

Autarquía y descentralización

POR ALFREDO SILVERIO GUSMAN

Sumario:

1. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA.
2. CENTRALIZACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN.
3. DESCENTRALIZACIÓN. CLASES.
4. ACERCA DE LA DESCENTRALIZACIÓN "BUROCRÁTICA".
5. DESCONCENTRACIÓN Y CONCENTRACIÓN.
6. DESCENTRALIZACIÓN, DESCONCENTRACIÓN Y DELEGACIÓN.
7. LAS ENTIDADES AUTÁRQUICAS.
8. RELACIÓN ENTRE LAS NOCIONES DE AUTARQUÍA Y DESCENTRALIZACIÓN.
9. ÓRGANO COMPETENTE PARA CREAR ENTIDADES AUTÁRQUICAS.
10. AUTARQUÍA VS. JERARQUÍA.
11. EL CONTROL SOBRE LAS ENTIDADES AUTÁRQUICAS.
12. EL RECURSO DE ALZADA.
13. AUTARQUÍA E INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA.
14. TRES TEMAS EN BOGA VINCULADOS AL OBJETO DE ESTE ANÁLISIS: 14.1. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO CENTRAL SOBRE LOS ACTOS LLEVADOS A CABO POR LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS. 14.2. LOS ENTES REGULADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS. CREACIÓN, UBICACIÓN INSTITUCIONAL Y CONTROL DE SUS ACTOS. 14.3. LA CUESTIÓN UNIVERSITARIA.

1

La organización administrativa

En el desenvolvimiento del engranaje del sector público, es posible distinguir entre una administración central conformada por un conjunto de entes carentes de personalidad jurídica, organizada bajo la órbita del Poder Ejecutivo; y una administración descentralizada, con entes con personalidad jurídica propia y en consecuencia no subordinados, jerárquicamente, al poder central.

La organización administrativa es el sistema de articulación de que se sirve el poder político para utilizar las diversas capacidades humanas, empleando un conjunto de recursos humanos, materiales y técnicos (conf. BAENA DEL ALCÁZAR, MARIANO, *Organización Administrativa*, pág. 17, Tecnos, Madrid, 1984). Las nociones de centralización, descentralización y desconcentración tienen un origen común en la medida que todas apuntan a facetas vinculadas con la organización administrativa de la Nación, tienden a "... la difícil tarea de explicar la mecánica del Estado" (MÉNDEZ, APARICIO, *Sistemas Orgánicos*, t. I "Centralización", pág. 26, Montevideo, 1973).

2

Centralización y descentralización

La centralización implica que las facultades de decisión están reunidas en los órganos superiores de la administración pública. Así lo describe GORDILLO (*Tratado de Derecho Administrativo*, t. I Cap. XIV pág. 1, 1995), que la considera "...el estadio más primitivo de la administración pública central".

Mientras en ella existe un solo núcleo administrativo que produce las decisiones que han de observarse, constituido por una autoridad o grupo de ellas, localizadas en la cúspide de un andamiaje orgánico relacionado por vínculos de jerarquía, en la descentralización, se trata que ciertas necesidades específicas, sean atendidas por autoridades que actúen con mayor albedrío respecto de la que se encuentra en la cúpula de la organización, teniendo con ella una relación no jerárquica (conf. TAPIR

GALVIS, ALVARO, *Las Entidades Descentralizadas*, pág. 2, Temis, Bogotá, 1984, pág. 22).

El concepto de centralización no ofrece mayores dificultades, claramente se presenta cuando la competencia es asignada a los órganos superiores de la administración. El órgano carece entonces de libertad de acción, de iniciativa, de poder de decisión, que son absorbidos por el órgano central.

En la estática y en la dinámica del Estado, la centralización desempeña un papel fundamental. En la primera constituye la parte vertebral de la estructura; en la segunda; representa la fuerza centrípeta, por oposición a la centrífuga de la descentralización (MÉNDEZ, A. ob. y t. cit., pág. 33).

La descentralización administrativa tiene lugar cuando el ordenamiento jurídico atribuye competencia a otros órganos, con personalidad jurídica propia, que en consecuencia se encuentran separados de la administración central (ver GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Cap. XI, pág. 2, 1974; DIEZ, M. M., *Derecho Administrativo*, t. II, pág. 69). Esa "competencia" asignada al órgano en el régimen descentralizado, le otorga una mayor libertad de acción, que se traduce en determinados poderes de iniciativa y de decisión (MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 582).

La descentralización se inspira, de alguna manera, en consideraciones políticas relativas a la independencia y a necesidades técnicas que parecen impedir que un sólo órgano pueda resolver por sí todas las cuestiones que requiere la existencia de la comunidad y la satisfacción del interés público, cuestión teleológica presente en toda actividad administrativa.

Como lo ilustra FRIAS, el Estado contemporáneo es demasiado pequeño para ciertas tareas y demasiado grande para otras; cuando es demasiado pequeño, se impone la integración, y cuando es demasiado grande el paliativo es la descentralización (ver *La descentralización*, en LL, 1995-E-960).

La centralización generalmente se asocia con la idea de un Estado más absolutista. Se ha señalado que "...estimula la constitución de gobiernos fuertes... los gobiernos autoritarios son proclives a la concentración funcional y a la centralización mientras los democráticos buscan en la descentralización la eficiencia que representa el manejo de los propios intereses y la garantía que significa el alejamiento del Poder Central con el peso de su influencia" (MÉNDEZ, A., ob. y t. cit., pág. 33). Esta cuestión también fue percibida en nuestro medio por GAUNA (*Poder central y poder local*, en LL, 1996-C-1497), aunque su análisis parece dirigirse a la descentralización política (que a continuación se examinará).

En este primitivo estadio del análisis, resulta oportuno recordar las advertencias que desde la otra orilla del Río de la Plata expresara ENRIQUE SAYAGUES LASO (conf. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 204), acerca de las confusiones ocasionadas por las imprecisiones terminológicas utilizadas en los diversos espacios doctrinarios que motivó el tema en análisis. Las discordancias trascendieron el marco de lo académico y se aprecian contradicciones en normativas que disponen la creación de entidades descentralizadas y órganos desconcentrados.

3 Descentralización. Clases

Sentada esa aclaración, y continuando con el examen del tema, distinguiremos la descentralización política de la administrativa. La primera se vincula al sistema de gobierno de un país, a la estructura del Estado, es inherente al régimen federal de gobierno (MARIENHOFF, ob. y t. cit., pág. 588). CASSAGNE (*Derecho Administrativo*, t. I, pág. 295) la denomina "territorial", citando como ejemplo al municipio. El federalismo busca históricamente la descentralización como causa determinante de su existencia y el unitarismo la centralización como expresión natural de su fisonomía (ver MÉNDEZ, A., ob. y t. cit., pág. 23).

Las entidades descentralizadas territorialmente

ostentan, dentro de la circunscripción en que actúan, una competencia general para conocer en asuntos administrativos de carácter local. La descentralización administrativa, en cambio, se vincula a la organización interna de la administración pública, a través de entidades autárquicas, empresas y sociedades del Estado, etc.

La diferencia cobra relevancia en materia tributaria, pues las primeras pueden organizar sistemas legales de recaudación; siendo sujetos activos de la obligación, mientras que las descentralizaciones administrativas, también llamadas institucionales, no tienen tales facultades y a lo sumo podrán disponer la forma de percepción de los tributos cuyo cobro les confía el Estado (ver LUQUI, JUAN CARLOS, *Consideraciones sumarias sobre la obligación tributaria*, en obra colectiva "Estudios en Homenaje a ISAAC HALPERÍN", pág. 963).

4

Acerca de la descentralización "burocrática"

Cierta doctrina, para señalar la existencia de una especie de descentralización, que no importa dotar a los órganos de personalidad jurídica, utiliza la denominación de "descentralización burocrática", o "meramente descentralizada", como la denomina el Académico MARIENHOFF (ver *Tratado...*, ob. y t. cit., pág. 334). Estaríamos frente a organismos que ejercen segmentos de la actividad de la administración, pero que no se separan orgánicamente de ésta, sino funcionalmente. Más aún, el autor precitado, indica que existe una separación "relativa", citando como ejemplos a las meras "reparticiones", "direcciones", etc.

