

## 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; quien además analiza, p. 17 y ss., el problema de la repartición de atribuciones en distintos “cargos.”

<sup>4</sup> En tal sentido es clara la definición de CAETANO, MARCELLO, *Manual de direito administrativo*, Río de Janeiro, 1970, t. 1, p. 197 y sus referencias.

## 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 del mismo, 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 las consideraciones precedentes son especialmente 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 del mismo, 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

<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, *Apostamentos sobre os agentes e órgãos públicos*, *op. cit.*, p. 75.

de 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:

*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.)

*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:

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.”

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 función atribuida al órgano, haya sido ella ejercida regular o irregularmente. De

<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.

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.

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

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

<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); 307-1: 821, *Hotelera 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.

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 para poder ser considerado como realizado en ejercicio de las funciones del agente; 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:

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;

<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, todo lo referente a la problemática de la imputación de un hecho al Estado.

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

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 es 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>

Por lo demás, uno de los antiguos principios que tradicionalmente regían a la competencia es el de que la misma 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>21</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, criterio rígido y criticable, el decreto-ley 19.549/72

<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 como e-book en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com) y también en castellano (Buenos Aires, La Ley, 2007), inglés (Londres, Esperia, 2003) y francés (Londres, Esperia, 2003), 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.

<sup>21</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.

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 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 contrario.” 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. 2° 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>22</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. 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. 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 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>23</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.

<sup>22</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;” cap. VIII, § 11, “Competencia en razón del grado.”

<sup>23</sup> ALESSI, *op. cit.*, p. 98; uniforme.

### 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>24</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 la competencia del mismo*. 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.

#### 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>25</sup> Parten para ello del principio de la libertad<sup>26</sup> o *capacidad* en el derecho privado y señalan que, por razones de unidad y sistematicidad de la ciencia,<sup>27</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

<sup>24</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.

<sup>25</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>26</sup> COSSIO, CARLOS, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, 1964, pp. 488 y 677.

<sup>27</sup> LINARES, *La competencia y los postulados...*, *op. cit.*, p. 31; GONZÁLEZ ARZAC, *op. cit.*, § 13 y ss.

una vez creada dicha persona, ésta y sus órganos podrían hacer todo lo *no prohibido* dentro de sus respectivas competencias.<sup>28</sup> La competencia sería así una “órbita de acción,”<sup>29</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>30</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>31</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>32</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 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>33</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. Indevida 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

<sup>28</sup> LINARES, *op. ult. cit.*, p. 32.

<sup>29</sup> LINARES, *op. cit.*, pp. 26-7: “una órbita de acción o capacidad o competencia.”

<sup>30</sup> LINARES, *op. cit.*, pp. 25-6.

<sup>31</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>32</sup> LINARES, *op. cit.*, pp. 29-31.

<sup>33</sup> Ampliar en nuestro t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, *op. cit.*, cap. XX, pp. 24 y 25.

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, 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>34</sup> y se atenga a la órbita de acción que la norma le ha fijado. 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 los entes públicos son tan amplios y extensos que no habría prácticamente nada que ellos no pudieran hacer.

Dicho postulado de libertad para los órganos públicos significaría también la destrucción del postulado que propugna la misma doctrina para las personas

<sup>34</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.

privadas: pues si el órgano puede hacer todo lo no prohibido, dentro de un objeto autorizado, entonces puede fijar toda suerte de órdenes o prohibiciones a los particulares que se le crucen en el camino.

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>35</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>36</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. 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>37</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>38</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>39</sup>

### 8.1. Competencia en razón de la materia<sup>40</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:

<sup>35</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>36</sup> Parafraseamos así las agudas reflexiones de LAQUIS, MANUEL A.; SPERMAN, ARNOLD; GROISMAN, ENRIQUE y otros, “Sobre la teoría del derecho subjetivo,” publicado en la revista *Jurídica*, México, n° 4, julio de 1972.

<sup>37</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.), *Colección de Análisis Jurisprudencial - Teoría General del Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 94.

<sup>38</sup> Decreto-ley 19.549/72, art. 7°.

