

CAPÍTULO I

EL ACTO ADMINISTRATIVO COMO PARTE DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

SUMARIO

1. Recapitulación. El objetivo del análisis no es definir el acto administrativo sino sistematizar la actividad administrativa	I-1
2. Acto jurídico y acto administrativo	I-2
3. La noción de acto administrativo no depende del régimen de revisión de los actos	I-3
4. Continuación. El concepto subjetivo de acto administrativo	I-6
5. Los conceptos subjetivo y objetivo de función administrativa	I-6
6. La oposición de los criterios de función administrativa y acto administrativo	I-7
7. Crítica del concepto orgánico o subjetivo	I-7
8. Continuación	I-9
9. La posible pérdida de conexidad entre las nociones de función administrativa y acto administrativo	I-10
10. El acto administrativo como manifestación del ejercicio de la función administrativa	I-11
11. El acto administrativo —y no los contratos administrativos— de entes no estatales	I-11
12. Distintos ejemplos de actos administrativos de personas no estatales..	I-16
12.1. Las corporaciones profesionales.....	I-16
12.2. Las asociaciones dirigidas	I-18
12.3. Los concesionarios y licenciatarios	I-19
12.4. Sociedades del Estado	I-22
12.5. Medios de transporte público	I-23
12.6. Otros casos. La potestad a medio camino entre derecho público y privado	I-23

13. Clubes de campo y barrios cerrados	I-26
14. Conclusiones.....	I-30

Capítulo I

**EL ACTO ADMINISTRATIVO
COMO PARTE DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA**

1. Recapitulación. El objetivo del análisis no es definir el acto administrativo sino sistematizar la actividad administrativa

Ya hemos adelantado¹ que las palabras y clasificaciones y las consecuentes definiciones, carecen de un valor dogmático de verdad o falsedad que pueda determinarse apriorísticamente. Interesa analizar la realidad que el mundo nos presenta, para determinar luego, en función de sus características, cómo es más útil clasificarla y definirla.² La definición de acto administrativo no es una búsqueda de esencias:³ debe estudiarse el fenómeno administrativo buscando *una clasificación* que lo sistematice y explique. Ello puede llevarnos a dar una noción de acto administrativo, pero ésta no es el objetivo último del análisis. Nuestra investigación pues, tiene por contenido el estudio del total de la actividad administrativa. Este fue el criterio con que encaramos las anteriores ediciones de *El acto administrativo* y debemos confesar una suerte de éxito, pues la definición que propusimos desde 1963 ha generado razonable aceptación.⁴

¹ *Supra*, t. 1, cap. I, “El método en derecho.”

² La aplicación de estos principios de teoría general es importante, pues muchos entienden hallar la verdad absoluta al proponer definiciones o clasificaciones. Comp. LINARES, JUAN FRANCISCO, *Fundamentos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, § 193, p. 233: “La utilidad de una teoría, para saber a qué atenerse, es un buen indicio de su verdad. Porque la verdad es también útil, aunque lo útil de por sí no sea la verdad científica, pero sí un fuerte indicio de que ella está presente y develada en todo o en parte a través de su aplicación teórica y técnica.”

³ Ver igual problemática en materia de servicios públicos en el t. 2, cap. VI. El planteamiento metodológico general se lo encontrará en *supra*, t. 1, cap. I.

⁴ Juzg. CA N° 1 de La Plata, causa 2, *Urriolabeitia*, 2004, ejecutoriada. Ver BUJ MONTERO, MÓNICA, “El acto administrativo,” en FARRANDO (H.), ISMAEL y MARTÍNEZ, PATRICIA R. (Dirs.), *Manual de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 159. Cabe advertir, con todo, que desde esta novena edición introducimos la precisión que explica el punto 1 del capítulo II.

2. Acto jurídico y acto administrativo

La búsqueda de una sistematización adecuada del total de actividades regidas por el derecho administrativo se torna fundamental en esta materia, porque no existe ningún marco legal de referencia que permita utilizar clasificaciones o definiciones preestablecidas. No existe una definición legal de función administrativa,⁵ ni tampoco de acto administrativo;⁶ en el derecho civil, en cambio, al existir una definición legal del acto jurídico, se hace en parte innecesaria esta problemática, pues al estar dado legalmente un ordenamiento metodológico determinado, él se torna automáticamente de uso convencional y constituye una base sencilla de trabajo, con prescindencia de que su sistematización sea más o menos conveniente. Esa circunstancia ha tentado siempre a más de un jurista enfrentado con los problemas del derecho administrativo, sugiriéndole adoptar la clasificación y definición propia del acto jurídico del derecho privado, sólo que trasladándola al derecho público.

Esta ha sido, más de una vez, la actitud de parte de la jurisprudencia; es también, casi intuitivamente, la que adoptan los abogados no especializados en el derecho administrativo: ello se debe a una formación muy detallada en derecho privado, producto de los programas de estudio clásicos de las distintas universidades, y a una escasa formación en derecho administrativo.⁷ Pero debe tenerse presente que esa tendencia, con todo de parecer fácil, lleva a errores, porque lo que hay que sistematizar y explicar en derecho administrativo (a través de la noción de acto administrativo) es muy distinto de lo que hay que sistematizar en derecho civil (a través de la noción de acto jurídico);⁸ a ello debe agregarse que el margen de aplicación del derecho civil a la administración pública es cada vez más reducido en el mundo moderno, a punto tal que puede sostenerse que en el presente el derecho civil no es aplicable, en principio, a ningún campo de la actividad

⁵ Ver *supra*, t. 1, cap. IX, “Las funciones del poder,” § 22.3, “Funciones administrativas de órganos no estatales.”

⁶ Algunas legislaciones provinciales de procedimiento administrativo han adoptado expresamente la definición que propusieramos desde la primera edición (1963) de este libro.

⁷ Basta comparar que mientras el derecho administrativo tiene también una parte general, una parte de obligaciones, una parte de contratos, una parte de derechos reales, a más de otros grandes sectores propios, la Facultad le dedica una sola materia obligatoria del ciclo básico común, cuando el derecho civil le dedica una materia para la parte general, otra materia para las obligaciones, otra materia para los contratos, otra materia para los derechos reales, etc. Para un panorama comparativo general, ver *supra*, t. 1, cap. VIII, § 2, “Relaciones con el derecho privado” y § 3, “Evolución y estado actual de la aplicación del derecho civil a la administración pública.”

⁸ Ya decía que si bien en cuanto a su estructura general hay una cierta identidad conceptual entre acto jurídico y acto administrativo, no puede pensarse que exista “identidad completa, pues llevada ésta a sus últimas consecuencias sería una anomalía, dadas las diferencias sociales entre el derecho público y el derecho privado.” BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 1955, 5ª ed., p. 2, nota y p. 3; 6ª ed., p. 17, nota 2. Un desarrollo exhaustivo de las diferencias entre acto jurídico y acto administrativo —que obligan a la diferenciación metodológica— puede verse en ALESSI, RENATO, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milán, Giuffrè, 1953, p. 218 y ss.

administrativa.⁹ Esta afirmación puede ser discutible,¹⁰ pero la tendencia es clara hacia la restricción de la aplicación del derecho civil en el plano administrativo.¹¹ Fundamentalmente, la sistematización propia del derecho civil¹² no explica ni ordena ninguno de los grandes problemas que preocupan al derecho administrativo:¹³ no toma en cuenta —como no puede ser de otro modo— la división de poderes y funciones, la estructura de la administración pública, la naturaleza del órgano y su actividad, etc.; todo esto debe analizarlo y sistematizarlo el derecho administrativo. Por lo tanto, en el resto del cap. comenzaremos a estudiar los problemas del ordenamiento de la actividad administrativa y señalaremos los elementos a tomar en cuenta para una noción de acto administrativo.

3. *La noción de acto administrativo no depende del régimen de revisión de los actos*

Partir, como lo hemos hecho ya desde anteriores ediciones de esta obra¹⁴ del concepto de función administrativa, elimina distintas variantes que se han

⁹ Ver *supra*, t. 1, cap. VIII, § 3, “Evolución y estado actual de la aplicación del derecho civil a la administración pública.” Hemos dicho “en principio” en el sentido de “como regla general;” pero aún así es una afirmación que merece ser matizada. La CSJN, *Metalmecánica S.A.*, 1976, ED, 71: 463, ha reiterado, p. ej., que el derecho civil se aplica a la administración en forma *subsidiaria* al derecho administrativo (con cita de 183: 234; 190: 142; 191: 490; 205: 200; 237: 452). Ello ocurre particularmente en materia de daños. De todas maneras, conviene estar advertido que se trata de un terreno minado en el que es indispensable consultar la jurisprudencia sobre el tema puntual. Vale en este sentido recordar, por su exquisita ambigüedad, parte del cons. 8° de *Metalmecánica*: “conviene recordar lo que dijo la Corte en otra oportunidad, que las reglas del Código Civil, «si bien no han sido establecidas para aplicarlas al derecho administrativo, sino al derecho privado nada obsta para que representando aquéllas una construcción jurídica basada en la justicia, su aplicación se extienda al derecho administrativo, cuyas normas y soluciones también deben tender a realizar aquélla, con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la sustancia de esta última disciplina» («Fallos», 190-142).” El último fallo citado es *Los Lagos S.A.* A su vez, la CNFed. CA, Sala III, *La Huella, LL*, 2000-E, 547, cons. VIII, ha dicho “que las reglas fijadas por el Código Civil, sólo concernientes a las relaciones privadas, no rigen en derecho administrativo de modo directo ni supletorio [...], sino que pueden llegar a ser aplicadas tan sólo por razón de analogía, es decir: con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de esta última disciplina.” Ver también *Anitúa*, CNFed. Sala IV, *LL*, 2002-F, 988, con nota de VALDEZ, MARCELA, “Justicia por analogía.”

¹⁰ Ver nota anterior. La controversia es casi permanente: ver el fallo anotado y la nota de FANELLI EVANS, GUILLERMO E., “Daños a terceros en servicios públicos privatizados,” *LL*, 1998-F, 146.

¹¹ Ver t. 1, cap. VIII, § 3.

¹² Hechos jurídicos y no jurídicos; hechos jurídicos naturales y humanos, hechos jurídicos humanos involuntarios y voluntarios, hechos jurídicos humanos voluntarios lícitos e ilícitos, para recordar la más conocida.

¹³ El derecho procesal sólo es el instrumento para efectivizar los principios propios de la materia, derecho material o sustantivo, que instrumenta. Por eso algunos jueces dicen que con la Constitución les basta; por ello en los tribunales internacionales se hace un estatuto del tribunal, con pocas normas sustanciales, y se deja al tribunal establecer el rito. Comp., en otra cuestión, RODRÍGUEZ, CECILIA MARA, “El estado actual de la jurisprudencia sobre la recusación sin expresión de causa como «procedimiento de elección del magistrado» en la Provincia de Buenos Aires,” *LL*, 2007-A, 480.

¹⁴ Nos referimos a *El acto administrativo*, 1963 y 1969, que desde 1979 constituye el presente t. 3 de este *Tratado*.

dado para configurar al acto administrativo y que por fundarse en elementos accidentales antes que en un análisis global de la realidad administrativa, sólo pueden ser imperfectas e incompletas. En tal sentido, es claro que debe ser desechado el criterio que toma en cuenta, para dar la noción de acto administrativo, la jurisdicción que deberá entender de la revisión del acto. En ese criterio se excluye del concepto del acto administrativo a ciertos actos emanados de otros órganos estatales que los administrativos, en virtud de que ellos —en algunos países— no son impugnables ante el juez en “lo contencioso administrativo.”¹⁵ Es éste un principio formalista, carente de fundamentación científica y supeditado no sólo al cambio de una ley de “lo contencioso administrativo” sino incluso al cambio de la jurisprudencia en la materia: Al querer buscar la noción de “acto administrativo,” entonces, no debemos estar tratando de hallar una noción que responda exclusivamente a los actos que pueden ser llevados ante el Tribunal de la materia.

En otro ejemplo, nuestro derecho público tiende en ocasiones a asignar una consecuencia demasiado categórica al hecho de que determinada causa no suscite la jurisdicción originaria de la CSJN, p. ej. responsabilidad del Estado provincial, y otra muy distinta que el derecho aplicable sea necesariamente derecho público local, con exclusión total de los parámetros nacionales del Código Civil y, desde luego, *la misma Constitución nacional*, que en cuanto la garantía de la propiedad se protege no sólo contra los particulares y el Estado nacional sino también contra los estados provinciales.

Esto no presenta problemas en materia de acto administrativo, donde toda la materia es similar en el derecho público comparado del país, tanto a nivel nacional como provincial, pero sí presenta algunas facetas interesantes en otros temas, como por ejemplo en el mencionado de la responsabilidad extra contractual del Estado.¹⁶

El tribunal que deberá entender, o el órgano estatal que lo hará en su lugar, son aspectos sin duda importantes en la vida profesional, pero de ningún modo puede exclusivamente en base a ellos darse una noción de alcance sistemático.

¹⁵ Esto es así p. ej. en Uruguay, aunque como bien lo señala SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953; 4ª ed., puesta al día por DANIEL H. MARTINS, Montevideo, 1974, p. 391, ello no es argumento suficiente para obtener la conclusión de que los actos dictados por los poderes legislativo y judicial no constituyen actos administrativos.