El concepto de descentralización "burocrática", de cuño francés, o "decentramiento burocrático", de origen italiano (conf. LUCIFREDI, ROBERTO y COLETTI, GIUSEPPE, *Descenramento Amministrativo*, pág. 4, Torino, 1956; citado por MARIENHOFF en su *Tratado...*), cuya característica distintoria es la asignación de competencia a órganos carentes de personalidad jurídica; que se asimilan a la noción de "desconcentración" —que analizaré seguidamente—, no se ha propagado en nuestro derecho positivo ni en nuestra doctrina, con la excepción del Académico precitado.

Justamente, se critica esa postura, pues por no poseer el órgano personalidad jurídica propia, se indica que no puede hablarse de descentralización. Gráficamente, JUAN F. LINARES (*Derecho Administrativo*, pág. 282) la denomina "semidescentralización". Del mismo modo, CASSAGNE (ob. y t. cit., pág. 198) considera a la existencia de personalidad jurídica en el organismo estatal al cual se le encomiendan nuevas competencias como un presupuesto de la descentralización administrativa.

5

Desconcentración y concentración

Como técnicas de agrupación o distribución permanente de competencias, se presentan la concentración y la desconcentración.

Existirá concentración cuando las facultades decisorias se encuentren aglutinadas en los órganos superiores de la Administración y estaremos en presencia de desconcentración si se asignan a los que descienden en la escala jerárquica.

La desconcentración es un fenómeno esencialmente funcional, que atribuye ciertos poderes propios de decisión, a organismos inferiores (conf. MÉNDEZ, A. ob. y t. cit., pág. 173, que atribuye a la figura la denominación de "desconcentración"). Es decir que hace alusión al otorgamiento de ciertas facultades dentro de la misma estructura administrativa. Pero esos órganos desconcentrados, al que el ente central transfiere parte de sus atribuciones propias, carecen de personalidad jurídica. La desconcentración es simplemente un procedimiento que tiende a agilizar la actividad de la administración, descongestionando atribuciones que le corresponden a los órganos superiores (conf. PONCE CUMPLIDO, JAIME, *La Desconcentración Administrativa*, pág. 59, 1965, Editorial Jurídica de Chile).

En su favor se dice que las decisiones no deben

adoptarse en la cúspide de la organización administrativa sino más bien en los escalones inferiores, más próximos a los problemas reales y por ello mejor informados (BAENA DEL ALCÁZAR, ob. cit., pág. 92).

Dos son entonces los requisitos para que exista desconcentración: uno objetivo, que es la transmisión de competencia a un órgano inferior; y otro subjetivo, que es que la transferencia se dirija hacia un órgano del mismo ente, carente de personalidad jurídica propia. Un claro ejemplo se encuentra en el régimen de las universidades nacionales, en donde la ley ha previsto que en aquellas que cuentan con más de cincuenta mil alumnos la competencia para definir las reglas de admisión; permanencia y promoción es asignada a cada facultad o unidad académica equivalente (art. 50, ley 24.521, ADLA, LV-D-4376; EDLA, 1995-B-882).

La desconcentración aparece como fórmula intermedia entre la rigidez de la centralización, en su pureza teórica, y la descentralización (conf. TAFUR GALVIS, ob. cit., pág. 34). En sentido similar, ha sido catalogada como "centralización imperfecta" puesto que en algunos aspectos el ejercicio de la jerarquía no se realiza con ella en las condiciones comunes que le darían su plenitud (MÉNDEZ, A., ob. y t. cit., pág. 163). Pero de todos modos, debe tenerse en cuenta que la desconcentración, estimada como etapa previa de la descentralización administrativa, carece de la fuerza suficiente para quebrar la vinculación de jerarquía, la que sólo se atenúa (conf. PONCE CUMPLIDO, J. ob. cit., págs. 65/66).

Si la competencia exclusiva se ejerce sobre un ámbito territorial determinado o circunscripción administrativa, estamos ante una modalidad especial de desconcentración que se denomina periférica o externa (autor y ob. precitada, pág. 112; BAENA DEL ALCÁZAR, ob. cit., pág. 92).

Cierta doctrina, directamente ha asimilado las nociones de descentralización y desconcentración (MARIENHOFF, ob. y t. cit., pág. 399).

Si bien tienen en común que ciertos poderes de decisión se sustraen del eje central (ver DIEZ, M. M., ob. y t. cit., pág. 70), en rigor, ambos conceptos transitan por carriles diferentes. La descentralización, plantea siempre una relación entre sujetos estatales (situación que en el derecho administrativo se conoce como "relaciones interadministrativas"), a diferencia de la desconcentración, que implica siempre la configuración de una relación interorgánica, esto es entre dos órganos que no poseen personalidad jurídica distinta, ergo, no se diferencian. Mientras la descentralización tiene como presupuesto la idea de atribución de personalidad jurídica y una relación intersubjetiva, la desconcentración entraña una típica relación interorgánica en el marco de la propia entidad estatal (ver CASSAGNE, ob. y t. cit., pág. 202).

En la desconcentración, el que recibe la competencia actúa como órgano del mismo ente, en la descentralización el que recibe la competencia actúa como órgano de un ente distinto de aquel al que le resta competencia (GORDILLO, ob. y t. de la edición 1974 de su *Tratado...*, Cap. IX, pág. 21).

Es que la desconcentración, no implica privar al órgano superior de su potestad jerárquica sobre el órgano por más que a este se le confiera cierto poder de iniciativa y algún grado de decisión (conf. MARIENHOFF, ob. cit., pág. 589; DROMI, *Derecho Administrativo*, pág. 360). No se discute que el órgano superior, puede, a través de órdenes y circulares de carácter general, dar una dirección unitaria a los órganos inferiores desconcentrados (conf. DIEZ, ob. y t. cit., pág. 87).

6

Descentralización, desconcentración y delegación

Deben diferenciarse las técnicas que vengo analizando con la delegación administrativa. En unas la competencia queda radicada definitivamente en el órgano descentralizado o desconcentrado, teniendo la autoridad central o superior tan sólo facultades administrativas de

supervisión; incluso en el primer caso, como analizaré seguidamente, reducida, en principio, a la legalidad. En cambio, en la delegación, el órgano ejecutor, si bien de hecho va a ejercer en el caso la competencia que se le asigna, ella no le pertenece sino que continúa residiendo en el superior, que sigue siendo responsable de cómo se ejerce. Asimismo, en este supuesto, el *órgano deléante puede en cualquier momento reasumir su competencia, posibilidad vedada en supuestos de descentralización o desconcentración en donde existe una nueva distribución de funciones.*

La delegación no provoca modificaciones en la estructura administrativa, dada su esencia transitoria, motivo por el cual se han dirigido críticas a la solución legal del art. 3 de la ley 19.549 [ED, 42-917] en cuanto requiere para su procedencia una habilitación normativa expresa (ver CASSAGNE, J. C., *El Acto Administrativo*, pág. 194).

Como advierte GORDILLO (*Empresas del Estado*, pág. 29), mientras que la descentralización y desconcentración son tipos de estructura estatal, la delegación es un tipo de dinámica del Estado.

7

Las entidades autárquicas

Los tratadistas de nuestra doctrina coinciden, en líneas generales, en indicar que ente autárquico es el que perteneciendo a la Administración Pública posee personería jurídica, un patrimonio propio o de afectación y un fin público a cumplir (ver DE ESTRADA, *Atribución de los poderes legislativo y ejecutivo para crear entidades autárquicas*, en LL, 156-412).

Se ha definido a la autarquía como la atribución que tienen las personas públicas estatales de administrarse a sí mismas, pero de acuerdo a la ley de su creación, nota que permite distinguirla de la noción de autonomía, que lleva implícita el poder normativo propio y originario (MARIENHOFF ob. y t. cit., pág. 371). Por cierto, también existe doctrina que se manifies-

ta escéptica acerca de la utilidad de la distinción autarquía/autonomía, pues siempre el ente debe poseer algún grado de poder normativo (GORDILLO, ob. y t. cit. de la edición 1974 de su *Tratado...*, Cap. XI, págs. 2/3). Tampoco cabe confundir "autarquía" y "autarcía", que traduce la idea de autosuficiencia económica.

