

# El Derecho Administrativo

## Concepto y Naturaleza

Tomás Hutchinson\*

Abogado y Magistrado Argentino

### I. PRELIMINAR

El Estado, que ha visto crecer ininterrumpidamente su campo de actuación —y con ello sus atribuciones—, se ha encontrado en la necesidad de llamar a participar de su "poder" a grupos sociales o intermedios, tratando de asociarlos a sus tareas más que imponerse a ellos.

Como consecuencia de ello, se hizo necesario dotar a cierto tipo de entes de prerrogativas exorbitantes al Derecho privado, que les permitieran cumplir, con la mayor eficacia, las funciones asignadas; circunstancia, esta última, que se vincula con la problemática general de la publicidad del Derecho, fenómeno universal en la época moderna.

La cuestión bajo análisis, obviamente, se vincula con la cuestión del rol que actualmente cumple el Estado en la comunidad y que se manifiesta con la ampliación de sus funciones; y con la atribución de otras que les son propias a personas jurídicas diferenciadas.

Que la Administración Pública no gestiona por sí misma todas las funciones de que es titular es una verdad evidente. Para satisfacer las exigencias que en ocasiones se le presentan para la organización de ciertos intereses de la sociedad, se acudió a la técnica de reconocerles a algunos entes —como es el caso de los colegios profesionales— ciertas atribuciones propias del Estado, en virtud de las cuales la gestión de los intereses de la profesión como grupo se entregan a estos entes bajo ciertas condiciones, reteniendo el Estado la titularidad última de la atribución concedida y con ello las potestades de policía necesarias.

(\*) Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Buenos Aires-Argentina); Director del Curso de post-graduación en Derecho Administrativo y Administración Pública en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina).

Este ejercicio por el colegio profesional de las potestades de policía delegadas, se traduce en actos (imposición de sanciones, p. ej.), cuya virtud y eficacia es la misma que si hubieran sido dictadas por la Administración delegante. Se trata, en el caso, de verdaderos actos administrativos, en la medida en que el colegio profesional *actúe en lugar* de la Administración.

Este fenómeno de delegación se produce también fuera del campo de estos colegios —p. ej. en la concesión de servicios públicos— y con similares efectos<sup>1</sup>. El "delegado" actúa en el ámbito de la "delegación" como si fuera la propia Administración Pública "delegante". Dentro de este concreto ámbito, las relaciones jurídicas que se traten entre el delegado y los particulares serán también administrativas, aunque éste formalmente sea un ente privado o público, no estatal.

No parece ocioso, entonces, el tratamiento del posible ejercicio de la función administrativa de estos entes, tanto más que la postura que sobre esta cuestión se adopte incide directamente en el posible arribo del criterio subjetivo<sup>2</sup> como delimitador del concepto de Administración Pública, y, por ende, un ensanchamiento del concepto de Derecho Administrativo.

### II. FUNCION ADMINISTRATIVA DE CIERTOS ENTES PRIVADOS

#### 1. Posibilidad de que ejerzan función administrativa.

1. Hutchinson: "Las cooperativas prestatarias de servicios públicos. Algunos aspectos de su régimen jurídico", en la obra colectiva "Las cooperativas de servicios públicos. Un enfoque jurídico", ed. Intercoop, Bs. As. 1987, pág. 114.

2. Lo que ha encontrado recepción en nuestro Derecho. Ver SUPREMA CORTE de la Provincia de Buenos Aires, causa 48.160 "Villar de Puenzo" del 20-II-84, en La Ley 1984-D-141. Ver, al respecto, el comentario de Grecco, Carlos, "Impugnación judicial contra actos administrativos del Poder Judicial", La Ley, 1984-D-141.

Que los particulares están llamados a desempeñar un importante papel en el campo del Derecho Administrativo, no ya como administrados<sup>3</sup> simples, o incluso como administrados calificados, sino como sujetos activos y ejecutores de la actividad administrativa –junto con la Administración Pública y como sustitutos o auxiliares de la misma– es algo indiscutible en nuestra realidad actual. La creciente complejidad en la vida social y la gran expansión de los fines administrativos llevan a ello. Pues bien, en este plano es necesario situar la figura de estos entes, que implica la realización de función administrativa por particulares.

