

AGUSTÍN GORDILLO

# **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas**

TOMO 8

Primera edición

**Teoría general del  
derecho administrativo**



FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO  
Buenos Aires  
2013

Gordillo, Agustín Alberto

Tratado de derecho administrativo y obras selectas : teoría general del derecho administrativo . - 1a ed. - Buenos Aires : Fundación de Derecho Administrativo, 2013.  
v. 8, 578 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-950-9502-51-2

1. Derecho Administrativo. I. Título  
CDD 342

## TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO TOMO 8

1ª edición, Madrid, Instituto de Estudio de Administración Local, 1984  
2ª edición, Buenos Aires, FDA, 2013

### TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

I.S.B.N.: 978-950-9502-51-2

Copyright by Fundación de Derecho Administrativo  
Viamonte 749, piso 10, of. 8, Buenos Aires (C1053ABO), Argentina  
Hecho el depósito que marca la ley 11.723  
Impreso en la Argentina

Los derechos patrimoniales de los autores por la presente edición pertenecen exclusivamente a la *Fundación de Derecho Administrativo* (Inspección General de Justicia N° C-7924). Este libro puede consultarse gratuitamente en [[www.gordillo.com](http://www.gordillo.com), [www.gordillo.com.ar](http://www.gordillo.com.ar)] autorizándose la reproducción de su material con cita del autor y editor, título de la obra, sitio en la www, capítulo y parágrafo o nota utilizado. El autor agradecerá cualquier sugerencia o crítica, sea por carta en la dirección arriba indicada, por fax al (5411) 4322-2169, o a los e-mails: [agustin@gordillo.com](mailto:agustin@gordillo.com), [gordillo@elsitio.net](mailto:gordillo@elsitio.net), [gordillo@fibertel.com.ar](mailto:gordillo@fibertel.com.ar)

*Capítulo III*  
**EL DERECHO ADMINISTRATIVO**

1. *Derecho público y privado*

El derecho público (derecho penal, derecho tributario o fiscal, derecho constitucional, etc.) se distingue del derecho privado (derecho civil —obligaciones, contratos, sucesiones, familia—, derecho comercial) en que en el primero se trata de relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares, o entre entes estatales entre sí.<sup>1</sup> Esto es así al menos en el derecho argentino, donde no hay actividad estatal que se halle sometida única y exclusivamente a normas de derecho común: Cuando tales normas se aplican al Estado, están siempre modificadas o interconectadas con normas de derecho público, de forma tal que se integran al complejo normativo del derecho público.

Ello ha llegado a ser así debido a que, generalmente, toda vez que el legislador o el juez ha considerado una relación jurídica establecida entre el Estado y otro sujeto de derecho, se han inclinado a dar soluciones particulares antes que aplicar al pie de la letra la legislación común. Una consecuencia de esto es que en el derecho público hay a menudo una relación de *subordinación* (porque se le confiere al Estado una cierta superioridad jurídica sobre el particular, un número de atribuciones superiores a los derechos individuales del habitante), a diferencia del derecho privado, en que es más frecuente la *coordinación*: Los sujetos se encuentran allí en un plano de cierta igualdad. Esa diferencia de régimen tiene por raíz sociológica que tales relaciones afectan, respectivamente, el “interés público,” colectivo, o el “interés privado,” individual.

Pero la distinción entre derecho público y privado no es *a priori*, ni se trata de que las normas de derecho público tengan una estructura diferente de las

<sup>1</sup> Comparar GARCÍA MAYNEZ, CARLOS, *Introducción al estudio del derecho*, México, 1944, p. 130 y ss. Otras teorías son expuestas por VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1949, p. 63 y ss., y por SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1953, p. 17 y ss. CIRNE LIMA, RUY, *Preparação ã dogmática jurídica*, 2ª ed., Porto Alegre, 1958, pp. 27-41.

del derecho privado, ni de que matemáticamente unas y otras contemplen situaciones de interés general y de interés individual, sino tan sólo de que las leyes que rigen las relaciones del Estado con los particulares van acumulando una serie de prerrogativas y privilegios para el Estado, y de que tales leyes deben regular situaciones que no se dan sino en el caso del Estado: Todo lo relativo a la organización, funcionamiento y actividad de los poderes públicos y las entidades estatales requiere principios diversos de los del derecho común. De tal forma esas prerrogativas y disposiciones peculiares constituyen en determinado momento un todo estructurado y regido por principios propios, ajenos al derecho común: Las que empiezan siendo excepciones se tornan principios, y así las reglas generales del derecho privado se ven desplazadas por éstos. Al llegar a esa situación, es lógico independizar metodológicamente a ese conjunto de principios e instituciones correlativas y concordantes entre sí, que resultan discordantes y extraños al derecho general: Allí nace el derecho público.

Se trata, pues, de una cuestión circunstancial que depende exclusivamente de la fisonomía adoptada por el orden jurídico de un país determinado y en una época determinada. Cuando se postula, pues, la “unicidad” del derecho, y la no existencia de diferencia entre el derecho público y el privado, se tiene razón a medias: Será exacto, en efecto, postular que no hay diferencias de *estructura* en las normas jurídicas respectivas, pero no lo será afirmar que no hay *diferencia alguna* entre ambos conjuntos normativos. La distinción entre derecho público y privado tiene el mismo sustrato científico que puede tenerlo la diferencia entre derecho civil y penal, comercial, etc.: Son distintas ramas con autonomía, de principios y que, a su vez, se agrupan en dos grandes conjuntos con caracteres propios, comunes internamente en cada grupo, y diversos en los grupos entre sí.

## 2. *El derecho administrativo como ciencia o como conjunto de normas jurídicas*

No debe confundirse al derecho administrativo en cuanto *rama del conocimiento jurídico* o disciplina científica, y al *derecho administrativo como parte del orden jurídico positivo*, como *conjunto de normas jurídicas*.

Así como al hablar del derecho civil podemos referirnos tanto al Código Civil y leyes complementarias, como a la disciplina que estudia las normas y principios de ese código y esas leyes, así también al hablar de derecho administrativo podemos pensar tanto en el conjunto de leyes administrativas, principios de derecho público y reglas jurisprudenciales que integran la *normación positiva*, el *régimen jurídico positivo* de la función administrativa, como en *la disciplina que los estudia*.

Dado que el conjunto de leyes y principios que integran el régimen jurídico positivo del caso llegan a nuestro conocimiento y valoración a través del *estudio* y análisis de los mismos, y que, por lo tanto, nuestro primer contacto cognoscitivo

se realiza con la disciplina que efectúa tal investigación, debe darse preferencia al concepto de ciencia del derecho antes que al de *conjunto de normas positivas*.

El derecho administrativo es, pues, una disciplina científica, jurídica y, por ende, una rama de la ciencia del derecho. No creemos acertadas, en consecuencia, las definiciones que conceptúan al derecho administrativo como un “conjunto de normas y de principios de derecho público,”<sup>2</sup> pues hacen prevalecer un carácter legalista y exegético antes que metodológico o cognoscitivo en el concepto pertinente. Desde luego, el definir formalmente al derecho administrativo como disciplina o rama del conocimiento jurídico, no significa que deje de usarse la acepción también en su significado de “conjunto de normas positivas,” pues la noción de “derecho” recibe casi siempre esa ambivalencia que ya señalamos (como disciplina y como conjunto de normas); pero ello no quita que al darse específicamente la definición *metodológica* corresponda usar más adecuadamente el vocablo. Así como nadie definiría al derecho civil como “el conjunto del Código Civil y sus leyes complementarias,” así tampoco cabe definir al derecho administrativo como un “conjunto de normas y de principios de derecho público.” Ubicándolo en la distinción que se hace del derecho en razón del objeto, es una disciplina o rama del derecho.

Por fin, aclaramos que esta rama del conocimiento no es aún una ciencia formada, sino que se encuentra todavía en formación. (Ampliar *infra*, n°4.)

### 3. No es solamente derecho interno

No creemos adecuado expresar que constituye una rama del derecho público *interno*,<sup>3</sup> por cuanto existe hoy en día un régimen administrativo internacional. (La *organización* administrativa de los organismos internacionales: ONU, OEA, CIES, ALALC, Corporación Andina de Fomento, Mercado Común Centroamericano; el régimen administrativo del *personal* de tales organismos internacionales;

<sup>2</sup> Así, BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1964, 6ª ed., p. 37, lo define como “el conjunto de normas positivas y de principios de derecho público de aplicación concreta a la institución y funcionamiento de los servicios públicos y al consiguiente control jurisdiccional de la administración pública;” a quien siguen: VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1949, p. 77: “Es un complejo de normas y de principios de derecho público interno que regulan las relaciones entre los entes públicos y los particulares o entre aquéllos entre sí, para la satisfacción concreta, directa e inmediata de las necesidades colectivas, bajo el orden jurídico estatal;” MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1965, p. 149: “El conjunto de normas y de principios de derecho público interno, que tiene por objeto la organización y el funcionamiento de la administración pública, como así la regulación de las relaciones interorgánicas, interadministrativas y las de las entidades administrativas con los administrados;” DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1963, p. 264: “El complejo de principios y normas de derecho público interno que regula la organización y la actividad de la administración pública;” CANASI, JOSÉ, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1972, p. 59. Sigue en cambio nuestro criterio ALTAMIRA, PEDRO GUILLERMO, *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1971, p. 10.