Los rasgos característicos de las entidades autárquicas son los siguientes:

1) Son personas públicas estatales: **"...son siempre organismos estatales; no existe entidad autárquica que no sea persona pública estatal"** (Procuración del Tesoro de la Nación, dictámenes: 138:145). El propio Código Civil en su art. 33 les asigna carácter público. Se discute si deben ser creadas por el Congreso de la Nación o por el Poder Ejecutivo, cuestión sobre la cual me detendré en el acápite 9;

2) Tienen capacidad de administrarse a sí mismas, sin tener que recurrir a la administración central más que en los casos que expresa y excepcionalmente se establezcan en sus estatutos;

3) *Como ya hemos visto, tienen personalidad jurídica propia, quedando facultadas a actuar por sí mismas, en nombre propio, estar en juicio como actoras o demandadas, celebrando contratos, etc. Podrán someter sus diferencias a procedimientos arbitrales y también acordar transacciones (siempre que no esté en debate el ejercicio de sus prerrogativas o de sus actividades de policía, cuestiones por naturaleza indisponibles), en la medida que sus estatutos orgánicos las faculten a esos efectos (conf. DIEZ, M. M., ob. cit., t. 2, págs. 126/127 y Derecho Procesal Administrativo, págs. 197/198), quedando superada aquella corriente restrictiva que se lo impedía (ver NAVARRINE, SUSANA y ASOREY, RUBÉN, *Arbitraje*, págs. 50/51). Sin embargo, la ley 23.982 [EDLA, 1991-262] de consolidación del pasivo estatal y su decreto reglamentario 2140/91 recortan las facultades de los entes autárquicos en esta materia, reservando la facultad de iniciativa tanto de los procedimientos arbitrales como para los convenios transaccionales: al Poder Ejecutivo, sus*

ministros o al Secretario General de la Presidencia en cuya jurisdicción actúe el ente;

4) Conjugando las características anteriores, puede sostenerse que si bien tienen personalidad jurídica diferenciada, por pertenecer de todos modos al sector público carecen de legitimación para impugnar los actos administrativos de la autoridad central (art. 74 del Reglamento de Procedimientos Administrativos; Procuración del Tesoro de la Nación, dictamen 10/96, cuya reseña se encuentra publicada en el Periódico Económico Tributario -P.E.T.- N° 119 del 18/10/96);

5) Cuentan o han contado con una asignación legal de recursos, ya sea que tienen por ley la percepción de algún tributo o bien reciben sus fondos regularmente del presupuesto general (conf. SAYAGUES LASO, ob. y t. cit., pág. 230).

6) Su patrimonio no deja de ser estatal, pues es ostensible que estas entidades son propiedad del Estado (Procuración del Tesoro de la Nación, dictámenes 183-121). En tal sentido, ese alto cuerpo de asesoramiento letrado ha señalado que únicamente pertenecen al patrimonio indiferenciado del Estado aquellos bienes otorgados a entidades autárquicas por el Poder Ejecutivo en virtud de un acto por el cual les ha transferido su uso mediante una simple afectación, es decir que siguen perteneciendo a su dominio aun cuando ellos sean administrados por tales órganos (dictamen 167/93, pub. en B.O. del 13/4/94 2° Secc.). Obsérvese que el art. 6 del decreto 914/79, reglamentario de la ley 21.890 [EDLA, 1978-331], de la Escribanía General de Gobierno, impone que toda transferencia de dominio de los inmuebles adquiridos por los organismos —tanto centralizados como descentralizados—, debe ser extendida a nombre del “Estado Nacional Argentino”.

7) Tampoco dejan de estar sometidas al control de la administración central (conf. dictamen 84/93, pub. en B.O. del 13/10/93 2° Secc.; BIELSA, *El Recurso Jerárquico*, pág. 105), aunque limitado, en principio, a la legalidad de sus decisiones (conf. CANOSA, ARMANDO, *El recur-*

so de Alzada y la nueva administración, en publicación oficial “130 Años de la Procuración del Tesoro de la Nación” pág. 42). Con tal objetivo se instauró el recurso de alzada, que analizaré en el punto 12.

8

Relación entre las nociones de autarquía y descentralización

Si bien el concepto de ente autárquico supone la existencia de descentralización, no toda descentralización lleva implícita la atribución de autarquía. Esta constituye una especie del género descentralización (conf. BARRA, R. C., *Principios de Derecho Administrativo*, pág. 172 y ss.).

En efecto, el concepto de entidad autárquica, apunta a un régimen jurídico diferenciado respecto de otras entidades descentralizadas, como lo son las distintas maneras jurídicas que utiliza el Estado para el cumplimiento de sus cometidos (empresas y sociedades estatales, etc.; GORDILLO, ob. y t. cit. de la edición 1974 de su Tratado Cap. IX, pág. 23).

La Procuración del Tesoro de la Nación señaló como rasgo distintivo de las entidades descentralizadas que su actividad se dirige hacia un fin público específico (dictámenes: 138-425; 146-216), pero cierta doctrina puso en tela de juicio esa afirmación. GORDILLO consideró que no puede limitarse a tal tésis, pues debe tomarse en cuenta que el Estado puede realizar actividades industriales o comerciales sin que se perciba ese fin público (ver ob. y t. de la edición 1974 de su *Tratado...*, Cap. XIV, pág. 6). Por su parte COMADIRA (*La responsabilidad del Estado por las obligaciones de sus entes descentralizados*, en ED, 145-380) enfoca la cuestión partiendo de la diferencia entre los conceptos de autarquía y descentralización, que nos viene ocupando. Esta última noción, dada su amplitud, no precisa de aquella teología, cuya presencia no se advierte el menos nítidamente en las actividades comerciales o industriales que encarna el Estado. En cambio, sí debe exigirse respecto de las entidades

autárquicas, a las que se asigna un fin típicamente administrativo.

9 Órgano competente para crear entidades autárquicas

Se encuentra latente en nuestro derecho administrativo la discusión acerca de cuál es el poder competente para descentralizar y crear organismos con personería jurídica.

A fin de dilucidar la cuestión, tradicionalmente el debate giraba en torno al alcance que cabría asignar a los incisos 17 —que atribuía al Congreso la facultad de crear y suprimir empleos— y 28 —que lo facultaba para hacer las normas necesarias para poner en ejercicio los poderes atribuidos al Congreso y al gobierno nacional— del art. 67 y al inc. 1° del art. 86 —que como ya se destacó acordaba al Presidente la administración general del país— de la Constitución histórica.

Además quienes sustentan la primer posición invocaban en apoyo de su postura el art. 136 de la ley de contabilidad (decreto-ley 23.354/56 en ADLA XVII-A-155) que establece que el Poder Ejecutivo no puede descentralizar servicios de la administración, norma considerada inconstitucional por MARIENHOFF (*ob. cit.*, t. 1, pág. 415). CANOSA observa que con la derogación de esa normativa floreció la posición que permite la creación de entidades autárquicas por parte del Ejecutivo (ver obra citada nota 58).

Excluida de la discusión se encontraban aquellos entes autárquicos que el Legislativo creaba por una disposición constitucional expresa (por ejemplo el Banco Central y las universidades nacionales). El mismo Académico MARIENHOFF, sostenedor de la competencia del Ejecutivo, señaló que teniendo en cuenta que al Congreso le compete la administración especial en algunas materias, también le compete la creación de entidades autárquicas para llevarlas a cabo (*ob. cit.*, t. 1, pág. 390).

DE ESTRADA investigó los antecedentes legisla-

tivos y concluyó que sólo excepcionalmente las entidades autárquicas no fueron creadas por ley (ver *Atribución de los poderes ...*, ya citado).

En el ámbito de la doctrina, se manifestaron proclives a consagrar la atribución del Congreso en la materia, BIELSA (ver *Derecho Administrativo*, LL, I-237, 6° edición, 1964), que sienta como principio general que toda persona jurídica pública debe ser creada por ley; DIEZ (*ob. y t. cit.*, pág. 74), acudiendo al principio de paralelismo de la competencia y el art. 136 de la ley de contabilidad; FIORINI (ver *Manual de Derecho Administrativo*, t. 1, págs. 143/145), que entiende que sólo el Congreso por ley o el Ejecutivo por delegación pueden crear entes autárquicos, a idéntica conclusión arriba DO-COBO en *El reglamento de procedimientos administrativos* (pub. en JA, 1972-703); CANASI (*Derecho Administrativo*, t. 1 pág. 315), afirmando que el patrimonio propio o de afectación sólo puede originarse en virtud de una ley formal.