¹⁶ Ver, desde distintos enfoques, MILJIKER, MARÍA EVA y AHE, DAFNE SOLEDAD, “Algunos mitos sobre el funcionamiento del sistema continental: El caso de la Argentina y la regulación de la responsabilidad del Estado,” *LL*, 2007-A, 753; PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO y BUSTELO, ERNETO N., “Barreto: La responsabilidad del Estado dentro de sus cauces constitucionales,” en *LL*, 2006-E, 264; VEGA, SUSANA ELENA y ROTAECHE, MARÍA JOSEFINA, “La competencia originaria de la Corte y el concepto de causa civil: un cambio de criterio acertado. ¿Motivos de orden jurídico o circunstancias de conveniencia?” *RAP*, 335: 47-73, Buenos Aires, 2006.

El pregonado carácter público local de la responsabilidad del Estado provincial (a los efectos de la improcedencia de la instancia originaria de la CSJN) no impide su revisión por la CSJN en el recurso extraordinario, aplicando no otra cosa que los mismos parámetros jurisprudenciales de la responsabilidad del Estado, que mencionan las normas del Código Civil.

Tampoco el acto es lo que determina la jurisdicción, sino la materia que habrá de regir la pretensión o derecho que se invoca.¹⁷ Además, en el derecho argentino no podría afirmarse que la actividad administrativa de los otros poderes no fuere impugnante ante la justicia con competencia en materia administrativa, primero porque ninguna norma lo impide, y segundo porque la legislación procesal vigente admite claramente la posibilidad de demandar a la Nación ante los estrados judiciales, sea por actos, hechos o contratos administrativos.¹⁸ Ya es normal en nuestra jurisprudencia que los actos administrativos del Congreso de la Nación y del Poder Judicial sean impugnables por la misma vía judicial que los actos emanados de la administración.

La solución no varía, a nuestro entender, aunque exista una norma que consagre la solución criticada, por cuanto la revisión judicial es sólo una parte de la revisión de los actos administrativos: ya hace mucho que tiene acentuada importancia, por diversos motivos,¹⁹ la impugnación y revisión del acto en la propia sede administrativa; lógico es entonces que si se ha de tomar en cuenta la posibilidad de atacar al acto, se tome un criterio que en lo posible explique ambos tipos de control del acto y no sólo el judicial, en atención a la importancia jurídica y práctica que ha asumido la revisión administrativa.²⁰

Por lo demás, ha de quedar en claro que en nuestro sistema constitucional, por imperio de los arts. 18, 109 y 116 de la Constitución, no puede en caso alguno excluirse la revisión judicial plena de cualquier acto estatal.²¹ Menos aún podrá considerarse, por lo tanto, un recurso específico aplicable para atacar el acto: negar el carácter de acto administrativo a un determinado acto, en virtud de

¹⁷ Esto es ya pacífico, pero no absoluto, en la jurisprudencia nacional (CNFed. CA, Sala IV, *La Internacional S.A.*, 19-VI-98, cons. II; *Manzioni*, 10-IX-92; *La Primera de San Isidro S.A.*, 24-VIII-93 y otros) y ha sido recogido por el código de la Provincia de Buenos Aires. Pero a veces aparecen fallos que aún aplican lo que en la antigüedad se llamaba la calidad “revisor del acto administrativo” como tipificante y limitante de la jurisdicción procesal administrativa. En el orden nacional aún existiendo un acto administrativo que se impugna, puede no corresponder la jurisdicción procesal administrativa (CSJN, *Movimiento Scout Argentino*, 1980, *Fallos*, 302: 545, cons. 7°), si lo principal de la impugnación se refiere al derecho comercial, incluso aunque hayan de juzgarse también aspectos regidos por el decreto-ley 19.549/72 (*La Internacional S.A.*, cons. IV y VI). En la C.A.B.A. la jurisdicción procesal administrativa está dada de acuerdo al art. 2, por el sujeto, “cualquiera que sea su fundamento [...] tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado.”

¹⁸ Ver *supra*, t. 2, cap. XIII.

¹⁹ Lo explicamos *supra*, t. 2, caps. IX, “Principios del procedimiento,” XIV, “Problemas del acceso a la justicia” y XV, “Control administrativo y judicial.”

²⁰ No significa esto desconocer la importancia que debe tener la revisión judicial del acto, la cual es un pilar fundamental del derecho administrativo (tal como ya lo expusimos en este *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, cap. V, § 2, “La protección judicial contra el ejercicio de la función administrativa” y 3, “El contenido de la protección judicial;” t. 2, cap. XIV), pero sí dar una visión más panorámica de los distintos aspectos del régimen del acto administrativo del cual la noción pertinente debe ser suficientemente explicativa y no innecesariamente limitativa.

²¹ Ampliar *supra*, t. 2, cap. VIII, “Los «actos de gobierno».” Ver también, entre otros, ORTIZ, RICARDO MIGUEL: “Actos administrativos de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires: tutela judicial,” en BOTASSI, CARLOS A. (dir.), *Temas de Derecho Administrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín Gordillo*, La Plata, Platense, 2003, pp. 139-50.

que la jurisprudencia haya decidido que no le es aplicable el recurso por exceso de poder²² es un criterio objetable. A la inversa, tampoco se justifica a nuestro entender el afirmar que la institución matriz productora del acto administrativo es el recurso o la acción contencioso administrativa,²³ pues estos no son sino aspectos del régimen jurídico a analizar. A título de ejemplo, las controversias por los actos de los concesionarios y licenciatarios nacionales suelen dilucidarse en la competencia contencioso administrativa federal sin que sean necesariamente actos administrativos. Por todo ello, la institución productora —si es que puede usarse esa terminología— del acto administrativo es en nuestro concepto la función administrativa.

4. *Continuación. El concepto subjetivo de acto administrativo*

Entendemos, en consecuencia, que los principios jurídicos a considerarse para obtener una noción de acto administrativo que explique y aplique el mayor número posible de aquéllos, no pueden limitarse a los remedios procesales y vigentes, tanto en lo que se refiere a tribunal competente como recursos existentes contra el acto, o al procedimiento a seguirse en su tramitación. Con ello tomamos posición en sentido diverso a las doctrinas que, partiendo expresa o implícitamente del concepto señalado, comienzan por dar un concepto de acto administrativo restringido al punto de vista orgánico o subjetivo. En efecto, el hecho de que las acciones o los recursos contencioso administrativos se den en principio —y en algunas legislaciones— sólo contra decisiones de órganos administrativos, hace que la doctrina adopte fundamentalmente el concepto de que acto administrativo es el emanado de un órgano administrativo. A este primer elemento agregan, desde luego, otros, con el resultado de que la noción de acto administrativo se refiere a una especie de actos *realizados por órganos administrativos*.

5. *Los conceptos subjetivo y objetivo de función administrativa*

Este concepto de acto administrativo adolece de los mismos problemas lógicos y metodológicos que el de la función administrativa.²⁴

Para conceptuar a la función administrativa se dan esencialmente dos nociones: *a)* la orgánica, subjetiva o formal: función administrativa es toda la actividad que realizan órganos administrativos; *b)* la material, sustancial u objetiva: función administrativa es la actuación concreta, práctica, etc., del Estado, realizada por cualquiera de sus órganos. Esta es la noción preferida por la doctrina. Hemos dicho ya que ambos conceptos son inadecuados, y que necesariamente debe adoptarse un tipo de definición mixta que involucre a la vez elementos de tipo

²² Así STASSINOPOULOS, MICHEL, *Traité des actes administratifs*, Atenas, Sirey, 1954, p. 45.

²³ Así FERNÁNDEZ DE VELAZCO, RECAREDO, *El acto administrativo*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1929, p. 70; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, pp. 220-1; en otras ediciones o reimpressiones se trata de las pp. 224-5.

²⁴ Que tratamos *supra*, t. 1, cap. IX, "Las funciones del poder."

orgánico material; o sea, que aúne datos objetivos y orgánicos para arribar a la noción final.²⁵

6. *La oposición de los criterios de función administrativa y acto administrativo*

Lo mismo ocurre con el acto administrativo; para conceptuarlo se dan esencialmente dos nociones: *a)* la orgánica, subjetiva o formal: acto administrativo es el que dictan órganos administrativos, y no otros órganos; *b)* la material, objetiva o sustancial: acto administrativo es todo acto, cualquiera sea el órgano que lo dicte, que tenga sustancia administrativa. Aquí la misma doctrina prefiere, al revés del caso de la función administrativa, el concepto orgánico y no el material. Esta sola diferencia de criterio señala ya el error lógico de la doctrina tradicional; pues, desde luego, es una contradicción definir la función administrativa en sentido material y el acto administrativo en sentido orgánico, para con ello arribar a la conclusión de que ciertas materias administrativas que en nada difieren de las demás, jamás darán lugar a actos administrativos.²⁶ Si la ausencia de un órgano administrativo es tan decisiva como para eliminar la posibilidad de que su actuación de lugar a un acto administrativo, el razonamiento es igualmente válido para negar también que estemos ante una función administrativa.

7. *Crítica del concepto orgánico o subjetivo*

Pero, repetimos, el camino no debe buscarse por criterios objetivos o subjetivos aislados; sólo un concepto mixto puede tener posibilidades de éxito.

La contradicción de las nociones predominantes de función administrativa (material, sustancial), y acto administrativo (orgánico, subjetivo) se advierte en un ejemplo: el nombramiento y remoción por parte de las autoridades judiciales de un empleado de tribunales (p. ej., un ordenanza) es, en estas doctrinas, función administrativa, pero no acto administrativo. El nombramiento o remoción por parte de las autoridades administrativas de un empleado de la administración (p. ej., un ordenanza), es función administrativa y también acto administrativo. ¿Por qué el primer acto de nombramiento no es acto administrativo y éste sí? Obviamente, porque en el primer caso no lo dicta un órgano administrativo y

²⁵ Así hemos propuesto como definición, desde nuestra *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1962, que mantuvimos también desde la primera edición de *El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963: "Toda la actividad que realizan los órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativo y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los hechos y actos materialmente legislativos y jurisdiccionales." Actualmente se encuentra en el t. 1, cap. IX, § 21, "Resumen de las funciones del Estado." Han seguido criterios similares, posteriormente, LINARES, JUAN FRANCISCO, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1986, p. 173 y FIORINI, BARTOLOMÉ, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976, 2ª ed. actualizada, t. 1, p. 109 y ss.

²⁶ Entre otros, LESSONA, SILVIO, *Introduzione al diritto amministrativo e sue strutture fondamentali*, Firenze, 1964, pp. 80-90: "El requisito subjetivo de la naturaleza del órgano que realiza el acto excluye de la categoría de los actos administrativos [...] aquellos actos que son tales sólo objetivamente, pero no subjetivamente" (*op. cit.*, p. 90).

en el segundo sí. Pero entonces ¿por qué es el primer nombramiento función administrativa y el segundo también? Porque es sustancialmente igual, se dirá, pero es variar el fundamento: pues el que sean sustancialmente iguales, como en efecto lo son, puede al mismo tiempo fundar que los dos actos sean considerados como actos administrativos, cosa que esta doctrina no hace.

En otros términos: no hay un mismo fundamento que pueda decidir en ambos casos el por qué considerar en un aspecto iguales y en otros desiguales a actos idénticos. Esa contradicción debe solucionarse en uno de los siguientes sentidos: *a)* considerar que los dos casos son función administrativa y pueden dar lugar a actos administrativos (criterio en principio sustancial), o *b)* considerar que en el segundo caso, y únicamente en él, hay función administrativa y acto administrativo y que en el primero no hay ni función ni acto administrativo. El segundo criterio es cuestionado en cuanto para ello se basa puramente en la posibilidad de que exista o no un recurso ante el tribunal competente en materia procesal administrativa; por lo demás, es evidente que el régimen jurídico que regirá el nombramiento y remoción del empleado de tribunales es netamente el del derecho administrativo. Podrá variar la aplicación de las normas concretas, y existir un estatuto distinto para el personal; pero ello no quita que en todos los casos se trata inequívocamente de una función pública regida por el derecho administrativo. Lo mismo ocurre con los contratos administrativos del Poder Judicial, que nadie soñaría con imaginar función jurisdiccional, de tan obvio que es. Tanto en su celebración, donde rigen los principios generales del derecho administrativo y las normas específicas, como en su ejecución, el derecho aplicable es indubitablemente administrativo: no otra cosa que administrativos pueden ser los actos dictados al respecto, en tanto cumplan con las demás características de esta categoría. En el curso de su ejecución, los actos por los cuales el Poder Judicial aplica sanciones al contratista, impone deberes, etc., también se rigen por los principios comunes del derecho administrativo y de ninguna manera pueden ser considerados ejercicio de función jurisdiccional.