<sup>3</sup> VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, t. I, *op. cit.*, p. 77; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 149; CRETELLA JUNIOR, JOSÉ, *Tratado de direito administrativo*, t. I, San Pablo, 1966, p. 182.

sus *contratos* y *actos* de carácter administrativo, etc.)<sup>4</sup> Si bien los organismos internacionales están fundamentalmente bajo el régimen del derecho internacional público, ello no quita que tengan también, según se ve, un régimen de derecho administrativo que no es “interno” a ninguno de los países contratantes, y que tampoco integra estrictamente el derecho internacional público.<sup>5</sup> Los principios de competencia, jerarquía, control administrativo, deber de obediencia, requisitos de validez y competencia de los actos, etc., son todos los propios del derecho administrativo y no los del derecho internacional. Por tales motivos nos inclinamos por no hacer la limitación antedicha en la definición de la materia, máxime cuando una creciente tendencia del mundo hacia la integración subregional, regional y mundial hace cada vez más importante el mentado aspecto internacional de la disciplina.

Hay además, incipiente, un derecho público supranacional en materia de derechos humanos, cuya importancia será creciente con el correr del tiempo.<sup>6</sup> Del mismo modo, con la aparición del nuevo derecho internacional del mar, surge inevitablemente el derecho administrativo correspondiente, por ejemplo, en lo atinente a las concesiones para la explotación de los fondos marinos.

#### 4. *Es un derecho en formación*

Las normas y principios que son objeto de estudio por parte del derecho administrativo no forman, según ya hemos dicho, un sistema, sino tan sólo un complejo o conjunto de normas jurídicas positivas, de principios de derecho público y de reglas jurisprudenciales. A diferencia de otras ramas del derecho positivo, no se halla ésta completamente legislada, y por ello debe recurrirse frecuentemente a elaboraciones jurisprudenciales o a principios constitucionales para configurar una institución de derecho administrativo: Eso lo torna bastante impreciso, muy librado a disquisiciones, contradicciones y oscuridades doctrinarias, a arbitrariedades y despotismos de los órganos administrativos cuando los jueces carecen de personalidad para imponer la protección de la persona humana; a evoluciones e involuciones: Es netamente un derecho en formación, tanto en sus normas positivas como en sus principios científicos.

<sup>4</sup> Ver, por ejemplo, VILLAGRÁN, FRANCISCO, *Teoría general del derecho de integración económica*, Costa Rica, 1969, p. 165 y ss.; VERGARA ESCUDERO, EDUARDO, *Bases institucionales y jurídicas del mercado común centroamericano*, Santiago de Chile, 1969, p. 32 y ss.; PLANTEY, A., *Droit et pratique de la fonction publique internationale*, París, 1977.

<sup>5</sup> Ver IPSEN, HANS PETER, “Deutsche Verwaltung und europäische Wirtschaftsintegration,” en la revista *Die öffentliche Verwaltung*, Stuttgart, 1968, n° 13-14, p. 441 y ss.

<sup>6</sup> Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, LINDE, ORTEGA y SÁNCHEZ MORÓN, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid, Civitas, 1979.

Por lo mismo que es una ciencia en *formación*, como generalmente se dice,<sup>7</sup> o un derecho *joven*, como también se ha dicho,<sup>8</sup> no siempre resulta convincente en sus construcciones. A juicio del autor, en esta materia existen muchas construcciones, teorías e “instituciones” que no siempre tienen una base lógica o jurídica fuerte: Frente a ellas es necesario adoptar una drástica actitud, un espíritu crítico cartesiano, de duda permanente, y estar decidido de antemano a cortar de raíz con aquellas teorías y doctrinas que no tengan un fundamento evidente.

Una explicación psicológica de esta peculiaridad del derecho administrativo puede ser una inconsciente tendencia a tratar de crear principios propios y específicos que den un falso color de legitimidad al ejercicio del poder, sea éste bien o mal ejercido; que “justifiquen” la existencia autónoma de la materia, frente al derecho común; de ese modo, el poder ostentar una serie de teorías extrañas es la mejor demostración práctica de que la autonomía existe y de que alguna extralimitación del poder es válida.<sup>9</sup> Pero eso queda para el pasado: No estando ya en tela de juicio la autonomía científica de la materia, es hora de que madure definitivamente y se despoje del ramaje y la fronda innecesaria, que le impide a veces ver claramente la realidad.

Para superar las observaciones de que es una materia muy “oscura,” “teórica,” “inventada” o muy difícil, nada mejor que atacar directamente las causas de su oscuridad, irrealidad, etc.: Es necesario entonces tratar de dar fundamentos lógicos y jurídicos a los principios que se enuncian, y en caso de no encontrarlos, pronunciarse decididamente por la supresión del supuesto principio. Es lo que hacemos, por ejemplo, con las conocidas teorías del “poder de policía,” de los “actos de gobierno,” de los “servicios públicos,” de la “jurisdicción administrativa,” de la “ejecutoriedad” del acto administrativo; de la “doble personalidad” del Estado; de las “potestades” administrativas, etc.

Si se procede de otro modo, o sea, si se acepta continuar repitiendo las construcciones elucubradas sin base real en el pasado, entonces el derecho administrativo estará condenado a seguir siendo una materia esotérica, árida, supuestamente oscura, difícil y compleja, realmente teórica e inmadura. Su madurez intelectual

<sup>7</sup> VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. I, p. 47; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 147; BIELSA, *op. cit.*, t. I, 6ª ed., p. 37; DIEZ, *op. cit.*, t. I, p. 281.

<sup>8</sup> RIVERO, JEAN, *Droit administratif*, París, 1970, p. 27; CLARKE ADAMS, JOHN, *El derecho administrativo norteamericano*, Buenos Aires, 1964, p. 21; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 148.

<sup>9</sup> Una explicación alternativa encontramos en MEILÁN GIL, JOSÉ LUIS, *El proceso de la definición de derecho administrativo*, Madrid, 1967: “Este es el drama íntimo del derecho administrativo: Su innata aspiración a ser un derecho común, cuando la inestabilidad de su materia le inclina a un carácter de derecho episódico. Así se comprende la permanencia de las tentaciones a que se aludía al principio: La del abandono de la construcción conceptual y la de la evasión, que se traduce en la ausencia de tratamiento de aquellas materias más inestables o en el atrincheramiento en las categorías generales.” (*Op. cit.*, pp. 42 y 43.) Véase la aguda comparación práctica entre derecho civil y administrativo, en cuanto a su evolución, en WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht*, I, Munich, 1971, 8ª ed., p. 1. Ver también NASS, OTTO, *Reforma administrativa y ciencia de la administración*, Madrid, 1964, pp. 175 y 176, a quien sigue MEILÁN GIL, *op. cit.*, p. 43.

definitiva sólo la alcanzará verdaderamente cuando no sea necesario, en una obra de la materia, ocuparse de tales falsas teorías y principios y pueda omitirse su consideración sin peligro de que el error reaparezca en la mente de los juristas.

### 5. *No se refiere principalmente a los servicios públicos*

Ese conjunto de normas y principios no se refieren exclusivamente a la creación y gestión de los *servicios públicos*, sino que abarcan a toda la *función administrativa*, trátese o no de servicios públicos: La función pública, los contratos administrativos, la responsabilidad del Estado, el dominio público, etc., son materia del derecho administrativo a pesar de no tener una conexión necesaria con la institución y funcionamiento de los servicios públicos.

Por ello puede considerarse superada, en este aspecto, la definición de BIELSA: “Conjunto de normas positivas y de principios de derecho público de aplicación concreta a la institución y funcionamiento de los servicios públicos y al consiguiente contralor jurisdiccional de la administración pública;”<sup>10</sup> si bien el derecho administrativo francés tradicional se construyó especialmente sobre la noción de “servicio público” al punto de constituir la en el pivote central de la disciplina, hoy en día han surgido muchos otros temas de fundamental importancia en la materia y que no tienen, sin embargo, una relación directa con aquélla: Además de los mencionados, puede recordarse toda la teoría del *acto administrativo*, de las empresas estatales que no prestan servicios públicos, sino que realizan actividades comerciales o industriales, de la *planificación económica*, etc. Por ello, si bien la noción de servicio público sigue siendo para algunos importante, no es en absoluto la más importante de la materia, y no justifica por ello que se defina en base a ella al derecho administrativo.<sup>11</sup>

### 6. *No se refiere exclusivamente a la administración pública*

Algunas definiciones antiguas<sup>12</sup> y otras modernas<sup>13</sup> consideran que el derecho administrativo estudia la actividad de la administración pública, o lo que es lo mismo, del Poder Ejecutivo y sus órganos dependientes. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina prefiere ampliar el campo del derecho administrativo al estudio objetivo de toda la actividad de tipo administrativo, sea o no realizada por los órganos administrativos.

