

## CAPÍTULO V

### LOS ÓRGANOS DEL ESTADO

#### SUMARIO

1. Concepto de órgano.....	163
2. El órgano y el ente al que pertenece.....	164
3. El órgano y el funcionario .....	164
4. La actuación del órgano.....	165
4.1. Criterio subjetivo .....	165
4.2. Criterio objetivo .....	165
5. El criterio jurisprudencial.....	166
6. La competencia .....	167
7. Distinción entre competencia y ejercicio de la función.....	169
8. Clasificación de la competencia.....	170
8.1. En razón de la materia.....	170
8.2. En razón del territorio.....	171
8.3. En razón del tiempo.....	171
8.4. En razón del grado.....	172
9. Delegación .....	174
10. Admisibilidad y caracteres de la delegación .....	176
10.1. Revocación de la delegación de competencia.....	177
10.2. Relaciones del delegante y el delegado.....	177
10.3. Responsabilidad del delegante y del delegado .....	177
10.4. Contralor por el delegante .....	177
11. La avocación.....	177
11.1. Comparación general con la delegación .....	178
11.2. Procedencia de la avocación .....	179
11.3. Conclusiones comparativas .....	179
12. La jerarquía .....	180



*Capítulo V*  
**LOS ÓRGANOS DEL ESTADO**

1. *Concepto de órgano*

Las entidades estatales manifiestan su actividad y su voluntad a través de sus órganos; el concepto de órgano sirve, pues, para imputar a la entidad de que el órgano forma parte el hecho o la manifestación de voluntad expresada por éste en su nombre.

1.1. Según algunos autores, el órgano es un conjunto de atribuciones o de competencias (algo así como un “cargo” “office,” “ufficio,” “Amt,” etc.) que será luego desempeñado o ejercido por una persona física determinada (el funcionario o agente del Estado), la que, al expresar su voluntad o realizar su actuación dentro del marco de las atribuciones o funciones que le han sido conferidas, produce la mencionada imputación. En este concepto se distingue entre el “órgano jurídico” (el conjunto de competencias) y el “órgano físico” (la persona llamada a ejercer esas competencias) o, en otra terminología, entre el “órgano-institución” y el “órgano-individuo.”<sup>1</sup>

1.2. Según otros autores, el órgano sería en realidad la suma de los dos elementos anteriormente mencionados; comprendería el cúmulo de las funciones individualizadas y la o las personas llamadas a ejercerlas.<sup>2</sup> Nosotros adoptaremos aquí el primer concepto, pues permite diferenciar más precisamente los derechos y deberes del ser humano llamado a desempeñarse en la función.

<sup>1</sup> En este sentido ver nuestra *Introducción al derecho administrativo*, *op. cit.*, 1ª ed., p. 10 y ss.; VILLEGAS BASAVILBASO, t. 2, *op. cit.*, p. 530 y ss.; ver también TREVILJANO FOS, JOSÉ ANTONIO, *Principios jurídicos de la organización administrativa*, Madrid, 1957, p. 88.

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

En otras palabras, estamos frente a situaciones que no se confunden; una es la repartición de atribuciones en diferentes unidades, otra es la imputación de una conducta al Estado,<sup>3</sup> una tercera es la situación del funcionario.<sup>4</sup>

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

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

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

## 3. *El órgano y el funcionario*

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

No ocurre lo mismo con el órgano físico, esto es, la persona física llamada a ejercer la función que constituye el órgano jurídico. El funcionario, en efecto, tiene dos voluntades y dos situaciones distintas según sea el modo de su actuación:

a) Su voluntad en cuanto persona y sus derechos y deberes en cuanto funcionario frente al Estado, y

b) su voluntad orgánica, en cuanto desempeña la competencia estatal.

<sup>3</sup> BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*, San Pablo, 1972, p. 66, quien además analiza el problema de la repartición de atribuciones en distintos "cargos." (*Op. cit.*, p. 17 y ss.)

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

<sup>5</sup> SILVESTORI, *op. cit.*, pp. 17-8.

En el primer caso el funcionario puede tener derechos contrapuestos con el Estado, y se lo considera un sujeto de derecho diferenciado de él; en el segundo el funcionario se subsume dentro del órgano jurídico, y en cuanto titular del mismo, no tiene, según ya dijimos, derechos o deberes contrapuestos con el Estado, sino meramente competencias que le han sido asignadas y que desempeñará en su nombre; no tiene tampoco, en consecuencia, una personalidad diferenciada de la del Estado.

#### 4. *La actuación del órgano*

Dado, pues, que el órgano físico puede actuar como titular del órgano jurídico—caso en el cual su voluntad se considera como la voluntad estatal— o fuera de la función que se le ha asignado, como sujeto de derecho diferenciado del Estado, interesa saber qué criterio habrá de seguirse para establecer cuándo el funcionario actúa como órgano del Estado y cuándo no.

Para establecer esa diferencia existen básicamente dos criterios:

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

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

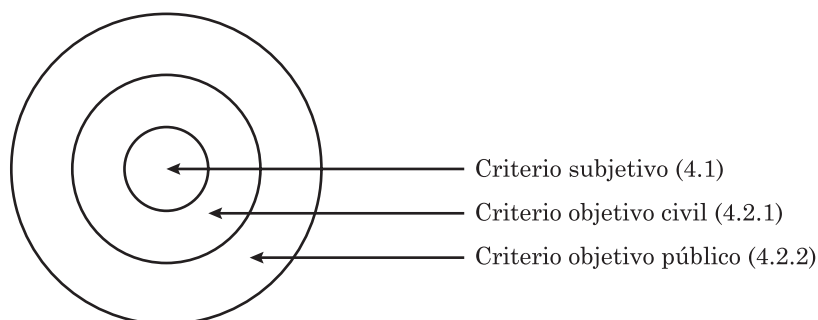
4.2.1. En una posición, que es la que a veces adopta la legislación civil, se estima que el órgano físico ha actuado como órgano jurídico de la institución siempre que haya actuado dentro del límite de sus *atribuciones legales*, esto es, siempre que haya actuado legítimamente, respetando la competencia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

4.2.2. En una segunda posición, propia del derecho público y generalmente prevalente en éste, se considera que *la legitimidad* del acto no es el elemento primordial para decidir si él es o no un acto estatal por haber emanado de un órgano suyo; se entiende, en cambio, que debe atenderse únicamente a la *aparición externa* del acto o hecho, a su *reconocibilidad exterior* como un hecho o acto propio de la función atribuida al órgano, haya sido ella ejercida regular o irregularmente. De este modo, basta con establecer que la actuación del funcio-

nario se ha referido a una tarea que era propia de su función, para decidir que ha actuado como órgano jurídico del Estado, y que, por lo tanto, su acto no es un acto privado suyo, sino un acto del Estado; esto es así, repetimos, sea que su acto o hecho sea regular o irregular, legítimo o ilegítimo.