La posición contraria fue sostenida fundamentalmente por MARIENHOFF, como derivación de la cláusula que encomienda al Ejecutivo la administración general del país, entendiendo que la creación de órganos pertenecería a la zona de reserva de la Administración (ver obra citada, t. 1, pág. 382). En la doctrina constitucional arribó a similar conclusión BIDART CAMPOS (*El Derecho Constitucional del Poder*, t. II, pág. 86/87).

DE ESTRADA, sostiene una posición ecléctica. Parte de la base de que la discusión sólo es posible de zanjar mediante una reforma constitucional. Entiende que mientras tanto debe mediar una especie de acuerdo entre los poderes Legislativo y Ejecutivo para la creación de un ente autárquico, excepto desde luego cuando la facultad constitucional es expresa en favor del primero (ver *Atribución...*, ya citado), conclusión compartida por CANOSA (ver obra citada).

También sustenta una posición original COMADIRA (conf. *Reflexiones sobre la regulación de*

los servicios públicos privatizados y los entes reguladores, en ED, 162-1134), que basa su criterio en si la actividad del ente autárquico se proyectará en la esfera de derechos de los particulares, partiendo de la distinción formulada por MARIENHOFF (ver sus obras publicadas en ED, 114-949 y LL, 1991-C-1080) cuando trata el contenido de la indemnización por el obrar lícito del Estado, entre derechos de origen y naturaleza administrativa y derechos de origen y naturaleza común. Estima que la creación de entes destinados a proyectar su actividad sobre derechos de sujetos que advienen a la relación como terceros, debe hacerse, necesariamente, por ley formal, quedando circunscripta la posibilidad del decreto sólo a los supuestos en los que el ente no exceda con su actuación el ámbito de las relaciones especiales de sujeción. En rigor el mismo COMADIRA se preocupa en aclarar que de todos modos debe mediar ley formal, o al menos indirectamente fundada en ella, si al ente autárquico se le confieren amplias facultades normativas o atribuciones jurisdiccionales.

Por cierto, la reforma constitucional no dispuso las cavilaciones, pues no variaron en sustancia los textos de las normas que planteaban dudas interpretativas. En efecto, el inc. 28 del art. 67 se transformó literalmente en el inc. 32 del art. 75. Por su parte el inc. 1º del art. 86 del anterior texto se ve reflejado en el art. 99, inc. 1º, a más de la novedad de la figura del Jefe de Gabinete del Poder Ejecutivo a quien le corresponde la administración general del país, según el inc. 1º del art. 100. Culminando con el análisis de la situación luego de la reforma, debe destacarse que en el nuevo texto, se advierte que el anterior inc. 17 del art. 67, se trasladó (en lo que al objeto de este ensayo interesa, en forma literal), al inc. 20 del art. 75.

Como se advierte, el debate sobre el tema aún no se agotó, persistiendo las normas constitucionales en que se sustentan unos y otros para fundamentar su postura.

La discusión no es ociosa, pues como apunta COMADIRA (*Reflexiones sobre ...*, cit.), se

encuentra en juego el alcance del control del Poder Ejecutivo sobre los actos de las entidades que no se encuentran en su tronco central. Si entendemos que compete al Congreso, el control administrativo se reduce a la legitimidad, excepto que la ley que la creara autorice facultades de revisión más amplias. El Reglamento de Procedimientos Administrativos, prescribe en su art. 97, al regular el recurso de alzada, que si el ente descentralizado fuera de los creados por el Congreso en ejercicio de sus facultades constitucionales, el margen del control se reduce a las razones vinculadas a la legitimidad del acto.

Es de destacar que en el estatuto constitucional del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se ha establecido una solución que concilia con la propiciada por el Dr. DE ESTRADA, pues el inc. 17 del art. 80 asigna a la Legislatura la atribución de crear entes descentralizados y reparticiones autárquicas, a propuesta del Poder Ejecutivo. Es decir que la normativa se hace eco de la tesis de este autor, que puso en evidencia la necesidad de establecer mecanismos de consenso para la creación de tales entidades.

10

Autarquía vs. jerarquía

Como lo avizorara BIELSA (*El Recurso Jerárquico*, págs. 87/88), autarquía y jerarquía son conceptos jurídicos relativamente antitéticos.

La organización administrativa presenta una ordenación a través de la cual por medio de un plexo de relaciones tanto de subordinación como de supremacía, se encuentran sometidos todos a aquel que se encuentra en la cima de la organización de que se trate. A esta disposición se la conoce como jerárquica, y de la misma deviene la potestad de los superiores para dirigir, ordenar e inspeccionar la conducta de los órganos inferiores, sea de oficio o a pedido de parte, sobre actos o personas (conf. Procuración del Tesoro de la Nación, dictamen 47/94, pub. en la Rev. del organismo N° 21 pág. 288; BIELSA *El Recurso...*, cit. pág. 27). Su basamento puede encontrarse en asegurar la

unidad de acción administrativa (SAYAGUES LASO, ob. y to. cit., pág. 216).

La jerarquía se encuentra congénita en toda organización administrativa. Se aprecia en el ejercicio de la función administrativa, tanto en la actividad del órgano ejecutivo como en el seno de los restantes poderes cuando realizan actividad administrativa. En cambio, es incompatible con la función propia del Poder Legislativo y la del Poder Judicial.

Justamente, la jerarquía se presenta entre órganos de un mismo ente, y por ello no puede hablarse de subordinación jerárquica de un ente público a otro ente público. Pero en la desconcentración, tal como venimos analizando, no cabe hablar de dos entes diferenciados desde el momento que no media personalidad jurídica distinta, por lo tanto aquella noción mantiene todo su vigor.

Por lo tanto, la potestad jerárquica del superior subsiste frente al órgano desconcentrado. En tal sentido, el órgano que se encuentra en la *cúspide* puede ejercer sobre él un control jerárquico que podrá ser amplio, y referirse tanto al control de legalidad como a la oportunidad, mérito o conveniencia. Puede proceder a la revocación *in totum*, del acto del órgano desconcentrado o bien a su sustitución o modificación.

La relación jerárquica está integrada por tres elementos básicos: uno técnico, que es el poder de mando; otro técnico jurídico, que es la concentración funcional; y el restante es jurídico, las potestades propiamente dichas (conf. MÉNDEZ, APARICIO, *La Jerarquía*, op. cit., pág. 37, Montevideo, 1973).

Siguiendo al autor rioplatense precitado, se puede distinguir que el poder de mando (aspecto técnico), habilita al superior a ordenar, imponiendo concreta, directa e inmediatamente el ejercicio de una actividad, la ejecución de un acto o hecho de acuerdo con los dictados de su voluntad (pág. 63). Es decir, la relación de subordinación. La concentración funcional es la aptitud técnica y jurídica de un órgano para

realizar por sí o hacer realizar por otros subordinados cualquier acto u operación comprendidos en la competencia atribuida (pág. 41), aunque sólo trascienda la voluntad del jerarca como entidad representativa del sistema. Las potestades o poderes jurídicos aseguran su funcionamiento armónico, resultando complemento indispensable e instrumento regulatorio de los dos restantes elementos (págs. 103/105). Para SAYAGUES LASO (op. y to. cit., pág. 216) la jerarquía siempre es una noción jurídica porque las normas que determinan la estructura de la administración, si bien internas, no dejan de ser normas jurídicas.

No debe perderse de vista que en el seno interno de las entidades descentralizadas la noción de jerarquía también fluye con todos sus alcances, dado que se trata de un concepto que, se enfatiza, es inherente a toda función administrativa. Así se deriva además del art. 2 del Reglamento de Procedimientos Administrativos, que concede a sus órganos directivos atribuciones similares a las de los ministros y secretarios de la Presidencia de la Nación.