En realidad, la cuestión está supeditada al criterio que se adopte al definir qué es la función administrativa o la actividad administrativa: Si se interpretara que

<sup>10</sup> BIELSA, *op. cit.*, t. I, 6ª ed., p. 37.

<sup>11</sup> Conf. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, 3ª ed., pp. 40-1; 4ª ed., p. 45; *op. cit.*, t. I, p. 55; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 138 y otros.

<sup>12</sup> SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1903, p. 38; SARRIÁ, FÉLIX, *Derecho administrativo*, Córdoba, 1950, 4ª ed., p. 47.

<sup>13</sup> GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, t. I, 1961, p. 26 y ss.; DIEZ, *op. cit.*, t. I, p. 263 y ss.



sólo el Poder Ejecutivo y sus órganos dependientes realizan función administrativa regida por el derecho administrativo, entonces es coherente definir a este último de ese modo.<sup>14</sup> En cambio, si se acepta que también los Poderes Legislativo y Judicial realizan actividad de tipo administrativa sujeta a los principios de esta disciplina, entonces la conclusión contraria es inevitable. No podrá, en efecto, sostenerse que haya actividad administrativa regida por los principios del derecho administrativo y no comprendida, sin embargo, en la definición de este último.

En consecuencia, entendemos que el derecho administrativo no sólo estudia la actividad del *órgano* administración pública, sino más bien el total de la *actividad* de índole administrativa, sea que la realice el órgano administrativo o los órganos Poder Judicial o Poder Legislativo.

### 7. No sólo estudia las relaciones de la administración pública

Aun tomando al concepto de administración pública en sentido amplio —abarcando todo órgano que ejerza función administrativa, sea él o no órgano administrativo—, no sería suficiente con indicar que el derecho administrativo estudia las relaciones “entre los entes públicos y los particulares o entre aquéllos entre sí,”<sup>15</sup> porque también estudia la organización interna de la administración, su estructura orgánica y funcional, y también los medios de la actividad administrativa y la forma que ella adopta.<sup>16</sup>

Por tales razones la doctrina dominante prefiere denominar al derecho administrativo en el sentido de que abarca “la estructura y el funcionamiento de la administración y el ejercicio de la función administrativa,”<sup>17</sup> o “la organización y la actividad de la administración pública,”<sup>18</sup> o “la organización y el funcionamiento de la administración pública, así como la regulación de las relaciones interorgánicas, interadministrativas y las de las entidades administrativas con los administrados.”<sup>19</sup>

Estas definiciones, sin embargo, pecan en parte por exceso y en parte por insuficiencia. Son excesivas en cuanto enumeran los dos elementos en cuestión —organización administrativa y relaciones—, lo que puede parecer un poco superfluo si se tiene en cuenta que, dado que la organización administrativa hace al estudio del sujeto u órgano que ejerce la función administrativa, se puede abarcar ambos elementos diciendo que el derecho administrativo *estudia el ejercicio de la función administrativa*. En esta tesitura, hemos sostenido que no es necesario aclarar

<sup>14</sup> Así los autores mencionados en la nota precedente.

<sup>15</sup> VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. I, p. 77.

<sup>16</sup> ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, Milan, 1958, 8ª ed., pp. 26 y 27: “La parte del derecho público que tiene por objeto la organización, los medios y las formas de actividad de la administración pública y las consecuentes relaciones jurídicas entre la misma y los demás sujetos.”

<sup>17</sup> SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 21.

<sup>18</sup> DIEZ, *op. cit.*, t. I, p. 264.

<sup>19</sup> MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 149.

expresamente que dentro del “ejercicio de la función administrativa” se incluye el estudio del órgano que la ejerce, pues dicha inclusión es obvia.<sup>20</sup> En efecto, si no resultara claro que hablar de la actividad administrativa presupone también la consideración de la organización administrativa, *a pesar de que el autor lo diga expresamente*, entonces nada es suficiente: En tal actitud sería necesario hacer una enumeración de todas las cosas que el derecho administrativo comprende, ya que muy pocos las captarían por sí mismos en forma directa de la definición. Habría que señalar entonces que el derecho administrativo estudia la “estructura administrativa, la organización centralizada y descentralizada, la función pública, el acto administrativo, los reglamentos, los contratos administrativos, el procedimiento administrativo, la responsabilidad del Estado, el dominio público, las limitaciones a la propiedad privada...,” etc., lo que ciertamente no sería conveniente. La definición científica de una disciplina debe buscar un elemento de síntesis que en lo posible pueda ser comprensivo de todas las partes que la componen, y no por buscar mayor claridad debe caer en la mera enumeración. Justamente, la definición será una síntesis que por sí sola no es suficiente para el conocimiento de la materia, y que precisamente debe ser completada con los conocimientos que el autor proporcionará al lector en la obra.

Si, en consecuencia, los autores que incluyen la “organización” como un elemento *conceptual* del derecho administrativo, además de las “relaciones” administrativas, no están dispuestos a agregar todos los demás elementos mencionados (contratos, función pública, responsabilidad, etc.), entonces tales definiciones o son insuficientes o tienen exceso al enumerar en el concepto lo que no constituye sino elementos particulares, y no ciertamente los fundamentales de la disciplina.

### 8. *El derecho administrativo estudia el ejercicio de la función administrativa*

El elemento de síntesis que pueda reflejar adecuadamente la totalidad de las partes que componen a esta rama del derecho, es, según lo hemos expresado anteriormente, la “función administrativa.” Es de advertirse que al particularizar que nos referimos al “ejercicio de la función administrativa,” estamos comprendiendo no sólo los dos elementos cuestionados, sino también los restantes; en consecuencia, abarca:

8.1. El estudio del *sujeto* que ejerce dicha función, o sea, la administración pública centralizada y descentralizada, a través de sus *órganos* jurídicos (con los consiguientes principios de competencia, jerarquía, delegación, etc.), de los *agentes* que se desempeñan en esos órganos, y estructurada en forma de administración central (centralizada o desconcentrada), o descentralizada. (Entes autárquicos, empresas del Estado, sociedades anónimas con participación parcial o total del Estado.) También puede a veces la función pública ser delegada o atribuida a

<sup>20</sup> Lo sostuvimos en *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, 1962, 1ª ed., p. 46.

personas no estatales, y aparece en ese caso el fenómeno de las personas *públicas no estatales*. (Algunas sociedades de economía mixta, corporaciones profesionales, etc.)

8.2. El estudio de las *formas jurídicas* que dicho ejercicio presenta, es decir, los actos administrativos, los “actos de gobierno,” los “servicios públicos;” el análisis de las *facultades*, “potestades,” o “poderes” que tiene o que se le atribuyen por parte de la doctrina: Facultades discrecionales y regladas, “potestad jurisdiccional de la administración,” “poder de policía,” etc.<sup>21</sup>

8.3. El estudio de los *límites* de tales facultades, como contrapartida necesaria al ejercicio del poder en un Estado de Derecho: Los recursos y remedios del procedimiento administrativo (recursos de reconsideración, jerárquico, jerárquico menor, reclamación administrativa previa, denuncias, etc.), y las acciones y recursos del proceso judicial (acción ordinaria, acción de amparo, interdictos, recursos especiales de apelación; en el orden provincial, acciones de plena jurisdicción, de anulación, de interpretación, etc.); por último, la sanción por el agravio causado, a través de la responsabilidad de los funcionarios públicos (civil, penal, administrativa, política) y del Estado. (Responsabilidad extracontractual por hechos y actos ilícitos de sus agentes.)

8.4. El estudio de los *medios materiales* puestos a disposición de esa actividad, a través del dominio público y el dominio “privado” del Estado; en general, el estudio de la propiedad en su relación con la función administrativa, sea a través de la propiedad pública, sea a través de las limitaciones que el Estado impone a la propiedad privada (meras restricciones, servidumbres administrativas, ocupación temporánea, expropiación, etc.), sea a través de vinculaciones contractuales de contenido económico. (Los contratos administrativos.)

En otras palabras, el estudio del “ejercicio de la función administrativa” es comprensivo no sólo del *quién* ejerce la función, sino también del *cómo* y con *qué fundamento*, con *qué medios* y fundamentalmente *hasta dónde*, con qué limitaciones se la ejerce.

