

## CAPÍTULO I

### LA DESCENTRALIZACIÓN. CARACTERES Y PROBLEMAS

#### SUMARIO

1. Concepto de centralización, desconcentración y descentralización....	371
2. Descentralización y delegación .....	373
3. La delegación debe ser autorizada por ley .....	375
4. Conveniencia de la delegación .....	376
5. Autonomía y autarquía .....	377
6. Descentralización y autarquía.....	378
7. Descentralización “territorial” e “institucional” .....	380
8. Caracteres de los entes estatales descentralizados .....	382
9. Entes estatales y entes públicos: a) entes públicos no estatales .....	384
10. b) No hay entes estatales privados .....	385
11. Criterio para determinar <i>si</i> un ente es público o privado.....	386
12. Criterio para determinar si un ente es estatal o no .....	387
13. La prevalencia del derecho público sobre el privado.....	388
14. La descentralización para el desarrollo .....	388
15. Complementos imprescindibles de la descentralización .....	389
16. Conveniencia y peligro de la descentralización.....	391
17. Distintos tipos de descentralización .....	392
I) Entidades públicas estatales.....	392
A) Administrativas .....	392
B) Comerciales e industriales.....	392
II) Entidades públicas no estatales .....	393
A) Con participación estatal .....	393
B) Sin participación estatal.....	394
III) Entidades privadas .....	395
A) Con participación estatal.....	395
B) Sin participación estatal.....	395



## Capítulo I

### LA DESCENTRALIZACIÓN. CARACTERES Y PROBLEMAS<sup>1</sup>

#### 1. Concepto de centralización, desconcentración y descentralización

La centralización implica que las facultades de decisión están reunidas en los órganos superiores de la administración; la *desconcentración*, que se han atribuido partes de competencia a órganos inferiores pero siempre dentro de la misma organización o del mismo ente estatal; la *descentralización*, que la competencia se ha atribuido a un nuevo ente, separado de la administración central, dotado de personalidad jurídica propia, y constituido por órganos propios que expresan la voluntad de ese ente.

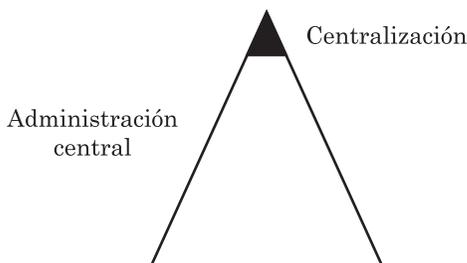
La diferencia fundamental entre la desconcentración y la descentralización estaría así dada por el otorgamiento de personalidad jurídica, de individualidad propia, que faltaría en el primer caso y existiría en el segundo; en la desconcentración, el que recibe la competencia actúa como órgano del mismo ente, en la descentralización, en cambio, el que recibe la competencia actúa como órgano de un ente distinto de aquél a quien se resta la competencia.

La desconcentración es también llamada, por otra 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

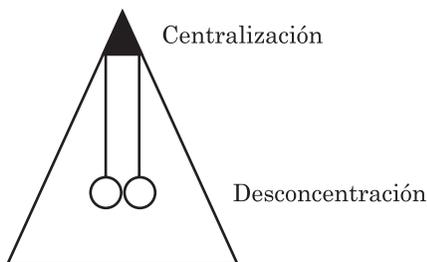
<sup>1</sup> Ampliar y comparar: SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE. *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1965; VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1950; FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958; SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, “Distinción entre personas públicas y privadas,” en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, t. XXI, p. 17 y ss.; SILVA CIMMA, ENRIQUE, *Derecho administrativo chileno y comparado*, Santiago, 1961, t. II; GORDILLO, AGUSTÍN A., “Descentralización y delegación de autoridad,” *Revista de Administración Pública*, Buenos Aires, 1962, n° 3/4, p. 28 y ss.

de “autarquía” o capacidad de actuar y administrarse a sí mismos. Sin embargo, esta terminología tal vez no sea la más acertada, porque dentro del concepto de descentralización que hemos dado —y por lo tanto también dentro del concepto que se denomina en esa otra terminología “descentralización autárquica”— no sólo deben comprenderse los denominados “entes autárquicos” sino también otras formas tales como las “empresas del Estado,” o “empresas nacionalizadas,” con lo que resultaría que el calificativo “autárquica” para designar a tal descentralización resultaría impropio por restringido y limitado.

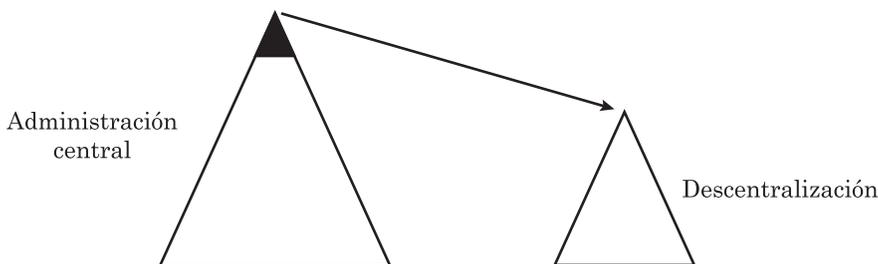
Para representarlo gráficamente, existiría centralización en el siguiente caso:



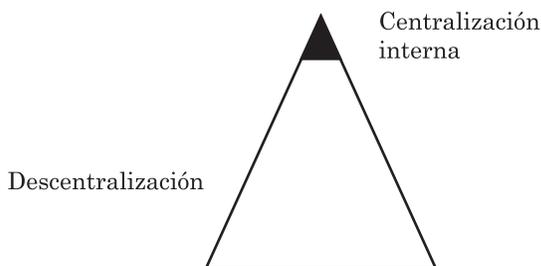
Desconcentración, en el que ahora se indica,



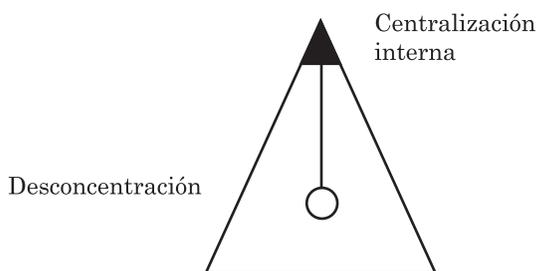
y descentralización, en este último:



A su vez, dentro del ente descentralizado puede existir un cierto grado de centralización interna:



o puede en cambio existir también allí desconcentración:



La diferencia entre desconcentración y descentralización tiene importancia pues en el primer caso el vínculo que une al órgano con el Poder Ejecutivo se denomina “poder jerárquico,” que supone amplias atribuciones de éste sobre aquél, y en el segundo se llama “control administrativo,” que otorga más limitados poderes de control y dirección sobre el ente descentralizado.

## 2. Descentralización y delegación<sup>2</sup>

La delegación de competencia es una decisión del órgano administrativo a quien legalmente correspondía la misma, por la cual se transfiere el ejercicio de todo o parte de ella a un órgano inferior. Es importante diferenciar adecuadamente la delegación de la descentralización y de la desconcentración: En éstas 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 inferior.

a) La primera diferencia entre la delegación por un lado y la 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 *el Congreso*, en la delegación un *órgano administrativo superior*;

<sup>2</sup> Ampliar en FLAMINIO FRANCHINI, *La delegazione amministrativa*, Milán, 1950, p. 28 y ss.; GORDILLO, AGUSTÍN, *El acto administrativo (Noción. Nulidades. Vicios. Los actos de gobierno)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 110, y “Descentralización y delegación de autoridad,” *Revista de Administración Pública*, n° 3/4, p. 28 y ss.

b) una segunda diferencia la constituye el 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 contralor 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 ejercerla; de allí también que se halle unido por más fuertes lazos al *superior*. En la desconcentración y descentralización, a su vez, la responsabilidad del superior por el modo en que se ejerce la competencia que le ha sido quitada, es reducida precisamente porque *se ha reducido también su poder de contralor*;

c) 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 las 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;

d) de lo antedicho se desprenden las diferencias más estructurales: La descentralización y desconcentración implican una nueva repartición, permanente y definitiva, de funciones: El acto de descentralización o desconcentración tiene así un valor constitutivo, y representa una forma de organización administrativa, un tipo de estructura estatal.

La descentralización y desconcentración se operan a través de actos normativos, generales y abstractos, que crean competencias estables y definidas, y las atribuyen en forma determinada a ciertos órganos que serán los titulares de la función; la descentralización y desconcentración significan un ordenamiento obligatorio de la jerarquía y funciones administrativas: Cada órgano que recibe la competencia descentralizada es el que debe ejercerla, y bajo su propia responsabilidad, por encargo de la ley.

En la delegación, en cambio, no se opera una modificación en la *estructura* administrativa, sino 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. La delegación no implica renunciar definitivamente a la competencia —y ello no sería por otra parte jurídicamente posible—; no implica tampoco desentenderse de la responsabilidad originaria que el órgano titular de la competencia tiene respecto a la forma en que la misma se ejercite.