Así nos parece claro que en ambos casos hay *función* administrativa y *acto* administrativo; aclarando que a los actos administrativos dictados por órganos judiciales se aplicará el derecho administrativo, salvo, en algunos países, en lo que respecta al recurso para atacarlo.²⁷ Dentro de la orientación objetiva del concepto de función administrativa, ya los autores se pronuncian por el criterio objetivo de acto administrativo, entendiéndolo en consecuencia aplicable no sólo a la actividad de los órganos *administrativos* sino también a la actividad administrativa de los órganos *legislativo* y *jurisdiccionales*.²⁸

En nuestro país ni siquiera existe problema procesal, porque como ya vimos un acto administrativo puede impugnarse ante una jurisdicción distinta si lo

²⁷ Este problema se plantea con los actos tanto individuales como generales de la CSJN.

²⁸ Es lo que proponemos desde 1963. Conf. BOTASSI, CARLOS A., *Procedimiento administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Platense, 1988, p. 8.

principal en discusión no es el derecho administrativo. Además porque ya es pacífico²⁹ que los actos administrativos de los otros poderes del Estado se impugnan también ante la justicia con competencia en materia contencioso administrativa, si la impugnación versa sobre derecho administrativo. Es una solución que tiende a afirmarse en el derecho comparado.³⁰

8. Continuación

Otros autores no incurren en la contradicción señalada, pero en cambio se deciden expresamente por conceptuar a la función administrativa y al acto administrativo en sentido orgánico.³¹ Se fundan para ello en que los actos de índole administrativa que realizan los jueces y el poder legislativo, no se rigen por el derecho administrativo. Esa afirmación, sin embargo, no es aplicable en cuanto se refiere a la organización interna y al personal del Poder Judicial y Poder Legislativo. En efecto, si bien en algunos sistemas no habrá tal vez recurso o acción ante el juez procesal administrativo contra tales actos,³² es evidente que toda la temática a aplicarse será la del derecho administrativo: competencia, jerarquía, desconcentración, delegación, etc. En cualquier caso, en nuestro sistema es competente la justicia procesal administrativa.

²⁹ SCJBA, *Villar de Puenzo, LL*, 1984-D, 145, con nota de GRECCO, CARLOS MANUEL, "Impugnación judicial contra actos administrativos del Poder Judicial," *LL*, 1984-D, 141; *Ambrosio, LLBA*, 1998: 167; Juzg. CA N° 1 de La Plata, *Ramellini*, 2004, confirmada; ORTIZ, "Actos administrativos de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires...", *op. loc. cit.* En el orden nacional tramitan también normalmente juicios contra el Estado en cabeza del Poder Judicial o del Congreso de la Nación. Luego de algunas hesitaciones, p. ej. CNFed. CA, Sala III, A., *H.F., LL*, 1984-B, 60, con disidencia de GAUNA y nota en igual sentido de EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL, "Un caso de confusión entre la función administrativa y la función jurisdiccional del órgano judicial," finalmente la jurisprudencia se orienta en forma unánime: Sala V, *Labatón, DJ*, 1998-3, 628, año 1994; *Costa, LL*, 1996-E, 116; Sala I, *Rava, LL*, 1996-C, 457; Sala IV, *Rosso, LL*, 1996-A, 643. Conf. BIANCHI, ALBERTO B., "Justiciabilidad de las acordadas de la Corte Suprema," *ED*, 119: 181; "¿Tiene fundamento constitucional la acción de lesividad?" *ED*, 132: 808, 809: "Sus decisiones son susceptibles de iguales impugnaciones ante los jueces inferiores al igual que si se tratara de un acto administrativo ordinario."

³⁰ Entre otros, PANGRAZIO, MIGUEL ÁNGEL, *Derecho administrativo*, t. I, Asunción, Intercontinental Editora, 1997, p. 63.

³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. I, 1ª ed. argentina de la 12ª ed. española, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, Buenos Aires, Thomson/Civitas - La Ley, 2006, p. 552. GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Madrid, 1966, 4ª ed., p. 354 y ss., p. 409 y ss.; 10ª ed., 1987, p. 373; DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Plus Ultra, 1965, p. 207. Esa posición tradicional española ha provocado réplicas: GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Derecho administrativo español*, t. 3, *El acto y el procedimiento administrativos*, Pamplona, EUNSA, 1997, p. 411.

³² En la Provincia de Buenos Aires hubo un importante debate sobre la competencia judicial para juzgar los actos del Tribunal de Cuentas: ORTIZ, "El nuevo fuero contencioso administrativo," en AA.VV., *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Platense, 2000, pp. 37, 52-56 y las referencias de su nota 19 en p. 52.; BOTASSI, CARLOS ALFREDO, "Las legitimaciones activa y pasiva en el nuevo contencioso administrativo," en AA.VV., *El nuevo proceso...*, *op. cit.*, pp. 215 y ss., 246-7. Las leyes 13.101 y 13.118 otorgaron a los juzgados de primera instancia la competencia para la revisión de los actos del Tribunal de Cuentas.

Lo mismo puede decirse de otras normas: que una ley de empleados públicos no les sea aplicable a esos funcionarios, p. ej., no quita que sus derechos y deberes deban encuadrarse en los principios generales del derecho administrativo. El deber de obediencia de los empleados judiciales será el deber de obediencia del derecho administrativo; el recurso jerárquico que interpongan ante la Cámara contra una sanción del juez será un recurso jerárquico a tramitarse según procedimientos de derecho administrativo y no del derecho procesal; la procedencia de la sanción disciplinaria que se aplique al empleado se regirá por los principios que hacen a las sanciones disciplinarias administrativas, y no por los del derecho penal, etc.³³

Si una ley es interpretada en el sentido de que sólo se aplica a la administración, ello no significa que la regulación jurídica de los actos de contenido administrativo realizados por otros órganos escape al derecho administrativo y se rija por el derecho procesal o el derecho parlamentario.³⁴ Por más dudas que susciten ciertas actividades no específicamente jurisdiccionales o legislativas de los órganos jurisdiccional y legislativo, ellas no pueden llevar a sostener que los actos que estos órganos realizan en lo que se refiere a su organización interna, medios materiales, etc., no se rijan por los principios del derecho administrativo. El que se les apliquen tales principios (requisitos, vicios, nulidades, extinción, etc.), aunque alguna que otra ley administrativa no les sea de aplicación expresa, hace que no podamos razonablemente excluirlos del concepto de acto administrativo.³⁵

9. La posible pérdida de conexidad entre las nociones de función administrativa y acto administrativo

Al tratar de las funciones del Estado dijimos que convenía clasificar de algún modo útil y claro las distintas actividades de los órganos del Estado, desde un punto de vista jurídico: no nos parece útil la noción de que “los tres poderes realizan simultáneamente las tres funciones,” porque ella no explica nada de la realidad que se encuentra detrás de la frase. Ello y decir que “todo es una gran confusión” y quedarse allí, es poco más o menos lo mismo.

Preferimos entonces tratar de armonizar las nociones de función administrativa y acto administrativo, para que mejor cumplan, en nuestro entender, su función explicativa de esta parte del sistema jurídico administrativo. No hay en ello una pretendida búsqueda de esencias, solamente de simplificaciones comprensibles.

³³ Lo mismo ocurre en lo referente al manejo de fondos por parte de las Cámaras parlamentarias o la justicia. Ver ley 24.156, art. 9°.

³⁴ Escapan al ámbito de esa ley o decreto-ley, pero no al de los principios generales del derecho administrativo y público en general.

³⁵ En contra FORSTHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 276 y ss.; STASSI-NOPOULOS, *op. cit.*, p. 41 y ss.; FERNÁNDEZ DE VELAZCO, *El acto administrativo, op. cit.*, p. 15; LESSONA, *op. loc. cit.*; etc.

10. *El acto administrativo* *como manifestación del ejercicio de la función administrativa*

Por ello partimos de la base de que la raíz del acto administrativo no se halla subjetivamente en los órganos administrativos, sino objetivamente en el ejercicio de la función administrativa. Adherimos pues al concepto de que acto administrativo es el dictado en ejercicio de la función administrativa, sin interesar qué órgano la ejerce,³⁶ y el adoptado por el art. 1° de la llamada ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.³⁷ Es también el criterio del CPCA de la Provincia de Buenos Aires.³⁸ A este elemento se le agregan luego otros, con el resultado final de que la noción de acto administrativo se refiere a una especie de actos realizados en ejercicio de la función administrativa. Utilizamos ese criterio, según lo dicho, porque: *a)* debe eliminarse la contradicción lógica entre las nociones de acto y función administrativa; *b)* dicha eliminación debe hacerse sin tomar en cuenta datos accidentales como el del recurso procesal procedente y considerando en cambio lo esencial de la regulación jurídica de fondo aplicable al caso; *c)* los actos del Poder Judicial y del Poder Legislativo referidos a su organización interna, medios materiales, empleados públicos, etc., se rigen por los principios del derecho administrativo; *d)* tampoco es útil proponer una desvinculación total de las nociones de función y acto administrativo, por inducir a evidente confusión terminológica e innecesaria complejidad conceptual.

11. *El acto administrativo —y no los contratos administrativos—* *de entes no estatales*

En materia de entes no estatales la primera y gran controversia es si ejercen o no función administrativa a la que alcancen los principios del derecho admi-

³⁶ En igual sentido Colombia, arts. 1° y 82. En cambio adoptan el criterio subjetivo: Uruguay, art. 120; Venezuela, art. 7°. Ver FRAGOLA, UMBERTO, *Manuale di diritto amministrativo*, Nápoles, 1948, p. 149; PETERS, *Lehrbuch der Verwaltung*, Berlín, 1949, p. 152; BIELSA, *Derecho administrativo*, t. II, 5ª ed., p. 5; 6ª ed., p. 18; SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 390; LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 201; DROMI, JOSÉ ROBERTO, *Instituciones de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973, pp. 89-90; COMADIRA, JULIO RODOLFO, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, 2ª ed., cap. I, § 3, p. 4 y § 6, p. 7; *El Acto Administrativo. En la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, La Ley, 2003, cap. 2, § 2.2, p. 8; con la colaboración de LAURA MONTI, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2002, comentario al art. 1°, § 1.3, p. 38 y comentario a los arts. 7° y 8°, § 5.2, p. 185; ORTIZ, “Actos administrativos de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires...,” *op. loc. cit.*; NAVA NEGRETE, ALFONSO y QUIROZ ACOSTA, ENRIQUE, “Acto administrativo,” en FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE (coord.), *Diccionario de derecho administrativo*, México, UNAM-Porrúa, 2003, p. 2.

³⁷ En él se extiende el ámbito de aplicación de la ley a los órganos legislativo y judicial, en ejercicio de la función administrativa. Se trata del decreto 1510/97, aprobado curiosamente por una resolución legislativa y no propiamente una ley.

³⁸ D'ARGENIO, INÉS A., “La materia determinante de la competencia en el proceso administrativo provincial,” en AA.VV., *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, *op. cit.*, pp. 57-8, 100-1.

nistrativo. En otro encuadre terminológico³⁹ los actos, aún privados, de personas privadas que ejercen poder, tienen en el ámbito del derecho privado y por tribunales comunes las mismas limitaciones de respetar la audiencia previa, el debido proceso, la razonabilidad, proporcionalidad, no discriminación, etc.⁴⁰ Son principios generales del derecho tanto público como privado.⁴¹ Algunos autores no admiten que un acto administrativo sea emitido por una entidad no estatal,⁴² pero ello ocurre por su *propia* concepción de *acto* administrativo, que hace incluir dentro de ese vocablo también al *contrato* administrativo.⁴³

Es así difícil saber si las discrepancias entre los autores se producen respecto a alguno de los siguientes puntos:

a) Si pueden ejercer función administrativa: la jurisprudencia nacional⁴⁴ es uniforme en sentido afirmativo, en los casos que la legislación les atribuye potestad pública a personas no estatales, sean públicas⁴⁵ o privadas.⁴⁶

b) Si las personas no estatales pueden celebrar *contratos administrativos* con sus proveedores. La respuesta es en general negativa,⁴⁷ pero hay excepciones.⁴⁸ A su vez, los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos deben celebrar

³⁹ BOLAÑOS, MARCELO, "Fundamentos de la responsabilidad del Estado en el marco de la reforma administrativa," *ED*, 187 (2000): 950, 978.

⁴⁰ Ver *infra*, § 12.6 y 13, "Clubes de campo y barrios cerrados" y notas 41, 108, 109, 110, 125.

⁴¹ El derecho privado es también control del poder: LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Las notas fundamentales de derecho privado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, Cap. III, "El derecho privado como límite del poder."

⁴² BIELSA, *op. cit.*, 6ª ed., p. 18; DIEZ, *op. cit.*, p. 208; MARIENHOFF, t. II, *op. cit.*, p. 251; 4ª ed., 1993, p. 255; FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 281; CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho administrativo*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, 6ª ed., p. 225; DROMI, *op. cit.*, p. 190.

⁴³ Hay otras variantes de interés: CANDA, FABIÁN OMAR, "El elemento subjetivo en la contratación administrativa. ¿Necesariamente una de las partes debe ser el Estado?," en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, p. 65 y ss., pp. 74-9, § 4 y 5.2, quien encuentra un "quiebre lógico en el razonamiento de la Corte."

⁴⁴ Y también, crecientemente, la provincial.

⁴⁵ Ampliar en IVANEGA, MIRIAM MABEL, "Actos administrativos de entes públicos no estatales," en AA.VV., *Acto administrativo y reglamento*, Buenos Aires, RAP, 2002, pp. 403-15.