### 9. La protección judicial contra el ejercicio de la función administrativa

Si bien acabamos de decir que los elementos que integran la disciplina no deberían en principio ser incluidos en la definición de ésta, sino que debería buscarse una expresión que pudiera servir de síntesis a todos ellos, existen razones de otra índole que justifican aislar a uno de esos elementos y elevarlo a la categoría de caracterización conceptual de la materia.

<sup>21</sup> En general, es en este ámbito de los poderes del Estado donde se encuentran las teorías de más dudoso carácter científico.

Nos referimos a los *límites* de la actividad administrativa, y dentro de éstos en particular a la *protección judicial* del administrado frente a la administración. Aquí reside uno de los pilares esenciales de la temática del derecho administrativo: La protección del administrado contra el ejercicio irregular o abusivo de la función administrativa; si relegáramos este problema a ser uno de los aspectos secundarios de la disciplina, estaríamos quitándole a ésta una de sus notas características en el Estado de Derecho, y por lo tanto, su diferenciación con el derecho administrativo totalitario. Es, pues, muy importante destacar que el problema central de esta materia no es sólo la administración pública (su organización, sus actos, sus facultades, etc.), sino también su contraposición frente a los derechos individuales de los habitantes. Consideramos que el derecho administrativo debe estar orientado hacia el estudio de los derechos individuales y, en definitiva, de la libertad humana, y que la protección de éstos contra el ejercicio abusivo o ilegal de la función administrativa debe transformarse en una de sus más trascendentales finalidades; debe quitársele al derecho administrativo su apariencia de disciplina interesada casi exclusivamente en la administración pública y sus fines y dársele en cambio una estructura externa y conceptual que claramente represente su búsqueda consciente y constante de un equilibrio razonado entre el individuo y el Estado.

Asimismo, debe advertirse que se habla aquí de *protección judicial* y no “jurisdiccional” como lo indican otras definiciones,<sup>22</sup> las que se refieren más particularmente a la protección que existe dentro del mismo ámbito de la administración pública, en especial “lo contencioso-administrativo.” En rigor de verdad, tales definiciones son correctas para un sistema como lo es por ejemplo el francés, en que las contiendas entre los administrados y la administración son resueltas en forma definitiva por un tribunal emanado de la misma administración, que es el Consejo de Estado, pero no lo son para un sistema judicialista como el nuestro, en que tales contiendas son siempre resueltas por el Poder Judicial.<sup>23</sup> Ello no agota, por supuesto, el tema del control, ya que es necesario también instituir otros controles suplementarios, como lo explicamos en el cap. I.

### 10. *El contenido de la protección judicial*

Al tratarse de la protección judicial de los individuos contra el ejercicio ilegal o abusivo del poder de la administración, no se estudia con todo principalmente el *procedimiento* que debe seguirse ante el Tribunal judicial al impugnarse un acto administrativo, pues ello forma parte *stricto sensu* de otra disciplina científica, el *derecho procesal administrativo*, que formaría parte del derecho procesal y no

<sup>22</sup> Así LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *Traité élémentaire de droit administratif*, t. I, París, 1963, p. 30; BIELSA, RAFAEL, *op. cit.*, p. 39 y ss.

<sup>23</sup> Ello en virtud de los arts. 18 (garantía de la defensa en juicio) y 95 (prohibición al Poder Ejecutivo de ejercer funciones judiciales) de la Constitución. Ver también BOSCH, JORGE TRISTÁN, *Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública*, Buenos Aires, 1951.

del derecho administrativo.<sup>24</sup> Se estudia en cambio, fundamentalmente, aquello en que tal protección judicial difiere de la que el juez otorga habitualmente a un particular frente a otro.

10.1. Así es como se pueden impugnar y anular actos de la administración que no hayan contravenido una norma jurídica positiva, pero sean arbitrarios, desviados, de mala fe, etc.

Sin perjuicio de que lo anteriormente señalado es una caracterización importante del sistema conceptual del derecho administrativo, cabe indicar que a veces la propia legislación positiva reconoce ya estos principios, como ocurre en parte con el art. 7º del decreto-ley 19.549/72, que consagra la prohibición legal de la desviación de poder y la desproporcionalidad, tipificándolos como vicios del acto administrativo.

10.2. Así es también como debe crearse un remedio judicial o ampliar la legitimación en la acción procesal administrativa, de modo tal que el particular pueda impugnar un acto administrativo, aunque no afecte sus derechos subjetivos sino sus intereses legítimos o difusos; esta protección existe en algunos países (especialmente, España) y también en algunas provincias argentinas, en forma limitada (Córdoba, Jujuy, etc.), o amplia (Corrientes, Formosa, Mendoza, la Rioja), pero no existe en el orden nacional argentino.<sup>25</sup>

10.3. Del mismo modo, el juez, en materia administrativa, debe extremar su cuidado en proteger los derechos del administrado frente a la administración; y esto es muy importante recordarlo, pues “Los jueces de esos tribunales parecerían olvidar que tal tipo de jurisdicción se implanta, no para proteger al Estado contra el individuo, sino al individuo contra el Estado.”<sup>26</sup>

10.4. También es importante destacar de la función del juez que él tiene la trascendental misión de hacer respetar la Constitución por encima y a pesar del legislador y del administrador, pues “Las disposiciones constitucionales establecidas en garantía de la vida, la libertad y la propiedad de los habitantes del país, constituyen restricciones establecidas *principalmente contra las extralimitaciones de los poderes públicos.*”<sup>27</sup>

10.5. También debe tenerse presente que en nuestra interpretación (que es la americana en general) de la división de los poderes, corresponde al Poder Judicial el control de la actividad administrativa, a diferencia del sistema francés en que

<sup>24</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Derecho procesal administrativo*, t. I, Madrid, 1955, p. 125 y ss.; ULE, CARL HERMAN, *Verwaltungsprozessrecht*, München y Berlín, 1961, 2ª ed., p. 14 y ss.

<sup>25</sup> Ver al respecto nuestro artículo “Acerca de la revisión judicial de los actos administrativos (Confusiones que origina «lo contencioso-administrativo»),” en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1965-III, p. 111 y ss. La situación no ha cambiado, a nuestro entender, con el decreto-ley 19.549/72.

<sup>26</sup> LINARES, JUAN FRANCISCO, “Lo contencioso-administrativo en la Justicia Nacional federal,” *LL*, 94: 929.

<sup>27</sup> CSJN, *Salazar de Campo*, 1922, *Fallos*, 137: 254.

se considera que en virtud de dicha división de poderes, no corresponde que la justicia controle la actividad administrativa. De aquel principio se desprende la importante función del juez, como contrapeso fundamental de la administración pública.

De esta corta enunciación de razones que otorgan especial realce al contenido y alcance que la protección judicial tiene en el derecho administrativo, se desprende la necesidad de elevarla a la categoría de elemento fundamental de la disciplina. *No habrá derecho administrativo propio de un Estado de Derecho, mientras no haya en él una adecuada protección judicial de los administrados contra el ejercicio ilegal o abusivo de la función administrativa.*<sup>28</sup>

Por eso no compartimos una crítica que se ha hecho a nuestra definición, señalándonos que no sería posible dissociar el estudio del contenido y del procedimiento en la protección judicial del administrado, para llegar así a la conclusión de que, puesto que el procedimiento no forma parte del derecho administrativo, tampoco lo formará el contenido de la protección judicial;<sup>29</sup> no la compartimos porque cuando hablamos del “contenido” de la protección judicial nos referimos a la manera en que el sistema judicial influye o debe influir sobre el derecho de fondo. *No es lo mismo para el derecho administrativo que exista un tribunal desprendido de la propia administración pública, o un tribunal judicial para resolver las contiendas que se planteen; no es lo mismo que se admita o que se niegue la llamada “jurisdicción administrativa,” que se admita o niegue la revisión judicial de los “actos de gobierno,” de la actividad administrativa discrecional, etc.; no es lo mismo que el juez entienda que su deber es proteger a la administración, o en cambio al administrado; no es lo mismo que el administrado sólo pueda defender su derecho subjetivo, y cuando encuentre una norma positiva expresa, a que pueda defender también su interés legítimo, incluso cuando el acto es ar-*

<sup>28</sup> Como dice ADAMOVICH, LUDWIG, *Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts*, t. I, Viena, 1954, 5ª ed., p. 138, el control por órganos estrictamente judiciales, independientes, de la legalidad de la actividad administrativa, es una relación fundamental en la materia: “En esta especial relación de la administración como objeto del control, y de la Justicia como órgano de control, encuentra el moderno Estado de Derecho el medio más eficaz para... el aseguramiento del principio de la legalidad de la administración.” Ya recordamos también anteriormente la opinión de BODENHEIMER, quien da a la función de control su carácter predominante en el derecho administrativo, a punto tal que sostiene: “Debe definirse el derecho administrativo como *el derecho que se refiere a las limitaciones puestas a los poderes de los funcionarios y corporaciones administrativas*” (BODENHEIMER, EDGAR, *Teoría del derecho*, México, 1964, p. 116); y en otra parte expresa: “Esta rama del derecho tiene como misión salvaguardar los derechos de los individuos y grupos frente a invasiones indebidas por parte de los órganos administrativos. Determina y circunscribe la esfera de acción dentro de la cual deben operar los órganos administrativos; indica también los remedios que quedan abiertos a los ciudadanos en el caso de que el órgano administrativo trascienda su esfera de acción: El control ejercido por los tribunales de justicia sobre los órganos administrativos está destinado, sobre todo, a impedir, prevenir o remediar cualquier violación de los derechos individuales por actos administrativos. *La delimitación de esta área de control es, por tanto, una de las funciones más esenciales del derecho administrativo.*” (*Op. cit.*, p. 117.)