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 establecidas, y no lo modifica en modo alguno estructuralmente: Es sólo en la dinámica de la actuación administrativa que produce sus efectos.

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 imposibilidad alguna —salvo el aspecto jurídico, que luego comentaremos— en combinar ambas formas: Es así hipotéticamente posible que tanto si la competencia está *centralizada* en un órgano supremo, como *desconcentrada* en órganos dependientes de la administración central, como *descentralizada* en entes autárquicos con individualidad propia, sea en todos los casos factible que el órgano que en cada caso sea titular, *delegue* parte de esa competencia en sus órganos inferiores. De tal modo, puede existir conjuntamente en determinado órgano una suma de competencias desconcentradas y delegadas, que se regirá 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.

### 3. *La delegación debe ser autorizada por ley*

Si bien no hay duda desde el punto de vista administrativo acerca de la conveniencia de la delegación, que se traduce en una mayor eficiencia, mejor dirección, capacitación de los dependientes, etc., se tropieza con serias dificultades por el criterio jurídico imperante al respecto. En efecto, partiéndose del principio de que la competencia es inderogable, y que debe inexcusablemente ser ejercida por el órgano a quien la ley se la ha otorgado, se sostiene en el derecho público con bastante coincidencia que ningún órgano puede delegar su competencia si la ley no lo ha autorizado expresamente para ello.

No interesa aquí analizar el mayor o menor acierto de esa solución, aunque sí puede mencionarse que el principio está sufriendo una quiebra profunda en los hechos, y que los órganos administrativos delegan muchas veces informalmente la decisión de determinadas cuestiones, apareciendo no obstante desde el punto de vista formal como los autores originarios de la decisión o lo que es peor, que los inferiores decidan directamente por su cuenta, a pesar de no existir delegación expresa alguna que los autorice.

Por lo demás, en los últimos años han ido dictándose determinadas leyes que en asuntos específicos autorizan al Poder Ejecutivo a delegar la decisión de ciertas cuestiones en funcionarios que la misma ley determina; también se ha admitido recientemente que las atribuciones de los órganos administrativos en lo que respecta a la dirección del mismo personal administrativo pueden ser

delegables, y es en virtud de ello que en nuestro país la Secretaría de Hacienda, por ejemplo, está autorizada por una especial delegación del Poder Ejecutivo para dictar reglamentaciones en materia de personal de la administración pública.

Con todo, debe recordarse que esto es en cierto modo la excepción, y que el principio teórico sigue siendo que los órganos administrativos no pueden delegar su competencia en órganos inferiores —salvo una ley que los autorice expresamente—, particularmente en lo que respecta a la adopción de decisiones que puedan afectar a los particulares.

#### 4. *Conveniencia de la delegación*

Esta orientación legislativo-jurisprudencial-doctrinaria que impide la delegación de funciones hecha por propia decisión del funcionario competente, ha provocado ciertas incongruencias prácticas:

a) Al no admitirse la posibilidad de delegar sin autorización legislativa, se han dictado algunas leyes que así lo autorizan expresamente, pero sólo para el caso concreto y con ciertas limitaciones;

b) ante la insuficiencia comprobada o presumible de estas delegaciones se opta por hacer legislativamente *desconcentraciones* de competencia, por ejemplo en materia impositiva, aduanera, etc. Pero esta desconcentración dispuesta imperativamente por la leyes igualmente insuficiente para considerar y satisfacer las cambiantes necesidades administrativas; su rigidez conlleva su inoperancia para actuar de consuno con el resto del conjunto operativo estatal;

c) ante la obvia insuficiencia de ambos sistemas, se encara entonces el remedio excepcional: La *descentralización* plena. Es así como se han creado los innumerables entes autárquicos y empresas del Estado que conocemos: Entes dotados de personalidad jurídica propia, con patrimonio propio y libertad para actuar.

Pero este remedio heroico ha probado ser excesivo: Las entidades descentralizadas tienen a veces una demasiado fuerte tendencia a actuar con criterio “individualista” o “egoísta,” mirando sólo su propia actividad concreta, sólo sus propias conveniencias como institución aislada, sin tratar de armonizar su actividad y su desenvolvimiento con los fines de conjunto del Estado; y así se da el caso de que empresas o entidades estatales que recaudan algún impuesto o por la índole de su actividad manejan fondos importantes, gastan tales fondos con una liberalidad que resulta discordante con las necesidades y estrecheces que a su vez pasan otras empresas o entidades menos favorecidas, o la propia administración central.

También se da el caso de que tales empresas o entidades están a veces en una auténtica pugna con la administración central, negándose a coordinar sus actividades y planes con los generales de la administración. Por lo demás la des-

centralización adolece del mismo defecto de la des concentración: Es demasiado rígida, demasiado estática, para poder satisfacer plenamente y por sí sola la evolución y el pleno desarrollo nacional.

Volviendo a la conveniencia o inconveniencia de la delegación, conviene referirse a expresiones incidentales que a veces se vierten en algún libro de derecho acerca de que la delegación de facultades, por ejemplo por parte del Poder Ejecutivo, pueda facilitar la corrupción, la inmoralidad o la destrucción del espíritu republicano de la Constitución. En realidad, *el problema es exactamente el inverso*: La irrazonable centralización de facultades es lo que favorece la corrupción, la inmoralidad y la destrucción del espíritu republicano; la que, además, anula la eficiencia, la agilidad y la diligencia administrativas.

Entiéndase bien, claro está, que la delegación no puede presuponer nunca una delegación de responsabilidad: Lo que se delegan son las facultades y los deberes, pero no la responsabilidad; de donde se desprende que necesariamente el órgano delegante será siempre plenamente responsable por la forma en que el órgano con competencia delegada ejerza esa competencia. Es también obvio que la responsabilidad del delegatario debe ser igualmente efectiva; y que el administrado, finalmente, debe ejercer debidamente los recursos que el orden jurídico le concede contra los actos ilegítimos que cualquiera de ellos realice.

Partiendo de esos supuestos, en entonces necesario señalar la tremenda ficción de pretender que sea el Poder Ejecutivo quien ejerza toda la competencia administrativa. Es absolutamente imposible que una sola persona pueda por sí meditar y resolver todos los problemas que se presentan a la Administración. Si se sabe, y no es posible desconocerlo ni ocultarlo, que el Presidente no puede sino confiarse a sus asesores en infinidad de problemas, no puede entonces decirse que no debe admitirse la delegación de facultades; muy a la inversa, la delegación de facultades ya existe de hecho, por imposición de la necesidad, y no podrá nunca una norma jurídica o una doctrina científica pretender que un hombre haga lo que un hombre no puede hacer.

### 5. *Autonomía y autarquía*

Tradicionalmente se distinguen dos conceptos escalonados: “Autarquía” y “autonomía:”

a) “Autarquía” significaría exclusivamente que un ente determinado tiene capacidad para *administrarse a sí mismo*;

b) La “autonomía” agregaría a la característica anterior la capacidad para *dictarse sus propias normas*, dentro del marco normativo general dado por un ente superior.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Así BIELSA, RAFAEL. *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1955, 5ª ed., p. 181 y ss.; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1965, p. 371; GARCÍA

De tal manera, el Estado sería soberano, las provincias autónomas, y los municipios y demás entes descentralizados autárquicos. Como es conocido, hay quienes discuten si las comunas en vez de autárquicas son autónomas, y si lo mismo ocurre con otras entidades, etc.; pero en realidad tales discusiones carecen a nuestro juicio de base científica, pues esa división no es verdaderamente precisa ni por ende correcta. Advuértase que cuando se dice que la *autonomía* implica la posibilidad de *darse sus propias normas dentro de un marco normativo superior*, tal definición abarca no sólo a las provincias sino también a los entes autárquicos, pues éstos, dentro del marco de sus estatutos, *también se dictan sus propias normas*; dicho de otra manera, la autarquía no puede concebirse como mera capacidad de administrarse a sí mismo, sin poder dictarse norma alguna, sino que comprende siempre, necesariamente, el dictado de normas para reglar el propio funcionamiento. (Dentro, por supuesto, de lo establecido por las leyes y reglamentos que le hayan sido dados por el Estado a través de sus órganos.) Se sigue de ello que no hay una diferencia esencial entre las llamadas “autarquía y “autonomía,” sino que existiría a lo sumo una diferencia de grado, de matices,<sup>4</sup> que torna en consecuencia ociosa toda discusión acerca de la naturaleza “autárquica” o “autónoma” de un ente determinado. Muchos autores suprimen por ello la denominación de “ente autárquico” y hablan directamente de “ente autónomo”<sup>5</sup> o viceversa; en rigor de verdad, pues, habría que entender que autarquía y autonomía significan más o menos lo mismo y pueden usarse indistintamente, como sinónimos. Por nuestra parte, prescindiremos del uso del término “autonomía” y utilizaremos sólo el de “autarquía.”<sup>6</sup>

### 6. *Descentralización y autarquía*

En otro orden de ideas, tampoco debe caerse en el error tradicional de confundir “descentralización” y “autarquía” (o en la otra terminología, “autonomía”) como sinónimos, puesto que está bien demostrado que los denominados “entes autárquicos” (o “autónomos”) no son los únicos entes descentralizados que existen en TREVILJANO FOS, JOSÉ ANTONIO, *Principios jurídicos de la organización administrativa*, Madrid, 1957, p. 232 y ss., etc. En realidad, hay muy variados criterios para intentar una distinción entre “autonomía” y “autarquía,” pero todos ellos son sumamente imprecisos, como se advierte en la crítica que les hace VIRGA, PIETRO, *La regione*, Milán, 1949, p. 3 y ss.