<sup>39</sup> Ampliar *infra*, t. 3, cap. VIII, § 10 a 14; WALINE, *op. cit.*, p. 453 y ss.

<sup>40</sup> Ampliar *infra*, t. 3, cap. VIII, § 12.

*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, etc.

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

*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.

### 8.2. Competencia en razón del territorio<sup>41</sup>

En razón del *territorio* es igualmente posible clasificar la competencia: tendríamos así, según la organización política de cada país competencias nacionales, provinciales y municipales; 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>42</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.

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*, 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

<sup>41</sup> Ampliar *infra*, t. 3, cap. VIII, § 13.

<sup>42</sup> Ampliar *infra*, t. 3, cap. VIII, § 14.

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.

#### 8.4. Competencia en razón del grado<sup>43</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.

*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.

*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 la desconcentración el que recibe la competencia es un órgano del mismo ente, en 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>44</sup>

<sup>43</sup> Ampliar *infra*, t. 3, cap. VIII, § 11.

<sup>44</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>45</sup>

La delegación de competencia es una decisión del órgano administrativo a quien legalmente aquélla le corresponde, por la cual transfiere el ejercicio de todo o parte de la misma a un órgano inferior. 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 inferior. Pero importa distinguir la delegación como acto formal, de la 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.

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>46</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*.

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>47</sup> el acto de descentralización o desconcentración tiene así un valor constitutivo y representa una forma de organización

<sup>45</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>46</sup> Comp. FAZIO, GUISEPPE, *La delega amministrativa e i rapporti di delegazione*, Milán, Giuffrè, 1964, p. 32 y ss.

<sup>47</sup> Ver el t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, op. cit., cap. XX, p. 25.

administrativa, un tipo de estructura estatal.<sup>48</sup> Como dice TREVIJANO FOS,<sup>49</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>50</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>51</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 ejercita. 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.

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 supremo, 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.

<sup>48</sup> Ampliar en FRANCHINI, FLAMINIO, *La delegazione amministrativa*, Milán, 1950, p. 28 y ss.

<sup>49</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>50</sup> FRANCHINI, *op. cit.*, p. 29.

<sup>51</sup> FRANCHINI, *op. loc. cit.*

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; 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.

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. El decide cuándo, cómo y a quién delegar, dentro de los límites que le haya podido fijar la norma general pertinente.

#### 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.

#### 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>52</sup> aunque podría quizás apuntarse

<sup>52</sup>Ver nuestro proyecto de 1964, en *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, 2ª ed., arts. 23, 24, 45 y 47. 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."

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.

#### 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 petición de parte, sea por razones de legitimidad o de oportunidad; o avocarse a la materia que le delegó. Desde luego, 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>53</sup> nuestra Corte Suprema se las ingenió para adoptar la posición opuesta.<sup>54</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>55</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 superior indique informalmente al inferior cuál es la solución que él consideraría adecuada, para que éste la adopte, con lo cual el superior obtiene la decisión deseada sin

<sup>53</sup> Bolivia, art. 7º, inc. III ap. d); Perú, art. 67, inc. 2 *in fine*.

<sup>54</sup> *Fallos*, 311-2: 2339, *Verónica S.R.L.*, 1988; *Fallos*, 311-2: 2453, *Cerámica San Lorenzo I.C.S.A.*, 1988.

<sup>55</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 y t. 4, cap. XI.

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 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 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. 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.

### 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 avocación 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>56</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>57</sup> los entes reguladores independientes previstos en el art. 42 de la Constitución, etc. 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>58</sup> el recurso de alzada ante el Poder Ejecutivo procede solamente por motivos de legitimidad; en

<sup>56</sup> Comp. GONZÁLEZ ARZAC, “La competencia de los órganos administrativos,” *op. cit.*, § 7.

<sup>57</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. Esto es una materia ya común de todos los diarios y periódicos, de público y notorio conocimiento. Todo ello es parte de un proyecto político que hemos explicado en “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; accesible gratuitamente en [www.respublicaargentina.com](http://www.respublicaargentina.com), *Serie de Estudios*.