11 El control sobre las entidades autárquicas

Un aspecto crucial del tema que se analiza es el control de legalidad, y en su caso, de oportunidad, de la actuación de la entidad autárquica. De nada valdría que se organicen entidades con cierto margen de decisión para objetivizar ciertas actividades administrativas a criterios técnicos, si alguna autoridad central pudiera revisar y dejar sin efecto sus decisiones sin ningún tipo de limitaciones.

Por más que se asigne un grado mayor de independencia a la entidad autárquica, de todos modos la autoridad central mantendrá cierta potestad para controlar sus actos administrativos. Ello así pues el inc. 1 del art. 99 de la Constitución Nacional vigente, atribuye al Presidente de la República la calidad de jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país (ver referidos al anterior art. 86, inc. 1

ESCOLA, *Teoría General del Procedimiento Administrativo*, págs. 370/371; HEREDIA, *El Contralor Administrativo sobre las Entidades Autárquicas*, pág. 30).

Las entidades descentralizadas también se encuentran bajo la autoridad de la jerarquía máxima del Poder Ejecutivo. Es que como apunta COMADIRA, independencia no implica desapoderamiento del Ejecutivo, lo que sería incompatible con nuestro sistema constitucional (ver *Reflexiones...* cit.; en igual sentido, Procuración del Tesoro de la Nación, dictamen 9/93 pub. en revista del organismo N° 20 pág. 443). Pero en lugar de un control jerárquico, la instancia superior de la Administración ejerce sobre ellas sólo un control de tutela, limitado a la legalidad de sus actos, y en forma posterior a su emisión.

El contralor administrativo sobre las entidades autárquicas es el juicio que realiza un órgano de la administración activa respecto del comportamiento positivo o negativo de una entidad autárquica o de un agente suyo, con el fin de establecer si se conforma con las normas que lo regulan (ver HEREDIA, *El Contralor Administrativo sobre las Entidades Autárquicas*, pág. 30, citado por DE ESTRADA, JUAN RAMÓN en *Las Universidades Nacionales y el Recurso de Alzada*, en LL, 1986-E-1018).

En general podemos afirmar que el control jerárquico es el que aparece dentro de una misma persona pública estatal, en cambio el de tutela lo efectúa un órgano de la administración central sobre los actos que procedan de las entidades descentralizadas.

Existen diversos medios o instituciones particulares de contralor, como la autorización que preventivamente y para cada caso debe acordar la administración central para el dictado de ciertos actos por parte de la entidad autárquica; la aprobación que debe dar la administración central para que un acto ya dictado por una entidad pueda ejecutarse. Estos medios, en la práctica, implican acentuar al máximo el grado de dependencia entre el ente autárquico y el órgano central, en la medida que ningún acto

puede emitirse o ejecutarse sin el previo consentimiento del superior, transformándose en la praxis en una dependencia administrativa mas sin poder de decisión ni competencia específica alguna, por más que se encuentre fuera de los límites de la organización centralizada. Además, como lo destacó GORDILLO (*Empresas del Estado*, pág. 47), para que la descentralización realmente descongestione a los organismos centrales, es necesario que no se trabe su actividad exigiéndoles autorizaciones o aprobaciones de los organismos centrales para demasiadas cuestiones de su actividad regular.

Por tal motivo, la Procuración del Tesoro de la Nación ha afirmado que el control "preventivo" de los actos de las entidades autárquicas "... tiene carácter excepcional, en el sentido que sólo existe cuando una norma expresamente lo establece" (conf. dictamen 79/92, pub. en B.O. del 9/9/92, 2° Sección).

12 El recurso de alzada

Para el control de los actos de las entidades autárquicas, nuestro ordenamiento ritual administrativo previó el recurso de alzada (art. 94 y subsiguientes del Reglamento de Procedimientos Administrativos), que a la par de consagrar un medio de protección para los particulares, al permitirles impugnar los actos de la autoridad superior, posibilita que la administración ejerza sobre dicho acto el contralor que constitucionalmente le compete.

Mientras que el control jerárquico es amplio y puede referirse tanto al control de legalidad como al de oportunidad, mérito o conveniencia, en la tutela, en principio, sólo es revisable la legalidad (conf. art. 185 de la ley 3909 de la Prov. de Mendoza). Además, en el control jerárquico el órgano puede proceder a la revocación del acto como así también a su sustitución o modificación. En el de tutela es excepcional la sustitución o modificación (ver CANOSA ob. cit., pág. 43).

Dado que el recurso de alzada se dirige contra

un acto emanado de un ente con personalidad jurídica diferenciada de la administración central, su interposición es optativa para el particular, en la medida que puede promover la pertinente acción judicial sin necesidad de articularlo (art. 95 del Reglamento de Procedimientos Administrativos).

Como principio, la autoridad central se encuentra cohibida de revisar el aspecto técnico, o de oportunidad, mérito o conveniencia del acto; quedando circunscripta su competencia a *test* de legalidad. Si se considera que los entes autárquicos poseen atribuciones para administrarse e incluso para autogobernarse, pero sujetos al ordenamiento jurídico que ellos no dictan, el contralor de la administración central sobre los actos de las entidades autárquicas debe limitarse a verificar si son legítimos, careciendo de la posibilidad de controlar su oportunidad, mérito o conveniencia (ver DE ESTRADA, *Las universidades ...*, cit.).

Incluso un destacado publicista ha admitido la posibilidad de que ciertas entidades autárquicas que cumplen funciones de índole administrativa, y que son creadas por el Congreso de la Nación, en cumplimiento de atribuciones constitucionales propias, puedan mantenerse en la órbita de éste, resultando inmunes a todo contralor por parte de la Administración Pública (ver BIANCHI, ALBERTO *La Delegación Legislativa*, págs. 245/246).

De todos modos, lo más eficaz sería limitar el control que la autoridad jerárquica superior del Ejecutivo ejerza sobre los entes a la legitimidad, lo que por otra parte resulta de la aplicación del art. 97 del Reglamento de Procedimientos Administrativos (L.O. decreto 1883/91). Dicha norma prescribe que si el ente descentralizado autárquicamente fuere de los creados por el Congreso en ejercicio de sus facultades constitucionales, el recurso de alzada sólo será procedente por razones vinculadas a la legitimidad del acto, salvo que el propio órgano legislativo autorice un control amplio.

Para pretender dar una idea del carácter excepcional de la revisión administrativa de las deci-

siones de las entidades autárquicas, se ha dicho que el recurso de alzada cumple en la instancia administrativa una función similar a la acción de amparo judicial, que procede cuando el acto impugnado es manifiestamente arbitrario e ilegal (FIORINI, B., *Procedimiento Administrativo y Recurso Jerárquico*, pág. 153).

A mi juicio, debería haber quedado vedada la posibilidad de modificación o sustitución del acto cuestionado, siendo que el Poder Ejecutivo sólo podrá, en su caso, revocarlo. Sin embargo, el art. 97 *in fine* del Reglamento de Procedimientos Administrativos, permite a la autoridad central, si bien con carácter excepcional, por razones fundadas en el interés público —pauta por lo demás de excesiva latitud— modificar o sustituir el acto impugnado por vía de alzada.

De ese modo, como explica FIORINI, se desplaza la competencia creada por el legislador por el solo efecto de un acto administrativo; difrazándose lo que en definitiva sería una avocación irregular so invocación de facultades de fiscalización (ver *Procedimiento Administrativo...*, cit., pág. 157). Distinta es la opinión de BIELSA (*El Recurso Jerárquico*, pág. 117) sobre el punto, para quien debe estar al alcance del Poder Ejecutivo tanto la alternativa de revocar como reformar el acto.

13

Autarquía e intervención administrativa

Vinculado al tema que nos viene preocupando, se encuentra el de las denominadas intervenciones del Poder Ejecutivo a las entidades autárquicas, acompañadas, en la práctica administrativa vernácula, con el cese de los funcionarios que ocupaban su conducción. Se trata de una cuestión medular, pues se ha llegado a aseverar que si el ente supremo central no conserva la posibilidad de remover a los cuerpos directivos de la entidad autárquica, estamos frente a un supuesto de descentralización plena (conf. GARCÍA TREVIJANO FOS, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2.1, pág. 453, Madrid, 1971).