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

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



### 5. El criterio jurisprudencial

Esta última es también la orientación jurisprudencial y ha dicho así la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “la irresponsabilidad... de la provincia por actos realizados por sus representantes legales, *más allá de sus atribuciones*, no puede aceptarse en el caso de autos, por cuanto estos representantes *han obrado dentro de sus propias funciones...*,”<sup>6</sup> sentando de tal modo el criterio de que un acto es imputable al Estado (y en su caso lo hace responsable) cuando es ejecutado por el funcionario dentro *de sus funciones*, sin importar que haya sido hecho o no dentro *de sus atribuciones* o límites legales específicos. Surge de este modo la distinción entre *a)* el criterio del Código Civil, que sólo imputa al ente el ejercicio *legítimo y regular* de la función, y *b)* el criterio del derecho público, que imputa al ente todo ejercicio de la función, sea legítimo o ilegítimo. Esto último también queda sentado en otra causa en la que específicamente se declaró que, apareciendo clara la imputación, “carece de importancia la cuestión planteada... referente a la legalidad de los acuerdos de ministros en virtud de los cuales se ordenaron las licitaciones...”<sup>7</sup> Desde luego, el acto o hecho debe reunir

<sup>6</sup> Ferrugia, 1931, Fallos, 163: 155, 162.

<sup>7</sup> Gasull, 1931, Fallos, 160: 381.

ciertas condiciones para poder ser considerado como realizado en ejercicio de las funciones del agente; ya no se dirá que el acto debe ser legítimo o dictado con competencia, pero se afirmará que “debe haberse cometido por el dependiente en ejecución de las tareas a su cargo, *dentro de los límites y objeto aparente de las mismas*.”<sup>8</sup> En definitiva, debe considerarse sólo la *apariencia externa* del acto o hecho, para determinar si es imputable a la función.

Señala ALESSI en este sentido que “basta que aparezca formalmente presentado como una exteriorización de las funciones propias del cargo;” “que la determinación volitiva del órgano esté dirigida, al menos, por lo que resulta de su apariencia exterior, a un fin propio del ente;” que presente “un mínimo de reconocibilidad exterior;”<sup>9</sup> es decir, que si el acto aparece externamente reconocible como un acto propio de la función, sea ésta bien o mal ejercida, “con fidelidad o sin ella,<sup>10</sup> o en un cumplimiento defectuoso,”<sup>11</sup> como dice la Corte Suprema, igualmente el acto es imputable al ente.

### 6. *La competencia*

La competencia es el conjunto de funciones que un agente puede *legítimamente* ejercer; el concepto de “competencia” da así la medida de las actividades que de acuerdo al ordenamiento jurídico corresponden a cada órgano administrativo: *Es su aptitud legal de obrar* y por ello se ha podido decir que incluso formaría parte esencial e integrante del propio concepto de órgano.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> *Rodríguez, Enrique*, 1942, *Fallos*, 194: 170, 172.

<sup>9</sup> ALESSI, RENATO, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione*, Milán, 1955, 3ª ed., pp. 50 y 51.

<sup>10</sup> *Rabanillo*, 1945, *Fallos*, 203: 30, 43.

<sup>11</sup> *Belleza*, 1943, *Fallos*, 196: 101, 108; Dijo aquí la Corte Suprema: “La circunstancia de que el accidente sobreviniera en el curso del cumplimiento tardío y defectuoso de la orden impartida al dependiente no exime al principal. Por el contrario, la responsabilidad... supone generalmente el desempeño incorrecto de las tareas encomendadas a aquél.” (P. 108.)

<sup>12</sup> SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 183. Con todo que en el texto seguimos la utilización del concepto de competencia, debemos advertir que se trata de una noción actualmente muy proclive a debates y confusiones. Desde que se habló de una “competencia para la ilicitud,” provocando así una antítesis o contradicción formal, hasta los que postulan un concepto de competencia bajo el amparo del mismo principio que rige la libertad y la capacidad de los individuos, todas las gamas son posibles. La regla de la competencia expresa; o de la competencia expresa o razonablemente implícita; o de la competencia virtual: Todo existe en esta materia. Y además de ello, queda aún el hecho de que tanto en definiciones amplias como restringidas, se suele utilizar el término como comprensivo de *toda* la conducta que se imputa legítimamente o no a un ente, cuando en realidad bien pronto se advierte que todos los autores limitan la competencia a los casos de competencia en razón del territorio, materia, tiempo y tal vez grado. Quedan afuera los demás elementos del acto, y decir entonces que un acto fue dictado con competencia no es decir que fue dictado válidamente, en, el derecho positivo, pues queda aún por determinar si el acto cumplimenta o no con los demás recaudos del ordenamiento jurídico. La competencia pierde así, en la actualidad, verdadera utilidad técnica, y pasa a tener una utilidad solamente didáctica. En el decreto-ley 19.549/72, la competencia aparece como un requisito de validez del acto (art. 7°), y no como el requisito de validez.