Un ejemplo de ello lo demuestra el hecho de que en nuestro derecho provincial, las corporaciones o colegios que regulan la actividad profesional han pasado a ocupar un lugar preponderante, ya que, por disposición estatal han tomado a su cargo el control del ejercicio de la profesión, este hecho de la realidad también ha encontrado recepción, últimamente, en el orden nacional<sup>4</sup>.

El análisis de las distintas posiciones asumidas por los doctrinarios sobre el tema, ofrece, como en la mayoría de los asuntos de nuestra materia, dificultades serias. Algunas veces ellas se deben al hecho de que no se tiene presente el criterio rector que inspira al autor, otras, las más, obedecen a problemas de índole metodológico o terminológico.

Esas dificultades se presentan en el tema que nos toca tratar agravadas por la circunstancia de que gozan estos entes de ciertas prerrogativas ajenas al ámbito del Derecho privado. Algunos autores, a pesar de ello, las consideran ajenas a los conceptos y principios tradicionales del Derecho Administrativo –Derecho *solamente* de la Administración Pública– Por ello se acude frecuentemente a la remanida frase de la "crisis del Derecho Administrativo" sin recabar que dicha "crisis" no es nada más que una parte de la que afecta a todo el sistema de valores y creencias recibidas y que se eleva, por ello, a elemento definitivo y global de la sociedad actual y de cada una de sus manifestaciones.

No podemos seguir abordando el tema sin partir del concepto mismo de función administrativa, puesto que de su extensión, depende a quien o a quienes se les reconoce su ejercicio. Es aquí donde nos encontramos con la primera dificultad, en la me-

da en que salvo raras excepciones<sup>5</sup>, el análisis y determinación del concepto de función administrativa, es referido exclusivamente al Poder Ejecutivo. No sólo se excluye de su tratamiento a entes como los que nos ocupan, sino que también se lo hace con las funciones administrativas de los Poderes Legislativo y Judicial<sup>6</sup>, y con entes típicamente estatales<sup>7</sup> que prestan un servicio público<sup>8</sup>.

## 2. Criterios para definir la función administrativa

Según el criterio que se adopta para definir la función administrativa, variará la conclusión respecto a si entes que no son estatales la ejercen o no. Es lógico que no va ser lo mismo si se adopta un criterio material, que si se acepta uno mixto o un criterio orgánico. Cabe aclarar que difícilmente encontraremos criterios puros –material u orgánicos– para definir a la función administrativa, sino primordialmente material u orgánico. Esto último dificulta la sistematización; sin embargo, partiendo de los principios generales, podemos tratar de sintetizar las principales doctrinas al respecto.

### 2.1.- Doctrina negativa

Encontramos aquí la opinión mayoritaria en nuestro país. Agrupando las distintas posiciones sobre la base de los argumentos que se invoca, puede advertirse que la mayor parte se basa en la circunstancia de que: a) los entes privados no integran los cuadros de la Administración. Aquí encontramos a Marienhoff y Diez. Puede verificarse en esta postura algunas contradicciones. Así, el primero adopta un criterio material de función administrativa –lo que presupone, por lo menos, que los otros poderes del Estado ejercen dicha función– y luego sostiene que los entes no estatales no la ejercen porque no integran la Administración –lo que implícitamente también excluye a los otros Poderes del Estado<sup>9</sup>– y b) no son órganos estatales. Así Fiorini<sup>10</sup> y Escola<sup>11</sup>.

5. Linares, Juan F.: "Fundamentos de Derecho Administrativo", Bs. As. 1975, págs. 27 a 28; 44 a 66; Gordillo, Agustín: "Tratado de Derecho Administrativo" t. I, Cap. VII.

6. Hutchinson, Tomás: "El Poder Judicial y su función administrativa" R.A.D.A. 13:35.

7. Por ser totalmente estatales. Ver Cam. Nac. Apel. Cont. Adm. Fed., sala IV, voto mayoritario, causa 8381, "Gas del Estado c/Ultraocean" del 26-III-85.