LINARES (*Derecho Administrativo*, pág. 332/334), la definió como "El control administrativo que se hace mediante la designación de un funcionario especial que vigila o que sustituye a otro, para restablecer la normalidad del servicio gravemente alterado". También se la ha sindicado como un control administrativo de tipo represivo (CASSAGNE, *Derecho...*, t. I pág. 321/322). Puede alcanzar a todo el organismo directivo o sólo a parte de él.

Se distingue la intervención "preventiva", de mero control de vigilancia y la "sustitutiva", justamente de desplazamiento de sus mandos naturales; la primera es poco común en nuestro país, siendo de práctica la segunda (LINARES, loc. cit.). En ese sentido, BIELSA indicaba que la intervención era compatible con la subsistencia de la autoridad del órgano intervenido, poniendo especial énfasis en señalar que no puede operarse alterando las pautas legales (*Derecho Administrativo* t. II pág. 49, nota 73 y pág. 51, edición 1947).

Para la procedencia de la intervención a una entidad descentralizada, deben darse situaciones de extrema gravedad, que no sean subsanables por medios normales de control, ya sea por la reiterada actuación del ente en forma ilegítima o manifiestamente inoportuna, sea en materia de cuentas o del servicio mismo; en una situación de fuerza mayor ajena al comportamiento del órgano, de conflicto interno ajena a toda actividad ilegítima, o de acefalía irreparable que impida la gestión del ente (HEREDIA *El Contralor Administrativo*, pág. 333 cit. por LINARES, quien agrega "ante grave sospecha de deshonestidad").

LINARES (loc. cit.), coincide con HEREDIA en que uno de los requisitos es la intimación previa, aunque admite que esto sólo constituye una medida de buen gobierno, pero que su ausencia no implica ilegitimidad del acto de intervención.

La intervención de entes descentralizados, sería entonces una medida excepcional. En tal sentido HEREDIA (ob. cit. pág. 85), aboga por un manejo cauteloso de esta posibilidad, pues

de lo contrario, se incurrirá en un avasallamiento ilegítimo de la autarquía de los entes públicos.

De todos modos, a menos que una ley no lo exija puntualmente no se requiere de una ley formal autorizante para proceder a la intervención (como por ejemplo sí lo impone el art. 30 de la ley 24.521 de educación superior), ya que constituye el ejercicio de una atribución que se deriva de la ya mencionada cláusula que asigna al Presidente la administración general del país (ver MARIENHOFF, M. S., ob. y to. cit. págs. 633/634).

La preocupación de LINARES sobre el punto, lo lleva a sostener que el abuso en esta materia, debe tener remedio judicial, mas no indica cuáles serían las vías procesales para intentar contrarrestar la intervención a una entidad descentralizada, ni tampoco quiénes serían los legitimados a ese fin, cuestiones cuya dilucidación no es sencilla. El mismo recordado Profesor, admite que la utilización de recursos administrativos están vedados por el art. 74 del Reglamento de Procedimientos Administrativos, que proscribe a los entes autárquicos la interposición de recurso contra actos de la Administración central.

Por cierto, lo hasta aquí señalado es en el terreno doctrinario, y si se quiere, para épocas "normales", terminología que utilizo por contraposición a las tan conocidas y declamadas en nuestro medio como "de emergencia". La ley 23.696 [EDLA, 1989-114], instrumento jurídico que sustentó un profundo cambio en la entelequia estatal, previó en su art. 2 la posibilidad de intervenir la totalidad de los órganos y entes de la administración, y hasta que el ministro que resulte competente se avoque en las facultades de los interventores.

Si bien la ley 23.696 tuvo un preciso lapso temporal de vigencia, posteriormente prorrogado, y que hoy día expiró, tiene algunas disposiciones que pueden considerarse permanentes, tal el caso de sus arts. 60 y 61. Deseo señalar que no es el caso de la disposición que acabo de comentar, que a mi juicio feneció.

14

Tres temas en boga vinculados al objeto de este análisis

A fin de no pecar de abstracción, para ir concluyendo el presente ensayo entiendo que podría resultar interesante abordar tres cuestiones estrechamente entrelazadas con la materia que se viene analizando.

En primer lugar, parece haber una tendencia por parte de la administración central a eludir hacerse cargo de los pasivos de las entidades descentralizadas, siendo que en algunos casos el patrimonio de éstas podría resultar insuficiente para afrontar sus deudas.

En un diverso orden de ideas, luego del proceso de privatización de diversos servicios que en las últimas décadas estuvieron a cargo del Estado, los argentinos nos introducimos en la etapa de la regulación y el control del modo en que son prestados por la actividad privada, por lo que también encuentro oportuno detenerme en el análisis de la estructura de los órganos creados con esa misión, y sus relaciones con la administración pública central. Asimismo, para la época de elaboración de este análisis, se iniciaba un debate que amenazaba con tornarse áspero ante la intención del Poder Legislativo de sancionar un nuevo marco regulatorio general para los servicios públicos domiciliarios, manteniendo en su esfera y control a los órganos reguladores.

Finalmente la cuestión universitaria (eje central de la enseñanza superior, de la investigación científica, de la cultura, en definitiva del progreso de una sociedad), transita por un período particularmente singular, dado que cada casa de estudios debe adecuar sus estatutos a las prescripciones de la nueva ley de educación superior 24.521, poniéndose en marcha el nuevo mecanismo de articulación del control de sus actos, que como veremos, bosqueja una coordinación entre el Poder Ejecutivo y la Justicia Federal, verdaderamente original.

14.1. *La responsabilidad del Estado central**sobre los actos llevados a cabo por las entidades descentralizadas*

Es necesario indagar cuál es el grado de responsabilidad que detenta el Estado Nacional por los actos emanados de sus entes autárquicos.

Distintos han sido los argumentos que ha suministrado la doctrina para sostener la responsabilidad de la administración central.

BARRA esgrime el principio de "comunicabilidad de los patrimonios" entre administración centralizada y descentralizada, teniendo en cuenta el carácter estatal del patrimonio de esos entes (ver, *Principios de Derecho Administrativo*, pág. 184). MARIENHOFF se preocupa en destacar que en nuestro ordenamiento, dicha responsabilidad es subsidiaria, aparece sólo en supuestos de falta o insuficiencia de bienes para asumir sus compromisos, pues sostener la solidaridad del Estado respecto de sus deudas precisaría respaldo legal específico (conf. *Tratado ...*, to. I pág. 441).

Asimismo, con sustento en la responsabilidad subsidiaria de la Nación por el obrar de sus entidades descentralizadas, se han reclamado la extensión de controles estatales hacia toda la gama de organizaciones societarias en las cuales el Estado forma parte (conf. ECHEVERRY, RAÚL., *Reflexiones sobre las sociedades del Estado frente al control provincial*, pub. en ED, 99-859).

En un fallo de la Cámara Civil (14/5/91, Sala C, "López de Aguirre c. E.F.A.", pub. en ED, 145-380) se sostuvo que la responsabilidad del Estado por el obrar de sus entidades descentralizadas resultaba subsidiaria; es decir que surge en el caso de que los bienes afectados a la entidad autárquica sean insuficientes para afrontar su responsabilidad. Es de destacar, que en la ley 18.360 [ED, 30-949] de creación de la empresa estatal, se había consagrado expresamente que el Estado garantizaba el pago de sus deudas y sufraga los déficits que se produjeran (arts. 26 y 27).

En otro precedente de ese fuero (Sala A, 5/3/96, "Guinazú, María c. U.B.A. (Hospital de Clínicas José de San Martín) y otros s/daños y perjuicios", se dejó entrever que se encontraba comprometida, en una causa donde se perseguía la responsabilidad de la Universidad de Buenos Aires, también la del Estado Nacional, por lo que se determinó la competencia de la Justicia Federal. Este precedente lo cito dada la escasa jurisprudencia existente sobre el punto y no sin dejar de señalar el cuidado con que hay que analizar cuestiones jurídicas sustanciales con base en conflictos de competencia; los administrativistas, que tanto tiempo dedicamos al examen de decisiones de los consejos de Estado de la Europa continental, particularmente del francés, no siempre nos hemos percatado de ello.