<sup>4</sup> Ya que si bien las provincias, por ejemplo, se dictan más normas propias que los demás entes descentralizados, están, no obstante, igualmente constreñidas por un marco normativo superior, que es el conjunto de la Constitución nacional, los tratados internacionales y las demás leyes nacionales. De tal modo, tanto la “autonomía” provincial como la “autarquía” de las demás entidades *participarían de la característica común de dictarse sus propias normas pero bajo un orden jurídico superior* que delimita el campo en que ellas pueden ser producidas; siendo ello así, la distinción sólo podría basarse en la mayor o menor cantidad de normas que el ente puede dictarse, lo que le quita base científica y también justificación práctica, al menos en nuestro país.

<sup>5</sup> Así SAYAOUÉS LASO, *op. cit.*, p. 252, quien, al igual que gran parte de la doctrina extranjera prefiere usar solamente el término “ente autónomo.”

<sup>6</sup> Esta elección la hacemos no tanto por razones técnicas, pues de acuerdo a lo dicho ellas tal vez no existirían, sino porque se trata del vocablo más usual entre nosotros.

la actualidad. Si el concepto de “ente autárquico” no abarca ya a todos los entes creados por descentralización administrativa (en cuanto hay, por ejemplo, empresas estatales que realizan actividades comerciales o industriales, que no tienen el así llamado fin público que caracterizaría a los “entes autárquicos”), mal puede llamarse autarquía a todo el fenómeno de la descentralización. Si bien es preciso reconocer que el concepto “autarquía” o “autonomía” lingüísticamente es amplio y podría tal vez aplicarse a todo tipo de ente que se administre a sí mismo, debe a su vez tenerse presente el estricto significado técnico que ha recibido la noción de “ente autárquico,” y darles a ambos una adecuada correlación; o se da, pues, un significado amplio al concepto de ente autárquico, haciéndolo entonces la expresión única de la autarquía, o se reduce el concepto de autarquía, restringiéndolo al concepto estricto de ente autárquico. Creemos más útil y preciso lo segundo, y por lo tanto evitaremos llamar “autarquía” al fenómeno de la descentralización. Para no inducir en error, conviene que recordemos que el concepto de “descentralización” que aquí hemos adoptado *no es el amplio*, o sea, aquel que admitiría las especies “descentralización burocrática” y “descentralización autárquica,” caracterizando a la segunda por el otorgamiento de personalidad jurídica al ente.<sup>7</sup> Hemos adoptado como concepto de “descentralización” *sólo al segundo*, eliminando en consecuencia al primero de la categoría de la descentralización, y llamándolo meramente desconcentración.

Aclarado ello, se advierte entonces que la crítica que en este acápite venimos de hacer se centra a su vez sobre el ya reducido concepto de “descentralización autárquica,” el cual entendemos que peca todavía de excesiva amplitud: Ello es así porque existen hoy en día numerosos entes dotados de personalidad jurídica propia, separados de la administración (recordamos nuevamente las empresas estatales), y que *no son designados técnicamente “entes autárquicos”* a pesar de que constituyen indudablemente un tipo de descentralización (y no precisamente “burocrática.”) Es entonces que se presenta la alternativa terminológica mentada: O llamamos “entes autárquicos” a las “empresas del Estado” y entonces sí “descentralización” y “autarquía” serán sinónimos (desde luego, excluyendo siempre la desconcentración), o en cambio mantenemos el rigor de no llamar

<sup>7</sup> Pues en tal caso la distinción entre “descentralización” y “autarquía” sería que la última es una de las especies de descentralización, al lado de la “descentralización burocrática.” En tal sentido, por ejemplo, MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 373. Pero si bien es correcto afirmar que la autarquía es sólo una de las especies de la descentralización —en esa orientación— faltaría todavía, a nuestro juicio, señalar que existen otras especies de descentralización similares a la “autarquía” pero *que no deben recibir esa denominación* (pues son las empresas estatales), y que no constituyen tampoco la “descentralización burocrática.” Y acá está el *quid* de la cuestión: Una vez que se parte de esta terminología, no hay forma de subdistinguir dentro de la “descentralización autárquica” las especies “ente autárquico” y “empresa del Estado” (por ejemplo), sin caer en contradicción. Por ello es que nos parece mejor no adoptar un concepto de descentralización tan amplio que dificulte la sistematización y que imposibilite de hecho una adecuada metodización terminológica de los distintos fenómenos que comprende. Nos apartamos así de BIELSA, VILLEGAS BASAVILBASO, y MARIENHOFF, a quienes seguimos anteriormente en el trabajo *Descentralización y delegación de autoridad*, *op. cit.*

“entes autárquicos” a las “empresas del Estado,” y evitamos también confundir la descentralización con la autarquía. Descentralización es así el género, “autarquía” una de las especies, al lado de las especies “empresa del Estado,” etc.

### 7. Descentralización “territorial” e “institucional”

La doctrina tradicional distingue también la descentralización en “territorial” e “institucional.”<sup>8</sup> En la descentralización territorial —también llamada descentralización “por región”— la organización administrativa tiene por función la gestión de los intereses colectivos de una determinada circunscripción territorial; el ámbito espacial en el cual realiza su función se transforma en un elemento intrínseco de ella. El ejemplo clásico que se ofrece son las comunas o municipios, que ejercen autoridad administrativa en su territorio y no para un determinado servicio público sino para variadas manifestaciones de la actividad administrativa.

En la descentralización “institucional” —también llamada descentralización “técnica”— el ente descentralizado recibe sólo la gestión de un servicio público determinado (de allí su otra denominación de “descentralización por servicios”); puede haber una delimitación territorial para la realización del servicio (y desde luego, existe siempre, de hecho, la delimitación que a su vez tenga el Estado o la provincia que realiza la descentralización), pero ello no es fundamental.

Se plantea así en esta doctrina la distinción en base a que:

1º) En la descentralización territorial el ámbito espacial es siempre elemento integrante y esencial de la personalidad del ente; en la descentralización institucional lo esencial a la personalidad del ente sería el fin del mismo, en lugar del territorio;

2º) La descentralización territorial tiene un substrato político (pues en la comuna son los administrados quienes designan a los administradores, con lo que se logra un sentido democrático y se da al municipio su tradicional contenido de “escuela de civismo”), mientras que la descentralización institucional tendría solamente un carácter *técnico y financiero*;

3º) en la primera hay una “jurisdicción administrativa general,” al par que en la segunda sólo se atribuye la realización de un servicio.

Sin embargo, el considerar que los entes descentralizados puedan ser adecuadamente clasificados en algunos casos en razón del territorio y en otros en razón del servicio, no responde a la realidad. Ciertas formas contemporáneas de descentralización, como las corporaciones o entes de fomento, tienen simultáneamente la conjunción de los dos objetos y caracteres mencionados: La descentralización se

<sup>8</sup> Ver VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, pp. 187 y 298 y ss.; BIELSA, *op. cit.*, p. 254 y ss.; MARIENHOFF, *op. cit.*, pp. 379-80; FRAGA, GABINO, *Derecho administrativo*, México, 1958, 7ª ed., p. 288 y ss., etc. Es doctrina uniforme.

opera al mismo tiempo en razón del territorio y en razón de un servicio determinado; o incluso preponderantemente en razón del territorio, y también con fines amplios de desarrollo y promoción (ejemplos de ambos casos: Comisión Nacional del Río Bermejo, Corporación de Fomento del Valle Inferior de Río Chubut, Instituto de Desarrollo del Valle Inferior de Río Negro; en otros países, la Tennessee Valley Authority —Autoridad del Valle de Tennessee, EUA—, la Autoridad del Valle de Cauca —Colombia—, la Autoridad del Río Papalcapán —México—, etc.), sin tener a pesar de ello el substrato político que caracteriza a las comunas y que se suponía típico de la descentralización territorial.

A su vez, el substrato político tampoco es exclusivo de las comunas o entes similares (regiones, condados, etc.), sino que también se extiende a entes tales como las asociaciones profesionales o gremiales, etc., cuando reciben del Estado una función pública que realizar, pues en estos entes, al igual que en las municipalidades, son los mismos administrados quienes eligen a los administradores, lo cual les otorga ese matiz de política y civismo que se entendía exclusivo de los entes con descentralización “territorial.” Otro tanto ocurre con las Universidades, cuando tienen, como en la Argentina, por ejemplo, el llamado “gobierno tripartito,” a resultas del cual las autoridades universitarias son elegidas por los administrados (estudiantes y egresados) y por los funcionarios técnicos del ente. (Cuerpo docente.)