8. Cam. Nac. Apel. Cont. Adm. Fed., Sala IV, voto mayoritario en las causas 8135 "Transportadora de Caudales Zubdesa" del 4-VII-85; 12.908 "Prieto de Zárate" del 19-XII-86.

9. Un ejemplo de esta posición la encontramos en la posición mayoritaria de la Cam. Nac. Apel. Cont. Adm. Fed., Sala III, causa 5272 "Alonso" del 16-II-83.

10. Fiorini, Bartolomé.: "Teoría jurídica del acto administrativo", Bs. As., 1969, págs. 13, 18 y 19.

11. Escola, Héctor: "Tratado general de procedimiento administrativo", Bs. As., 1973, pág. 1

3. Empleamos el término "administrado" por respetar el uso común, aunque es preferible el vocablo "particular" pues se "administran" bienes, cosas, etc. 'pero no personas'.

4. Con la creación del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, resistido por algunos abogados, a tal punto que hubo varios juicios planteando la inconstitucionalidad de la ley de creación.

Pensamos que quienes así opinan caen en una petición de principios. Ello en la medida en que comienzan por definir a la función administrativa como la propia de tales órganos; luego quien no reviste ese carácter no puede ejercerla. Así, se da por sentado lo que es, precisamente, el tema a investigar.

Como crítica conjunta a estas doctrinas negativas, podemos decir que las mismas no pueden resolver el problema de haber sido investidos estos entes de prerrogativas ajenas al Derecho privado - facultad de suspender el servicio, cobrar por vía de apremio, etc.- como propias y derivadas del poder de imperio de Derecho Público.

## 2.2.- Doctrina positiva

En la doctrina nacional quienes más se han ocupado del tema son Gordillo y Linares. Si bien no hay identidad absoluta entre ellos, lo cierto es que el argumento básico está dado por el hecho de que ciertos entes y aún personas privadas, gozan de prerrogativas exorbitantes al Derecho privado y que son típica manifestación del poder de imperio<sup>12</sup>.

Es de destacar que esta doctrina considera que el ejercicio de la función administrativa de estos entes no constituye la regla respecto de todos sus actos, "...sólo pueden considerarse como tales aquellos que aparezcan claramente como una derivación expresa de la potestad pública"<sup>13</sup>. De lo que resulta que no en todo momento ejercerán función administrativa, sino solamente en aquellas oportunidades en que ejercieran las prerrogativas de derecho público que le fueron conferidas por el Estado.

A semejanza de lo que ocurre entre los autores que adoptan la tesis negativa, aquí tampoco encontramos identidad en cuanto a los criterios adoptados para definir la función administrativa. Así, mientras Linares sigue básicamente un criterio material, aunque con elementos residuales<sup>14</sup>. Gordillo adopta un criterio mixto u orgánico-material<sup>15</sup>.

## 2.3.- Doctrina ecléctica

Quizás no sea el título más apropiado para caracterizar a esta doctrina, pero no cabe duda que la misma lleva un apartamiento de las dos posturas más radicales. Parte de la idea de que la actuación de los entes no estatales no es ajena a las regulaciones del Derecho Público y, más específicamente, del Derecho Administrativo.

12. Gordillo: "El acto administrativo", 2a, ed. págs. 41 y ss.

13. Gordillo "Tratado...", cit., t. III, págs. 1-15 y ss.

14. Linares: "Fundamentos...", cit. pág. 66.

15. Gordillo, "Tratado...", cit., t. I, pág. VII-42.

Para ello, tienen en cuenta que dentro del ámbito de este Derecho, quedan incluidas, no sólo la regulación de las relaciones que tales entes pueden mantener con la Administración central, sino también con los particulares<sup>16</sup>, llegando incluso, a tener facultades de regulación normativa de los derechos subjetivos e intereses legítimos de aquellos. Este reconocimiento no lleva a esta doctrina, sin embargo, como consecuencia, a aceptar que dicten actos administrativos, basándose en la imposibilidad de englobar los actos de los órganos estatales y de los no estatales, en un régimen jurídico uniforme<sup>17</sup>.