<sup>58</sup> Fraseología derivada de la tesis acerca de una supuesta limitación constitucional, en ninguna parte escrita, a las facultades del Congreso; éste ha reiterado en las leyes 25.152 y 25.565 que le está prohibido al Poder Ejecutivo crearlas. Sólo el Congreso puede hacerlo. Ampliar *infra*, cap. XIV, § 2.

el caso de la 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>59</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 a nuestro juicio se desprende del art. 3° del decreto-ley; pero la reglamentación limita aún 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>60</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>61</sup> Por ello, la avocación procede respecto de competencias *desconcentradas* dentro del ámbito 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 inferior* por desconcentración, mientras que la delegación procede respecto de facultades *propias del superior*; *d)* Consecuentemente, es mayor la atribución del 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

<sup>59</sup> Art. 4° del decreto 1.883/91, modificatorio del decreto 1.759/72.

<sup>60</sup> Art. 2° del decreto 1.759/72, según modificación del decreto 1.883/91.

<sup>61</sup> Esta solución, con todo, es reglamentaria y no legal, pudiendo sufrir más fácilmente modificaciones. Ver también GONZÁLEZ ARZAC, *op. cit.*, § 7.

avocación,<sup>62</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 inferior, fórmula dentro de la cual queda comprendida la desconcentración. 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>63</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>64</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 “lineal,” con una dirección en estricta línea jerárquica directa; en cambio, 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

<sup>62</sup> Lo establece así —en forma expresa— p. ej., Bolivia, art. 9, inc. II).

<sup>63</sup> Ver SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 214 y ss.; TREVIJANO FOS, *op. cit.*, p. 208 y ss.

<sup>64</sup> Así ORTIZ, EDUARDO, “La tutela administrativa,” en *Revista de Ciencias Jurídicas*, 6: 195 (San José, Costa Rica, 1965.)

últimos, p. ej. para decidir recursos de alzada.<sup>65</sup> Esa revisión puede hacerse solamente por motivos de legitimidad, no de oportunidad.<sup>66</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>67</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>68</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 ordenamiento jurídico) como la *oportunidad* (conveniencia, mérito) de la actuación del inferior: el contralor administrativo permite revisar únicamente la *legitimidad* de la acción del ente descentralizado,<sup>69</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>70</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

<sup>65</sup> Ampliar t. 4, *El procedimiento administrativo, op. cit.*, cap. XI.

<sup>66</sup> Ver, PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, “Descentralización administrativa y «descentralización constitucional»,” *JA* 2005-II, 862.

<sup>67</sup> TREVIJANO FOS, *op. cit.*, p. 218.

<sup>68</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.

<sup>69</sup> Ampliar *infra*, t. 4, cap. XI, § 5, “Elección de la vía judicial o administrativa.”

<sup>70</sup> Art. 4º, decreto 1883/91.

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>71</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>72</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>73</sup>

### 13. Principales órganos de la administración central

#### 13.1. El Presidente de la Nación

*La formación y expresión de la voluntad.* El Presidente de la Nación es sin duda el funcionario más importante de la administración nacional, a menos que se repita el nunca antes de ahora visto fenómeno del desempeño matrimonial del poder ejecutivo.<sup>74</sup> En todo caso, dejando de lado esta situación atípica, el Presidente es quien de acuerdo con la Constitución expresa la voluntad del Poder Ejecutivo, frente a los demás sujetos de derecho, por intermedio de decretos que deben ser refrendados por los respectivos ministros del ramo, requisito sin el cual sus actos carecen de eficacia. En el siglo XXI la Argentina ha pasado por varios períodos de desdibujamiento constitucional. Cada uno pareció la excepción a la normalidad, pero en conjunto quizás apuntan a una tendencia. Lo primero fue la caída del gobierno constitucional en el año 2001 y su sustitución por una seguidilla de presidentes nombrados por el Congreso para llamar a elecciones, pues el vicepresidente había renunciado previamente. Hubo varios presidentes en pocos días, en esos primeros días inmediatos a la caída. Luego asumió Duhalde, que designó de oficio y sin internas candidato presidencial a Kirchner, quien ganó luego las elecciones con un 22% de los votos y procedió, al finalizar

<sup>71</sup> Sobre estos aspectos, ampliar *infra*, t. 4, caps. X y XI.