Por su parte, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, sostuvo que la responsabilidad de la provincia con relación a sus entidades autárquicas sólo puede ser indirecta (27/6/95, "Prov. de Bs. As. en: Proyectos Especiales de Mar del Plata S.E. c. Seminara S.A.", pub. en D.J.B.A. 149-4488, y cuya reseña se encuentra en el repertorio LL. 1995 L.V-116).

Se ha llegado a sostener, incluso, que la responsabilidad de la autoridad central ya no sería meramente subsidiaria sino directa, ante los sucesivos dispositivos de necesidad y urgencia, que parecen resentir la aptitud de estas entidades para decidir los aspectos esenciales que generarán sus créditos y deudas (conf. HALPERÍN, DAVID, *La responsabilidad del Estado por el obrar de sus entidades descentralizadas*, pub. en Rev. de Derecho Administrativo N° 6 pág. 55). A mi modo de ver, una circunstancia de coyuntura no es suficiente para diluir la existencia de la personalidad diferenciada de las entidades descentralizadas, aspecto que es necesario resguardar en pos de una administración más idónea y neutral.

En este punto, como en tantas otras cuestiones regidas por el derecho público, es necesario encontrar el punto de equilibrio necesario entre las prerrogativas estatales, para el caso, la posibilidad de crear en su seno entidades con per-

sonalidad diferenciada que tienden a un mejor desenvolvimiento de la función administrativa; con las garantías de los particulares, que en el caso se advierte en la expectativa de los acreedores de obtener una satisfacción íntegra de sus créditos.

Asimismo, si continuamos extremando el rigor lógico del razonamiento fundado en la titularidad estatal de los bienes de los entes, no estaremos lejos del vaciamiento de su personalidad. No menos riesgosa es la afirmación rigurosa de la personalidad y patrimonio propio del ente, que podría conducir a la exoneración de la responsabilidad estatal central (conf. COMADIRA, JULIO, *La responsabilidad del Estado...*, cit.).

Coincido entonces con el enfoque de la temática y con la conclusión a la que arriba COMADIRA, acerca de que el contrapeso necesario en esta cuestión, se logra con la responsabilidad subsidiaria del Estado central, quedando de este modo nivelados tanto el principio de la unidad patrimonial del Estado como la salvaguarda de la propia personalidad de los entes descentralizados.

Pese a lo hasta aquí expuesto, el art. 21 de la ley de presupuesto para el año 1996, estableció que las sentencias judiciales no alcanzadas por la ley 23.982 de consolidación, que se dicten contra cualquier ente de naturaleza societaria o comercial en donde el Estado tenga algún grado de participación, en ningún caso podría ejecutarse contra el Tesoro Nacional, ya que la responsabilidad del Estado se limita a su aporte o participación en el capital de dichas organizaciones empresariales.

La norma se ubica en la política de reducir el pasivo de la Administración Pública, aunque con técnicas que podrían dar lugar a objeciones de índole constitucional. Advierto similar intención en el art. 2 de la ley 24.522, que al reformar el régimen de concursos, admite que sociedades en las cuales el Estado sea parte, puedan ser declaradas en ese estado falencial (conf. CAIELLA, PASCUAL, *Ley 24.522. Nueva ley de concursos y quiebras*, pub. en Rev.

Actualidad en el Derecho Público N° 2 pág. 14), quebrantando el principio *fiscus semper solvens*, sobre el cual tanto se ha escrito y utilizado para oponerse a medidas cautelares contra el Estado.

14.2. *Los entes reguladores de servicios públicos. Creación, ubicación institucional y control de sus actos*

En lo que concierne a los entes reguladores, su carácter de entidades autárquicas no parece discutible, en la mayoría de los casos tal calificación surge de sus respectivas normas creadoras (Ente Nacional Regulador de la Electricidad, art. 55, ley 24.065 [EDLA, 1992-111]; Ente Nacional Regulador del Gas, art. 51 ley 24.076 [EDLA, 1992-171]; Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios, art. 15 del decreto 999/92). El mismo criterio propició la Constitución de la ciudad de Buenos Aires, sentando como pauta que debe dotarse al ente regulador de autarquía, aspecto que tiende a favorecer su neutralidad (conf. GUSMAN, ALFREDO SILVERIO, *La regulación de los servicios públicos por parte de la ciudad de Buenos Aires*, pub. en ED, 177-961).

Respecto del rango formal de su norma creativa, antes de la reforma constitucional, algunos fueron creados por ley del Congreso (ley 24.065, ENRE; ley 24.076, ENARGAS) y otros por decreto (por ejemplo el 1185/90, creador de la ex Comisión Nacional de Telecomunicaciones).

El art. 42 de la Constitución Nacional reformada en 1994 dispuso que la "legislación" debía definir los marcos regulatorios. El Senador MENEZ y DROMI atribuyen a ese vocablo una cualidad demostrativa de la voluntad del constituyente en que se concreten por ley en sentido formal, esto es, emanada del Congreso (ver *La Constitución Reformada*, págs. 156/157). En esa senda de opinión transita GORDILLO, pues al analizar el párrafo que enuncia la participación en los organismos de control de las asociaciones de consumidores y usuarios, indica que la misma se encuentra sujeta a la reglamentación legal (ver *La interpretación restric-*
179 - 25

tiva de concesiones y privilegios en LL, 1995-A, 217). Incluso para SALOMONI (ver *Esbozo sobre la identificación del régimen jurídico aplicable a la relación entre los sujetos de un servicio público privatizado*, en Revista Actualidad en el Derecho Público N° 2 pág. 10), esa facultad siquiera puede ser delegada por el Congreso (cabe recordar que el decreto 999/92 que estructuró el ETOSS puede catalogarse como un reglamento delegado), ya que a su criterio se trata de materia expresamente reservada a la ley (art. 42, párrafo 3, CN), y no constituye "...materias determinadas de administración o de emergencia pública ..." (art. 76, CN). Por su parte, FANELLI EVANS, que también escribe luego de la reforma constitucional, predica la necesidad de que sea el Congreso el órgano que dicte una ley uniforme de regulación de los servicios públicos privatizados, pero fundamenta este aserto no en el art. 42 de la Constitución Nacional sino en que es el Poder Legislativo el órgano del cual emana el poder originario de regulación de esos servicios (ver *La reforma de la Constitución Nacional y los Entes Reguladores* en LL, 1995-A-1044).

Distinta es la posición de COMADIRA (ver *Reflexiones ...*, cit.), quien entiende que el término "legislación", empleado por el art. 42 de la Constitución, no puede considerarse indicativo de competencia exclusiva hacia el Congreso, sino sólo comprensivo, como género, de las diversas especies o clases de normas que correspondan de acuerdo a la materia de que se trate. De tal modo, para esta postura, la legislación implicará ley formal respecto de la prevención y solución de conflictos o de la regulación de servicios públicos si ésta incide en la esfera de terceros (por ejemplo, hacia los usuarios), pero no hay razón para sentar esa conclusión acerca de la creación misma de los entes, excepto, claro está, que se le atribuyan competencias que puedan afectar derechos de terceros, conclusión coherente con la postura de este autor acerca de cuál es el órgano competente para descentralizar. Además, sostiene que la ley formal sólo es exigible cuando la Constitución lo consigna expresamente (arts. 36 último párrafo 37, primer párrafo; 41, pri-

mer párrafo) o cuando ello resulta de la materia regulable (40, primer párrafo). Advierte que la Constitución, al fijar en su art. 75 las atribuciones del Congreso, no enuncia como facultad propia de éste la competencia para crear organismos de control de los servicios públicos, tal como, en cambio, es posible inferir sigue ocurriendo respecto de la creación de Bancos y Universidades (art. 75, incs. 6 y 28).

Por mi parte estimo que la creación por ley otorga un marco de seguridad jurídica, tanto a los concesionarios como a los usuarios, y a la par constituye un concreto óbice frente al avance del Poder Ejecutivo. De tal modo la sustracción de sus competencias requerirá una decisión legislativa expresa, siendo que el Poder Ejecutivo no se encontraría habilitado para cercenar por decreto el campo de actuación del ente. Refuerza esa conclusión acerca de la necesidad de creación por ley en sentido formal, que los marcos regulatorios establecen distintos tipos de sanciones administrativas, que para ser constitucionalmente inobjetables (art. 18) deben provenir de una norma de esa jerarquía.