Como se advierte de lo antedicho, ni el elemento “territorio” ni el elemento “político” son correctos para establecer una distinción entre entes descentralizados “territorialmente” e “institucionalmente.” La única distinción real que puede hacerse es aquella según la cual la comuna tiene “jurisdicción administrativa general,” mientras los demás entes sólo la tienen con referencia al o a los servicios para los cuales han sido específicamente creados. Pero esa distinción, en el caso de las comunas, no surge de su carácter territorial (como se advierte del hecho de que existan otros entes territoriales —los entes de fomento recordados— que no tienen sin embargo jurisdicción administrativa general), sino pura y simplemente de la ley de su creación y si acaso del concepto tradicional de municipio. (Que se caracteriza por reunir los elementos “población,” “territorio” y “poder administrativo general,” a semejanza de los tres elementos del propio Estado.)

En definitiva: El elemento “territorio” no puede fundamentar distinción alguna porque de por sí no tiene consecuencias jurídicas. El régimen jurídico particular aplicable a las comunas deriva de que sean precisamente tales (desprendimiento del Estado, tradición, etc.) y no de que tengan base territorial; el elemento esencial de ellas es *la generalidad de su competencia*, por oposición a los demás entes que sólo la tienen *para un objeto determinado*. De allí surge que la distinción debe hacerse separando a los entes descentralizados con competencia general (comunas y formas similares: Departamentos, condados, etc., según el régimen

político de cada país), y a los entes descentralizados con competencia específica para un servicio o un conjunto de servicios. Y en cuanto al territorio, diremos entonces que se presenta siempre, como elemento esencial, en las comunas; y que puede presentarse y a veces se presenta, también como elemento esencial, en otros entes descentralizados de substrato no político, pero que no es de por sí base para diferenciación alguna.

### 8. Caracteres de los entes estatales descentralizados

Todos los entes estatales descentralizados (entes autárquicos, empresas del Estado o empresas nacionalizadas, etc.) tienen algunas características básicas comunes. Ellas son:

1) *Tienen personalidad jurídica propia*, esto es, pueden actuar por sí mismos, en nombre propio, estando en juicio como actores o demandados, celebrando contratos en su nombre, etc.;

2) *cuentan o han contado con una asignación legal de recursos*, o sea, que tienen por ley la percepción de algún impuesto o tasa, o reciben sus fondos regularmente del presupuesto general, o por fin, los han recibido en el momento de su creación aunque después se manejan exclusivamente con los ingresos obtenidos de su actividad;<sup>9</sup>

3) *su patrimonio es estatal*, o dicho de otra manera, estas entidades son de “propiedad” del Estado, en el sentido de que el Estado central puede eventualmente suprimir el ente y establecer el destino de sus fondos como desee, disponiendo de ellos como si fueran propios. Si bien, pues, el ente aparece formalmente como el “propietario” de sus propios bienes, en rigor de verdad, por la razón preindicada, resulta serlo el Estado general.<sup>10</sup> Esta es, al mismo tiempo, la nota distintiva entre las entidades estatales y no estatales; en las últimas, como es obvio, el Estado no puede disponer de los fondos como le plazca en caso de disolución, sino que ellos deben reintegrarse a sus respectivos propietarios;<sup>11</sup>

4) *tienen capacidad de administrarse a sí mismos*: Es una consecuencia lógica de las características anteriores, y constituye uno de los datos administrativos

<sup>9</sup>No creemos que corresponda decir que además de tener personalidad jurídica propia, los entes descentralizados deban tener “patrimonio” (como lo sostienen algunos autores: VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, p. 183; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 375), pues de acuerdo a los conceptos usualmente aceptados el tener personalidad jurídica (o sea, el ser sujeto de derecho) *supone necesariamente contar con un patrimonio*, ya que patrimonio no es sino un conjunto de derechos y deberes, que sigue siendo tal incluso aunque su titular tenga un pasivo. Por ello, al afirmar que el ente debe tener personalidad jurídica, *ya está incluido el que también tendrá un patrimonio*, en sentido jurídico.

<sup>10</sup>En sentido similar Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*, 252: 380; MARIENHOFF, *op. cit.*, pp. 443-4.

<sup>11</sup>Sobre si esto es o no el criterio que debe utilizarse para distinguir las entidades estatales de las no estatales no hay acuerdo en doctrina. Lo que aquí exponemos, y sobre lo que volveremos más adelante, no concuerda con la doctrina dominante.

típicos de la descentralización; es la asignación de competencia específica para resolver todos los problemas que plantee la actuación del ente, sin tener que recurrir a la administración central más que en los casos expresamente previstos por sus estatutos;<sup>12</sup>

5) *son creados por el Estado*, aunque se discute si el medio idóneo para la creación de los mismos es una ley formal o un Decreto del Poder Ejecutivo.<sup>13</sup> De acuerdo a la ley de contabilidad, la regla es que deben ser creados por ley,<sup>14</sup> excepto las empresas del Estado que pueden ser creadas por Decreto;<sup>15</sup>

6) *están sometidos al control de la administración central*: Esto supone al mismo tiempo que no puede admitirse la total independencia del ente (ya que su actividad debe necesariamente coordinarse con el resto de la actividad estatal), ni tampoco un control demasiado rígido, que frustre en la práctica la finalidad perseguida al crearlo. El ámbito y la extensión del control es sumamente variable según el país y el tipo de ente descentralizado de que se trate,” pero pueden señalarse algunos trazos usualmente comunes:

a) Control del presupuesto (autorización o aprobación);

b) control de la inversión, á través de los organismos específicos (Tribunal de Cuentas, Contaduría, etc.);

c) designación del personal directivo del ente (o sea, su presidente y directorio; el resto del personal lo nombra este presidente, el directorio o el gerente general, etc.);

d) control de los actos, cuando los terceros afectados por ellos interponen los recursos que autoriza el ordenamiento jurídico, y eventualmente revocación o reforma de los mismos;

e) excepcionalmente, en casos graves, se admite la facultad de intervención;

<sup>12</sup> En rigor de verdad, esta característica podría considerarse comprendida en la primera, pues no se concebiría el otorgamiento de personalidad jurídica a una entidad sin que ello significara también una cierta capacidad de autoadministración; lo incluimos acá sólo con la finalidad de destacarlo más, pues al fin de cuentas es esta capacidad de administrarse a si misma la característica y la finalidad primordial de la descentralización.

<sup>13</sup> En la segunda opinión se destaca MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 383 y ss.; ha seguido su criterio BIRDART CAMPOS, GERMÁN JOSÉ, *Derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires, 1964, p. 760; en la primera opinión puede recordarse a BIELSA, *op. cit.*, pp. 248-9; VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, p. 185., aunque en su prólogo a la obra de MARIENHOFF adhiere a su opinión; LUQUI, JUAN CARLOS, “División de poderes y delegación de facultades en el sistema de la Constitución argentina,” *LL*, 107: 1045, nota 8; es también el criterio que expusimos en nuestro trabajo *El acto administrativo*, *op. cit.*, p. 111.

<sup>14</sup> El art. 136, segunda parte, de la ley de contabilidad (decreto-ley 23.354/56); dispone: “El Poder Ejecutivo no podrá disponer la descentralización de servicios de la administración nacional.”

<sup>15</sup> En efecto, la ley 13.653, modificada por la 14.380 y la 15.023, dispone: “El Poder Ejecutivo queda facultado para constituir empresas del Estado con los servicios actualmente a su cargo y que, por su naturaleza están comprendidos dentro de la presente ley.”

7) en sus relaciones con la administración central y otros entes estatales, se rigen invariablemente por el derecho público; en sus relaciones con los particulares pueden regirse a veces parcialmente por el derecho privado, particularmente en el caso de realizar ciertas actividades comerciales o industriales.

8) No creemos que pueda agregarse como característica esencial de las entidades estatales descentralizadas el que éstas persigan *un fin público*, entendiéndole por oposición a “actividad comercial o industrial,” pues si bien es cierto que tal característica responde a las ideas tradicionales acerca de lo que debe ser el Estado y sus fines, no debe olvidarse que tal opinión no parece ya responder a la realidad de un Estado moderno que no se limita a realizar sus clásicas actividades sino que también ha invadido, para bien o para mal, muchas tareas que parecían reservadas a los particulares. La realidad es que hoy el Estado realiza también ciertas actividades comerciales o industriales, y no por eso habremos de decir que no es el Estado el que lo hace: Podremos a lo sumo decir que no es el Estado que clásicamente conocíamos, pero nada más.