<sup>72</sup> Comp. las normas de nuestro proyecto de código administrativo, en *Introducción al derecho administrativo*, op. cit., 2ª ed., pp. 223-7.

<sup>73</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.

<sup>74</sup> Ya es un hecho público y notorio, que los mismos cónyuges admiten en público, de múltiples maneras, y que los analistas políticos no han podido dejar de señalar. Algunas de estas opiniones han sido recogidas en VALENTE, MARCELA, “Two drivers at the wheel?” *Buenos Aires Herald*, 23 de Febrero de 2009, p. 2.

su mandato, a designar a su propia esposa como candidata presidencial. Ella a su vez ganó cómodamente las elecciones, con un discurso de normalización institucional que a todos sonó convincente. Sin embargo no sólo no se produjo la normalización institucional sino que se dió el hecho también inédito en la historia de que ejercieran la presidencia en forma conjunta, o incluso que ella asumiera un rol protocolar y el verdadero titular del Poder Ejecutivo pasara a ser, en todos los indicios públicos, el anterior presidente electo. Lo cual también es un hecho ya público y notorio a estas alturas, que termina quebrando el proyecto de reelección indefinida. Ya no hace falta preguntarse si él podría o no ser candidato constitucional por un nuevo mandato, pues de hecho ya habría ejercido dos, y ella sí puede pues de hecho no habría ejercido ninguno, o en todo caso solamente uno. Pero, puedan o no estas especulaciones de la prensa diaria tener algún sustento fáctico, lo cierto es que ha cambiado la realidad política en otro sentido muy diverso. Ha comenzado a faltarle a dicho proyecto político uno de los elementos primarios, que es que los votos le alcancen para ser electos, uno u otro. Con una aprobación constante del orden de menos del 30% y en algunos lugares una reprobación de más del 75%, es evidente que ya esa alternativa electoral ha quedado truncada para ambos integrantes de lo que los diarios llaman el matrimonio presidencial, y por ello es que comienzan a lanzar su sombrero al ruedo diversos potenciales candidatos para el año 2001. La primera década del siglo XXI, pues, ha sido rica en experiencias inéditas en la historia argentina en cuanto a la figura presidencial. Ya hemos dicho en su lugar que el presidencialismo ha quedado a nuestro juicio agotado y que deben intentarse formas de gobierno parlamentario.<sup>75</sup> Todo este conjunto de hechos lo estaría demostrando más que suficientemente, pero 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.

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

<sup>75</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.

interés por una alternativa distinta de manejo del poder.<sup>76</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 aproximaría 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>77</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>78</sup>

<sup>76</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.

<sup>77</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?” en *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-102; accesible gratuitamente en [www.respublicaargentina.com](http://www.respublicaargentina.com), *Serie de Estudios*.

<sup>78</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.

### 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>79</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>80</sup>

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>81</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.

### 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

<sup>79</sup> PTN, *Dictámenes*, 75: 118 y otros.

<sup>80</sup> *Infra*, t. 4, cap. X, § 12.

<sup>81</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.

del ámbito de la Presidencia de la Nación,<sup>82</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 tradición del matrimonio presidencial no ha habido nunca reuniones de gabinete, su función en tal aspecto ha quedado también diluida.

Pero no obstante lo expuesto la importancia del Procurador del Tesoro de la Nación no ha perdido jerarquía teórica ni práctica, pues ha de prestarse atención a que en realidad 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 en la administración nacional. 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>83</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, sí obliga en cambio a los abogados integrantes del Cuerpo, que deben dictaminar de acuerdo con su criterio. La solución es loable y ha contribuido en gran medida a la creación de poco menos que una jurisprudencia administrativa, de gran valor constructivo y práctico en la administración pública,<sup>84</sup> que no solamente es invocada por la doctrina nacional de derecho administrativo sino también, en ocasiones, por la propia jurisprudencia judicial. Además de esa función asesora y rectora de los dictámenes de todas 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>85</sup> y dentro de

<sup>82</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); “Ramón Ferreira, Fiscal General del Estado y Procurador del Tesoro de la Nación,” *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, 14: 157-65, Buenos Aires, febrero de 1988; TANZI, HÉCTOR J., “La Procuración del Tesoro de la Nación,” *ED*, 110: 907.