Frecuentemente se compara a la competencia de los órganos administrativos con la capacidad de los sujetos privados de derecho: En ambos se estaría señalando una aptitud de obrar, la medida de las actividades que el órgano o el sujeto pueden legalmente ejercer. Sin embargo, es importante destacar que mientras que en el derecho privado la capacidad es la regla, y por lo tanto se presume en tanto una norma expresa no venga a negarla, en derecho público la competencia de los órganos no se presume y debe estar otorgada en forma expresa o razonablemente implícita por una norma jurídica para que pueda reputársela legalmente existente.<sup>13</sup>

Por lo demás, uno de los antiguos principios que tradicionalmente regían a la competencia es el de que la misma es inderogable, o improrrogable, esto es, que no puede ser renunciada ni extendida sea por acuerdo entre las partes privadas, o entre ellas y la administración;<sup>14</sup> asimismo, que sólo puede surgir de la ley en sentido estricto.

Sin embargo, frente al clásico principio de que la competencia es siempre de origen legal, criterio rígido y criticable, el decreto-ley n° 19.549 establece que la competencia puede ser tanto de origen legal como reglamentario. Por lo tanto, las normas generales emanadas del Poder Ejecutivo, como primer órgano de reglamentación de la ley, pueden a su vez servir de base para competencia delegada o desconcentrada, o de competencia para delegar.

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

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

<sup>13</sup> Comparar SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 183. Ampliar y comparar en LINARES, JUAN FRANCISCO, "La competencia y los postulados de la permisión," *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, n° 2, noviembre de 1971, p. 13 y ss.; ARNANZ, RAFAEL A., *De la competencia administrativa*, Madrid, 1967, pp. 39 y 43; COLOMBO CAMPBELL, JUAN, *La competencia*, Santiago de Chile, 1959, p. 176 y ss.; GONZÁLEZ ARZAC, RAFAEL, "La competencia de los órganos administrativos," *ED*, 1973, t. 49.

<sup>14</sup> SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 191; ALESSI, *op. cit.*, p. 98; VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. 2, p. 259. Otras diferencias en WALINE, MARCEL, *Droit Administratif*, París, 1963, p. 452; DIEZ, *op. cit.*, p. 32 y ss.



6.1. Puede la ley otorgar competencia *alternativa* a dos o más órganos, de modo que cualquiera de ellos pueda dictar los actos propios de esa competencia. Esto puede presentarse en forma *incondicionada*, esto es, no sujeta a condición alguna, de modo tal que cualquiera de los órganos puede en cualquier momento ejercer la competencia, y habiéndola ejercido uno no la pueden ejercer ya en ese aspecto los otros; o puede presentarse en forma *condicionada*, o sea, que uno de los órganos ejerce normalmente la competencia, pero, dándose determinada condición, la pasa a ejercer el otro, como sería el caso de la suplencia.<sup>15</sup>

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

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

No debe confundirse la *competencia* con la “aptitud de obrar” de los órganos administrativos, o con el “complejo de atribuciones otorgadas al órgano;”<sup>16</sup> en otros términos, la competencia no designa al conjunto de actividades que pueden imputarse a un órgano estatal, sino sólo el conjunto de actividades que el órgano puede legítimamente realizar.

Diferenciamos así al *ejercicio de la función* como género y al *ejercicio de la competencia como especie*. Para que el acto sea *válido*, es necesario que además de ser realizado dentro de la función que corresponde al órgano, lo sea *dentro de la competencia del mismo*. La ley atribuye una función a un órgano y dispone que el ejercicio de la función sólo será legítimo cuando lo realice en su competencia: El que lo realice fuera de la competencia, pero dentro de la función, significa que el acto es irregular, *pero ello no quita que el acto sea estatal* y pueda acarrear la responsabilidad de la administración.

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

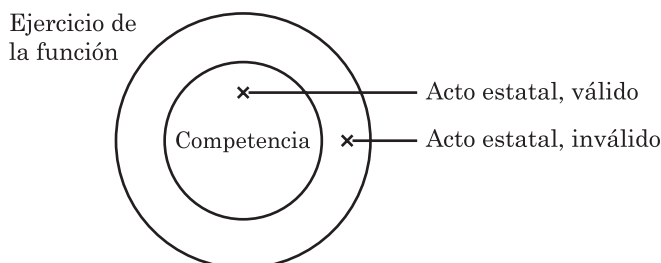
*La aptitud de obrar o ejercicio de la función* deriva, pues, de que se confiere al órgano una parte de la función administrativa, y ello se aprecia de acuerdo

<sup>15</sup> ALESSI, *op. cit.*, p. 98; uniforme.

<sup>16</sup> Nos apartamos en ello de la doctrina corriente, que no las diferencia. Así SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 191; DIEZ, t. II, p. 29; ALESSI, *op. cit.*, p. 97; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 542. Comparar LINARES, *Poder discrecional administrativo, op. cit.*, p. 26, y la posterior formulación de su trabajo “La competencia y los postulados de la permisión,” *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, n° 2, 1971, p. 15; GONZÁLEZ ARZAC, artículo últimamente citado, n° 13 y 15.

con la “reconocibilidad externa” del acto o hecho; la *competencia* deriva de las limitaciones expresas o virtuales contenidas en el orden jurídico y regla la *licitud* del ejercicio de aquella función o aptitud de obrar.

Para expresarlo gráficamente:



### 8. Clasificación de la competencia

La competencia puede clasificarse de diversas maneras:

8.1. Competencia *en razón de la materia*, esto es, del contenido, según que se refiera a uno u otro asunto administrativo. A su vez, el acto dictado puede estar viciado de incompetencia en razón de la materia en diversos casos:

8.1.1. *Incompetencia respecto a materias legislativas*, cuando los órganos administrativos dictan resoluciones sobre cuestiones que sólo pueden ser resueltas por el Congreso. Ejemplos: Disposición de fondos sin autorización presupuestaria; otorgamiento de concesión de servicios públicos sin ley que la autorice, etc.

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

8.1.3. *Incompetencia respecto a materias administrativas que no tienen tampoco otros órganos administrativos*, en el sentido de que un órgano ejerce atribuciones que si bien son de índole administrativa (por no pertenecer necesariamente al ámbito legislativo o judicial) no le han sido, en cambio, otorgadas a él ni tampoco a ningún otro órgano de la administración.