La solución se encuentra, entonces, en la ruptura de la ecuación Derecho Administrativo - Administración Pública. Si ésta, y consiguientemente la función administrativa fueron el eje, en torno al cual se edificó el andamiaje del Derecho Administrativo, ahora el campo de éste se ha ido ampliando hasta rebasar el contenido de la función administrativa<sup>18</sup>.

Es decir, en lugar de ampliarse el contenido del concepto tradicional de función administrativa - como hace la doctrina positiva - acá se mantiene restringida esa noción y se amplía el contenido del Derecho Administrativo. Resumiendo: la actividad de los entes públicos no estatales, no es función administrativa, pero, de todos modos, está encuadrada en el ámbito del Derecho Administrativo.

## 2.4.- Nuestra posición

Es evidente que no podemos quedarnos con la simple afirmación del nombre de la función; en este sentido no tiene trascendencia que llamemos a la función administrativa o no. Lo importante, lo que sí tiene trascendencia es el régimen jurídico que viene detrás de la calificación. Si contáramos con un régimen jurídico definido, no interesaría cómo denominamos a la actividad que realizan. Pero si no contamos con tal régimen jurídico, ¿Cuál hemos de aplicar? ¿Los principios del Derecho Privado? ¿Los propios del Derecho Público?

Si nos encontramos con un ente que, por disposición del propio Estado, ejerce sobre los particulares facultades que implican limitaciones de la órbita de sus derechos subjetivos, que ejercen prerrogativas que sólo encuentran su fundamento en el típico poder del imperio del Estado y del Derecho Administrativo que regula su actuación, la aplicabilidad del Derecho privado, para regular el ejercicio de las mentadas facultades, debe ser descartado.

16. Cassagne: "El acto...", pág. 70.

17. Cassagne: *Ibidem*, pág. 95.

18. Cassagne: *Ibidem*, cit., pág. 67.

Por otra parte, ¿Cambia la naturaleza de la función por la circunstancia de que la ejerza el Estado directamente o un ente no estatal? ¿Qué diferencia existe entre el acto por el cual un ente estatal factura el servicio de electricidad y luego ejecuta por apremio el pago o que la misma conducta provenga de una cooperativa de servicios eléctricos? Evidentemente, a primera vista, no hay ninguna diferencia. ¿Por qué entonces en un caso habremos de considerar a la función administrativa y en el otro no? El contenido del acto es el mismo, los efectos también lo son, están sujetos a un mismo o similar régimen jurídico. Conviene aclarar, sin embargo, con respecto a esto último, que el hecho de que sostengamos que estos entes no estatales ejercen función administrativa y que dictan actos administrativos, que se rigen por los principios jurídicos propios del Derecho Administrativo, no implica necesariamente, que han de serles aplicables los mismos textos positivos, ni que aquellos principios han de ser aplicados con la misma intensidad a unos que otros. Concluyamos que ello no obsta a lo que dijéramos respecto al tipo de actividad que realizan, cuando ejercen las prerrogativas de poder, toda vez que es admisible un concepto de función administrativa comprensivo de regímenes diferenciados.

Aquella misma doctrina que adopta una postura crítica frente a la consideración administrativa de estas funciones, no acierta en el encuadramiento de estas entidades en relación con la Administración pública de cobertura. A nuestro juicio, la explicación adecuada nos la ofrece el concepto jurídico genérico de la "delegación" administrativa, en el que, por descontado, tienen cabida todas las entidades que presten servicios públicos, calificadas de públicas –un tanto precipitadamente– por alguna doctrina, pese a tener una base privada inequívoca y un origen también muchas veces privado; siendo el derecho privado el que regula el régimen jurídico de su actividad común, quedando los aspectos administrativos reducidos a la función administrativa que cumplen. No hay razón para no encuadrar, a estas personas claramente privadas que, no obstante, realizan alguna suerte de función administrativa, dentro de la rúbrica común de "sustitutos" administrativos.

### 3. Diversidad entre Administración-sujeto y Administración-función.

Del análisis, anterior, surge con claridad la necesidad de distinguir diversos empleos del vocablo "administración".