<sup>83</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>84</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.”

<sup>85</sup> Ley 16.432, art. 56; el decreto-ley 19.983/72 amplió el concepto a “reclamación pecuniaria de cualquier naturaleza o causa.”

ciertos montos.<sup>86</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. Por último, cabe mencionar que sin su dictamen no pueden celebrarse los contratos de crédito externo.<sup>87</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 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 en que han sido reguladas por una ley expresa, que les 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>88</sup> Algunos de estos son la Dirección General Impositiva<sup>89</sup> y la Administración Nacional de Aduanas,<sup>90</sup> —unificadas en 1997 en la Administración Federal de Ingresos Públicos, AFIP— que tienen atribuciones para adoptar resoluciones sin necesidad de delegación administrativa.<sup>91</sup> A pesar de sus amplias facultades, están de todos modos bajo la jerarquía del Poder Ejecutivo y de los Ministros y Secretarios respectivos.

En general, a diferencia de otros tipos de organización burocrática, la jerarquía que aquí tratamos tiene algunas peculiaridades: el superior puede dar instrucciones generales, pero no órdenes particulares, concretas, acerca de cómo resolver un asunto específico 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>92</sup>

<sup>86</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>87</sup> Ver *infra*, cap. XI, “Clasificación de los contratos administrativos.”

<sup>88</sup> Ver lo que decimos en este mismo cap. acerca de la diferencia entre desconcentración y descentralización. A veces las leyes hablan impropriadamente de “autarquía” y “descentralización,” pero no se trata sino de *desconcentración*.

<sup>89</sup> Ley 12.927 y ley 11.683, art. 1º y ss.

<sup>90</sup> Ley de Aduanas, t.o. en 1962, art. 1º y ss.

<sup>91</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>92</sup> Comparar la solución que hemos adoptado en nuestro Proyecto de Código Administrativo, en *Introducción al derecho administrativo*, 2ª ed., *op. cit.*, p. 215, art. 33.

esas razones de legitimidad se limitan, por lo demás, existiendo procedimientos reglados especiales, al contralor de la “manifiesta arbitrariedad, grave error o gruesa violación de derecho”<sup>93</sup> y todo ello siempre que no se lesionen derechos adquiridos.<sup>94</sup> Tampoco tiene, a nuestro juicio, facultades de avocación.

#### 14. *Autoridades administrativas independientes*

##### 14.1. *El Defensor del Pueblo*<sup>95</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 conflictos con la designación concreta de los respectivos sucesores y son también frecuentes los conflictos 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 dos tipos de derechos controlados y dos clases de sujetos pasivos del control que ejerce el Defensor del Pueblo, que se vinculan asimismo con la existencia o no de acciones colectivas para el ejercicio de las funciones del Defensor del Pueblo de la Nación en sede judicial.

*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>96</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.

<sup>93</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>94</sup> Decreto-ley 19.549/72, arts. 17 y 18.

<sup>95</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); *infra*, notas 7.6 y 7.7.

<sup>96</sup> Nuestro art. “Los derechos de incidencia colectiva,” en *El Derecho Administrativo Argentino, Hoy, op. loc. cit. e infra*, t. 2, caps. II y III; 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.

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.

*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 jurisdicción 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>97</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>98</sup> rechazando su pedido de pronto despacho en materia de jubilaciones; su presentación ante la Comisión<sup>99</sup> bastó para que, poco después, la CSJN resolviera *Chocobar*.<sup>100</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 primer instancia federal le negó legitimación, conforme algunos precedentes. No obstante, la Sala de feria 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 en suma del Estado de Derecho o el *rule of law*. En suma, los

<sup>97</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.”

<sup>98</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>99</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. 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>100</sup> *LL*, 1997-B, 247 (1996).