En consecuencia, no podemos caracterizar en forma genérica a los entes estatales descentralizados como portadores única y exclusivamente de fines administrativos, sino que debemos admitir la posibilidad de que de hecho efectúen actividades comerciales o industriales. (Sin que esto importe decir, repetimos, que eso esté bien: Se trata simplemente de un hecho fácilmente constatable y lo suficientemente generalizado como para deber ser tenido en cuenta.) Por todo ello, no debemos agregar ninguna característica específica en cuanto al fin que persiguen las entidades estatales descentralizadas, pues éstos pueden ser variados.<sup>16</sup>

### 9. Entes estatales y entes públicos: a) Entes públicos no estatales

Si bien es frecuente en el lenguaje común (incluso en muchos autores contemporáneos) hablar indistintamente de “entes públicos” y “entes estatales” como sinónimos, tales conceptos no son intercambiables entre sí. El mérito de haber señalado la diferencia pertenece a SAYAGUÉS LASO, quien expresa: “La doctrina clásica sostenía que las personas públicas eran del Estado, creadas por el Estado y para el Estado. Esto llevaba a una perfecta coincidencia de los conceptos de persona pública y entidad estatal. En otras palabras: Toda entidad estatal era pública y toda persona pública era necesariamente estatal. Como corolario, si una entidad no era estatal, forzosamente se regulaba por el derecho privado, no

<sup>16</sup> Comparar BIELSA, *op. cit.*, p. 237; VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, p. 183; MARIENROFF, *op. cit.*, p. 376, quienes incluyen el elemento “fin público” como característico de la autarquía. En general, estimamos nosotros que el elemento “fin público” o similares, en una noción jurídica, no hace sino otorgarle imprecisión e introducir dudas acerca de su exacto alcance, por lo que también lo hemos suprimido en otros conceptos, tales como el de “servicio público” y “contrato de obra pública.” Sobre esto ver respectivamente, GORDILLO, AGUSTÍN, *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1963, p. 39 y ss.: “Obra pública y contrato de obra pública,” en la revista *Rassegna del Lavori Pubblici*, Roma, 1960, n° 5, párr. II.

podía ser pública. En definitiva: Público y estatal venía a ser la misma cosa.” “El concepto tradicional pudo ser exacto durante el siglo pasado, cuando existían solamente las entidades estatales territoriales. No lo es ahora porque, como ya hemos dicho, existen entidades no estatales reguladas indudablemente por el derecho público...,”<sup>17</sup> “...personas colectivas que indudablemente *no son estatales*, que no pertenecen a la colectividad ni integran la administración pública, sea porque el legislador las creó con ese carácter, sea porque su propia naturaleza resulta incompatible con la calidad estatal. No obstante dichas instituciones en todo o en parte se regulan por normas de derecho público. El ejemplo más típico de esa clase de instituciones lo constituyen los Colegios de Abogados y otras órdenes profesionales, cuando han sido creados y organizados por Ley.”<sup>18</sup>

#### 10. b) *No hay entes estatales privados*

Tenemos así entonces que las personas o entes públicos (esto es, regidos total o parcialmente por el derecho público) pueden o no ser estatales. (Y en esto nos apartamos, pues, de la doctrina tradicional, siguiendo a SAYAGUÉS LASO.) Sin embargo, creemos que no puede darse la hipótesis inversa: O sea, no puede admitirse que las personas estatales puedan ser indistintamente personas de derecho público o de derecho privado. Se opone a ello la doctrina moderna en materia de personalidad y doble personalidad del Estado, la cual señala que “el Estado es siempre persona pública y ente de derecho público, aún cuando penetre en la esfera de las relaciones en que se mueven los entes o las personas privadas. La administración es siempre persona de derecho público, que realiza operaciones públicas, con fines públicos y dentro de los principios y de las formas del derecho público, aunque revista sus actos con formas que son comunes al derecho privado y use de los medios que éste autoriza y para objetos análogos.”<sup>19</sup>

Esta doctrina de la personalidad única del Estado, admitida hoy sin discusión en el derecho público moderno con referencia al Estado central, es a nuestro juicio enteramente aplicable a todas sus entidades descentralizadas: Éstas, por el solo hecho de formar parte del Estado, adquieren un indudable carácter público, a pesar de que puedan estar en alguna medida regidas por el derecho privado: Ello es así porque todo lo que hace a la creación y supresión, competencia, formación de la voluntad, etc., estará casi siempre regido por el derecho público, y sólo que-

<sup>17</sup> SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo, op. cit.*, p. 175.

<sup>18</sup> *Op. cit.*, p. 174.

<sup>19</sup> PENA, VARELA, y otros, en el informe de la Comisión que proyectó un Código Contencioso administrativo para el Uruguay, citado en SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 161, nota. La doctrina tradicional hablaba de una “doble personalidad del Estado” (BIELSA, *op. cit.*, p. 231 y ss.), pero la mayoría de la doctrina moderna niega esa supuesta doble personalidad del Estado y se pronuncia por la personalidad única: VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, pp. 161-3; DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1963, p. 69; BULLRICH, RODOLFO, *Principios generales del derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1942, p. 127; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 362 y sus referencias; GORDILLO, AGUSTÍN A., *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, 1966, cap. II, p. 22 y ss.

dará para el derecho privado lo referente al contenido de sus actos o contratos.<sup>20</sup> Concluimos entonces en que todas las entidades estatales son siempre públicas, aunque puedan en ciertos casos según veremos, estar parcialmente regidas por el derecho privado. En este sentido se ha pronunciado la Procuración del Tesoro de la Nación, refiriéndose a entidades autárquicas y empresas del Estado: "... no debe interpretarse... al actuar en la esfera del derecho privado las entidades autárquicas pierdan, por ello, su personalidad jurídica de derecho público, que es la única sin desdoblamiento que poseen y que no les impide en absoluto adquirir derechos y contraer obligaciones que estarán regidos, según corresponda, por el derecho público o por el derecho privado."<sup>21</sup> Creemos por ello equivocado, en principio, el criterio de quienes admiten la posible existencia de entes estatales privados.<sup>22</sup>

### 11. Criterio para determinar si un ente es público o privado

Según lo vimos, toda vez que establezcamos que un determinado ente es estatal, la solución es fácil: Necesariamente es también un ente público; sin embargo, el problema se plantea en el caso inverso: ¿Cómo se determina si un ente no estatal es público o privado?

Al respecto son aplicables los mismos criterios usados por la doctrina corriente (incluso aquella que no distingue propiamente entre entidad estatal y entidad pública), con la aclaración de que ninguno de ellos es absolutamente decisivo de por sí, sino que constituyen rasgos que, tomados en conjunto, darán una pauta aproximada acerca del posible carácter público o privado de la entidad.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> En lo referente a cómo se plantea esta cuestión en materia de actos de entes estatales, ver GORDILLO, AGUSTÍN A., *El acto administrativo*, op. cit., pp. 64-65.

<sup>21</sup> *Dictámenes*, 90: 169 y ss. En igual sentido, 84: 133: "La expresión «como persona de derecho privado...» no es aceptable, pues ello implica que la entidad en cuestión también podría actuar «como persona de derecho público.» lo que, en definitiva, equivaldría a aceptar la doble personalidad del Estado: Como persona de derecho público y como persona de derecho privado. Esta posición, si bien antaño —por razones más bien utilitarias— fue auspiciada por un sector de tratadistas, hoy está abandonada por la doctrina predominante, la cual sólo le reconoce al Estado —y entidades autárquicas— una personalidad *única* que bien puede desenvolverse en el campo del derecho público o en el campo del derecho privado, según las circunstancias."

<sup>22</sup> Nos apartamos así de SAYAGUÉS LASO, *Distinción entre personas públicas y privadas*, op. cit., p. 17 y ss.; comparar MARIENHOFF, op. cit., p. 433, quien refiriéndose a las empresas del Estado les reconoce carácter de públicas, pero no de estatales, al par que SAYAGUÉS LASO les reconocería aparentemente el carácter de estatales, pero no el de públicas; a nuestro juicio son estatales y públicas al mismo tiempo, siguiendo en esto a la Procuración del Tesoro; reiteramos que si bien puede darse el caso de personas públicas no estatales, no nos parece posible que pueda fácilmente darse la existencia de personas estatales privadas, pura y simplemente.

<sup>23</sup> SAYAGUÉS LASO, artículo citado; SILVA CIMMA, ENRIQUE, *Derecho administrativo chileno y comparado*, t. II, Santiago, 1961, p. 150 y ss.; RIVERO, JEAN, *Droit Administratif*, París, 1960, p. 406. Como señala este último autor: "Ningún criterio ha parecido, por sí solo, absolutamente determinante... Pero la convergencia, en el estatuto de un establecimiento, de varios de estos elementos —de los cuales ninguno, aislado, es un criterio certero— permite determinar su pertenencia a la categoría

1º) Cuando el ente es creado especialmente por una ley, es casi seguro que se trata de ente público; sólo muy excepcionalmente pueden encontrarse en el derecho comparado casos aislados en que un ente creado por una ley constituye a pesar de ello una entidad privada; dado que se trata de excepciones, pues, podemos formular la regla de que todo ente creado por ley debe ser considerado de naturaleza pública;

2º) un elemento de juicio importante, aunque no decisivo, es también el fin que persigue la entidad, según se trate de un fin de utilidad general o no;

3º) También es muy importante, y frecuentemente decisivo, el que la entidad tenga potestades públicas no usuales dentro de las personas privadas; si bien la ausencia de potestades públicas no puede ser suficiente para decir que una entidad determinada es privada, la presencia de tales potestades (p. ej., de imponer tributos, tasas, etc., a los administrados; de expropiar, de asociar compulsivamente a los miembros de la profesión de que se trate y ejercer poder disciplinario sobre ellos; la existencia de recursos contenciosoadministrativos, lo que presupone que la entidad dicta actos en cierta manera públicos, etc.) es un índice casi seguro de que la entidad es pública.