⁴⁶ En el mismo sentido REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 36 y ss.

⁴⁷ Es la solución de principio: CSJN, *Farmacia Roca S.C.S.*, 28-II-1989, *RAP*, 137: 329, Buenos Aires, 1990, donde se siguió el criterio distintivo según la propiedad, que postuláramos en la 1ª ed. del t. 1, 1974 y anteriormente en *Empresas del Estado*, Buenos Aires, Macchi, 1966, cap. I; conf. BIANCHI, ALBERTO B., "El patrimonio estatal como límite demarcatorio de la administración pública," *RAP*, 137: 50, Buenos Aires, 1990; BARRA, RODOLFO C., *Contrato de obra pública*, t. I, Buenos Aires, Ábaco, p. 116 y ss.

⁴⁸ Hay casos en que se han aplicado algunas soluciones del contrato administrativo a relaciones contractuales entre personas no estatales: CSJN, *Schirato, Fallos*, 304-1: 490, 1982; *Dufour*, 306: 2040, 1984, que recuerda CANDA, *op. cit.*, pp. 75-6; BOTASSI, CARLOS, *Contratos de la administración provincial*, La Plata, Scotti, 1996, p. 32; *Procedimiento administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Platense, 1988, p. 46, "Las legitimaciones activa y pasiva en el nuevo contencioso administrativo," en AA.VV., *El nuevo proceso...*, *op. cit.*, pp. 215 y ss., 244-5. Lo mismo puede decirse de otros autores que siguen nuestro criterio del carácter potencialmente administrativo de algunos actos de las personas públicas no estatales, como HUTCHINSON, TOMÁS, *Las corporaciones profesionales*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1982, p. 40 y ss., 96 y ss., 99; COMADIRA, *Acto administrativo municipal*, Buenos Aires, Depalma, 1992, pp. 9-10.

licitación pública⁴⁹ para permitir el control de la razonabilidad de sus costos para determinar la tarifa, no contratar con su propio grupo económico, etc.⁵⁰ También puede haber contratos administrativos entre vecinos y un contratista de obra pública.⁵¹

c) Un tercer interrogante es si pueden dictar *actos administrativos unilaterales e individuales*: la respuesta afirmativa es clara, según veremos.

d) En cuanto a si tienen potestad reglamentaria, los concesionarios y licenciatarios carecen de esa atribución, pues ello le compete solamente a los entes reguladores previstos en el art. 42 de la Constitución, dentro del marco regulador que establezca el Congreso, respecto del cual no existe ninguna pretendida “reserva de la administración.”⁵² En cambio, los colegios profesionales tienen potestad reglamentaria en cuanto a las normas de ética profesional; pero no creemos que a tales reglamentos se le aplique la construcción propia de los reglamentos de la administración, que expusimos en el t. 1. La jurisprudencia reconoce potestad reglamentaria a SADAIC⁵³ y entidades similares para sus aranceles y que los actos disciplinarios del C.P.A.C.F. revisten el carácter de actos administrativos.⁵⁴ Lo equívoco es tratar todos los supuestos —contratos, reglamentos, actos individuales— como si fueran uno sólo. Si nos limitamos a los actos unilaterales e individuales, parece indubitable que existen personas jurídicas *públicas* no estatales facultadas a hacerlo.⁵⁵ Hay muchos ejemplos de entidades creadas por leyes que organizan las profesiones liberales dando a los colegiados el control de la matrícula, el poder disciplinario sobre el ejercicio de la profesión, regímenes de jubilaciones y pensiones, etc. Las provincias tienen

⁴⁹ Es una hipótesis de actividad que no es función administrativa pero se halla regida por el derecho administrativo, lo cual en la Prov. de Buenos Aires hace precedente la competencia procesal administrativa. Ver BOTASSI, “Las legitimaciones...,” *op. cit.*, pp. 245-6.

⁵⁰ Pero ello no lleva a aplicarles el régimen de los contratos, ni constituye fundamento suficiente para preguntar si acaso no son de naturaleza jurídico administrativa: CANDA, *op. cit.*, nota 49. Es una cuestión que requiere ser vista a nivel general: *supra*, t. 1, cap. I.

⁵¹ En tales casos, la SCJBA ha entendido que “este tipo de acuerdos se halla regido por normas administrativas y genera relaciones jurídicas de igual índole entre los usuarios y la autoridad,” citado por D’ARGENIO, “La materia...,” *op. cit.*, § 27, pp. 74-5 y § 72, p. 107.

⁵² *Supra*, t. 1, cap. VII, § 7, “Ámbito de la ley frente a la administración.”

⁵³ Decreto 5146/69, CNCiv., Sala F, LL, 1991-E, 311, SADAIC c. Puig Major Discothèque, con nota de VILLALBA, CARLOS A., “Las facultades de las sociedades de autores;” CNApel Civil y Comercial de Rosario, *Divertimento S.R.L.*, 10-III-93; del mismo autor, “Actualidad en la jurisprudencia sobre derechos de autor y otros derechos de la personalidad,” LL, 1997-D, 977.

⁵⁴ CNFed. CA, Sala III (MORDEGLIA, MUÑOZ, ARGENTO; la publicación indica erróneamente Sala II), C., O. O., LL, 1998-A, 299; Grittini y D., J.A., LL, 1998-C, 338.

⁵⁵ *Supra*, t. 1, cap. XIV, § 4, 12.1 (8°) y 12.2 (9°); HUTCHINSON, *Las corporaciones...*, *op. cit.*, p. 40 y ss., 96 y ss.; COMADIRA, *Acto...*, *op. cit.*, pp. 9-10; *Procedimientos...*, *op. cit.*, comentario al art. 1°, § 1.4.5, pp. 43-6, esp. nota 144; *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, cap. I, § 5, pp. 6 *in fine* y 7; *El Acto...*, *op. cit.*, cap. 2, § 2.2, p. 11 y nota 24; BOTASSI, *Procedimiento...*, *op. cit.*, p. 45, admite la aplicación supletoria de la ley de procedimiento, reconociendo su carácter público, lo que confirma en “El nuevo proceso contencioso administrativo provincial. Su incidencia sobre la ley de procedimiento administrativo,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, p. 433 y ss.; CANDA, *op. cit.*, p. 79.

este sistema: médicos, abogados, veterinarios, escribanos, etc. y la jurisprudencia ha reconocido su carácter público no estatal. Es acto administrativo y abre la vía procesal administrativa⁵⁶ el condicionamiento, por una de estas cajas, de la jubilación, el rechazo de un pedido de devolución de aportes, la imposición de un recargo por mora, la denegatoria a un pedido de exención de la obligación de realizar aportes, etc.⁵⁷ y desde luego las sanciones a los profesionales. Las obras sociales han sido calificadas por el legislador como entidades no estatales de derecho público,⁵⁸ cuyas relaciones con sus afiliados son de derecho público.⁵⁹ La CSJN ha reconocido el “carácter de entidad de derecho público no estatal” al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados.⁶⁰ Se rigen en lo específico por el derecho administrativo el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal —y los de las distintas provincias que tienen régimen análogo— cuando aplica sanciones a los abogados matriculados;⁶¹ las Cajas de Previsión Social para distintos profesionales y en general los Colegios o Consejos profesionales creados por ley, etc. Ello ha sido admitido, sino por la mayoría de la doctrina argentina, al menos por una parte significativa y calificada de ella.⁶²

⁵⁶ Aunque ya no es indispensable dicho acto: GAVEGLIO, ADRIÁN J., “Apuntes acerca del sistema de pretensiones en el código contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires,” *JA*, 2000-III, 1127, esp. p. 1128.

⁵⁷ VALLEFIN, CARLOS A., *Proceso administrativo y habilitación de instancia*, La Plata, Platense, 1994, p. 61. El CCAPBA (arts. 74 y 75) prevé la revisión judicial de los “actos administrativos definitivos” de los Colegios o Consejos Profesionales y de los órganos superiores de las Cajas de Previsión Social de Profesionales. Ver Juzg. CA N° 1 de La Plata, *Vecchio*, 2004; *Formisano*, 2004. La SCJBA ha interpretado que “La impugnación de los actos de gravamen emanados de Colegios o Consejos Profesionales relativos al gobierno de la matrícula” en trámite ante la Sala Especial de las Cámaras de Apelaciones Civil y Comercial de La Plata, al momento de la puesta en funcionamiento de los juzgados de primera instancia en materia administrativa (15-XII-2003), deben remitirse a dichos órganos para la continuación del proceso de revisión judicial, por entender que la entrada en vigencia de la ley 12.008 (según ley 13.101) ha producido la derogación del decreto-ley 9398/79 que creara la Sala Especial citada (SCJBA, causa B 67.744, *Nosenzo*, 31-III-2004).

⁵⁸ Ley 23.660, art. 2°, con obligaciones imperativas para ellas y sus asociados: ley 22.269, arts. 9° y 12. CSJN, *Fallos*, 295: 143, *Caja de Subsidios Familiares para el Personal de la Industria*; 300: 895 (*Caja de Subsidios Familiares para Empleados de Comercio, C.A.S.F.E.C.*); ver también *Fallos*, 315: 1830, *C.P.A.C.F.* El CCA bonaerense los reconoce tal carácter y la competencia procesal administrativa para los actos que dicten en ejercicio de funciones administrativas.

⁵⁹ CNCiv., Sala A, *Pezzolesi, LL*, 1998-E, 283.

⁶⁰ CSJN, *Díaz Cháves, Fallos*, 321: 2278, 1998; *Ceballos, LL*, 1998-E, 527. Ver con todo *supra*, nota 41, p. I-12.

⁶¹ CANDA, *op. loc. cit.*

⁶² LINARES, *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 201, § 165; COMADIRA, *Acto administrativo municipal, op. loc. cit.*; *Procedimientos Administrativos...*, *op. cit.*, comentario al art. 1°, § 1.4.5, p. 45; *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, cap. I, § 5, p. 7; *El Acto Administrativo...*, *op. cit.*, cap. 2, § 2.2, pp. 11-2, nota 24; HUTCHINSON, *op. loc. cit.*; BARRA, RODOLFO CARLOS, *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 1980, cap. VII, p. 247 y ss.; *Contrato de obra pública*, t. 1, 1984, caps. V, VI y VII; t. 2, p. 116 y ss.; “Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público,” *LL*, 1982-B, 363; “Cometidos administrativos en la actividad notarial y responsabilidad del Estado,” *ED*, 117: 925; CANOSA, ARMANDO A., “Algunas reflexiones acerca de las denominadas personas públicas no estatales,” *ED*, 152: 232, nota al fallo *CPACF c. M.E.B.*, CSJN, 1992 y *Los recursos administrativos*, Ábaco, Buenos Aires, 1996, p. 95; ver BOTASSI, *op. loc. cit.*; comp. COVIELLO, *op. cit.*, p. 21 y ss., p. 46, nota 50.

No es la opinión dominante, pero exige al menos tenerla en cuenta. Lo mismo ocurre, con variaciones cualitativas y cuantitativas, en el derecho comparado.⁶³ Sin perjuicio de admitir que en principio la función administrativa es realizada por órganos estatales, y que en consecuencia para que exista acto administrativo debe tratarse de actividad realizada por tal tipo de órganos, creemos entonces que ello no puede erigirse en norma absoluta y general. Por el contrario, existen en el Estado moderno numerosas entidades que han sido creadas por el legislador para ejercer cierto tipo de funciones administrativas, a las cuales se les confiere legalmente un cierto poder público para actuar, en nombre del Estado y con su potestad.

En tales casos parecería contradecirse a la realidad si se les negara a esos actos el carácter de administrativos, a los efectos de la aplicación del régimen legal correspondiente en cuanto hace a la tutela del particular frente al ejercicio del poder público: limitaciones, nulidades, vicios, acciones, etc.⁶⁴ En el ejemplo anterior, si los actos dictados por los organismos previsionales nacionales han sido hasta ahora considerados actos administrativos, e impugnables como tales, no puede coherentemente negarse el carácter de administrativos a iguales actos dictados por idénticos organismos a nivel provincial.

El otorgamiento o denegación de un derecho jubilatorio realizado por la Caja Nacional de Previsión Social para Trabajadores Autónomos, p. ej., parece tan acto administrativo como igual acto realizado por la Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires; el contenido es idéntico, la potestad ejercida es equivalente, por lo tanto el acto que de ello resulta es similar, en sus aspectos jurídicos generales y consecuentemente debe estar regido por los mismos principios jurídicos. Pero esa comparación ha de servirnos, no para extender a tales personas algunas de las construcciones más autoritarias del antiguo derecho administrativo, sino para remozar a éste con algunos viejos pero refrescantes principios de sensato derecho común y de teoría general del derecho, que revisten carácter universal.