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. Esa tendencia se ve confirmada y aumentada por el fallo de la CSJN *in re Halibi*, 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 colectivo de la sentencia del amparo colectivo. Pero el paso fundamental está una vez más claramente dado por la CSJN, lo que comporta un nuevo significativo avance institucional, en un medio no precisamente favorable a dichos cambios, en el ámbito político. Es pues una situación particularmente compleja, que esperamos se resuelva progresivamente hacia la renovada vigencia del ahora reducido Estado de Derecho.

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

*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.

*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>101</sup> También allí los casos individuales deben permitirle detectar las tendencias. 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. 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.

<sup>101</sup> Ampliar *infra*, cap. XV, “Los entes reguladores,” § 14.2., “El Defensor del Pueblo nacional.”

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.

#### 14.2. *La Auditoría General de la Nación*<sup>102</sup>

Este organismo de control externo dependiente del Poder Legislativo 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>103</sup> en el caso, si no se controla la actividad de los que ellos deben controlar. 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.

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

Yendo al fondo del ejercicio del control, cabe apuntar que si eventualmente la Auditoría General de la Nación se dedica a perseguir, como antaño el Tribunal de Cuentas de la Nación, a los ladrones de gallinas, la pequeña rapiña, la corrupción famélica, no merecerá sino el mismo juicio crítico que en su momento se ganó el Tribunal de Cuentas de la Nación.<sup>104</sup>

Lo mismo si siempre investiga el pasado en vez de prevenir el presente y futuro, o si dedica su atención a las causas menores y descuida las faltas mayores del presente. Para que su contralor sirva deberá procurar detectar: a) las fallas

<sup>102</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>103</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.”

<sup>104</sup> Nuestro prólogo a REGODESEBES, JOSÉ RAFAEL, *El control público*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1984.

sistemáticas y generales,<sup>105</sup> b) las normas y reglamentos que las sustenten,<sup>106</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>107</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.

#### 14.3. *El Consejo de la Magistratura*<sup>108</sup>

El segundo párr. del inc. 4° del art. 99 de la Constitución nacional menta la creación del Consejo de la Magistratura, cuya integración y funciones regula esquemáticamente el art. 114 y desarrolla la ley 24.937,<sup>109</sup> modificada por la ley 26.080 en el sentido de darle preeminencia al poder político, en forma claramente incompatible con el sentido del precepto constitucional. Si bien el art. 1° 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; por eso resulta inconstitucional someterlo nuevamente al poder político, como ha hecho la ley 26.080.

El espíritu de la norma 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

<sup>105</sup> Ver *supra*, cap. II, “Pasado, presente y futuro del derecho administrativo,” § 5.1, “La insuficiencia cualicuantitativa de los controles.” 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.

<sup>106</sup> *Supra*, cap. VII, § 10.3, “La exaceración reglamentaria.”

<sup>107</sup> Ver nuestros arts. “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” LL, 1997-E, 1091; “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>108</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 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>109</sup> Según t. o. decr. 816/99.

categoría.) El Consejo de la Magistratura hace las propuestas vinculantes 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 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, nos parece más acorde con el sentido de la norma constitucional que los particulares que integren dicho Consejo no adquieran 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 ella 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.

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. Básicamente, 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 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 doloso de funcionarios y particulares; también el 43 en los cuatro medios de tutela que determina operativamente y 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 para la defensa del individuo contra las empresas de medios de prensa, la no discriminación, la aplicación rigurosa de la Convención Interamericana contra la Corrupción, etc.

Conviene recordar, una vez más, que la vinculación que dicha convención efectúa entre diversos delitos como lavado de dinero, narcotráfico, terrorismo, corrupción, etc., llevan indefectiblemente a su futuro juzgamiento como delitos de lesa humanidad, por ende imprescriptibles. 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 jefes del último régimen militar.

#### 14.5. *El Ministerio Público*<sup>110</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 justificaba 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>111</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 doloso provenga de funcionarios públicos o de particulares. Hay mucho que aprender del derecho comparado, especialmente el norteamericano,<sup>112</sup> pero independientemente de que se dicten o no leyes tales como la *Foreign Corrupt Practices Act*, la acción *Qui tam*,<sup>113</sup> etc., de todos modos

<sup>110</sup>Ver DIEZ-PICASO, 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>111</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. Lo mismo con el decreto secreto aprobando la compra del total del paquete accionario de una empresa extranjera, que relatamos en otra parte de esta 10ª ed. del t. 1.