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

## 8.2. Competencia en razón del territorio

En razón del *territorio* es igualmente posible clasificar competencia: Tendríamos así, según la organización política de cada país competencias nacionales, provinciales y municipales; o federales, estatales y comunales, etc. Va de suyo que cuando un órgano tiene delimitada su competencia a determinada circunscripción territorial, no puede excederse de ella; la incompetencia sería en tal caso absoluta, si la extralimitación es muy grave.

Existen casos, sin embargo, en que no se halla claramente delimitada la competencia territorial de algunos órganos; ello ocurre particularmente con los organismos nacionales o federales, que muchas veces pueden entrar en conflictos de competencia con los organismos locales, los cuales ven en ciertos casos colisión de poderes cuando el organismo nacional o federal ejerce en sus territorios las mismas atribuciones en razón de la materia que a ellos competen.

## 8.3. Competencia en razón del tiempo

En razón del *tiempo* es también factible distinguir según que la competencia sea *permanente, temporaria o accidental*.

8.3.1. La competencia es, por regla general, permanente, en cuanto el órgano de que se trata puede ejercer en cualquier tiempo las atribuciones que le han sido conferidas.

8.3.2. Pero en ciertos casos el ordenamiento jurídico otorga una facultad al órgano sólo por un lapso determinado, por ejemplo, cuando se dispone que el Tribunal de Cuentas de la Nación puede observar los actos del Poder Ejecutivo que le han sido comunicados, sólo durante un plazo de 60 días contados a partir de la comunicación: En tal caso la competencia de este organismo de contralor se halla limitada en razón del tiempo en la forma indicada, y es por ende una competencia temporaria. Lo mismo ocurre cuando el Poder Ejecutivo puede declarar el estado de sitio por ataque exterior, *estando en receso el Congreso*, etc.

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

#### 8.4. Competencia en razón del grado

Por último, en razón del grado, cabe distinguir según que la competencia haya sido atribuida a los órganos máximos o haya sido distribuida en distintos órganos, diferenciados de los órganos superiores.

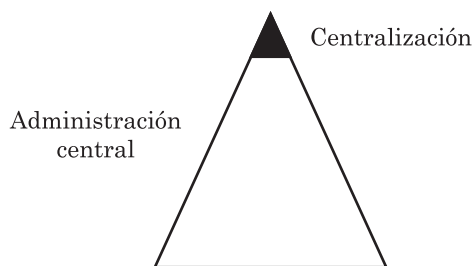
Como clasificación de la competencia en razón del grado, pues, puede hablarse fundamentalmente de competencia *centralizada*, *desconcentrada* y *descentralizada*.

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

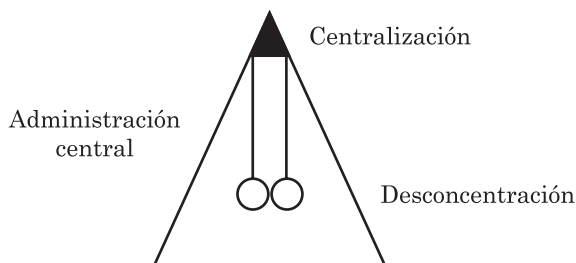
8.4.2. *Desconcentrada*, cuando se ha atribuido porciones de competencia a órganos inferiores, pero siempre dentro de la misma organización o del mismo ente estatal al que nos referimos.

8.4.3. *Descentralizada*, cuando la competencia se ha atribuido a un nuevo ente, separado de la administración central, dotado de su personalidad jurídica propia, y constituido por órganos propios que expresan la voluntad de ese ente. La diferencia fundamental entre la desconcentración y la descentralización estaría así dada por el otorgamiento de la personalidad jurídica, de individualidad propia, que faltaría en el primer caso y existiría en el segundo; en la desconcentración el que recibe la competencia actúa como órgano del mismo ente, en la descentralización, en cambio, el que recibe la competencia actúa como órgano de un ente distinto de aquel al que se resta la competencia.

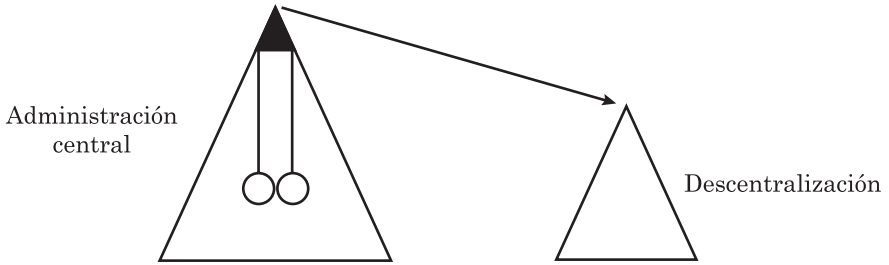
a) Gráficamente existiría centralización en este caso:



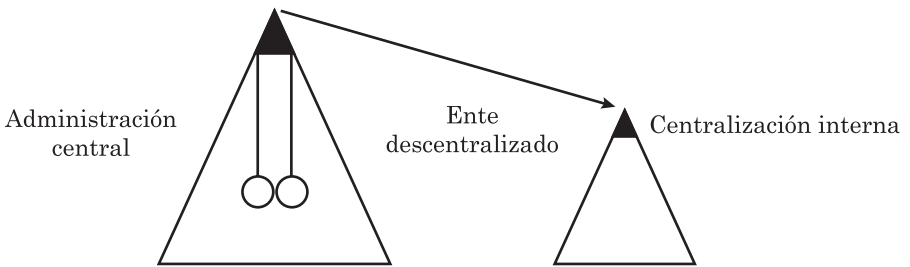
b) Desconcentración, en el siguiente:



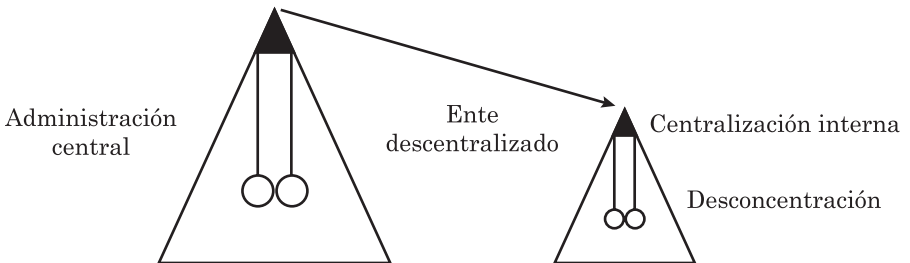
c) Descentralización, en el que ahora se indica:



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



O puede, en cambio, existir también allí desconcentración:



La desconcentración es también llamada, por parte de la doctrina, “descentralización burocrática,” queriendo con ello decirse que no es una plena descentralización, sino una descentralización por oficinas. (Del francés: *Bureau*, oficina, y de allí lo de “burocrática.”) A su vez, la descentralización *stricto sensu* es también llamada, en esa terminología, “descentralización autárquica,” destacándose entonces que este tipo de descentralización es la que se refiere a la creación de los “entes autárquicos,” o sea, los entes separados de la administración central y dotados de “autarquía” o capacidad de actuar por sí mismos y administrarse a sí mismos. Sin embargo, esta terminología tal vez no sea la más acertada, porque dentro del concepto de descentralización no sólo deben comprenderse los denominados “entes autárquicos,” sino también otras formas tales como las “empresas del Estado” o “empresas nacionalizadas,” etc., con lo que resultaría

que el calificativo “autárquica” para designar a tal descentralización resultaría impropio por restringido y limitado.

Hablaremos, pues, de *desconcentración* y *descentralización*, en lugar de “descentralización burocrática” y “descentralización autárquica.”

### 9. Delegación

La delegación de competencia es una decisión del órgano administrativo a quien legalmente aquélla le corresponde, por la cual transfiere el ejercicio de todo o parte de la misma a un órgano inferior. Es importante diferenciar adecuadamente la delegación de la descentralización y la desconcentración: En estas últimas hay una decisión legislativa por la cual, total o parcialmente, se quita la competencia al órgano superior y se la atribuye a un órgano inferior.

9.1. La primera diferencia entre la delegación por un lado, y la desconcentración y descentralización por el otro, está así dada por el *órgano* que decide la atribución de facultades al funcionario inferior: En la desconcentración y descentralización es, por regla general, *el Congreso*, en la delegación un *órgano administrativo* superior que ha sido autorizado al efecto por la ley, pero que retiene el poder de decisión de delegar o no.<sup>17</sup>

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

9.3. Cuando se trata de competencia delegada, el órgano superior puede siempre y en cualquier momento retomar la competencia que él ha conferido al órgano inferior, y atribuírsela a otro órgano o ejercerla él mismo; en el caso de la competencia descentralizada o desconcentrada el superior sólo tiene facultades de supervisión propias del poder jerárquico o del contralor administrativo: Dirección, revisión de los actos del inferior, etc., y no puede reasumir la competencia que ahora pertenece al órgano inferior.

9.4. De lo antedicho se desprenden las diferencias más estructurales: La descentralización y desconcentración implican una nueva repartición, permanente

<sup>17</sup> Comp. FAZIO, GIUSSEPPE, *La delega amministrativa e i rapporti di delegazione*, Milán, 1964, p. 32 y ss.

y definitiva, de funciones: El acto de descentralización o desconcentración tiene así un valor constitutivo, y representa una forma de organización administrativa, un tipo de estructura estatal.<sup>18</sup> Como dice TREVIJANO FOS, “la descentralización es permanente y constitutiva, general, abstracta y normal, mientras que la delegación es una técnica organizativa de carácter transitorio y para competencias determinadas.”<sup>19</sup>

La descentralización y desconcentración se operan a través de actos normativos generales y abstractos, que crean competencias estables y definidas,<sup>20</sup> y las atribuyen en forma determinada a ciertos órganos que serán los titulares de la función respectiva y, por ende, los responsables de su ejercicio. Por último, la descentralización desconcentración significan un ordenamiento obligatorio de la jerarquía y funciones administrativas: Cada órgano o ente que recibe la competencia desconcentrada o descentralizada es el que debe ejercerla, y bajo su propia responsabilidad, por encargo de la ley; ello, sin perjuicio de la eventual admisibilidad de ulteriores delegaciones.

En la delegación, en cambio, no se opera una modificación en la *estructura* administrativa, sino sólo en su dinámica. La delegación es nada más que un medio jurídico, concreto e individual, ofrecido al órgano a quien le compete una función determinada, de poder desgravarse temporalmente del peso del ejercicio de esa competencia propia.<sup>21</sup> La delegación no implica renunciar definitivamente a la competencia —y ello no sería, por otra parte, jurídicamente posible—; no implica tampoco desentenderse de la responsabilidad originaria que el órgano titular de la competencia tiene respecto a la forma en que la misma se ejercita.

La delegación no significa así una determinación de nuevas estructuras de competencia; el acto de delegación interviene en el ámbito de un ordenamiento o estructura de competencias ya establecido, y no lo modifica en modo alguno estructuralmente: Es sólo en la dinámica de la actuación administrativa que produce sus efectos.

En conclusión: Mientras que la descentralización y la desconcentración son tipos de estructura estatal, la delegación es un tipo de dinámica estatal.

Por ello, no habría dificultad alguna en combinar ambas formas: Es así hipotéticamente posible que tanto si la competencia está *centralizada* en un órgano supremo, como *desconcentrada* en órganos dependientes de la administración central, como *descentralizada* en entes autárquicos con individualidad propia, sea en todos los casos factible que el órgano que en cada caso sea titular, *delegue* parte de esa competencia en sus órganos inferiores. De tal modo, puede existir conjuntamente en determinado órgano una suma de competencias desconcentradas

<sup>18</sup> Ampliar en FRANCHINI, FLAMINO, *La delegazione amministrativa*, Milán, 1950, p. 28 y ss.