<sup>29</sup> MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 147.

bitrario o irrazonable pero no hay norma que prohíba esa arbitrariedad. Y así sucesivamente, cada una de estas trascendentales postulaciones va decidiendo automáticamente, objetivamente, el carácter autoritario o no del derecho administrativo que se define.

### 11. *Definición de derecho administrativo*

Por todo ello hemos definido al derecho administrativo como “la rama del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta.”

#### 11.1. *Rama del derecho público*

O sea, que no es un mero complejo de normas, sino una rama del conocimiento o disciplina científica, la que estudia ese complejo normativo; dentro de la distinción entre derecho público y privado, forma parte del primero.

#### 11.2. *Que estudia el ejercicio de la función administrativa*

Debe recordarse aquí que función administrativa es toda la actividad que realizan órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativos y jurisdiccionales, excluidos, respectivamente, los actos y hechos materialmente legislativos y jurisdiccionales. Por lo tanto, el derecho administrativo estudia *toda* la actividad que realizan órganos estructurados jerárquicamente o dependientes de un poder superior, y *también* la actividad del Congreso que no sea materialmente legislativa, y de órganos independientes (jueces) que no sea materialmente jurisdiccional.<sup>30</sup>

Al analizar el ejercicio de la función administrativa, se estudia no sólo la actividad administrativa en sí misma, sino también quién la ejerce (organización administrativa, agentes públicos, entidades estatales, etc.), qué formas reviste (actos administrativos, reglamentos, contratos, etc.), de qué medios se sirve (dominio público y privado del Estado), en qué atribuciones se fundamenta (“poder de policía,” facultades regladas y discrecionales de la administración, etc.), y qué límites tiene. (Recursos administrativos y judiciales, responsabilidad del Estado y de sus agentes.)

#### 11.3. *Y la protección judicial existente contra ésta*

Una de las notas diferenciales entre el derecho administrativo totalitario y el del Estado de Derecho consiste en que este último considera esencial la protección

<sup>30</sup>También corresponde al derecho administrativo el estudio del ejercicio de la función administrativa, cuando ésta aparece otorgada a entidades o instituciones públicas no estatales; en tales casos, con todo, la aplicación del derecho administrativo se limita a los aspectos que constituyen aplicación o ejercicio estricto de dicha función.



judicial del administrado frente al ejercicio ilegal o abusivo de la función administrativa, dando una especial protección judicial al individuo para compensar así las amplias atribuciones que se otorgan a la administración, y remarcando el necesario control judicial sobre la actividad administrativa, sin dejar zonas o actos excluidos del mismo.

## 12. Relaciones con el derecho civil

Las relaciones del derecho administrativo con el derecho privado en general, y con el derecho civil en particular, son de tres tipos:

12.1. Existen ciertos principios generales de la ciencia del derecho, conceptos de lógica jurídica, etc., que están en el derecho civil y también en el derecho administrativo; no se trata de que el derecho administrativo los haya tomado del derecho civil, sino tan sólo de que el derecho civil fue uno de los primeros en utilizarlos. (Así, los elementos esenciales de los hechos y actos jurídicos, los contratos, la responsabilidad, etc.)

12.2. Hay disposiciones de derecho administrativo que están contenidas en el Código Civil. (Éste determina cuáles son los bienes del dominio público, habla de expropiación, del arrendamiento de bienes públicos; dice que ciertas cuestiones son ajenas a él y se regirán por el derecho administrativo: La reglamentación del uso y goce de los bienes del dominio público, las limitaciones impuestas a la propiedad en el interés público, etc.) Tales disposiciones no son, pues, del derecho civil, y a lo sumo podría decirse que se encuentran desubicadas.

12.3. En cuanto a las reglas propiamente de derecho privado, su aplicación en el campo del derecho administrativo era muy frecuente en los orígenes de éste, pero ha ido decreciendo paulatinamente a medida que adquiría más autonomía.<sup>31</sup> Por regla general el derecho administrativo, cuando toma principios del derecho común, no los mantiene con sus caracteres iniciales, y por ello aparecen sea deformados (responsabilidad indirecta del Estado, derechos reales), sea “publicizados” (obligaciones, extinción de las obligaciones, actos jurídicos de la administración, contratos administrativos, etc.), de forma tal que ya no es posible identificarlos positivamente como principios del derecho civil.<sup>32</sup>

La afirmación frecuente de que el derecho civil se aplica en subsidio del derecho administrativo<sup>33</sup> no es del todo exacta hoy en día, pues generalmente la aplicación de las normas del derecho civil no se realiza en derecho administrativo respetando su pureza original; por el contrario, se las *integra* con los principios y normas del derecho administrativo, *conformándose* y *remodelándose*, en consecuencia, a éste. El abogado no especializado que en un caso concreto quiera recurrir supletoria-

<sup>31</sup> Comparar ZANOBINI, *op. cit.*, p. 32 y ss.

<sup>32</sup> Ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, 3ª ed., p. 43.

<sup>33</sup> Comp. BIELSA, *op. cit.*, 6ª ed., t. I, p. 159; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 171.



mente al Código Civil, deberá proceder en consecuencia con sumo cuidado, pues la doctrina, la jurisprudencia o incluso la propia práctica administrativa pueden haberle dado un sesgo distinto a la cuestión precisamente en ese caso concreto, no efectuando una aplicación lisa y llana del Código Civil.<sup>34</sup>

### 13. *Evolución y estado actual de la aplicación del derecho civil a la administración pública*

Ello se advierte muy bien cuando se considera la evolución que ha sufrido la aplicación del derecho civil como tal a la administración pública. Tradicionalmente, en efecto, han existido grandes campos de actividad de la administración que según la doctrina clásica estuvieron sometidos *exclusivamente* al derecho civil, sin ingerencia alguna del derecho administrativo, creando así una supuesta dicotomía entre ambos campos de actividad. Es así como la doctrina antigua, y los que la siguen a veces hoy en día, señaló:

13.1. Que existe una doble personalidad del estado: El Estado como persona de derecho público (o como poder público, o soberano, etc.), y el Estado como persona de derecho privado.

13.2. Que existen dos tipos de actos de la administración: Los actos administrativos, y los actos de derecho privado de la administración.<sup>35</sup>

Estas dos concepciones están hoy en día prácticamente abandonadas por la doctrina moderna, pero existen todavía algunos restos de la orientación clásica que siguen en pie:

13.3. La supuesta distinción entre dos tipos de contratos que celebra la administración: Contratos administrativos y contratos civiles;

13.4. La distinción entre dos tipos de dominio o propiedad que tendría el Estado: Dominio público y dominio privado.

Por nuestra parte, señalaremos en su momento la completa relatividad de estas dos últimas distinciones, pero aún sin entrar a considerar en esta oportunidad los argumentos que pueden indicarse al respecto, puede ya advertirse la evidente similitud que presentan con las anteriores clasificaciones. Si se habla de una “personalidad de derecho privado,” y de “actos de derecho privado” de la administración, es perfectamente coherente distinguir luego correlativamente los contratos de derecho privado de la administración y su dominio privado. Si, en cambio, se niega una supuesta doble personalidad, y se aclara que los actos

<sup>34</sup> Si bien la jurisprudencia suele hacer aplicación “supletoria” del Código Civil, ya la Corte Suprema ha aclarado que existiendo una ley de derecho administrativo, el “Código Civil... sólo es aplicable en cuanto sea compatible con los principios de aquélla.” (*Fallos, Besana*, 1938, 182: 502-547.)

<sup>35</sup> Sobre estas dos diferenciaciones pueden verse, entre los libros más viejos, *MAYER, op. cit.*, t. I, p. 184 y ss., y entre otros algo más recientes, *BIELSA, op. cit.*, t. II, 6ª ed., p. 27.

de la administración nunca son de derecho privado, mal puede luego sostenerse que exista un contrato o un dominio estatal que sea estrictamente privado.