El concepto Administración, y por ende administrativo, tiene una doble significación: a) un aspecto subjetivo, estructural, de organización y funcionamiento interno, esto es su naturaleza y condición en cuanto sujeto y b) su actividad, sus funciones, el régimen jurídico de sus actos.

La cuestión radica en que estas dos calificaciones: Administración-sujeto y Administración-función, no siempre coinciden: no todo sujeto administrativo actúa siempre por la Administración-sujeto.

Ahora bien, sucede que toda Administración-sujeto está sometida en su estructura, organización y funcionamiento interno al Derecho Administrativo –con sus privilegios en más y en menos–, aún cuando parte o toda la actividad a que dicho funcionamiento se encamine sea "privada"; así, en materia contractual, todo el largo procedimiento de la formación de la "voluntad" y habilitación del gasto es siempre regulado por el Derecho Administrativo, aún cuando el contrato sea de Derecho privado.

En cambio, cuando el ente no tiene esta condición de Administración-sujeto no es aplicable, a su estructura, organización y funcionamiento interno el Derecho Administrativo, más que en la medida en que está expresamente contenido en su estatuto legal o sea consecuencia directa del desempeño de funciones públicas encomendadas al ente; pero si se encamina a actividades de defensa de sus propios derechos o intereses de carácter privado, tal régimen les es inaplicable.

Todo lo expuesto nos lleva a replantear el concepto del Derecho Administrativo. De ello nos ocuparemos ahora.

## III. EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA FUNCION ADMINISTRATIVA

### 1. El Derecho Administrativo es el Derecho propio de quienes ejercen la función administrativa.

Un Derecho general se refiere y es aplicable a toda clase de sujetos; es el caso del Derecho civil. Hay otros Derechos, en cambio, que sólo regulan las relaciones de ciertas clases de sujetos, en cuanto sujetos singulares o específicos, sustrayéndolos en ciertos aspectos, al imperio del Derecho común, a este Derecho suele llamarsele *estatutario*. El Derecho canónico es un ejemplo claro, pues no se refiere a una abstracta función sacral, sino que regula las relaciones jurídicas de unos entes específicos. Por esta razón en el Derecho canónico figuran preceptos sobre propiedad, prescripción, penas, etc.. El propio Derecho mercantil ha sido, también, un Derecho estatutario típico en su origen y desarrollo -derecho de los mercaderes-, pero a partir de la Revolución Francesa y la codificación napoleónica, el Derecho mercantil se transformó en un Derecho de base objetiva, regulador de los actos de comercio, aunque últimamente tiende a ser considerado como un nuevo Derecho de base subjetiva, de carácter estatutario, como Derecho propio de las empresas mercantiles.

Algo semejante sucede con el Derecho Administrativo, que no es el Derecho propio de unos órganos o un poder, sino el Derecho propio de una función, la *función administrativa*<sup>19</sup>, sustrayendo a los sujetos que la ejercen del Derecho común.

## 2. Es un Derecho Público común de la Administración Pública.

El Derecho Administrativo es un Derecho Público y constituye una de sus ramas más importantes. Siendo la Administración el instrumento de relación permanente y general con los ciudadanos, es lícito decir que el Derecho Administrativo es el Derecho Público interno del Estado por excelencia.

Todas las instituciones del Derecho Administrativo están marcadas por la regulación básica del poder y de la libertad que se contienen en la Constitución. Es un Derecho referido a un tipo determinado de sujetos: los que cumplen la función administrativa y, dentro de éstos preferentemente, (pero no únicamente), las Administraciones Públicas -nacional, provinciales y municipales-. Ello quiere decir que el Derecho Administrativo tiene que atender básicamente a las exigencias que estos sujetos presentan para su desenvolvimiento jurídico normal.

Así pues, el Derecho Administrativo tiende a cubrir todas las posibles zonas en que se mueven quienes cumplen una función administrativa, incluso aquellas zonas que constituyen el objeto de regulación de otros Derechos. Así pues, lo mismo que hay un Derecho Procesal o un Derecho Penal, hay también un Derecho Procesal Administrativo, o un Derecho Administrativo Penal. El proceso, las penas o sanciones, los contratos, la propiedad, la responsabilidad, las servidumbres, etc., en fin, todas las instituciones y técnicas propias de los Derechos comunes sufren, cuando inciden sobre los sujetos que cumplen una función administrativa, un proceso de modificación o modulación para adaptarse a las especiales características de la función que cumplen, dando así lugar al contrato administrativo, la responsabilidad administrativa, etc..