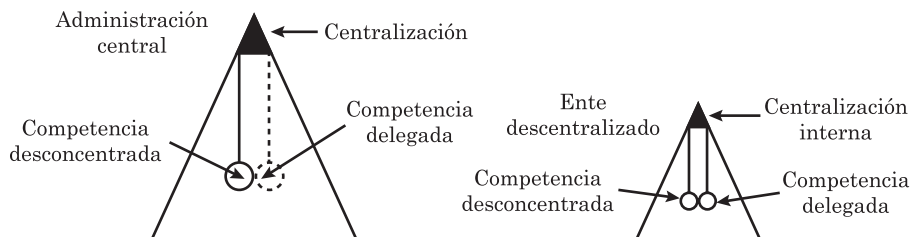
<sup>19</sup> *Op. cit.*, p. 200; ver también FRANCHINI, *op. cit.*, pp. 28-9, y nuestro art. “Descentralización y delegación de autoridad,” *Revista de Administración Pública*, n° 3/4, Buenos Aires, 1962, p. 28 y ss.

<sup>20</sup> FRANCHINI, *op. cit.*, p. 29.

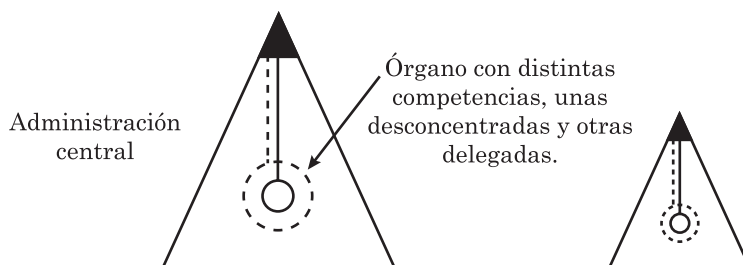
<sup>21</sup> FRANCHINI, *op. loc. cit.*

y delegadas, que se regirán por principios diversos; también, desde luego, puede existir mera delegación en órganos que no tienen competencia por desconcentración, o de otro modo: Como se advierte, las posibles combinaciones son variadas.

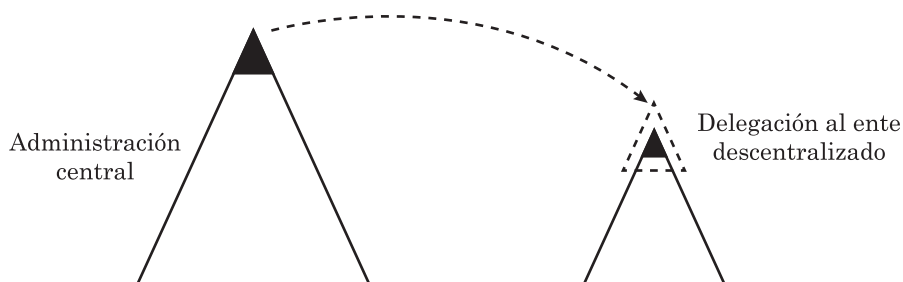
De tal modo, pueden coexistir competencias desconcentradas y delegadas en *distintos órganos*, tanto en la administración central como descentralizada:



O pueden darse simultáneamente la desconcentración y la delegación en un mismo órgano, sea en la administración central o descentralizada:



O puede también encontrarse una competencia delegada en un ente descentralizado, competencia que se sumaría transitoriamente a la que el órgano ejerce en forma permanente por desconcentración:



### 10. Admisibilidad y caracteres de la delegación

La interpretación técnica preexistente al decreto-ley 19.459 era controvertida en doctrina, en cuanto a si un órgano requería previa autorización legal para poder delegar sus propias atribuciones. El art. 3° del decreto-ley resuelve este punto señalando que la delegación procede cuando esté expresamente autorizada; a su



vez, atento que, según vimos, la competencia puede surgir de reglamentos, se concluye que un *reglamento* administrativo puede autorizar a órganos inferiores a delegar sus atribuciones. Es lo que ha hecho el ya comentado art. 2° del reglamento del decreto-ley 19.549/72.

Una vez dictada la norma legal o reglamentaria que autoriza a delegar, la decisión concreta de delegar o no, y a quién delegar, todo dentro de los límites que le haya podido fijar la norma general pertinente.

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

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

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

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

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

El delegado es, en teoría, enteramente responsable por el modo en que ejerce la facultad delegada; también lo es en principio el delegante, aunque podría quizás apuntarse una posible distinción y limitarla a la responsabilidad *in eligendo e in vigilando*. En el Proyecto de 1964 se establecía expresamente una responsabilidad amplia; la presente ley no contempla el punto.

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

El delegante, además de instruir en general la acción del delegado y de expedirle órdenes concretas, puede también revocar sus actos, de oficio o a petición de parte, por razones de legitimidad o de oportunidad, y con la sola limitación de no lesionar los derechos de terceros, de acuerdo con los principios contenidos en los arts. 17 y 18 del decreto-ley.

### 11. *La avocación*

La avocación es el proceso inverso de la delegación, o sea, que el superior ejerza competencia que corresponde al inferior. Al igual que respecto a la delegación, se sostiene de la avocación que no es legítima salvo que la ley la haya autori-

zado expresamente.<sup>22</sup> En la práctica tampoco es frecuente su aparición, dado que existen otros medios más directos de obtener el mismo resultado: Basta a veces que el superior indique informalmente al inferior cuál es la solución que él consideraría adecuada, para que éste la adopte, con lo cual el superior obtiene la decisión deseada, sin necesidad de intentar avocarse él mismo a lo que era competencia directa del inferior. Por otra parte, dado que usualmente se reconoce al órgano superior la facultad de revisar, de oficio o a petición de las partes interesadas (cuando éstas interponen los recursos pertinentes) el acto producido por el inferior y eventualmente revocarlo o modificarlo, bien se advierte que la importancia práctica de la avocación queda minimizada, ya que, aunque el órgano inferior no adopte la decisión querida por el superior, éste puede de todos modos reformarla posteriormente, obteniendo así el mismo resultado que si hubiera actuado directamente por avocación.