Sin perjuicio de lo dicho sobre el tema en su oportunidad, puede recordarse aquí que la personalidad jurídica del Estado es siempre una sola, y que ésta es predominantemente de derecho público, por lo que se debe calificarla necesariamente como tal;<sup>36</sup> que los actos que emanan de los órganos administrativos están casi siempre regidos en cuanto a su competencia, voluntad y forma, por el derecho administrativo, y que sólo excepcionalmente pueden estar en parte regidos, en su objeto y nada más, por el derecho privado, por lo que la predominancia neta del derecho público obliga a calificarlos siempre como actos de derecho público, esto es, actos administrativos.<sup>37</sup>

A su vez, por lo que se refiere a los supuestos contratos civiles de la administración, es obvio que también todo lo referente a la competencia de los órganos que los celebran, al *procedimiento* de celebración, a las *formas* de concertación, etc., se rige estrictamente por el derecho público; a nadie se le ocurriría fundamentar la *competencia* de un órgano estatal para celebrar ese contrato, en la regla de la *capacidad* del Código Civil; ni afirmar que aunque la ley de contabilidad exija la *licitación pública*, pueda prescindirse de ella porque no figure en el Código Civil,<sup>38</sup> ni que si de acuerdo con el derecho administrativo es suficiente título traslativo del dominio de una tierra fiscal a manos privadas un decreto del Poder Ejecutivo, sea necesario de todos modos escritura pública,<sup>39</sup> etc. La conclusión es en definitiva la misma que respecto a los supuestos actos civiles de la administración: sólo podrán regirse por el derecho civil en lo que se refiere al objeto del acto o contrato, pero ello no quita que lo dominante siga siendo el derecho público, con lo cual no puede calificarse al contrato en su totalidad como un contrato del derecho civil. Y por lo demás, incluso la aplicación del derecho civil en el objeto mismo del acto es sumamente limitada y poco frecuente.

Por último, la distinción entre dominio público y dominio privado del Estado tiene algún basamento normativo en el Código Civil,<sup>40</sup> pero se le ha dado en la

<sup>36</sup> VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. II, p. 161 y ss.; BULLRICH, RODOLFO, *Principios generales de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1942, pp. 127-8; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 365; DIEZ, *op. cit.*, t. I, p. 287, etc. Los fundamentos constitucionales también los expusimos en nuestra *Introducción al derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 17 y ss.

<sup>37</sup> Lo hemos desarrollado en nuestro *Tratado*, t. 3, *El acto administrativo*, *op. cit.*; en igual sentido, DIEZ, *op. cit.*, t. II, p. 210; PTN, *Dictámenes*, 92: 74 y ss.

<sup>38</sup> La ley de contabilidad (decreto-ley 23.354/56) dispone en su art. 55 que " Toda compra o venta por cuenta de la Nación, así como todo contrato sobre locaciones, arrendamientos, trabajos o suministros se hará por regla general previa licitación pública," sin efectuar distinciones entre supuestos contratos administrativos y privados de la administración.

<sup>39</sup> La ley 4167 dice que el decreto del Poder Ejecutivo por el cual se vende una tierra pública tiene " fuerza de escritura pública" (art. 3º) a pesar de que intrínsecamente no lo sea.

<sup>40</sup> Ya que el art. 2340 enumera lo que denomina " bienes públicos del Estado," y el 2342 lo que llama bienes privados del Estado. Una diferencia sustancial pues, entre esta diferenciación y las anteriores, es que ésta es la única que tiene un claro sustento normativo.

actualidad una interpretación muy amplia al concepto de dominio público, que abarca todos los bienes estatales inmuebles, muebles, u objetos incorporales, y tanto que estén afectados al uso directo como indirecto de la comunidad (por ejemplo, a través de los servicios públicos), con lo que prácticamente son de excepción los casos en que se puede señalar un típico bien del “dominio privado” del Estado.

#### 14. *La transformación del derecho administrativo*

¿Esa evolución hacia el derecho público es positiva o negativa? Sería negativa si el derecho administrativo, al avanzar sobre campos antiguamente sometidos al derecho civil, lo hiciera con una aplicación rígida de sus principios clásicos; pero ello no ocurre exactamente así, sino que la tendencia contemporánea representa una suerte de transacción entre el derecho administrativo y el derecho privado.

En efecto, en la distinción de estos dos derechos a fines del siglo pasado, se consideraba típico del derecho administrativo la *supremacía* que se otorgaba a la administración, y una larga serie de privilegios y prerrogativas especiales que se le reconocían incluso sin que una ley lo dispusiera expresamente, cuando actuaba en el campo del derecho administrativo. Por el contrario, cuando actuaba en el campo del derecho privado, la administración estaba en una relación de *coordinación*, de igualdad con los administrados, y no tenía privilegios y prerrogativas. Se decía así entonces, en los viejos libros, que la administración cuando estaba como “poder público” no era responsable por los daños que causara; no necesitaba de un fundamento legal expreso para poder imponer una sanción a los administrados; no estaba sujeta a control judicial; no estaba plenamente ligada por los contratos que celebraba; podía ejecutar por sí misma y por la coacción sus propios actos, etc. Nada de ello ocurría, en cambio, cuando actuaba como “persona jurídica privada.”

Modernamente los extremos se unen: La administración actúa siempre como persona de derecho público, pero sin contar con las supremacías y privilegios que antiguamente se le reconocían sin hesitación; actualmente el Estado es responsable si comete un daño, aun actuando como persona de derecho público que es; necesita de un fundamento legal expreso para imponer sanciones; está sujeto en todos los casos al control judicial; está también obligado por los contratos que celebra, etc. Por ello, si bien el derecho administrativo gana en extensión, gana también cualitativamente al transformarse en un derecho más justo y razonable, menos arbitrario y autoritario;<sup>41</sup> de ese modo la distancia con el derecho privado, en cierto modo, se ha acortado.

<sup>41</sup> Ver sobre el punto, GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos),” en *Revista de administración pública*, Madrid, 1962, nº38, p. 159 y ss.; GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Las transformaciones del régimen administrativo*, Madrid, 1962, 2ª ed.

Sin embargo, es de advertir que estos nuevos rasgos del derecho administrativo contemporáneo no se hallan todavía suficientemente asentados, ni tampoco compartidos por algunos autores, por lo cual se encuentran todavía algunas aplicaciones indebidamente autoritarias de principios superados: Toca a los juristas de hoy y del mañana estar atentos a fin de corregir, en cada caso, las desviaciones aún existentes.

### 15. Relaciones con el derecho constitucional

De todas las ramas del derecho público, ninguna está más estrechamente ligada al derecho administrativo que el derecho constitucional; cada capítulo de derecho administrativo, se ha dicho, está encabezado por una introducción de derecho constitucional. “Ningún derecho está más subordinado y conformado a las directivas políticas del Estado que el derecho administrativo,” y por ello “el derecho administrativo tiene el carácter o la fisonomía del *derecho constitucional* de cada Estado.”<sup>42</sup> En efecto, la Constitución crea la separación de poderes (o no) y establece los límites del poder estatal en los derechos individuales: Dentro de esos lineamientos habrá de desenvolverse el derecho administrativo.

Constitución y administración se influyen recíprocamente; pero mientras que la influencia de la primera sobre la segunda es de *sistema*, la de la administración sobre ella es de *eficacia*.<sup>43</sup> La Constitución es una *estructura*, es el ordenamiento fundamental del Estado; la *administración* es un órgano<sup>44</sup> jurídico de ese Estado, y la *función administrativa* es una actividad que se realiza dentro del marco y las directivas básicas fijadas por aquella estructura. En la Constitución predomina lo estático, en la función administrativa lo dinámico; en la primera hay estructuración y establecimiento de límites, en la segunda hay expresión de actividad concreta y choque contra los límites prefijados.

Al igual que en el caso del derecho civil, hay que distinguir tres tipos de relaciones entre ambas ciencias:

15.1. Hay *principios generales de derecho* que si bien se hallan más fuertemente protegidos por encontrarse en la Constitución, no son exclusivos del derecho constitucional. (La igualdad ante la ley, la libertad de trabajo y conciencia, el que nadie será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe, etc.)

<sup>42</sup> BIELSA, *Compendio de derecho administrativo*, op. cit., p. 7. Incluso hay autores que identifican ambas disciplinas en un “Derecho del Estado,” como recuerda ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, t. I, Milán, 1971, p. 22.

<sup>43</sup> VON STEIN, LORENZ, *La Scienza della pubblica amministrazione*, Turín, 1897, p. 3; BIELSA, op. loc. cit.; GIESE, FRIEDRICCH, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1952, 3ª ed., p. 1.