⁶³ Uniforme. Ver, entre otros, BAENA DEL ALCÁZAR, *Los colegios profesionales en el derecho administrativo español*, Madrid, 1968, p. 110; VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho administrativo*, Bogotá, Temis, 1997, 11ª ed., p. 150; TIMSIT, GÉRARD, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, París, 1963, pp. 257-63; CRETTELLA JÚNIOR, *Tratado de direito administrativo*, t. II, Río de Janeiro, 1966, pp. 33-4; CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padua, 1960, p. 550; ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, t. I, Milán, Giuffrè, 1955, 8ª ed., p. 245; "L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici," en *Scritti vari di diritto pubblico*, Milán, 1955, p. 87 y ss.; FORTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, t. II, Nápoles, 1950, pp. 58-9; VITTA, CINO, *Diritto amministrativo*, t. I, Turín, UTET, 1962, pp. 314-5; TESAURO, *Istituzioni di diritto pubblico*, t. II, *Il diritto amministrativo*, Turín, 1961, p. 112; DE LAUBADÈRE, ANDRÉ, *Traité élémentaire de droit administratif*, t. I, París, 1963, p. 187; WALINE, MARCEL, *Droit administratif*, París, 1963, 9ª ed, p. 436; MOREAU, *Cours de droit administratif*, Liège, 1935, p. 143; LACHAUME, *La hiérarchie des actes administratifs exécutaires en droit public français*, París, 1966, p. 44 y ss. En doctrina, ver también la referencia del cap. III, nota 1, p. III-1.

⁶⁴ En cambio parece excesivo admitir la intervención administrativa de un colegio profesional, como en cambio admitió la SCJBA, *Sciammarella, JA*, 1982-III, 442-5.

Tampoco es admisible incurrir aquí en la contradicción que ha caracterizado a muchas doctrinas en lo que hace a la coherencia entre función administrativa y acto administrativo. No puede sostenerse que no deben ser considerados actos administrativos los dictados por un particular, ni siquiera cuando se encuentre investido de funciones públicas.⁶⁵ Ese razonamiento es inconsecuente, pues de dos cosas una: o son ambos función administrativa y acto administrativo pues reciben el mismo tratamiento, o ninguno de ellos recibe tratamiento de derecho público administrativo ni puede por ende calificarse de tal.⁶⁶ Debe pues abandonarse la inconsecuencia de admitir en forma amplia la extensión del concepto de función administrativa y en cambio restringir el concepto de acto administrativo, que no es sino una parte, consecuencia o aplicación de aquélla. En suma, entendemos que no puede negarse *ab initio* la posibilidad de que una persona no estatal dicte actos administrativos, si es que realiza función administrativa.⁶⁷

12. *Distintos ejemplos de actos administrativos de personas no estatales*

12.1. *Las corporaciones profesionales*⁶⁸

Se encuentran aquí comprendidos los diversos colegios profesionales (de arquitectos, agrimensores, veterinarios, escribanos, contadores, abogados, etc.) creados por ley en el país, con agremiación obligatoria y que tienen el control de la matrícula, poder disciplinario de la profesión, etc., todo lo que constituye incuestionablemente el ejercicio de potestades públicas. Dado que tales potestades les han sido conferidas legalmente, y son ejercidas con carácter de “imperio” por tales entidades, no vemos por qué no habrán de ser los actos resultantes del ejercicio de tal actividad, actos administrativos. Tal es la solución en Francia.⁶⁹ Se trata, como es fácil advertirlo, de personas jurídicas públicas,⁷⁰ pero no de

⁶⁵ Como dice SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Nápoles, 1957, 2ª ed., p. 262, que se aparta así del grueso de la doctrina italiana. Advierte TESAURO, *op. cit.*, p. 110, que no se trata del “ejercicio privado de una función pública” sino del “ejercicio, de parte de un particular, de una función pública.”

⁶⁶ ZANOBINI, “L’esercizio privato delle pubbliche funzioni e l’organizzazione degli enti pubblici;” en el libro *Scritti vari di diritto pubblico*, *op. cit.*, p. 112.

⁶⁷ En sentido similar expresa BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, *Derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 10ª ed., p. 329: “Resulta necesario que todo acto de naturaleza administrativa, cualquiera sea su autor, quede sometido a un régimen jurídico-administrativo y sea susceptible de fiscalización por Jueces especializados.” Algunos autores llegan al punto de imputar responsabilidad al Estado por tales actos, lo que nos parece ya no ajustado a la realidad contemporánea: *supra*, t. 2, cap. XX. Ver también BOLANOS, *op. cit.*, pp. 976 y 978.

⁶⁸ Es el caso más trabajado en nuestro derecho. Ver más arriba los trabajos ya citados de BOTASSI, D’ARGENIO, HUTCHINSON, ORTIZ, SORIA, etc.

⁶⁹ DE LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 187, quien expresa que la tendencia iniciada con el caso *Monpeurt* ha sido continuada luego por la jurisprudencia; WALINE, *op. cit.*, p. 436; TIMSIT, *op. cit.*, pp. 262-3; LACHAUME, *op. cit.*, p. 45 y ss.

⁷⁰ SPILIOPOULOS, EPAMINONDAS, *La distinction des institutions publiques et des institutions privées en droit administratif français*, París, LGDJ, 1959, p. 86.

órganos administrativos *stricto sensu*:⁷¹ son, pues, personas públicas no estatales que eventualmente pueden llegar a dictar actos administrativos.

Igual solución encontramos en el derecho español; como dice BAENA DEL ALCÁZAR: “Los actos de los Colegios profesionales, en las materias que acaban de señalarse, que son las mencionadas en sus disposiciones específicas, tienen carácter de actos administrativos.”⁷²

Tal sería el caso de que los colegios profesionales argentinos creados por ley asuman la potestad de admitir a la matrícula y renovarla regularmente, *previo examen* de competencia de los diplomados universitarios. Las leyes que autorizan a las Universidades —estatales o no, da lo mismo— a emitir diplomas habilitantes *in eternum* están ya desactualizadas. Los conocimientos adquiridos al obtener el diploma están obsoletos a los pocos años y se requiere entonces una reactualización ininterrumpida de información y aptitudes, sujeta a control público, que no la arreglan meros cursos de especialización, postgrados y doctorados, por más que sean indispensables. Hay que legislar nuevamente el tema, exigiendo la necesidad de revalidar los títulos de manera formal, con exámenes, entrevistas, jurados, postgrados obligatorios, etc.

Claro está, no parece que sea conforme a derecho proponer la revocación de tales diplomas en sede administrativa, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, dejando para un juicio ulterior la determinación de cuál es en su caso la indemnización que lo pudiera corresponder al ex abogado, contador, etc.⁷³

Parte de esta función, cumplida por los colegios profesionales —por sí o integrando jurados mixtos, incluyendo representación académica, etc.—, se concretaría también en actos administrativos, similares a los que en su oportunidad dictó el ente administrativo o no estatal, cuando entendió habilitarlo para el ejercicio de la profesión (temporalmente, según la solución que se propone de *lege ferenda*), pero que la vida implementa por sí sola.

Constituyen actos administrativos de estos colegios profesionales la admisión a la matrícula como colegiado; la aplicación de sanciones disciplinarias a un matriculado; la aplicación de multas por la falta de pago en término de la cuota profesional que la ley le autoriza a percibir; la determinación tributaria de dicha cuota profesional, etc. Tales actos están sometidos expresamente al control de la Cámara Nacional de Apelaciones “en lo Contencioso administrativo” Federal, en el caso del Colegio de la Capital Federal. Hay, en efecto, una constante jurisprudencia de dichos tribunales referida a las sanciones que aplica a sus colegiados el Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, que es una indu-

⁷¹ TMSIT, *op. cit.*, p. 263.

⁷² BAENA DEL ALCÁZAR, *Los colegios profesionales en el derecho administrativo español, op. cit.*, p. 110.

⁷³ Lo explicamos en el cap. VI, § 10.2, “La excepción cuando hay una ley que autorice la revocación. La revocación por oportunidad según el art. 18,” 10.2.1, “Enunciación general,” 10.2.2, “Revocación y propiedad,” 10.2.3, “Revocación y estabilidad,” 10.2.4, “Revocación y expropiación.”

bitable persona pública no estatal y cuyos actos en la materia son considerados actos administrativos.⁷⁴

Reiteramos que el que sean actos administrativos no significa que se les aplique en forma directa, el decreto-ley 19549/72;⁷⁵ pero sí que los conflictos que su emisión plantee deben ser resueltos a la luz de los principios del derecho administrativo y aplicando supletoria o analógicamente, en lo pertinente, las leyes dictadas para la administración, en caso de falta de solución clara en la ley específica de la corporación profesional de que se trata. Incluso se pueden encontrar rasgos más fuertes de control, p. ej. la sustitución o modificación de sus actos sancionatorios.

Lo atinente a los regímenes de contratación de los colegios, en cambio, no tiene la aplicación directa de la legislación administrativa a menos que exista voluntario y expreso sometimiento del colegio y los oferentes en el pliego de la licitación; parece una exageración aquí hablar p. ej. de régimen exorbitante implícito, como todavía debate la doctrina y jurisprudencia en materia de contratos de la administración pública. La misma solución se mantiene cuando el colegio actúa como ente cooperador en virtud de convenios de colaboración con la administración pública.

12.2. *Las asociaciones dirigidas*

Ya hemos analizado en otro lugar el caso de las entidades creadas por el legislador de manera similar a las anteriores (agremiación obligatoria, control de la matrícula, pago compulsivo de una cuota, etc.), pero diferenciadas en que la dirección del ente, en lugar de serle confiada a los asociados, está o estuvo total o parcialmente en manos del propio Estado.

Es el caso de las obras sociales, cajas previsionales, etc., que incluso en algunos casos son confundidas con entidades autárquicas,⁷⁶ habiéndose reconocido que dictan actos administrativos.⁷⁷ También ha sido calificado expresamente de persona pública no estatal el IOMA, Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires, admitiéndose la impugnación de sus actos ante la llamada jurisdicción contencioso administrativa de dicha Provincia.⁷⁸ En el orden

⁷⁴ Uno de los primeros antecedentes fue CSJN, *Fallos*, 315: 1830, *Martínez Echenique*, 1992, en que la Corte se remitió al dictamen de FAPPIANO; REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 37.

⁷⁵ Lo que aclaró la CSJN en el precedente mentado en la nota 48.

⁷⁶ Ampliar *supra*, t. 1, cap. XIV, § 12.1, ap. 8°).

⁷⁷ Ello ha ocurrido, inicialmente, a resultas de la equivocación de creer que se trataba de entidades estatales, pero no altera el hecho de que se haya atribuido —y mantenido— el carácter de actos administrativos a actos emanados de tales personas no estatales.

⁷⁸ SC de Buenos Aires, *Caja de Previsión y Seguro Médico de Bs.As. v. Instituto Médico Asistencial*, 1972, esp. cons. 13 y 15, *JA*, 16 (Sec. Prov.): 607, 609, con cita del criterio aquí expuesto. D'ARGENIO, INÉS A., "La materia determinante de la competencia en el proceso administrativo provincial," en AA. VV., *El nuevo proceso...*, op. cit., p. 57 y ss.

nacional hay una permanente fluctuación en calificar a estos entes como persona jurídica pública no estatal, o tratarlos como si fueran una entidad autárquica.

12.3. *Los concesionarios y licenciatarios*

Si bien algunos autores argentinos⁷⁹ niegan la posibilidad de que el concesionario o licenciatario de servicios públicos pueda dictar actos administrativos, ello ha sido frecuentemente admitido en el derecho comparado.⁸⁰

Los argumentos por los cuales se niega esa posibilidad derivan del principio, que tales autores enuncian, de que sólo puede haber acto administrativo emanado de órganos administrativos; pero ya vimos que no se ajusta a la realidad del derecho positivo.

Tampoco se trata de que se reconozcan a tales prestatarios de servicios públicos las prerrogativas habituales de la administración pública (reclamo administrativo previo, presunción amplia de legitimidad de sus actos, criterio restrictivo para dictar medidas cautelares contra sus actos, etc.); pues si bien tienen a título expreso algunas potestades otorgadas por el concedente sobre los usuarios, les es de más directa aplicación el régimen de la ley 24.240 de defensa del usuario y del consumidor, que establece una presunción legal a favor del usuario y en contra del prestador, solidaridad legal por los daños ocasionados (ley 24.999), etc.

A su vez, el criterio en base al cual se propugna la calificación como “actos administrativos” a ciertos actos —no todos— del concesionario, emerge del hecho de que se le ha conferido en el título por el cual presta el servicio “la facultad del ejercicio de poderes propios de la administración pública,” lo cual, se advierte, “está en la esencia de todas las concesiones,”⁸¹ aunque se interpreta siempre restrictivamente. El socorrido argumento de que al concesionario se le otorga el ejercicio y no la titularidad de la facultad administrativa⁸² y que él ejerce esa facultad a nombre propio y no en nombre de la administración,⁸³ no pasa de ser un mero juego de palabras;⁸⁴ lo cierto es que el delegado aparece investido de un poder que le confiere la autoridad administrativa y en cuanto tal, ese poder no

⁷⁹ DIEZ, *op. cit.*, t. II, p. 208; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, pp. 251-2; en otras ediciones o reimpressiones corresponde a la p. 256.

⁸⁰ ZANOBINI, *op. cit.*, t. I, p. 245; CAMMEO, *op. loc. cit.*; FRAGOLA, *op. cit.*, y demás autores mencionados. También lo niegan algunos autores españoles, pero no es un criterio uniforme. Entre los que siguen el criterio que expresamos ver GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Derecho administrativo español*, t. 3, *El acto y el procedimiento administrativos*, Pamplona, EUNSA, 1997, p. 410.

