externa*

Hemos propuesto hace años lo que sugiere el acápite,<sup>152</sup> pero los años 2013 y siguientes no parecen propicios para insistir en el tema, cuando ya no tenemos acceso al crédito externo. Cuando como sociedad no somos capaces de empujar a tiempo las reformas que necesitamos, no queda sino atenernos a las consecuencias de nuestra falta de control social.<sup>153</sup>

com/articulos/art33.pdf; CORTÉS CONDE, ROBERTO, “Hay que atarle las manos al gobierno,” *Ámbito Financiero*, 24-VII-2002, p. 9.

<sup>150</sup> La última reforma a su carta orgánica se concretó mediante la Ley N° 26.739.

<sup>151</sup> Comparar *Cambios Teletour S.A. c/ Banco Central s/ordinario, Fallos*, 310: 203, si bien la CSJN le reconoció atribuciones exclusivas e indelegables en lo vinculado a políticas monetarias y crediticias, agregó que su actuación debía ajustarse a las directivas generales que en la materia dictara el gobierno nacional. Ver *Peralta, Luis A. y otro c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía - Banco Central, Fallos*, 313: 513.

<sup>152</sup> Ver nuestro art. “Por la creación de una agencia regulatoria independiente para el manejo de la deuda externa,” *LL*, 2003-E, 1495, <http://gordillo.com/articulos/art35.pdf>.

<sup>153</sup> La primera, el descrédito internacional. Para una visión extrema ver JENKINS, PHILIP, “United States of Argentina. How inflation turned a rising power into a pauper.” [www.amconmag.com/article/2009/feb/09/00006](http://www.amconmag.com/article/2009/feb/09/00006): “The road to economic hell is paved with excellent intentions—a desire to save troubled industries, relieve poverty, and bolster communities that support the present government. But the higher the spending and the deeper the deficits, the worse the effects on productive enterprise and the heavier the penalty placed on thrift and enterprise. As matters deteriorate, governments have a natural tendency to divert blame onto some unpopular group, which comes to be labeled in terms of class, income, or race. With society so polarized, the party in power can dismiss any criticism as the selfish whining of the privileged and concentrate on the serious business of diverting state resources to its own followers.” Advierto que el lenguaje del art. es fuerte y además conservador en lo económico.