<sup>44</sup> No parece que pueda hablarse de una personalidad jurídica de la administración como tal; con todo, ver GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “Verso un concetto di diritto amministrativo como diritto statutario,” en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, año 1960, n° 2/3, p. 323 y ss.

15.2. Hay disposiciones de *derecho administrativo* que están contenidas en la Constitución. (Las referentes a la expropiación, a la imposición, la prohibición de que la administración ejerza funciones jurisdiccionales, el régimen carcelario, el servicio militar obligatorio, la libertad de navegación de los ríos interiores, etc.)

15.3. En cuanto a las que se consideran típicamente de *derecho constitucional* (creación y organización de los tres poderes; facultades de los mismos; derechos individuales), su aplicación en derecho administrativo es necesaria, ineludible, y éste aparece como una prolongación de aquél; no puede prescindir de esas normas y se consustancia con ellas.

En este último aspecto, hay varias cuestiones de enorme trascendencia para la orientación que ha de asumir el derecho administrativo:

15.3.1. Si la Constitución ha establecido un Estado de Derecho, lo que se contesta averiguando si la Constitución constituye un *orden jurídico* pleno y autónomo, al cual esté *sometido* el Estado en absolutamente todas sus manifestaciones, de forma que no sea que el Estado “tenga” una Constitución, sino que “esté” en una Constitución.

15.3.2. Si los derechos individuales concedidos por la Constitución a los habitantes son auténticos *derechos subjetivos* frente al Estado como “poder.”

15.3.3. Si la violación del *fin* y la *valoración* o el *espíritu* de una norma constitucional da lugar a la inconstitucionalidad del acto estatal respectivo.<sup>45</sup>

## 16. Relaciones con el derecho de los recursos naturales<sup>46</sup>

El conjunto de los recursos naturales del Estado, básicamente aguas, tierras y minas, tienen su ámbito de regulación disperso y asistemático, encontrándose parte de él dentro del derecho administrativo, parte dentro de otras ramas del derecho y parte aún dentro de diversas ramas no jurídicas.

### 16.1. Tierras

Lo atinente a las tierras públicas y su utilización por el Estado en forma directa o indirecta es en parte estudiado por el derecho administrativo y en parte por el derecho agrario. El derecho administrativo estudia: *a)* Todo lo atinente al régimen de los recursos naturales dentro de los llamados “parques nacionales,” “reservas nacionales” y “monumentos naturales,” que tienen un régimen propio específico de derecho público; *b)* estudia también lo atinente a las tierras del dominio público stricto sensu (parque, plazas, etc., libradas al uso público directo o indirecto) como *c)* también lo atinente a las llamadas “tierras fiscales,”

<sup>45</sup> Sobre estos puntos ampliar *infra*, cap. IV, N°2-5.

<sup>46</sup> Sobre el tema de los recursos naturales, en general, ver PIGRETTI, EDUARDO A., *Teoría jurídica de los recursos naturales*, Buenos Aires, 1965, y *Derecho de los recursos naturales*, Buenos Aires, 1971.

tierras que, perteneciendo al Estado, se entregan preferentemente en planes de desarrollo agrario a colonos o campesinos. Existen aquí múltiples alternativas, entre las que cabe mencionar: 1º) La más tradicional de la subdivisión de la tierra y su entrega en propiedad a los campesinos (con el inconveniente de que al cabo de una generación la tierra generalmente no cumple ya una función social directa, pues los herederos del colono no siempre la trabajan por sí, apareciendo entonces nuevamente los fenómenos de aparcería, etc.);<sup>47</sup> ó 2º) la de su entrega en concesiones de tierra temporarias o vitalicias (con lo que, al terminar la vida del colono, la tierra revierte a manos del Estado, que puede entonces nuevamente otorgarla a quien la tierra sirva a un mejor fin útil); ó 3º) la entrega en propiedad sin subdivisión a formas cooperativas de explotación (con lo cual serán únicamente los que trabajan la tierra, si es por ejemplo una cooperativa de trabajo, los que tendrán la propiedad de la misma), etc. En estos últimos problemas el derecho administrativo linda con los temas de “reforma agraria,” “planes de colonización,” etc., en los cuales comparte el campo de acción con otras disciplinas jurídicas y no jurídicas.<sup>48</sup> Quizá el aporte más importante del derecho administrativo a este tema del derecho sea precisamente su concepción iuspublicista, que se ve como lógico que las tierras del Estado sean en forma permanente propiedad inalienable e imprescriptible de éste, y que no sean objeto de adquisición por los particulares, siguiendo con ello la concepción tradicional del dominio público del Estado; en cambio, otras formas de pensamiento, o ramas del derecho, más próximas al clásico derecho privado, sólo atinan a ver como posible la clásica entrega en propiedad a manos privadas, en forma definitiva y no controlable ya por el Estado

<sup>47</sup> Sobre este punto la experiencia es uniforme. Como observa la FAO, *La reforma agraria en Italia. Realizaciones y perspectivas*, Roma, 1961, p. 63, “Un labrador que hereda o compra un pedazo de tierra se esfuerza durante el resto de su vida en ampliar su propiedad. Pero cuando muere comienza de nuevo el proceso de subdivisión y fragmentación.”

<sup>48</sup> El fin de la reforma agraria es por lo general prevalentemente social, sin perjuicio de su incidencia económica. Las grandes extensiones de tierra son a veces explotadas en forma no maximizada, con gran cantidad de tierras de cultivo en descanso (SECRETARÍA DE LA CEPAL, *Problemas y perspectivas de la agricultura latinoamericana*, Buenos Aires, Hachette, 1965, pp. 102 y 103), pero aun admitiendo que “la mayor productividad de la tierra y el mayor rendimiento por acre suelen ser una característica del sistema de plantaciones... La necesidad de reformar el régimen de las plantaciones se debe a consideraciones de índole social, como son la necesidad de distribuir con más uniformidad la renta y de aumentar las posibilidades de progreso social.” (NACIONES UNIDAS, *Reforma agraria. Defectos de la estructura agraria que impiden el desarrollo económico*, Nueva York, 1951, p. 24; ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Problemas básicos del trabajo en las plantaciones*, Ginebra, 1950, y otros.) En suma, “las posibles ventajas económicas de la gran empresa agrícola pueden ser más que contrapesadas por perturbaciones en otras áreas de la economía y de la sociedad. Algunos fenómenos de subocupación rural y de uso no maximizado de la tierra, por ejemplo, pueden llegar a ser considerados como males menores por comparación a la intensificación de las migraciones internas, a la desocupación urbana, al crecimiento de la fuerza de trabajo en actividades no directamente productivas, y otros fenómenos semejantes.” (PALERM, ANGEL, *Observaciones sobre la reforma agraria en Italia*, Washington, 1963, p. 99.)

ni la sociedad después de transcurridos los plazos que los boletos de compraventa o las escrituras traslativas de dominio fijen.<sup>49</sup>

Desde el punto de vista de la concepción iusadministrativista, en cambio, parece más lógico que la propiedad adquirida por el Estado, por expropiación o cualquier otra forma traslativa de dominio, se mantenga en manos del Estado, y se entregue al colono solamente la concesión temporaria para el uso de la tierra, sea en forma vitalicia, sea a través de formas cooperativas, etc. En tales casos las concesiones deberán otorgar las pertinentes garantías de seguridad jurídica a los colonos, y desde luego preservar asimismo su derecho de propiedad sobre las mejoras que introduzcan, pero lo importante es que al terminar la vida útil del colono la tierra no se transmita nuevamente por sucesión a un heredero que probablemente no explotará ya directamente la tierra, sino que pueda otra vez ser entregada a aquél que de acuerdo con sus condiciones socioeconómicas más la necesite y esté en condiciones de explotarla en forma directa; el sistema actual de entrega de la tierra en propiedad al colono, aunque sea el resultado de una “reforma agraria,” no es sino una solución aparente y temporaria, pues con el transcurso del tiempo se reproduce la situación de no explotación directa, que fue lo que probablemente dio origen a la reforma agraria en primer lugar. De ese modo el objetivo de la reforma se ve destruido al cabo de una generación, y es necesario comenzar de nuevo: De allí la necesidad de cambiar de sistema, tal como lo sugerimos.

## 16.2. Aguas

Lo referente al régimen de las aguas siempre se consideró en este siglo básicamente regido por el derecho público, habiéndose inclusive acuñado el principio de que todas las aguas son públicas,<sup>50</sup> en el sentido de ser necesariamente partes integrantes del dominio público del Estado, por lo tanto, inalienables e imprescriptibles. Esta materia ha sido objeto de estudio por el derecho administrativo,

<sup>49</sup> En efecto, el colono cumple los planes de desarrollo agrario mientras es titular de un boleto de compraventa, sujeto a un régimen de revocación por incumplimiento de las condiciones bajo las cuales fue otorgado; pero una vez entregado el título de propiedad, aunque éste consigne también obligaciones determinadas, ellas de hecho no se cumplen, e incluso serían de dudosa validez frente al derecho civil. Esto se ha intentado remediar fijando plazas cada vez más largos para el otorgamiento de la escritura, que han llegado en algunos casos hasta veinticinco años; pero eso no es sino esquivar el problema real, que no es, como se advierte, entregar la tierra a perpetuidad, sino en forma temporaria, al igual que el agua.