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

Dijimos ya que la avocación, a diferencia de la delegación, consiste en un acto concreto por el cual el superior asume la decisión de una cuestión que corresponde a la competencia del inferior. Así, mientras la delegación supone normalmente el traspaso genérico al inferior de una determinada facultad para resolver situaciones similares, la avocación implica tomar *una sola decisión* del inferior. En otras palabras, cada acto del inferior que decide per se el superior constituye una nueva y distinta avocación, mientras que cada acto que el delegado ejerce en virtud de la delegación no importa una nueva delegación, sino la continuación del ejercicio de la misma ya otorgada anteriormente.

Así, la delegación tiene usualmente efectos continuos hasta tanto sea revocada; la avocación se agota, en cambio, en cada acto concreto en el cual el superior asume una competencia del inferior para resolver determinado caso o situación; una avocación genérica implicaría ya la revocación tácita de la delegación, o incluso una intervención *de facto* al órgano desconcentrado, si éste es el caso.

En la delegación, la competencia es primordialmente del *superior*; en la avocación, la competencia es primordialmente del *inferior*; por ello la primera se ha de interpretar más ampliamente en cuanto a las atribuciones del delegante (para dar instrucciones, órdenes, revocar actos, etc.), que la avocación, en cuanto a las atribuciones del órgano que se avoca. Su procedencia debiera ser más excepcional, y el acto dictado en su consecuencia debiera a su vez tener un mayor control de legitimidad y oportunidad, que el acto del delegante que retoma competencia anteriormente delegada.

Por lo demás, en la avocación el inferior queda liberado de toda responsabilidad, porque la decisión no la toma él, sino el superior.

<sup>22</sup> VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. 2, p. 261 y ss. En contra, SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 223; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 549.

### 11.2. *Procedencia de la avocación*

De acuerdo con la última parte del art. 3º, la avocación “será procedente a menos que una norma expresa disponga lo contrario.” Por las razones expuestas esto debe interpretarse respectivamente; el artículo debe leerse con la aclaración que ya hemos introducido al principio de la competencia, cuando señalamos que ella podía surgir de una norma expresa “o *razonablemente implícita*.” Del mismo modo, entonces, la disposición ha de entenderse en el sentido de que la avocación procede a menos que una norma expresa o *razonablemente implícita* disponga lo contrario. Esto último puede ocurrir cuando la atribución de funciones al inferior ha estado fundada en razones de especialización técnica, mayor imparcialidad, u otros motivos que hagan razonable entender que la intención del legislador fue que esa atribución fuera ejercida primordialmente por el inferior y no en realidad por un superior que en cualquier momento decidiera avocarse al conocimiento y decisión de un asunto de la competencia del inferior.

Por la misma índole de razones, la avocación no procede respecto de competencias descentralizadas, esto es, de actos de entes autárquicos, empresas del Estado, sociedades del Estado, etc. En tales situaciones, cabe recordar que ya el art. 97 del reglamento señala que en el caso de los entes autárquicos creados por el Congreso en ejercicio de sus facultades constitucionales (¿y no lo son acaso todos, de acuerdo al art. 136 de la ley de contabilidad?), el recurso de alzada para ante el Poder Ejecutivo procede solamente por motivos de legitimidad. Este principio, ya existente en la doctrina y práctica anteriores a la ley, reitera de todos modos el criterio de la menor atribución del Poder Ejecutivo tratándose de control sobre entes descentralizados.

Por ello, la avocación procede respecto de competencias *descentradas* dentro del ámbito de una misma persona jurídica estatal, pero no es procedente respecto de competencias *descentralizadas* en entes dotados de personalidad jurídica propia, sin perjuicio de que las autoridades superiores del ente se avoquen a la decisión de asuntos pertinentes a competencias desconcentradas dentro del propio ente.

### 11.3. *Conclusiones comparativas*

De lo que antecede resulta:

1º) La delegación debe estar autorizada previamente por una ley o reglamento, y se efectúa por un reglamento o un acto administrativo; el delegado puede recién, entonces, ejercer la facultad delegada.

2º) La avocación procede aunque no haya norma expresa que la autorice y salvo que una norma legal o reglamentaria —en forma expresa o *razonablemente implícita*— la excluya.

3º) La avocación procede respecto de facultades que son *propias del inferior* por desconcentración, mientras que la delegación procede respecto de facultades *propias del superior*.

4º) Consecuentemente, es mayor la atribución del superior en el caso de la delegación que en el caso de la avocación; tanto para dar instrucciones generales, como para revocar los actos del inferior o dictar actos nuevos. En el caso de las órdenes concretas, ellas proceden en la delegación pero no en la desconcentración, sin perjuicio de la facultad del superior de revocar los actos del inferior cuando ellos son impugnados por los interesados.

5º) La responsabilidad del delegado coexiste con la del delegante, sin perjuicio de que se pueda interpretar en forma restringida la responsabilidad del último; la responsabilidad del inferior, en cambio, desaparece en el caso de la avocación, pues en tal situación el acto es dictado directamente por el superior, quien asume plena y exclusiva responsabilidad del mismo.

6º) La avocación puede proceder respecto de facultades desconcentradas, de acuerdo al decreto-ley, salvo que una norma la excluya. En el decreto 1.759/72 se *excluye* la avocación en forma general y expresa respecto de toda atribución otorgada en forma exclusiva al inferior, fórmula dentro de la cual queda comprendida la desconcentración. Solamente el Poder Ejecutivo mismo queda *prima facie* autorizado a avocarse, pero tal caso tendrá aún la limitación de que una norma en forma expresa o implícita no haya otorgado competencia *exclusiva* al inferior.