4º) Otro dato a tenerse en cuenta, aunque de por sí no sea determinante totalmente del carácter de la entidad, es el grado de control del Estado sobre ella. Cuando el control es muy intenso (particularmente, si es el Estado central quien designa a los funcionarios directivos de la entidad; en menor grado, si tiene facultades de autorización o aprobación para determinados actos fundamentales a la entidad; en menor grado aún, si tiene facultades de intervención, veto, revisión en recurso jerárquico de sus actos, control contable, etc.) puede afirmarse por lo general que se trata de una entidad pública. En realidad, esto último es poco menos que perogrullo, por cuanto tal control es de naturaleza indiscutiblemente pública, y por lo tanto, si hay mucho control, entonces hay iguales partes de la actividad del ente que están sometidas al derecho público, con lo que se llega necesariamente a la conclusión de que la entidad ha de ser indudablemente pública por dicha intromisión del derecho público.<sup>24</sup>

## 12. Criterio para determinar si un ente es estatal o no

Algunos autores aplican esos mismos criterios para determinar si un ente es estatal o no; otros, si bien no los aplican estrictamente, los toman en cuenta como dato general. Por nuestra parte, creemos que tales criterios son *totalmente inaplicables*, y que la distinción sólo puede basarse racionalmente en un único de establecimientos públicos o a la de establecimientos de utilidad pública. Es este método fundado sobre el *examen global del estatuto*, el que utiliza la jurisprudencia." (*Op. loc. cit.*)

<sup>24</sup> Para estos y otros criterios, ver SAYAGUÉS LASO, artículo citado, p. 24; SILVA CIMMA, *op. loc. cit.*; RIVERO, *op. loc. cit.*; CONNOIS, RENÉ, *La notion d'établissement public en droit administratif français*, París, 1959, p. 34 y ss.; DRAGO, ROLAND, *Les crises de la notion d'établissement public*, París, 1950.

y exclusivo carácter: Si el capital de la entidad pertenece sólo parcialmente al Estado, y en otras partes a personas privadas entonces no puede darse al ente el carácter de estatal: Será pues una sociedad de economía mixta, o una sociedad anónima de capitales mixtos, etc.

Como excepción, creemos que puede admitirse que si una entidad pertenece en su casi totalidad al Estado, pero hay un pequeño aporte de capital privado de tan poca magnitud como para poder ser considerado meramente formal (supongamos, menos de un diez o un cinco por ciento), deba considerársela a pesar de todo, estatal; ello, por el aludido carácter formal más que intrínseco de la participación no estatal. Fuera de tales casos de excepción, si el capital no es íntegramente estatal, tampoco puede ser tal la entidad; y viceversa, si el capital es totalmente estatal, también lo será la entidad, cualquiera sea la forma jurídica que haya adoptado.

### 13. *La prevalencia del derecho público sobre el privado*

De lo antedicho se desprende, en conjunto, una neta prevalencia del derecho público sobre el derecho privado: Mientras que un ente *estatal* sigue siendo *público* a pesar de estar parcialmente regido por el derecho privado, un ente no *estatal*, que en principio pudiera ser considerado *privado*, debe ser considerado un ente *público* cuando está regido por el derecho público en una medida importante. Hay en esto, tal vez, una cierta inconsecuencia, ya que también pudiera haberse dicho, en un plano estrictamente lógico, que el ente no estatal debiera seguir siendo privado a pesar de que se le aplicara parcialmente el derecho público; pero esa aparente inconsecuencia, que no es tal, es producto de la creciente invasión del derecho público sobre el privado, que ha determinado su prevalencia en casos de conflicto.

### 14. *La descentralización para el desarrollo*

Cuando en un plan de desarrollo se contempla, sea en programas específicos o incluso en proyectos particulares, la necesidad de descentralizar la actividad administrativa, es muy importante tener una clara visión del panorama de las distintas clases de entidades descentralizadas que pueden darse, y de sus regímenes y características propias, para no cometer el error de elegir un tipo de descentralización que resulte manifiestamente inadecuado para la finalidad perseguida dentro del plan.

En efecto, existen muchas diferencias estructurales y dinámicas entre que cierto aspecto del plan esté confiado a un ente autárquico, a una empresa del Estado, a una sociedad de economía mixta, o una corporación pública no estatal, etc. Elegir una forma de descentralización incompatible por su naturaleza con la actividad que ese le confiará, es obviamente anular de antemano toda posible ventaja que la descentralización hubiera podido reportar.

Para ello, no es suficiente con conocer los tipos jurídicos que las diversas formas de descentralización pueden asumir, sino que es también necesario evaluar cada uno de esos tipos jurídicos frente a los variados tipos de programa económico o social que se desee en cargarles.

### 15. *Complementos imprescindibles de la descentralización*

Pero no sólo es necesario conocer el tipo de descentralización que resulta adecuado; es necesario también tener presente que el acto de descentralización no es por sí solo la solución automática de las finalidades que con ella se persiguen (descongestionar los órganos superiores del Estado; acercar la actividad en cuestión a la comunidad; crear un organismo más especializado y tecnificado en la materia de que se trata, etc.) sino que es ineludible complementarlo con ciertas medidas que, de no tomarse, lo frustrarán:

a) En primer lugar, es necesario crear un organismo flexible, no rígido, y para ello es necesario autorizar expresamente la posibilidad de que todos los órganos puedan *delegar* sus atribuciones en los funcionarios dependientes, bajo la responsabilidad de ambos;<sup>25</sup>

b) para darle igualmente flexibilidad operativa, es necesario darle modernas normas de procedimiento administrativo, pues de lo contrario el ente tropezará sobre sí mismo, atado por un formulismo procedimental que lo llevará a la esterilidad;<sup>26</sup>

c) para que el ente esté en fácil y continuado contacto con la comunidad, se requiere asimismo que las normas de procedimiento administrativo sirvan efectivamente para encauzar sus pretensiones, reclamos y sugerencias, y sean lo suficientemente informales y prudentes como para no frustrar en la práctica el contacto de los miembros de la colectividad, individualmente considerados, con el organismo;<sup>27</sup>

d) para acercar el ente a la comunidad no basta con crearlo como organismo descentralizado, sino que hay que hacer efectiva la participación de la comunidad en el mismo, a través de representantes de ella que participen en la dirección y administración del ente o por lo menos sean regularmente oídos a través de representaciones permanentes;

e) para que la descentralización realmente descongestione a los organismos centrales, es necesario que no se trabe su actividad exigiéndoles *autorizaciones*

<sup>25</sup> Ampliar, para más detalles, nuestro citado artículo: "Descentralización y delegación de autoridad."

<sup>26</sup> Ver nuestro *Proyecto de Código Administrativo*, Mar del Plata, 1964, libro II, y también nuestro libro *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, 1964, p. 31 y ss.

<sup>27</sup> Ver también las normas de procedimiento en nuestro *Proyecto de Código Administrativo*, libro II.

o *aprobaciones*<sup>28</sup> de los organismos centrales para demasiadas cuestiones de su actividad regular;

f) la descentralización debe hacerse no sólo verticalmente, sino también horizontalmente, facultando a los organismos locales, en las distintas regiones en que estén llamados a actuar, a decidir por sí mismos dentro de límites amplios. De nada sirve crear un ente descentralizado si éste tendrá su cabeza, por ej., en la Capital Federal, y actuará no obstante en regiones distantes del país: En este caso la descentralización es únicamente vertical y no es en modo alguno suficiente para lograr la finalidad requerida;

g) la descentralización requiere un alto grado de *coordinación* y planeamiento general de la actividad estatal, a fin de evitar las superposiciones de tareas o trabajos que son tan frecuentes entre los organismos descentralizados, y los conflictos de jurisdicciones a que dan lugar;

h) la descentralización funcional no supone necesariamente la creación de un ente nuevo, y debe siempre estudiarse la posibilidad de centralizar la función considerada, no en un organismo nuevo, sino en alguno de los ya existentes, sea al nivel nacional, provincial o comunal; pues puede ocurrir que la creación del organismo constituya un dispendio de actividad administrativa si esa misma función hubiera podido ser cumplida satisfactoriamente por otro ente descentralizado;

i) la descentralización no siempre es conveniente, como por ejemplo si se trata de servicios técnicos en un conglomerado urbano que excede del ámbito de una comuna (p. ej.: el Gran Buenos Aires), en cuyo caso no tendría sentido que el servicio telefónico, eléctrico, etc., estuviera descentralizado en forma independiente para su prestación en una y otra municipalidad, con la consiguiente duplicación de servicios administrativos, etc. Por ello la descentralización no debe ser llevada a cualquier extremo, sino que debe evaluarse cuál tipo de descentralización en razón del territorio conviene (si comunal, regional, etc.); en ciertos casos se requerirá tal vez crear entes regionales, distritos urbanos, etc., para algunos tipos de descentralización;

j) la descentralización debe efectuarse teniendo presente que no únicamente en entidades *estatales* puede descongestionarse la actividad administrativa: Puede ser conveniente descentralizar en una corporación pública (Colegios profesionales; cámaras gremiales o comerciales; sindicatos; cooperativas; etc.), a la que se otorgarán determinadas funciones y atribuciones, sin desembolsos del erario público pero con adecuado control; o puede lograrse la finalidad combinando esfuerzos de distintas entidades;