<sup>50</sup> MARIENHOFF, MIGUEL S., *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, Buenos Aires, 1971, reedición, p. 437, quien aplicando el principio de la analogía, concluye que “en materia de «aguas» el «principio» general de nuestra legislación es que sean «públicas.»” En igual sentido, BIBLIONI, JUAN ANTONIO, *Anteproyecto de reformas al Código Civil Argentino*, t. III, Buenos Aires, 1929-1932, p. 7 y ss., enuncia el criterio de que todas las aguas son públicas, invocando al antecedente de la legislación de Indias, en que el dominio de “todas” las aguas pertenecía a la Real Corona.



y las distintas provincias ostentan sus propios Códigos o leyes de Agua como muestra de esta ubicación metodológica y jurídica del problema.<sup>51</sup>

Pensamos que la razón de ser de que las aguas hayan sido casi siempre consideradas parte del dominio público del Estado e insusceptibles de apropiación privada, bajo forma alguna, sin perjuicio de su utilización por permiso o concesión revocables, se debe justamente al haber sido siempre reguladas por esta rama del derecho público, no habiendo participado en su elaboración reciente otras ramas del derecho.

### 16.3. *Minas*

En cambio, la situación es bastante diferente con los minerales; aún dejando de lado el hecho de que ciertos minerales son considerados *ipso jure* de propiedad particular,<sup>52</sup> y sólo los de primera y segunda categoría son claramente de propiedad del Estado,<sup>53</sup> se advierten graves fallas en su régimen jurídico. Ubicados los problemas generalmente sólo en el derecho minero, tienen una obvia carencia de visión publicística: Es así como el Código de Minería es nacional, en lugar de haber códigos locales como correspondería, tratándose de un recurso regido por el derecho público y de propiedad de las Provincias; es así como el Código de Minería consagra normas de *procedimiento* administrativo minero, inconstitucionales por avanzar también sobre el ámbito provincial; es así, sobre todo, como se ha interpretado que las minas de primera categoría deben ser necesariamente explotadas por particulares,<sup>54</sup> salvo ley expresa en contrario. Con todo, la calificación de utilidad pública que el art. 13 del citado Código de Minería les otorga (con el fin obvio de hacer prevalecer el derecho del explotador o concesionario minero por sobre los derechos del superficiario), no puede incluso prevalecer por sobre el derecho de expropiación que a la Nación y a las Provincias les compete de acuerdo con sus pertinentes leyes de expropiaciones; la expropiación de minas se rige por la ley especial pertinente de derecho administrativo y no, a nuestro

<sup>51</sup> Así, Corrientes, Mendoza, Salta, Jujuy, San Juan.

<sup>52</sup> Dentro de la clasificación de las minas que establece el art. 2° del Código de Minería, se encuentran las de primera y segunda categoría, que pertenecen al Estado (incisos 1° y 2°), y las minas de tercera categoría, que pertenecen al propietario privado. (Inciso 3° y art. 5°.) Ver SILENZI DE STAGNI, ADOLFO, "Clasificación legal de las sustancias," *LL*, 13: 167 y ss.; PIGRETTI, EDUARDO A., *Código de Minería y Legislación de hidrocarburos*, Buenos Aires, 1969, 2ª ed., p. 14 y ss.

<sup>53</sup> Código de Minería, art. 2°, inc. 1° y 2°, y art. 7°.

<sup>54</sup> Código de Minería, art. 9°: "El Estado no puede explotar ni disponer de las minas, sino en los casos expresados en la presente ley." Y se ha sostenido aún, en aparente contraposición al art. 7° del Código, que el particular que pone de manifiesto una sustancia adquiere sobre ella un derecho de propiedad que excluiría la propiedad del Estado, no existiendo por lo tanto un derecho de propiedad en calidad de concesionario, sino en calidad de titular dominical de la cosa: Así PIGRETTI, *Código de Minería...*, *op. cit.*, p. 37. Este punto tiene importancia para el caso de expropiación, ya que si el derecho es emergente de una concesión, se pagará el daño emergente, pero no el lucro cesante del mineral no explotado; en cambio, si es un derecho dominical se podría pensar que hay que indemnizar también al mineral no explotado; esto último nos parece no fundado e inconstitucional.



juicio, por normas o principios de derecho minero o de cualquier otra rama del derecho privado. Fácil es advertir la inconsecuencia de pretender que la expropiación, instituto de derecho público, se rija o limite por normas o principios de derecho privado.

Esas fisuras han ido siendo parcialmente corregidas a través de leyes dispersas nacionales, que han transferido del dominio de las Provincias al dominio de la Nación (quitándolos igualmente de la explotación de manos privadas) distintos minerales de primera categoría: Gas, carbón, petróleo, con la llamada nacionalización de los hidrocarburos;<sup>55</sup> yacimientos de diversos minerales, en forma aislada,<sup>56</sup> etc. No se ha avanzado, en cambio, hacia la nacionalización o provincialización y consiguiente desprivatización, de recursos mineros importantes, como son el hierro, el cobre, etc. Otros países tienen dado en este sentido avances notorios en relación al nuestro.<sup>57</sup>

En suma, estimamos que el derecho minero debe ser contemplado como parte del derecho público,<sup>58</sup> en estrecha relación con el derecho administrativo, y compartiendo con éste muchos de sus principios. Para ello será necesario un cambio de mentalidad en la interpretación del Código, por una parte, y un cambio de legislación misma, por el otro. Mientras ello no ocurra subsistirá la evidente disfuncionalidad del sistema global de los recursos naturales, por su tratamiento asistemático y no coherente de los diversos elementos que lo componen.

<sup>55</sup> La ley de hidrocarburos, n° 17.319, del año 1967, establece en su art. 1° que “los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos situados en el territorio de la República y en su plataforma continental, pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado nacional,” y que pueden ser explotados por empresas estatales. (Art. 2°.) Anteriormente al decreto-ley 17.319, la ley 14.773 disponía ya que “los yacimientos de hidrocarburos sólidos, líquidos y gaseosos existentes en el territorio de la República Argentina y los de su plataforma submarina son bienes exclusivos, imprescindibles e inalienables del Estado nacional.” Ver OYHANARTE, JULIO, “Régimen constitucional de las fuentes de energía,” *LL*, 88: 863; PIGRETTI, *Código de Minería...*, *op. cit.*, p. 476 y ss.

<sup>56</sup> A partir de 1935 la ley 11.668 (precedida de las leyes 7059 y 9664, de reservas petrolíferas en Comodoro Rivadavia) consagra la explotación por el Estado de los yacimientos petrolíferos, complementada por la ley 12.161 y toda la legislación posterior. También fueron creados por ley diversos entes estatales para la realización de actividades mineras, tales como la Dirección General de Fabricaciones Militares, ley 12.709; la Sociedad Mixta Siderurgia Argentina, SOMISA, ley 12.987; la Comisión Nacional de Energía Atómica: Yacimientos Mineros de Aguas de Dionisio, YMAD, ley 14.771, etc.

<sup>57</sup> Es típico el caso de Chile, con la reforma constitucional de 1967 y la de 1971, respecto del inciso 10 del art. 10 de la Constitución. Sobre la evolución del problema en Chile véase ESCALABALTRA, ENRIQUE, *El dominio del Estado sobre las minas*, Santiago de Chile, 1965; BRUNA VARGAS, AUGUSTO, *Evolución histórica del dominio del Estado en materia minera*, Santiago de Chile, 1971, ambos de la Editorial Jurídica de Chile; NOVOA MONREAL, EDUARDO, *La nacionalización chilena del cobre. Comentarios y documentos*, Santiago de Chile, Quimantú, 1972.

<sup>58</sup> Entendemos, pues, que debe abandonarse la concepción según la cual el derecho minero es una rama del derecho privado, como puede verse, por ejemplo, en URIBE HERRERA, ARMANDO, *Manual de derecho de minería*, Santiago de Chile, 1968, 3ª ed., p. 11. Todo lo atinente a la propiedad minera como concesión administrativa, a la expropiación de las minas, a la caducidad de la concesión, etc., tiene como es obvio una ubicación y solución distinta si se lo analiza como problema de derecho público, en íntima vinculación al derecho administrativo, que si se lo analiza como supuesto problema de derecho privado, análogo entonces a los planteamientos y soluciones del derecho civil.