⁸¹ FORTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, *op. cit.*, p. 58. La CSJN *in re Colavita*, 2000, LL, 2000-B, 757, reconoció “la delegación de funciones propias de la concesión” y antes la constitucionalidad de una de sus manifestaciones, el peaje: *Arenera El Libertador S.R.L.*, 1991, LL, 1991-D, 404; *JA*, 1991-III, 90; *ED*, 144: 168; *DJ*, 1992-I, 82.

⁸² DE VALLES, *Elementi di diritto amministrativo*, Padua, 1956, p. 151.

⁸³ BIELSA, *op. cit.*, t. II, p. 218; refuta esta afirmación TESAURO, *op. cit.*, p. 110.

⁸⁴ FRANCHINI, *La delegazione amministrativa*, Milán, 1950, hace una crítica a la distinción entre “titularidad” y “ejercicio” de la competencia, mostrando la imposibilidad lógica de realizar tal diferenciación en una facultad legal (*op. cit.*, p. 52 y ss.); concluye que la competencia es común al delegante y al delegado.

puede sin más considerarse de naturaleza privada,⁸⁵ sino que debe tener controles más estrictos de naturaleza pública, por ejemplo del Defensor del Pueblo de la Nación conforme a los arts. 43 y 86 de la Constitución nacional. Un claro ejemplo de delegación lo tenemos en los concesionarios viales, a los que el decreto 1446/90 faculta a detener e inmovilizar el vehículo, inclusive por medios mecánicos, a quien pase por la estación de peaje sin abonar la tarifa. Ello, hasta tanto el incumplidor abone el triple del peaje adeudado, en concepto de multa.⁸⁶

Por lo demás, la afirmación de que el concesionario o licenciataria de un servicio público no emite actos administrativos es una contradicción. Ya vimos que servicio público no es sino una actividad monopólica regida sustancialmente por el derecho público.⁸⁷ Si el Estado dispone que el derecho público que rige a una determinada actividad se confiera —en su aplicación coactiva sobre terceros— a otra persona jurídica distinta de la administración, entonces en esa medida se le ha delegado poder administrativo y función administrativa que, lógicamente, se expresa al mundo jurídico por medio de actos administrativos.⁸⁸ Si, en cambio, no se le delega poder administrativo sobre terceros, no habrá lugar a ejercicio de función administrativa. Con todo, esto no significa que todos los actos del concesionario sean actos administrativos (ya vimos que no son ciertamente contratos administrativos, aunque tengan algunas notas públicas para asegurar la transparencia y realidad de los costos en relación a las tarifas) ni lo sean con igual alcance que los emanados de órganos o personas estatales.

En realidad, su control viene a dar a veces el ejemplo de lo que debiera ser el control de los actos administrativos, en cuanto los jueces se sienten menos atados por imaginarias restricciones a sus ineludibles potestades y deberes jurisdiccionales de control de legitimidad y razonabilidad de quien ejerce el poder público, a cualquier título que sea. La doctrina se ocupa de delimitar el alcance de aquel principio:⁸⁹ sólo pueden considerarse actos administrativos del concesionario o licenciataria aquellos que aparezcan claramente como una derivación expresa de la potestad pública, tales como los actos que certifican la deuda del usuario por la utilización del servicio.⁹⁰

⁸⁵ VITTA, *op. cit.*, p. 315; TESAURO, *op. cit.*, p. 110: “es incontestable que se concreta en el ejercicio de un poder público y, por ende, se exterioriza en una actividad que tiene la misma naturaleza la misma función y la misma eficacia de la actividad que, por el ejercicio del mismo poder jurídico, es realizada por los órganos del Estado de un ente público.”

⁸⁶ CNFed CA, Sala III, *Díaz*, 1999, LL, 2000-B, 466, cons. 6° y 7°.

⁸⁷ *Supra*, t. 2, cap. VI.

⁸⁸ Distinta es la solución cuando ese poder emerge en relaciones entre particulares: clubes, asociaciones, federaciones, clubes de campo, barrios cerrados, etc. Ver *infra*, § 13, pp. I-26/9.

⁸⁹ ZANOBINI, *op. cit.*, p. 245; FORTI, *op. cit.*, p. 58; LANDI, GUIDO y POTENZA, GIUSEPPE, *Manuale di diritto amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1960, pp. 77 y 194.

⁹⁰ ZANOBINI, *op. loc. cit.* Es, sin embargo, la cuestión que produce resultados menos satisfactorios en el régimen concreto. En algunos casos, la generalizada falta de percepción de créditos de esta naturaleza fue asumida por el concedente en lugar del concesionario (así en materia de agua y desagües cloacales); en otros siguen constantes los cuestionamientos por sobrefacturación (teléfonos).

Parece un poco más complejo, en cambio, determinar si tales concesionarios dictan también actos administrativos cuando, p.ej., constatan una contravención.⁹¹ Un caso de potestad pública delegada expresamente en la legislación argentina, es el de la expropiación por causa de utilidad pública, por parte del concesionario o licenciatarios de servicios públicos. El decreto-ley 21.499/77 dice en su art. 2º, 2ª parte: “Los particulares, sean personas de existencia visible o jurídicas, podrán actuar como expropiantes cuando estuvieren autorizados por la ley o por acto administrativo fundado en ley;” no excluye así de la delegación a la calificación misma de la utilidad pública, aunque esto puede ser discutible, pero lo que hace a la individualización del bien, p. ej., encuadra en las facultades atribuidas al concesionario⁹² y constituye entonces acto administrativo. Lo mismo puede decirse de la potestad que se atribuye a los concesionarios o licenciatarios, previa autorización del ente de contralor, de imponer servidumbres a los particulares por cuyas propiedades pasará la traza de un ducto, etc.⁹³

Las medidas adoptadas en relación a sus empleados, en cambio, no estarían comprendidas en esta categoría,⁹⁴ ni tampoco las relaciones del concesionario o licenciatario con terceros (proveedores, etc.), porque, claro está, el efecto de la concesión no es transformar al concesionario en administración pública.⁹⁵ Conviene también recordar que la extensión del concepto de concesionario o licenciatario de servicio público no puede alcanzar extremos tales como los de reconocer tal calidad a panaderías, lecherías, etc., pues es claro que allí no hay potestad pública o administrativa alguna que el particular ejerza. Si bien el concepto de servicio público se ha hallado en crisis,⁹⁶ ello no implica poder atribuir *mentalmente* un régimen de derecho público a cualquier actividad, por una pura estipulación doctrinaria.

Debe tratarse de facultades otorgadas expresamente por una norma legal a la administración⁹⁷ y que ésta por autorización legal da luego a un particular en concesión, permiso o licencia. También puede tratarse directamente de una

⁹¹ ZANOBINI, *op. cit.*, p. 245; LANDI y POTENZA, *op. cit.*, p. 77. En nuestro país existen algunas potestades de esta índole, p. ej. el control de la matrícula de los gasistas por las empresas concesionarias; el control del tránsito (exceso de velocidad, violación de luz roja), etc.

⁹² VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. VI, Buenos Aires, TEA, 1956, p. 388.

⁹³ En el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (ley 12.008), la expropiación y servidumbres estaban excluidas de la materia procesal administrativa, lo que motivó la acertada crítica de D'ARGENIO, “La materia...,” *op. cit.*, § 37, pp. 21-2. Con la modificación de la ley 13.101 fueron incluidas (art. 2º, inc. 9º).

⁹⁴ Así lo entiende la doctrina italiana, p. ej. FORTI, *op. cit.*, p. 59; CAMMEO, *op. cit.*, p. 550; VITTA, *op. cit.*, p. 315, aunque tanto la legislación como la jurisprudencia de ese país han optado por reconocerles, también a tales actos, el carácter de administrativos.

⁹⁵ FORTI, *op. cit.*, p. 58.

⁹⁶ DE CORAIL, JEAN-LOUIS, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, París, 1954; *supra*, t. 2, cap. VI. Es un tema en el cual hemos tenido una opinión fluctuante, como señalamos en la “Introducción,” nota 2.

⁹⁷ POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padua, 1964, pp. 439-43.

atribución legal como en los Colegios Profesionales. Es en estos casos, entonces, en que resulte claro el otorgamiento de potestades públicas al concesionario o licenciatario, que nace la posibilidad de que pueda dictar actos administrativos. En conclusión, estimamos que en los casos reseñados y en aquellos otros en que aparezca claro el ejercicio de una potestad administrativa por el concesionario o licenciatario, nos encontramos ante un acto administrativo. Parece necesario insistir que no es la legislación ni la jurisprudencia que debe acomodarse en los fallos a los conceptos de la doctrina, sino que ésta debe elaborarse a partir de las soluciones de aquélla.

Hay por fin, situaciones en que el contratista registra en forma fotográfica las infracciones de tránsito y estacionamiento y transmite la información, en soporte digital, a la administración. Las actas las labra, emite y notifica la administración con firma digitalizada del director de tránsito; o controlador en el caso de la CABA, que ha introducido al efecto jueces administrativos independientes, cuyos actos están sometidos a control judicial. En otra variante, el vehículo que efectúa las tomas fotográficas y carga la información en la computadora de a bordo, lleva también un funcionario policial con la doble función de a) proteger la seguridad de los operadores del vehículo, cámara y computadora y b) certificar la autenticidad del lugar y fecha de las tomas fotográficas.

12.4. *Sociedades del Estado*

Las sociedades del Estado también pueden emitir actos administrativos, o celebrar contratos administrativos. Es indiscutible la aplicación del régimen administrativo aún a pesar de la aparente prohibición expresa que consagra la ley 20.705. Algo de eso reconoció el decreto 3700/77 al admitir el recurso dealzada contra los actos administrativos de las sociedades del Estado. En todo caso, la figura de la sociedad del Estado que se hallaba en franco retoceso a fines del siglo pasado, ha vuelto a tener relativa actualidad, en nuestro país, frente a la creación de entidades como ENARSA, ARSAT y AySA, bajo el régimen del decreto-ley 19.550/72. Estas nuevas intervenciones estatales en la economía responden a circunstancias puntuales y no marcan en realidad una nueva tendencia. Incluimos acá esta consideración, no porque las sociedades del Estado sean personas no estatales pues obviamente son estatales,⁹⁸ sino para mostrar cómo también en el pasado ha sido siempre el ejercicio de una potestad pública, cualquiera fuere la índole del sujeto, el que llevó a la aplicación del derecho público.

⁹⁸ Según lo explicamos *supra*, t. 1, cap. XIV, “Clasificación de los entes públicos,” § 5, “Criterio para determinar si un ente es público o privado.” Cabe agregar, a lo dicho en el párrafo anterior del texto, que si bien el discurso político ha variado, a nuestro juicio no parece tener asegurada perdurabilidad. Ver nuestro art. “Si las palabras fueran energía eólica...”, LL, 2004-C, 1557; reproducido en JORGE FERNÁNDEZ RUIZ (coord.), *Derecho Administrativo. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos comparados*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 107-112; y en D'ARGENIO, INÉS (dir.), *Ejercicio de la función pública. Ética y transparencia. Homenaje al Profesor Bartolomé Fiorini*, La Plata, Platense, 2007, pp. 35-40.

12.5. *Medios de transporte público*

No existe duda que el comandante de una aeronave tiene las facultades de autoridad pública conforme al art. 81 del Código Aeronáutico, restringida en principio al casi único y más importante objeto de hacer cumplir las normas específicas que los pasajeros deben respetar en atención al vuelo, p. ej. la prohibición del art. 79. Esos actos tienen en lo sustancial el régimen jurídico propio de los actos administrativos. Más aún, la desobediencia puede configurar un ilícito penal a tenor de los arts. 190 y 184 del Código Penal. Si el pasajero incurre en graves actos de inconducta puede ordenársele cesar en ellas y en caso de desobediencia recurrir a la coerción directa, hacerlo descender de la aeronave y entregarlo a la autoridad local.⁹⁹ Son casos extremos, que han de analizarse con especial prudencia, pero en cualquier caso no cabe descartar de plano la existencia aunque sea parcial de un régimen jurídico administrativo para las órdenes del comandante de una aeronave en vuelo,¹⁰⁰ o incluso desde que se inicia el acceso a la aeronave y finalmente se efectúa el egreso de ella.

La situación es sin duda la misma en materia de navegación de ultramar. Cabría preguntarse si no es también extensible a medios urbanos de transporte colectivo, pero ya resulta una exageración. Entendemos que sólo cabe admitir la hipótesis del particular que detiene a una persona que se encuentre en flagrante delito, hasta ponerla a disposición de la autoridad con la mayor celeridad razonable y posible.¹⁰¹ Pero en eso, claro está, no hay diferencia con la misma situación en cualquier ámbito público o privado y por cualquier persona. Es en todo caso un ejercicio tan fugaz de la función pública que no torna razonable efectuar una construcción a propósito de ella. No parece que pueda postularse una suerte de potestad administrativa del conductor de un ómnibus o el capitán de un buque fluvial. Corresponde, nos parece, dejarlo en el ámbito privado.¹⁰²

12.6. *Otros casos. La potestad a medio camino entre derecho público y privado*

Existen en la sociedad contemporánea muchos supuestos de personas no estatales, a veces pura y exclusivamente privadas, que de todos modos ejercen alguna suerte de potestad, a veces reglamentaria (las cuotas de un club social), a veces

⁹⁹ Claro está, quien se apreste a ejercer la coerción directa sobre otros mejor que tenga presente las condiciones de juridicidad de su ejercicio. Algo decimos al pasar en el cap. V, § 9.1.2, “La ejecución por los propios medios de la administración,” § 9.1.2.1, “Ejecución en lugar del particular. La propiedad,” § 9.1.2.2, “La ejecución violentando al particular. La libertad” y § 9.2, “La ejecutoriedad en la práctica.”