<sup>28</sup>Sobre el régimen de las autorizaciones y aprobaciones ver nuestro libro *El acto administrativo*, *op. cit.*, p. 123; comparar MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 604 y ss.; DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1961, p. 135 y ss.

k) la descentralización puede ser prematura o excesiva, o en suma inoportuna. “Un ejemplo de excesiva descentralización común y fácil de descubrir es el traspaso de funciones a las autoridades locales que carecen de personal técnico y de los fondos necesarios para llevarlas a cabo. Por consiguiente, la forma y el grado de descentralización debe adaptarse a las circunstancias, incluyendo, en lo que al traspaso de facultades concierne, la voluntad de la población para aceptar y desempeñar responsabilidades.”<sup>29</sup>

### 16. *Conveniencia y peligro de la descentralización*

De lo expuesto se desprende que si bien la descentralización es un elemento primordial y casi infaltable en toda administración moderna, no es tampoco un recurso de fácil uso ni de infalibles resultados. Si no se elige bien el tipo de descentralización con todas las medidas colaterales que requiere, si no se elige el tiempo o el grado oportuno de descentralización, etc., se corre el riesgo no sólo de frustrar la finalidad perseguida, sino incluso de agravar la situación, al arrojar al medio ambiente un ente burocrático, inerte, inepto, que llena *nominalmente* una función pero no la cumple o la cumple mal, desprestigiando con la experiencia concreta la bondad del proyecto que lo creó. Y todavía más, una vez creado y organizado el ente, será ya difícil corregirlo integralmente para transformado en lo que inicialmente debió ser. La experiencia demuestra que una vez que el personal técnico y administrativo se forma determinada idea de cuáles son las finalidades o las tareas o el modo de realizar las tareas del ente, es muy difícil efectuar cambios demasiado sustanciales sin cambiar al mismo tiempo todo el personal. A su vez, cambiar todo el personal, o cambiar todas las actitudes del personal anterior, no suele poder hacerse sin crear grandes fricciones. La magnitud de estas fricciones y de estas dificultades es más trascendente cuando se trata de un ente descentralizado, porque su personal puede haberse formado a través del tiempo un fuerte sentido gremial o supuestamente institucional, que oponga una resistencia tenaz al cambio. (Ejemplo: Los ferrocarriles argentinos, cuyos gremios han resistido hasta ahora eficazmente todo intento de racionalizar el trabajo dentro de la empresa; o, recientemente, el gremio de Y.P.F., que ha realizado paros oponiéndose a la realización de contratos de explotación por parte de la empresa.)

Si bien es cierto que estos problemas tal vez no lleguen a tener una magnitud sustancial en países desarrollados, en que existe mayor disciplina colectiva, no debe dejar de recordarse que cuando se plantea la misma cuestión en un país que no ha alcanzado aún su pleno desarrollo, y que carece entonces de una disciplina y orden firmes en el plano gremial, político, administrativo, etc., un ente descentralizado mal dirigido puede des controlarse en un grado imprevisible y de muy

<sup>29</sup> NACIONES UNIDAS, *Desceniralización para el desarrollo nacional y local*, Nueva York, 1963, n° 27.

difícil corrección, adoptando supuestas posturas en defensa de la “soberanía,” “el patrimonio nacional,” “la riqueza del país,” etc.

Todo esto no lleva a la conclusión de que no deba descentralizarse, porque es obvio que la maquinaria central no sirve para determinados aspectos de la actividad del Estado, pero sí lleva principalmente a la conclusión de que la descentralización no puede ser utilizada irresponsablemente, sin estudios adecuados, sin darle una estructura adecuada, y sin considerar concienzudamente sus implicancias, su coordinación, su acción; no puede descentralizarse así como así, por el solo hecho de que la misma actividad no ha funcionado bien en la administración central o en la actividad privada: Debe estudiarse el problema de modo tal que la descentralización no resulte aún peor que lo anterior, pues, lo repetimos, la descentralización no es una fórmula mágica que por sí sola solucione todos los problemas tradicionales de la administración.

### 17. *Distintos tipos de descentralización*

Hechas las aclaraciones precedentes —a modo de advertencia general que no agota el tema— podemos entrar ahora a efectuar una enumeración general de los distintos tipos de descentralización existentes o posibles.

Es de advertir, con todo, que no todas las formas de descentralización aquí mencionadas se presentan en todos los países, ni se presentan siempre con los mismos caracteres o denominaciones; hay, pues, un margen de variación que hace necesaria una adecuación concreta a las legislaciones pertinentes. No obstante, en líneas generales el panorama es el siguiente:

#### I) *Entidades públicas estatales*

##### A) *Administrativas:*

1) *Entidades estatales administrativas con jurisdicción general:* Son los llamados entes autárquicos territoriales, o sea, las comunas o municipios, las regiones, distritos urbanos, condados, etc., según el sistema.

2) *Entidades estatales administrativas con competencia especial:* Son los llamados entes autárquicos o autónomos “institucionales,” que prestan *un* servicio o conjunto de servicios determinados, careciendo de la competencia genérica que caracteriza a las municipalidades, y son de naturaleza administrativa, a la inversa de las empresas de carácter comercial o industrial.

##### B) *Comerciales o industriales:*

3) *Sociedades de Estado:* Se trata de sociedades constituidas bajo las reformas del derecho privado (usualmente, sociedades anónimas), cuyas acciones están total-

mente en poder del Estado, y que están en su mayor parte sometidas al derecho privado; en nuestro concepto, y según lo señalamos, no son por ello “privadas,” desde el punto de vista conceptual, sino “públicas,” como regla general.

4) *Empresas del Estado*: Entes estatales que realizan una actividad comercial o industrial bajo un régimen mixto de derecho público y privado, en el que el primero tiene una parte importante.

## II) *Entidades públicas no estatales*

### A) *Con participación estatal*:

5) *Sociedad de economía mixta que presta un servicio público*. En las sociedades de economía mixta hay una participación de capital privado y capital estatal (o aportes estatales de otro tipo: Exenciones impositivas, privilegios, etc.), pudiendo perseguir fines públicos típicos (servicios públicos administrativos) o fines de promoción económica, actividades industriales o comerciales, etc. En el primer caso la sociedad de economía mixta será una *entidad pública no estatal*; en el segundo, una entidad privada y como tal la volveremos a ver más adelante en esta enumeración. La sociedad de economía mixta se diferencia en nuestra opinión de otras sociedades en las que también puede encontrarse la coparticipación de capitales estatales y privados, en que mientras que en las últimas la participación estatal es *accidental*, en la primera es *estatutaria y permanente*: Generalmente es la misma ley de creación la que establece el modo y/o el porcentaje de la participación estatal.

6) *Asociaciones dirigidas*. A veces el legislador crea una entidad destinada a prestar determinados servicios sociales o asistenciales dentro del gremio de personal de un servicio estatal, y establece una participación estatal en el control y dirección del ente, como asimismo determinadas ventajas o privilegios. Estos entes, que no son estatales pero sí públicos, no pueden asimilarse a las sociedades de economía mixta, *porque la participación del Estado no lo es a los fines de actuar conjuntamente en la prestación de determinada actividad o servicio, sino más bien del control*, y para asegurar su continuidad y permanencia a pesar de los cambios que pueda sufrir la entidad gremial a la cual sirve. Se diferencian también de las “corporaciones públicas” que a continuación mencionaremos, en que los asociados tienen poca o ninguna intervención en la dirección del ente, y están en mera posición de beneficiarios, bajo un ente paternalista cuyos directivos son usualmente designados por el propio Estado.<sup>30</sup> Se diferencian a su vez de las *entidades autárquicas* (con las que invariablemente se las confunde en la legisla-

<sup>30</sup> Comparar FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 622 y ss., quien las incluye dentro del concepto de corporaciones públicas. Sin embargo, nos parece que la falta de autodeterminación por parte de los “asociados” es un dato sumamente fundamental para la caracterización de la entidad, particularmente si se tiene en cuenta las fundadas dudas que ya existen acerca de la constitucionalidad de unas y otras, en base a la restricción que se ocasiona a la libertad de asociación.

ción y en la práctica, por ejemplo en el caso de las Cajas Nacionales de Previsión, que no pocos consideran “entes autárquicos”) en que las entidades autárquicas son totalmente *estatales*, al par que estas asociaciones dirigidas son *no estatales*, ya que *sus fondos pertenecen a los asociados y no al Estado*. (Esto último lo ha declarado expresamente la jurisprudencia, con referencia a las citadas Cajas de Previsión: Corte Suprema, *Reyes*, 1959, *Fallos*, 244: 548.)