<sup>112</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>113</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. 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. Ya relatamos 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 un 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 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 y castellana, también citadas en la p. 29, nota 95, de este cap.

el Ministerio Público tiene una función tutelar esencial en la democracia,<sup>114</sup> sobre todo con las obligaciones internacionales que le imponen tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción<sup>115</sup> como la convención internacional contra el soborno transnacional y el lavado de dinero (ley 25.319) y algunos de sus efectos en materia de jurisdicción.<sup>116</sup>

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

Si bien el tema ya lo desarrollamos,<sup>117</sup> creemos que se justifican aquí algunos lineamientos 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.

*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.

*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>118</sup> y las Provincias en su directorio impide, de pleno derecho, que se

<sup>114</sup>“Comentarios al proyecto de ley de contratos públicos,” *RAP*, 182: 8, Buenos Aires, 1994.

<sup>115</sup>Ver nuestro art. “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *op. loc. cit.*

<sup>116</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.”

<sup>117</sup>Ver *infra*, cap. XV, “Los entes reguladores.”

<sup>118</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.

conciba siquiera la idea de su intervención por la administración central. Dado el origen y el sentido de su participación como representantes de la comunidad, entendemos que constituiría un absoluto contrasentido considerarlos funcionarios públicos, lo que además lesionaría el concepto constitucional. Siguen pues siendo particulares, que en la especie ejercen funciones públicas, al igual que son particulares ejerciendo funciones administrativas 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.

*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.

*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>119</sup>

*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>120</sup>

*Improcedencia de la intervención.* La doctrina que autorizaba la intervención de entes descentralizados por el Poder Ejecutivo resulta inaplicable en el nuevo

<sup>119</sup> Ampliar *infra*, t. 2, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública.” En igual sentido GELLI, *Constitución de la Nación Argentina*, *op. cit.*, § 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>120</sup> Ver nuestro libro *La administración paralela*, Madrid, Civitas, tercera reimpresión, 2001.

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. El futuro Banco Central Interamericano*<sup>121</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 régimen monetario en cambio estuvo casi siempre en manos de la administración central. La tendencia de los últimos años ha sido la de tratar de darle, en su función específica, total autonomía de la administración central. Pero en los primeros años del siglo XXI su titular ha estado en constante contacto con el poder político, no a nivel público sino privado.

Esos intentos de autonomía plena han sido pues hasta ahora fallidos; por ello hemos sostenido en su momento la necesidad de crear un Banco Central Interamericano, con todo lo que ello implica. Pero el mosaico latinoamericano de países no parece en este momento propicio para su concreción; sólo se está hablando de crear una suerte de nuevo y distinto Banco de Desarrollo, no al estilo del que ya existe en Washington, *Inter American Development Bank*.

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

Hemos propuesto hace años lo que sugiere el acápite,<sup>122</sup> pero 2009 no parece el año propicio para insistir en el tema, cuando ya no tenemos acceso al crédito externo y sólo nos queda honrar o deshonorar los compromisos asumidos. 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>123</sup>

<sup>121</sup> Nuestros arts. “Primero: crear el Banco Central Interamericano,” *LL*, 2002-D, 1453 y “Una celebración sin gloria,” *LL*, 2003-C, 1091; CORTÉS CONDE, ROBERTO, “Hay que atarle las manos al gobierno,” *Ámbito Financiero*, 24-VII-2002, p. 9.

<sup>122</sup> Ver nuestro art. “Por la creación de una agencia regulatoria independiente para el manejo de la deuda externa,” *LL*, 2003-E, 1495.

<sup>123</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. Pero al menos responde a la frecuente pregunta que los argentinos que no viajan, nos hacen al regresar de algún viaje: “¿Cómo nos ven afuera?” Desde luego, es apenas una mirada crítica sobre el país en su comparación con los EE.UU., individualista y de un republicano tan conservador que critica al gobierno republicano de California, al presidente actual de su país, etc. No podíamos pretender mejor trato.