¹⁰⁰ Aunque puede no estar en situación material de ejercerla. Cabe recordar, por su excepcionalidad, el incidente ocurrido a mediados del 2000 en EE.UU., en que un pasajero atacó a los pilotos durante la operación de descenso del avión. Fue muerto en ocasión de ser controlado por ocho pasajeros. El Estado no presentó cargos.

¹⁰¹ Ver *supra* la salvedad de la nota 99.

¹⁰² Que, por supuesto, tiene una importante cuota de control del poder, como explica LORENZETTI, *op. cit. supra*, nota 41. Ver también los importantes fallos que reseñamos *infra*, notas 107 a 112.

de naturaleza administrativa (la suspensión o expulsión de un socio). Es parte del fenómeno de cambio del Estado moderno.¹⁰³ Es imposible sentar reglas generales y no queda otro remedio que analizarlas una por una.

Así p. ej. es difícil determinar si las universidades privadas (y en general los establecimientos privados de enseñanza) que están facultados por el ordenamiento jurídico para emitir diplomas, títulos, etc., tienen una potestad pública de carácter administrativo que se ejerce entonces a través de actos administrativos.¹⁰⁴ De igual modo puede discutirse de múltiples otros organismos privados o públicos no estatales, a los que leyes particulares han dado en diversos casos una potestad concreta.

El criterio con el cual deben considerarse todas estas situaciones, a nuestro modo de ver, es el siguiente: debe analizarse si la ley o en algunos casos los estatutos sociales han otorgado o no a la entidad el ejercicio de una potestad pública, traducida en poderes de imperio o mando que los particulares no tienen habitualmente sobre otros particulares: si se da esa circunstancia en forma clara, entonces no pareciera poder discutirse que el ejercicio de esa potestad¹⁰⁵ pueda manifestarse a través de actos de naturaleza administrativa, sometidos en general a un régimen de mayor control por parte de la justicia, aunque no necesariamente a una potestad equiparable a la de la administración.¹⁰⁶

De todas maneras, cabe destacar que principios que fueran elaborados por el derecho público para situaciones de abuso de poder por parte del Estado —y que como vemos son extensibles al ejercicio de poder por particulares—, no necesariamente suponen el encuadre del acto impugnado como acto administrativo, dictado en el ejercicio de funciones administrativas en manos privadas, para dar lugar a la impugnación. El entrecruzamiento y acercamiento jurídico es imposible de evitar.

¹⁰³ Que ya anticipara ATALIBA NOGUEIRA, *O perecimento do estado*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1971, que recordamos *supra*, t. 1, cap. IV, “Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio,” § 1.3, “Génesis y desarrollo de la crisis.”

¹⁰⁴ Lo aceptan tácitamente LANDI y POTENZA, *op. cit.*, p. 77, al expresar que se les reconoce “la misma eficacia” a la enseñanza estatal y no estatal; en igual sentido TESAURO, *op. cit.*, p. 112.

¹⁰⁵ O “prerrogativas de poder público,” como dice a este respecto la jurisprudencia francesa: ver LACHAUME, *op. cit.*, p. 48.

¹⁰⁶ El derecho público provincial argentino se viene pronunciando progresivamente en el sentido del texto. Así el decreto-ley de procedimiento administrativo de Salta, 5348/78, art. 1°; decreto-ley de procedimiento administrativo de Corrientes, 3460/78, arts. 1° y 2°; Código Procesal Administrativo de Formosa, decreto-ley 584/78, art. 53, inc. c); CCAPBA, art. 1°: “Corresponde a los tribunales contencioso administrativos el conocimiento y decisión de las pretensiones que se deduzcan de los casos originados por la actuación o omisión, en el ejercicio de funciones administrativas, de los órganos de la Provincia, los Municipios, los entes descentralizados y otras personas, con arreglo a las prescripciones del presente Código;” el art. 2°, a su vez, enfatiza en sus incs. 2° y 3° lo ya expuesto en el texto, en el sentido que “La competencia contencioso-administrativa comprende las siguientes controversias: [...] 2.- Las que se susciten entre prestadores de servicios públicos o concesionarios de obras públicas y usuarios, en cuanto se encuentran regidas por el derecho administrativo. 3.- Aquéllas en las que sea parte una persona pública no estatal, cuando actúe en el ejercicio de prerrogativas regidas por el derecho administrativo.”

Así, se ha reconocido en el derecho privado que la aplicación de sanciones a uno de sus miembros por una entidad de derecho privado, debe también respetar el principio de previa audiencia y oportunidad de defensa,¹⁰⁷ sin que por ello nadie haya sentido la necesidad o conveniencia de preguntarse si podría acaso ser un acto administrativo o de otro modo importar el ejercicio de una potestad pública. Pareciera que la suspensión o expulsión de una persona de cualquier entidad pública no estatal o privada debe respetar el debido proceso legal: requiere como mínimo el respeto al derecho de defensa previa,¹⁰⁸ a que la decisión sea tomada por un órgano imparcial, de modo tal que nadie sea juez y parte al resolver,¹⁰⁹ la no violación de la garantía de razonabilidad y proporcionalidad,¹¹⁰ ponderación adecuada de los hechos y la prueba, adecuación de medio a fin, no discriminación,¹¹¹ etc.

Como todo principio jurídico no es absoluto y admite matices o excepciones. Así, en un caso en que la sanción era automática expulsión de una asociación federada, por previa expulsión de la federación que dicha entidad integraba, se admitió que siendo la primera consecuencia de pleno derecho de la segunda, podía válidamente adoptarse sin audiencia previa. Uno de los casos más interesantes de aplicación al derecho privado de estas construcciones originarias del derecho público, es la discriminación irrazonable que practicara la Federación Argentina de Tiro contra una mujer que sacara mejor puntaje que los hombres en la categoría Mauser, a quien la Federación negaba el título.¹¹² La prohibición de la discriminación está en auge en el derecho comparado y no cabe en modo alguno restringirla al sólo ámbito del derecho público: es hoy en día otro más de

¹⁰⁷ LL, 99: 739, 753, *González Lorenzo*, 1960; *supra*, t. 2, cap. IX, § 10.1, “Su aplicación al procedimiento administrativo.” Es una garantía constitucional básica: ver *supra*, t. 1, cap. VI, § 9, “El debido proceso como control de las demás fuentes del derecho,” a § 16, “Algunas conclusiones sobre el principio de razonabilidad como fuente del derecho administrativo.”

¹⁰⁸ Y también posterior, p. ej. permitiéndosele ejercer el derecho implícito de recurrir una sanción ante la asamblea de la asociación, como resolvió la CNCiv., Sala B, *Carman Roberto A. c. Jockey Club*, JA, 1979-I, 612, año 1977; CNCiv., Sala D, *Blousson Eduardo R. y otros c. Jockey Club de Buenos Aires*, LL, 127: 1068, año 1967; CAHIAN, ADOLFO, “El régimen disciplinario en las entidades civiles.” *ED*, 100: 1022.

¹⁰⁹ Esta garantía básica es desde luego aplicable a las asociaciones. En tal sentido PÁEZ, JUAN L., “El poder disciplinario de las asociaciones civiles,” LL, 107: 450, 454; CNCiv., Sala C, *White Pueyrredón, Marcelo C. c. Jockey Club Argentino*, LL, 2000-B, 640, 643, año 1999.

¹¹⁰ CNCiv., Sala C, *White Pueyrredón Marcelo C. c. Jockey Club Argentino*, 1999, LL, 2000-B, 640. Este principio, antiguo en el derecho argentino y sus fuentes, ha comenzado a progresar en derecho constitucional europeo por impulso del derecho alemán. De allí ha pasado a otros derechos del continente, aunque no siempre se conoce su fuente primigenia.

¹¹¹ CNCiv., Sala D, *Bella*, LL, 1998-B, 626. Ver también ROMÁN, MÓNICA, “El caso de la bella tiradora (que se atrevió a ganar),” en CARRIÓ, ALEJANDRO y otros, *En defensa de los derechos civiles*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 99 y ss.

¹¹² Es el caso *Bella*, CNCiv., Sala D, LL, 1998-B, 626. El argumento desopilante utilizado por la Federación llevó al tribunal a afirmar que “El sinsentido de esta argumentación, exime a este tribunal de efectuar mayores comentarios;” el “tribunal analiza únicamente el resultado deportivo desde una óptica constitucional, es decir si el mismo se tradujo en una violación de un derecho constitucional.” Ver ROMÁN, *op. loc. cit.*

los principios universales de derecho,¹¹³ como ya lo dijo la Corte Internacional de Justicia en su famoso *dictum* en el caso *Barcelona Traction*.¹¹⁴

Con todo, cabe tener presente que a veces se llevan al ámbito de asociaciones privadas también otros criterios, a nuestro juicio muy desafortunados, del más tradicional derecho público, lo que no deja de ser preocupante.¹¹⁵ Nuevamente, la interpenetración de lo público y privado es significativa¹¹⁶ y debe ser destacada y profundizada. Otra propuesta reciente es dar a los actos notariales el régimen de nulidades de los actos administrativos, precisamente para flexibilizar los del derecho privado.

13. Clubes de campo y barrios cerrados

Si bien este tipo de urbanizaciones existe en varias provincias, la de Buenos Aires es la que tiene mayor número,¹¹⁷ población en ellos y profusión normativa. Esta última, con todo, es aún incipiente.¹¹⁸ En esta Provincia las normas difieren: a) los clubes de campo,¹¹⁹ para recreación y uso transitorio, en que las áreas comunes son mayores y son de propiedad común de los copropietarios, b) los barrios cerrados, concebidos para vivienda permanente, en que los espacios verdes y libres públicos y reservas para equipamiento comunitario, que son

¹¹³ Por lo demás, es el primer y más cardinal de los derechos individuales, conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹¹⁴ Ver RAGAZZI, MAURIZIO, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, Clarendon Press, 1997. Ver también, por los precedentes, BLANC ALTEMIR, ANTONIO, *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, Barcelona, Bosch, 1990, p. 261 y ss. Ampliar *infra*, cap. V, § 4, "Aspectos comunes del régimen administrativo."

¹¹⁵ A veces, en efecto, los tribunales civiles utilizan axiomáticamente anquilosados paradigmas que el derecho público tuvo en sus orígenes pero hace ya tiempo superó. ¿Quién diría que la siguiente frase pertenece a un *obiter* de la CNCiv., Sala I, LL, 1998-D, 542, *Monteforte, Pablo V. c. Club Argentino de Criadores del Perro Ovejero Alemán*: "aún la falta de previsión reglamentaria sobre su procedencia no es óbice para aplicarlas cuando las circunstancias del caso así lo exigen, toda vez que el poder de represión que incumbe al ente es una potestad, un derecho vital que posee por el sólo hecho de existir como ser social organizado, lo que supone una jerarquización que hace posible la vida regular y autárquica del organismo."

¹¹⁶ Otro caso de decisión discriminatoria tomada por el Directorio de un club de campo, resuelta por un tribunal comercial, en CNCom., Sala D, C., *F.V. c. Altos de los Polvorines S.A.*, LL, 2000-D, 93, con nota de FILIPPI, LAURA, "La discriminación al acceso de los clubes de campo desde la óptica de un ejemplar fallo o «El amor es eterno, mientras dura»," LL, 2000-D, 210.

¹¹⁷ En el primer y segundo cordón del gran Buenos Aires superan largamente el centenar. Además de crecer, aumentan de denominaciones y características, como los clubes de chacras, ciudades pueblo, etc. Ver PULVIRENTI, OSVALDO, "¿Res privada argentina?" en *Res Publica Argentina*, RPA 2006-3: 27/40, donde se inclina por el acercamiento al derecho público en lugar de al privado. Ver, con todo, sus amplias referencias que indican diversas violaciones al orden jurídico hasta ahora rectificadas por la justicia civil o comercial sin necesidad de fundarlas en el derecho público.

¹¹⁸ Ver CAUSSE, JORGE RAÚL, *Urbanizaciones privadas: barrios cerrados. Régimen legal en la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998; SCOTTI, EDGARDO, "Régimen de los barrios «privados» en la Provincia de Buenos Aires," *RAP*, año XXI, suplemento especial n° 6, "Administración Local y Derecho," p. 1 y ss., Buenos Aires, 1998.