B) *Sin participación estatal*:

7) *Corporaciones públicas*. Son corporaciones públicas, en general, asociaciones (organizadas en base a la cualidad de miembro o socio de sus integrantes) que han sido compulsivamente creadas por el Estado para cumplir determinados objetivos públicos, y sometidas a régimen de derecho público, particularmente en lo que se refiere al control del Estado y a las atribuciones de la corporación sobre sus, asociados. Hay distintos tipos de corporaciones públicas:

a) *Colegios profesionales*: Colegios de Abogados, Colegios Médicos, etc., que tienen control de la matrícula, poder disciplinario sobre sus miembros, y asociación compulsiva determinada por la ley; usualmente, con todo, en América latina existen como meras entidades privadas, sin poderes públicos y bajo un régimen de libertad de asociación;

b) *sindicatos, cooperativas, cámaras comerciales o industriales, etc.*, cuando tienen un régimen de derecho público. Es necesario destacar que, al igual que en lo que se refiere a las órdenes o colegios profesionales, estas entidades pueden existir tanto como asociaciones puramente privadas (caso en el cual no corresponderá incluirlas dentro de las corporaciones públicas), con agremiación libre y en general atribuciones comunes de derecho privado, o estar creadas compulsivamente por el Estado, con afiliación obligatoria y ciertas facultades de poder público: Será en este último caso y de acuerdo pues a los criterios diferenciales enunciados al referirnos a la distinción entre personas públicas y privadas, que corresponderá considerarlas “corporaciones públicas.”

8) *Fundaciones e instituciones públicas no estatales*. Son entes similares a los anteriores en cuanto a su carácter público pero no estatal, más difieren de ellos en que carecen de ese poder corporativo. (Gremial, asociacional.) Se incluirían aquí la Iglesia, ciertas fundaciones de derecho público (por ej., Fundación Miguel Lillo, tal vez la Fundación Di Tella), etc.

### III) *Entidades privadas*

#### A) *Con participación estatal:*

9) *Participación estatutaria: Sociedades de economía mixta que no prestan un servicio público.* De acuerdo a lo ya explicado, estas sociedades, cuando no prestan un servicio público sino una actividad comercial o industrial, son personas privadas; las diferenciamos a su vez de otras formas de coparticipación estatal y privada, en que aquí la participación estatal es permanente y continua, y está prevista en los estatutos de la empresa o en la ley de su creación, a diferencia de otras formas accidentales de coparticipación.

10) *Participación no estatutaria: Tenencia de acciones de sociedades privadas.* Entre las que hemos denominado formas accidentales de coparticipación estatal y privada, está la simple compra de acciones en la Bolsa, de determinada sociedad anónima, por parte del Estado. Este tipo de participación estatal, que por supuesto no está previsto obligatoriamente en los estatutos de la empresa, a) es *accidental* y por ello se sigue distinguiendo a la empresa de las sociedades mixtas; b) a su vez, la participación estatal es sólo *parcial* y por tal razón la empresa sigue siendo una entidad *no estatal*; c) por fin, la actividad de la empresa continúa siendo su usual ramo comercial o industrial. Con todo, este tipo de participación estatal suele hacer inestable e incierto el destino y la naturaleza de la empresa, pues si el Estado adquiere la totalidad de las acciones, la transforma en una entidad estatal, quedando entonces casi seguramente incorporada al caso 3º, como una sociedad de Estado dedicada a una actividad comercial o industrial, no ya con el clásico fin de lucro, sino más amplios fines de intervencionismo o regulación económica, o de utilidad general. Sobre esto también volveremos más adelante.

#### B) *Sin participación estatal:*

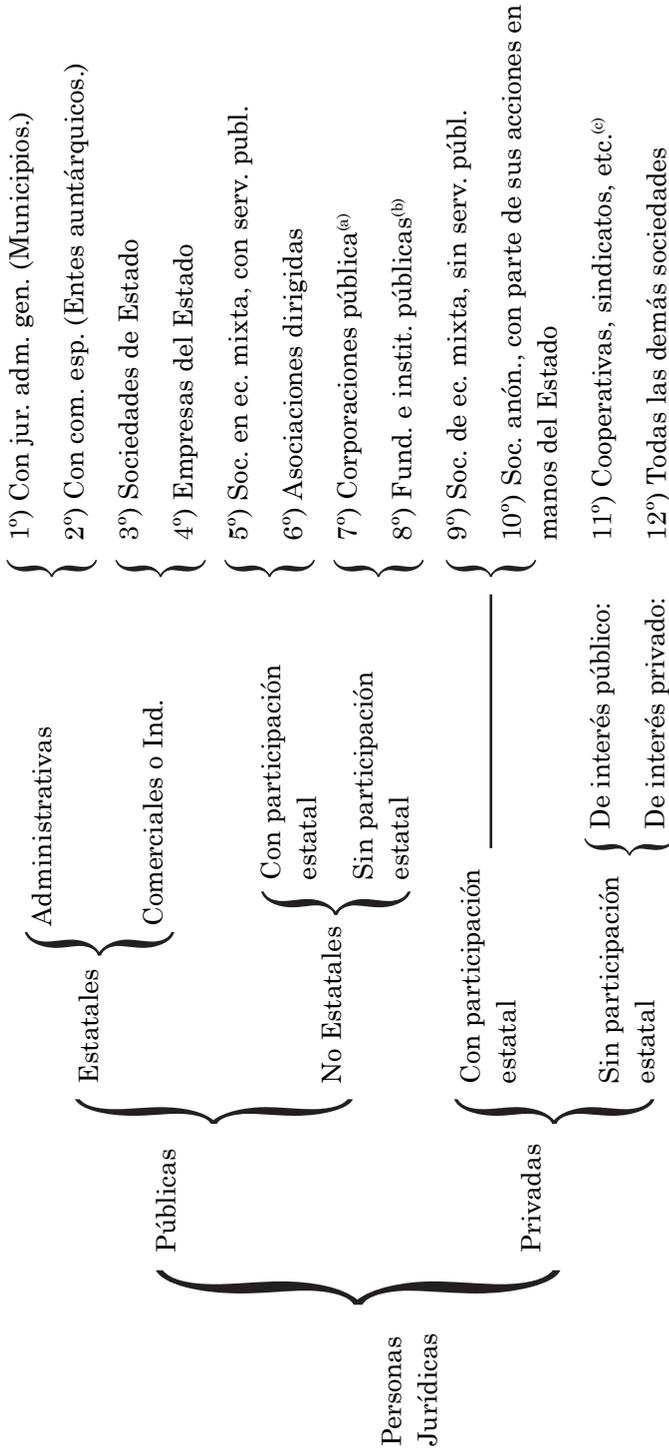
11) *De interés público.* Es un poco difícil determinar si es justificado ubicar aquí una categoría especial de sociedades, que serían privadas y sin participación estatal, pero que de todos modos tendrían una relación de algún modo estrecha con el interés público. Correspondería ubicar aquí a las sociedades cooperativas, a los sindicatos, etc., cuando no tienen ese régimen jurídico integral de derecho público que permita considerarlos corporaciones públicas, a pesar de lo cual es obvio que se diferencian de las demás sociedades comunes del derecho civil o laboral, por afectar de manera más directa al interés público, lo que lleva a un mayor control y reglamentación por parte del Estado, como así también al otorgamiento de ciertos beneficios y privilegios que no se reconocen a las demás entidades privadas. Se incluirían también en este grupo las "*public utilities*" que conoce el derecho norteamericano y que otros autores llaman "empresas

reglamentadas,<sup>31</sup> refiriéndose a empresas privadas que por afectar (en razón de su actividad: Siderurgia, electricidad, etc.) muy directamente al interés público reciben especial atención y control del Estado, sin llegar sin embargo a tener un régimen predominante de derecho público que permitiera incluirías en la categoría 8º, como entidades públicas no estatales sin participación estatal; son, pues, entidades meramente *privadas*.

12) *De interés privado*: Son la generalidad de las sociedades anónimas, en comandita por acciones, etc., del derecho civil y comercial. Ellas no interesan, por lo menos en principio, al derecho público.

Todo ello podría resumirse en el siguiente cuadro:

<sup>31</sup> En este sentido VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. III, p. 48; OYHANARTE, JULIO, *La expropiación y los servicios públicos*, Buenos Aires, 1960, p. 60.



<sup>(a)</sup> Colegios profesionales - Colegio de abogados, etc.; sindicatos - cooperativas, cuando tienen un régimen de derecho público. Iglesias, Fundación Di Tella, etc.

<sup>(c)</sup> Son los casos del N° 7, cuando carecen de un régimen predominantemente de derecho público. (Asociación obligatoria, etc.)