## 12. La jerarquía

La jerarquía es una relación jurídica administrativa interna, que vincula entre sí los órganos de la administración mediante poderes de subordinación, para asegurar unidad en la acción.<sup>23</sup>

12.1. La primera característica de la jerarquía es que se trata de una relación entre órganos internos de un mismo ente administrativo, y no entre distintos *sujetos* administrativos; se distingue así pues, el poder jerárquico del *control administrativo* (también llamado, en la doctrina francesa, “tutela administrativa”), en que este último se da entre *sujetos* de la administración, mientras que aquél se da entre órganos de un mismo sujeto. De este modo el “poder jerárquico” funciona cuando hay *centralización*, *desconcentración* o *delegación* y el “control administrativo” únicamente cuando existe *descentralización*.

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

<sup>23</sup> Ver SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 214 y ss.; TREVIJANO FOS, *op. cit.*, p. 208 y ss.

“lineal,” con una dirección en estricta línea jerárquica directa; en cambio, modernamente se propugna el sistema de “doble o múltiple comando,” en el cual se admite la relación de jerarquía, a efectos de dar órdenes a los inferiores, no sólo por parte de los superiores jerárquicos directos que tienen igual competencia en razón de la materia, sino también por parte de otros superiores jerárquicos, siempre, desde luego, que las órdenes se refieran a las tareas propias del inferior. Con todo, pareciera que este sistema no puede entenderse en funcionamiento a menos que una norma administrativa (no necesariamente *legal*) lo instituya.

La relación jerárquica, de todos modos, no existe con referencia a un ente descentralizado; como excepción a este criterio podría mencionarse el caso en que el Poder Ejecutivo hubiera delegado alguna atribución específica a un ente autárquico, además de las atribuciones propias: Con respecto a esa delegación existiría en verdad una relación jerárquica. Fuera de esta hipótesis de excepción, el ente descentralizado no está sometido a la jerarquía de la administración central, sino al contralor administrativo, y aún entonces, depende sólo del Poder Ejecutivo, no de los ministros o secretarios de Estado pertinentes.<sup>24</sup>

12.3. Por tratarse de una relación entre *órganos* (los cuales a su vez están referidos a un conjunto de competencias), la jerarquía no coincide necesariamente con la posición escalafonaria del funcionario, pues puede ocurrir que un funcionario de categoría inferior cubra temporalmente un órgano que a su vez tiene jerarquía sobre otros funcionarios de igual o superior categoría al primero, caso en el cual existiría subordinación jerárquica de éstos hacia aquél, a pesar de su superioridad escalafonaria.<sup>25</sup>

12.4. La jerarquía es un poder que se da de manera total y constante, es de principio y existe siempre aunque ninguna norma lo establezca expresamente; está dado *jure proprio* como una característica natural a todo órgano administrativo. El control administrativo, en cambio, es más bien de excepción y generalmente se sostiene que, salvo ciertos aspectos que usualmente comprende, sólo existe en la medida en que alguna norma jurídica lo establezca expresamente.

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

<sup>24</sup> Ampliar en nuestro libro *Procedimiento y recursos administrativos, op. cit.*, cap. XIII, p. 453 y ss. Esta solución clásica que exponemos en el texto puede, con todo, estar destinada a sufrir modificaciones. En efecto, el recurso de alzada contra los actos de entes descentralizados, que siempre correspondió resolver al Poder Ejecutivo, se decide a partir del decreto 1.744/73 (B. O. 10-X-1973) por el Ministro del ramo y no por el Poder Ejecutivo. Esta modificación, que no parece ser destinada a recibir objeciones de inconstitucionalidad, puede marcar el comienzo de una nueva orientación en cuanto al alcance de las atribuciones ministeriales sobre los entes descentralizados.

<sup>25</sup> TREVIJANO FOS, *op. cit.*, p. 218.

con el ordenamiento jurídico) como la *oportunidad* (conveniencia, mérito) de la actuación del inferior: El contralor administrativo permite revisar únicamente la *legitimidad* de la acción del ente descentralizado.<sup>26</sup>

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

12.7. En la relación jerárquica existe siempre, salvo que una norma expresa disponga lo contrario, la posibilidad de recurrir contra los actos del inferior ante el superior, mediante el llamado —precisamente— “recurso *jerárquico*,” en la relación de control administrativo, en cambio, la posibilidad de recurrir está más limitada, y dado que no existe propiamente relación de jerarquía, el recurso se denomina en tal caso “recurso de alzada,” que es de alcance más reducido.<sup>27</sup>

12.8. Finalmente, tanto la jerarquía como el control administrativo *coinciden* en que, por ser en esencia una relación de *superioridad* de uno sobre otros comprenden:

12.8.1. La facultad de que el superior dirija e impulse la acción del inferior.

12.8.2. La posibilidad de dictar normas de carácter general regulando la acción del inferior; en el caso del poder jerárquico, estas normas pueden ser reglamentaciones generales aplicables también directamente a los administrados (“externas”) o meras reglamentaciones internas, no aplicables sino a los órganos. (Instrucciones, circulares de servicio, etc.) En el contralor administrativo, en cambio, habitualmente pueden dictarse reglamentaciones externas, aplicables al ente en su relación con los particulares; el dictado de normas internas para los entes descentralizados, por parte de la administración central, es más bien excepcional.

12.8.3. La facultad de controlar la actividad del inferior, con el alcance señalado en 12.5 y 12.7.

12.8.4. La facultad de resolver los conflictos de competencia que se produzcan entre los inferiores, sean ellos órganos internos de la misma administración central (poder jerárquico) o entes descentralizados en conflictos entre sí o con la administración central. (Control administrativo.)

12.8.5. La facultad de *intervenir* al inferior; esta facultad se da con mayor amplitud (en cuanto a su procedencia, duración y facultades del interventor) en la jerarquía, que en el control administrativo.

<sup>26</sup> Ampliar en nuestra *Introducción*, *op. cit.*, p. 321 y ss., y *Procedimiento y recursos administrativos*, *op. cit.*, p. 468 y ss.

<sup>27</sup> Sobre estos aspectos, ampliar en nuestro libro *Procedimiento y recursos administrativos*, *op. cit.*, p. 467 y ss., y decreto 1.759/72, art. 97.