El Derecho Administrativo resulta así el Derecho común de las Administraciones Públicas (en tanto que las *funciones no administrativas* de las Administraciones Públicas son casi inexistentes) y derecho de excepción de los otros sujetos, aplicable sólo cuando cumplen una función administrativa (porque en el caso de éstos últimos *es ésta una actividad que no es única ni preponderante*).

## 3. Derecho común y no Derecho especial

19. Debbasch, Charles: "Institutions de Droit Administratif", Presse Universitaire de France, Tomo I, pág. 73.

La afirmación de que es un Derecho común hay que entenderla como opuesta a la expresión Derecho especial. El Derecho Comercial no es un Derecho común, sino un Derecho especial, ya que en las materias que el mismo no regula se aplica el Derecho Civil. En el Derecho Administrativo la solución es completamente distinta: cuando en él hay una laguna, éste se integra con sus propios principios sin necesidad de acudir a otros Derechos<sup>20</sup>. Es decir, que es capaz de autointegrar sus propias lagunas sobre la base de sus propios principios generales, sin perjuicio de que estos principios remitan con frecuencia a los criterios jurídicos generales formulados o desarrollados primeramente por el Derecho Civil<sup>21</sup>. Los principios generales del Derecho son una condensación de grandes valores jurídicos materiales que constituyen el *substractum* mismo del ordenamiento y la experiencia reiterada de la vida jurídica.

El Derecho Administrativo, en cuanto derecho común, no está formado solamente por normas positivas sino también por principios generales, que sirven para articular, interpretar o completar esas normas, a las que acompañan, formando en torno a ellas un aura inseparable. Los principios generales deben aplicarse con mayor razón en el Derecho Administrativo, pues este es el campo más fértil de la legislación contingente y ocasional<sup>22</sup>.

## IV. CONCLUSION

La realidad que hemos descrito nos demuestra la insuficiencia de ciertos criterios para definir al Derecho Administrativo. Así, ya no puede aceptarse que éste sea sólo el regulador de la actividad del Poder Ejecutivo<sup>23</sup>, ni tampoco que el "objeto" del Derecho Administrativo sea sólo la Administración Pública<sup>24</sup>.

El Derecho Administrativo es el conjunto de normas y principios que regulan el ejercicio de una de las funciones del "poder": la función administrativa. Estudia, pues, *el régimen jurídico aplicable a la función administrativa*. Como abarca el estudio de la función administrativa, se ocupa de quién la ejerce

20. Ver p. ej. ley 3560 "Código de Procedimientos Administrativos de la Provincia de Corrientes", art. 8º.

21. Son principios generales de todo el Derecho y no sólo del Derecho Civil. Ver García de Enterría, "La lucha contra las inmundades del poder", Madrid, 1983, pág. 42.

22. Cassagne, Juan Carlos: "Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo", pág. 81.

23. Santamaría de Paredes, "Curso de Derecho Administrativo según los principios generales y la legislación actual de España", ed. 1903, pág. 38; Sarria, Félix, "Derecho Administrativo", pág. 47.

24. Marienhoff, Miguel S.: "Tratado de Derecho Administrativo" 2a. ed. t. I, pág. 144.

(los sujetos administrativos), cómo se la ejerce (formas jurídicas administrativas), con qué medios, con qué atribuciones o facultades y con qué alcances.

Atendiendo a su esencia, el Derecho Administrativo se nos presenta como una estructura dialéctica integrada por dos principios: por un lado potestad-

prerrogativas, por otro libertad-garantías<sup>25</sup>, de ahí el intento permanente de hacer compatibles ambos principios. Y ello se logra en función de una idea trascendente: el bien común.

25. Frugone Schiavone, Héctor: "Algunas premisas fundamentales para el estudio del Derecho Administrativo" en revista Uruguay de Estudios Administrativos, nº 1, 1981, pág. 65.