¹¹⁹ En el lenguaje común aparecen también identificados como *countries*, *marinas*, etc.; cabe también considerar el fenómeno, relativamente diferente, de las denominadas chacras.

menores, deben cederse al Estado: típicamente, la trama circulatoria interna.¹²⁰ Estos sistemas normativos adolecen de una primera tacha de constitucionalidad y es que, en su distinción entre vivienda permanente o casa de fin de semana, no tienen sustento fáctico pues no reflejan la situación real: la gente vive o deja de vivir en ellos, los usa en forma transitoria o permanente, sin prestar atención alguna a la calificación normativa del legislador local.

Otro problema es si estas normas locales pueden avanzar sobre lo que es materia de derecho común, como la ley de propiedad horizontal; la respuesta adversa parece inevitable, aunque en el medio provincial se suele criticar como primitivo aplicar la legislación nacional de propiedad horizontal, la más parecida aunque forzada. Por ello se ha elegido la figura de la sociedad anónima comercial, o una sociedad anónima de objeto civil, para regir actividades típicamente civiles como la administración del emprendimiento común. De allí se sigue que algunos de los conflictos terminan resolviéndose en tribunales comerciales¹²¹ o civiles.

Al margen de cuáles sean las normas aplicables, cuando la trama circulatoria interna está cedida al Estado, aparece, al menos en parte, un cierto carácter público.¹²² Las normas que además se establecen en los reglamentos internos en materia de urbanismo, ocupación del suelo, tránsito, urbanidad, etc., parecieran tener más carácter público que privado; puede haber allí también tanto choque o confrontación con la municipalidad lugareña,¹²³ como conflictos con los copropietarios.

Algunos casos son indubitables en su semejanza material, como la circulación vehicular, remoción de un vehículo de la vía pública interna, podar, pero la tendencia puede ser expansiva: multas por mal estacionamiento, por exceso del límite de velocidad, por perros sueltos.¹²⁴ ¿Hasta dónde puede llegarse? ¿Por qué vía? ¿Se puede llegar a expulsar a alguien del club y por ende de hecho impedirle el uso y ejercicio de su derecho de propiedad, virtualmente obligándole a vender?¹²⁵ ¿Se dá traslado al Tribunal de Honor?¹²⁶ Es el tipo de problema que está mejor

¹²⁰ O sea que habría dominio estatal (¿público?) dentro de una zona *prima facie* privada.

¹²¹ Como el que reseñamos en la nota 116.

¹²² Ni qué decir de la perimetral, también cedida obligatoriamente al Municipio como condición de autorización del emprendimiento. Para más sugerencias de aproximación al derecho público municipal ver y ampliar en PULVIRENTI, *op. cit.*, RPA 2006-3: 27/40, esp. pp. 39/40.

¹²³ Así el caso *Club Universitario de Buenos Aires c. Municipalidad de Malvinas Argentinas*, CSJN, Fallos, 322: 1416, año 1999. La demandada se limitó a la mera alegación de que la suspensión del acto compromete el interés público, lo que es obviamente insuficiente. El conflicto se da entre privilegiar la estabilidad jurídica, o el mejor tránsito comunal, como hace dos siglos en el Reino Unido. Son enfrentamientos fuertes, porque afectan al estilo de vida.

¹²⁴ Así, el administrador termina creyéndose funcionario público y actuando como tal: con autoridad y sin responsabilidad.

¹²⁵ Es la misma pugna entre autoridad y libertad, propia tanto del derecho público como privado, como lo recuerda RANGUGNI, DIEGO EMILIO, "Nulidad absoluta de las resoluciones asamblearias," LL, 1998-E, 693.

¹²⁶ Lo tienen algunos de estos asentamientos organizados no como sociedad anónima sino como asociación civil.

ubicado en el derecho civil, ante los jueces civiles, pues no es sino una variante de las normas de vecindad de que el Código Civil se ocupa.

A pesar de la cesión forzada al Estado de la trama circulatoria interna y otros espacios comunes, es mejor la solución analógica o supletoria con el régimen de la propiedad horizontal —hasta tanto se dicte legislación específica nacional, pues no se trata de materia local— en materia de derecho y jurisdicción aplicables. Se trata de uno de los modos de ejercicio del derecho privado de propiedad, lo cual es materia sustantiva de derecho nacional común, vale decir civil; sería un despropósito someterlo al derecho administrativo local, como avanzan algunas normas provinciales ¡incluso por vía de decreto! La aplicación del derecho administrativo a estos emprendimientos, su organización y algunos de sus actos, no es una solución justa, conveniente, razonable, ni con pleno sustento fáctico.

Los particulares que, bien o mal desde un punto de vista sociológico, acuden a ellos, están buscando alejarse de la vida urbana y su fuerte componente público. Enfrentarlos de vuelta con la excesiva regulación torna aplicables los principios de la protección de la confianza legítima o deber milenario de buena fe.¹²⁷ También atenta contra uno de los valores que siempre se postula para el derecho: la tutela y protección de la seguridad jurídica,¹²⁸ construido en pos de los derechos individuales, desde luego, aunque con frecuencia se lo utiliza al revés, en refuerzo de la potestad pública.

Lo mismo ocurre con la doctrina de los actos propios, normal en el derecho privado pero que más de una vez se negó en el derecho administrativo. Entre los fallos que aplican la doctrina de los actos propios a la administración, vinculándola por lo demás con la confianza legítima, la buena fe, etc.¹²⁹ se recuerda que “deben rechazarse las pretensiones contradictorias con la conducta pasada del pretensor, cuando ellas contrarían la buena fe o vulneran la confianza que terceros depositaron sobre dicha conducta previa.”¹³⁰

Como tiene dicho la CSJN, “Una de las derivaciones del principio cardinal de la buena fe es la que puede formularse como el derecho de todo ciudadano a la veracidad ajena y al comportamiento leal y coherente de los otros, *sean estos los particulares o el propio Estado;*” “El actuar contradictorio que trasunta deslealtad resulta descalificado por el derecho, lo que ha quedado plasmado en brocardos

¹²⁷ Comp. MOLINÉ O’CONNOR, en la causa *CUBA*, cons. 7° *in fine*. Ver, entre otros, COMADIRA, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 126 y nota 37; COVIELLO, “La confianza legítima,” *ED*, 177: 894; WEBER, ALBRECHT, “El procedimiento administrativo en el derecho comunitario,” en BARNES VÁZQUEZ, JAVIER (coord.), *El procedimiento administrativo en el derecho comparado*, Madrid, Civitas, 1993, p. 57 y ss., p.77.

¹²⁸ Como agudamente sugieren CAPUTI, MARÍA CLAUDIA, y SACRISTÁN, ESTELA B., “La caducidad del art. 25 de la ley 19.549, la presunción de legitimidad de los actos administrativos y la seguridad jurídica,” *LL*, 1997-A, 70.

¹²⁹ STTierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, *Miranda*, *LL*, 1998-E, 198, 202.

¹³⁰ Voto preopinante de HUTCHINSON en el fallo citado en la nota precedente, quien cita a la CSJN, *Fallos*, 7: 138; 305: 1402; CNFed. CA, Sala III, *Casik*, 26-XI-85. Ver también MAIRAL, *La doctrina de los actos propios y la administración pública*, Buenos Aires, Depalma, 1988.

como el que expresa «venire contra factum proprium non valet» que sintetizan aspectos de densa dimensión ética del principio de buena fe.¹³¹ “Resulta necesario exigir a las partes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales y desestimar toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que se ha suscitado en el otro.”¹³²

Parte del problema, desde luego, es que los reglamentos de copropiedad suelen conferir facultades expansivas a los órganos de administración del consorcio. Ello tiene escasos supuestos de aplicación en un edificio de propiedad horizontal en que se potencia la privacidad y la intimidad, pero puede tener muchos en un club de campo o en un barrio cerrado con su mayor grado de vida e interacción social.

Debemos ser extremadamente precavidos en esta materia y, por de pronto, mantener su juzgamiento en el ámbito de la jurisdicción civil o en su caso comercial como también se ha dado.¹³³ no sea cuestión que se repita la peligrosidad que citamos en la *Introducción* y contra la que en otros temas advierte MAIRAL, rememorando en cierto modo a DICEY.¹³⁴

El *quid* de la cuestión, en definitiva, es si se privilegia el ámbito del derecho privado y la privacidad, o el ámbito de lo público. Aunque se tenga otra posición en el caso del Estado, no puede dejar de advertirse la real peligrosidad¹³⁵ en el ámbito de clubes de barrios cerrados. Siguiendo su línea de pensamiento, sería demasiado peligroso reconocer potestades exorbitantes implícitas al consejo de administración de un club de campo, o a la administración de un barrio cerrado, etc.: la regla de competencia debe ser allí única y exclusivamente lo *expreso, ni siquiera lo razonablemente implícito*, pues se le opone el principio *amplio* de la capacidad, la libertad, la propiedad y la intimidad.

Bien está que cedan en algún caso ante la colectividad en general, pero *no parece apropiado que cedan ante la administración de un barrio cerrado*. Menos aplicable aún nos parece el derecho público cuando se trata de clubes de campo en que, conforme estas disposiciones provinciales, los espacios comunes no han sido cedidos al Estado.

Algo parecido, pero menos intenso, ocurre en los consorcios de edificios de propiedad horizontal, donde por ahora no aparecen síntomas publicistas.

¹³¹ *Cía. Azucarera Tucumana S.A. c. Gobierno Nacional*, JA, 1989-IV, 429.

¹³² *Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Provincia de Corrientes y otro*, LL, 1992-B, 216, cons. 4° *in fine*.

¹³³ Ver *supra*, nota 116.

¹³⁴ Comp., a su vez, un distinto balance en BOLAÑOS, *op. cit.*, p. 978.

¹³⁵ Compartimos así, más allá del debate concreto, la preocupación que anima a MAIRAL en sus arts. “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas,” en GORDILLO, AGUSTÍN (dir.), *El Contrato Administrativo en la Actualidad*, Buenos Aires, La Ley, mayo 2004, Suplemento Especial, pp. 3-18; “Los contratos administrativos, en el marco de la emergencia pública argentina,” en ALANIS, SEBASTIÁN D. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 129-35, esp. pp. 132-3; “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo,” *ED*, 179: 655.

14. Conclusiones

Finalmente, no debe olvidarse que la tendencia actual en el mundo se inclina en forma creciente por el otorgamiento de facultades o prerrogativas de poder público a órganos o entidades no estrictamente administrativas (el fenómeno de las personas jurídicas públicas no estatales), lo que hace suponer que de afirmarse esa tendencia también puede incrementar correlativamente el número y la variedad de actos administrativos que pueden presentarse. Como se advierte, en modo alguno puede sentarse en forma absolutamente categórica el principio de que el acto administrativo debe provenir de órganos estatales. Pueden recibir su régimen jurídico, en cuanto hace al control judicial amplio y no a la exageración autoritaria de la potestad, los actos de poder emanados de quienes no integran el aparato del Estado.¹³⁶

Por cierto, tampoco habrá que cometer el error inverso de sentar con mucha largueza la existencia de actos administrativos de órganos no estatales, ni reconocerles a ellos los mismos caracteres que a los actos administrativos de las autoridades administrativas, pues existen todavía diferencias de importancia entre un decreto del Poder Ejecutivo y un acto de los expresados.¹³⁷ En tal sentido, deberá apreciarse con mayor rigor si tienen o no y en qué medida, presunción de legitimidad, exigibilidad, etc. y el contralor judicial de ellos deberá ser más exigente aún que el de los actos administrativos emanados de órganos estatales.¹³⁸

Son conocidas las legislaciones provinciales (Corrientes, Mendoza, Salta, Formosa, etc.) que admiten la impugnación de los actos administrativos de personas públicas no estatales por el régimen propio de los actos administrativos, lo cual de algún modo ha implicado reconocerles el carácter y el régimen de fondo y de forma de tales actos.

El código procesal administrativo de la Provincia de Buenos Aires, aunque indebidamente llamado Código Contencioso administrativo, es aún más amplio, comprendiendo a toda persona que ejerza funciones administrativas, e incluso toda cuestión indemnizatoria, con el agregado del art. 2° *in fine* de que “La enunciación anterior es meramente ejemplificativa. No implica la exclusión del conocimiento por los tribunales contencioso-administrativo de otros casos regidos por el derecho administrativo.” Sin duda que la sola atribución de competencia a estos tribunales no es un argumento definitorio, pero como se advierte de la última norma citada, es a su vez la aplicación del derecho administrativo, que la norma considera posible, lo que determina la jurisdicción administrativa y no a la inversa, la jurisdicción que transforme en administrativos a los actos.

¹³⁶ Ver también RAMIRO SIMÓN PADRÓS, “Consideraciones sobre los actos administrativos de las personas públicas no estatales,” *RDA* 58: 963, Buenos Aires, LexisNexis.

¹³⁷ LACHAUME, *op. cit.*, p. 48.

¹³⁸ Tampoco se entendería incurrir en tales casos en la confusión derivada del llamado origen religioso del derecho público: *supra*, “Introducción,” § 3, “La prevalencia de un interés o bien sobre el otro,” nota 56.

Esta tendencia del derecho público provincial argentino viene así a confirmar la tesis que expusimos ya en la ed. de 1969 de este vol. y pareciera destinada a asentarse en materia de un control más estricto de los actos de licenciatarios y concesionarios.