Además, la experiencia de la intervención dispuesta por el decreto 702/95 a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, parece recordarnos la necesidad de extremar los recaudos formales en esta materia. El precitado decreto fue declarado nulo en primera instancia por la Justicia Federal ante su cuestionamiento por el Defensor del Pueblo y una asociación de consumidores (ver 18/7/95, "Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de Servicios y Acción Comunitaria c. Estado Nacional" pub. en LL, 1995-E-516). Posteriormente, la alzada revocó el fallo por considerar carentes de legitimación a los actores y al Defensor (ver 20/10/95, Sala V, en LL, 1995-E-469).

El decreto 249/96, al designar interventor en la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, señaló que el mismo, "deberá actuar conforme a las instrucciones que le imparta el PODER EJECUTIVO NACIONAL, a través de la SECRETARÍA DE COMUNICACIONES DE LA PRESIDENCIA

DE LA NACIÓN". En definitiva, lisa y llanamente se convertiría al ente regulador en una dependencia administrativa más, con una vinculación total hacia el Poder Ejecutivo. De tal modo, la necesaria independencia para el eficaz cumplimiento de su cometido quedó en esas condiciones evaporada.

14.3. La cuestión universitaria

La situación institucional de las universidades nacionales generó polémicas doctrinarias acerca del alcance que cabe atribuirle a su autonomía, puntualmente, vinculado al tema que vengo examinando, si la instancia central del Poder Ejecutivo podía revisar sus actos a través del recurso de alzada.

La autonomía científica y académica de las instituciones universitarias, más allá de que así se reconozca en la Constitución, comporta una aspiración, en cuanto supone mayor libertad y ausencia de compromisos políticos o partidarios, de fuera o de dentro de la propia Universidad (del dictamen del Procurador Fiscal ante la Cámara Contencioso Administrativo Federal, Dr. MEDRANO, del 13/12/95, recaído en la causa "Monges c. U.B.A.", y sus numerosas citas, pub. en ED, 166-565).

Se ha señalado que la mentada autonomía implica que la comunidad universitaria ejerce su propio gobierno, dicta los planes de estudio de cada carrera, designa su personal, sus autoridades, aprueba su presupuesto, etc., todo ello sin intervención estatal. Esio no significaría que la universidad sea una entidad soberana dentro del Estado, ya que éste tiene a su cargo el dictado de la ley universitaria y, en casos excepcionales, el derecho de intervención y el control de legalidad (conf. EKMEKDJIAN, M.A., *Tratado de Derecho Constitucional*, t. II págs. 684/685; en sentido similar, conf. CANOSA, ARMANDO, *Un fallo esperado. La autonomía universitaria*, en ED, 142-581). Para JUAN CARLOS LUQUI, la única autonomía a la que se podía aludir era la de la cátedra, que atento a la propia naturaleza de la enseñanza universitaria, es el eje alrededor del cual gira toda la problemática de los claustros (*El pensamiento de*

Bielsa sobre la universidad, en LL, 150-1057). Aquel recordado profesor, coincidiendo con los ensayos de BIELSA sobre el tema, descrece de una universidad aislada del conjunto de fuerzas y actividades de la colectividad, de ahí que su pensamiento, en punto a su régimen jurídico, sea claro y preciso sobre la inexistencia de "autonomía", siendo sólo una autarquía institucional.

Distinta es la postura de QUIROGA LAVIÉ (*La autonomía universitaria*), pub. en LL, 1986-E-1017), quien indica que si la ley delega en las asambleas universitarias lo relativo a su organización, está consagrando su autonomía, en el más estricto sentido de ese concepto: autonomía por delegación del Congreso, de forma tal que los estatutos vienen a ocupar el rango de la ley, a su mismo nivel. Si la ley no permite expresamente la posibilidad de control del Ejecutivo respecto de sus decisiones y actividad, el mismo debe considerarse suprimido. En ese mismo carril transita la opinión de VANOSI (*Universidad y Facultad de Derecho: sus problemas*, pág. 27), favorable a la supresión de recursos administrativos contra los actos de las universidades, aunque sí se manifiesta proclive a un control de cuentas y de gestión, proponiendo, para no lesionar la autonomía, que sea llevada a cabo por una auditoría externa designada anualmente (sin posibilidad de reelección) por el órgano máximo de cada Universidad.

Cabe destacar que, en lo que atañe a este tema, el propio BIANCHI aclaró en su momento (antes de la sanción de la ley 24.521) que la noción de autonomía no puede entenderse como limitativa del control por vía del recurso de alzada, de las cuestiones que excedan de lo académico (conf. *El viejo problema de la autonomía universitaria en un fallo de la Corte Suprema con algunos balcones para la polémica*, pub. en Rev. de Derecho Administrativo N° 6 pág. 139). Cobra relevancia la cita de este autor, pues es uno de los publicistas que admite la posibilidad de que existan entes autárquicos creados por el Congreso y que permanezcan en la esfera de éste, y aún así no consideró que

existía óbice para la viabilidad del control administrativo de tutela sobre las universidades.

En la causa "U.B.A. c. Estado Nacional", en donde esa prestigiosa institución intentó una declaración de certeza por la vía del art. 322 del Código Procesal tendiente a que se esclareciera la improcedencia de que el Poder Ejecutivo revise sus actos, la Corte Suprema de Justicia le negó aptitud procesal para demandar al Estado Nacional, basándose en que si las entidades autárquicas —tal el rango jurídico que le atribuyó el Tribunal a las universidades— no tienen legitimación para recurrir los actos de la administración central, mal podrían llevarlas a pleito ante la imposibilidad de cumplir con el requisito del art. 23, inc. a) (el agotamiento de la instancia administrativa en forma previa a demandar).

En cambio, en el voto en disidencia del Juez FAYT, se llegó a sostener la conclusión contraria, es decir que sus actos no eran susceptibles de control por parte de la administración central. Ese voto recibió elogios de COLAUTTI (*Una valiosa disidencia a propósito del fallo "Universidad de Buenos Aires c. Estado Nacional"*), pub. en LL, 1991-E-136), quien señala que no puede considerarse al Presidente de la República como el superior del Consejo Superior de las universidades, y también de BILDART CAMPOS al glosar el fallo en ED, 142-572.

A nivel reglamentario, esta cuestión había sido zanjada admitiendo expresamente la posibilidad de que los actos de las universidades nacionales sean pasibles de ser recurridas por la vía del recurso de alzada, en forma coincidente con lo resuelto por la mayoría del Alto Tribunal en la causa precitada, cuando el decreto 1883/91 modificó el art. 94 del Reglamento de Procedimientos Administrativos.

La cuestión dio un giro con la reforma constitucional, que viene a plasmar en el articulado del texto jurídico fundamental la solución opuesta a la sostenida por la mayoría del Supremo Tribunal. El inc. 19 del art. 75 de la Constitución Nacional prescribe que la legisla-

ción garantizará la autonomía y autarquía de las universidades nacionales. Es decir que la postura tradicional que sólo reconocía autonomía a los estados provinciales, habría cedido.

Con la sanción de la ley 24.521, en ese nuevo contexto constitucional, se consagró legislativamente la inhibición total del Ejecutivo para revisar los actos de los claustros universitarios, previendo un recurso de apelación ante la Cámara Federal de Apelaciones con competencia en el lugar donde tiene su asiento la institución universitaria (art. 32). Específicamente en lo que hace a la adecuación de los estatutos a la nueva ley, deben ser sometidos a la revisión del Ministerio de Cultura y Educación. Este los puede observar, pero carece de facultades para imponer modificaciones, aunque sí puede plantear sus cuestionamientos ante la Cámara Federal, que deberá resolver la controversia (art. 34).

Ante el nuevo panorama, se ha sostenido que el control que el Ejecutivo ejercía con anterioridad a esta norma a través del recurso de alzada ha perdido su campo de aplicación, en la medida que resulta clara la intención del Poder Legislativo de dejar en manos del Poder Judicial de la Nación el control de un órgano que por la propia Constitución Nacional debe ser creado por aquél (ver GALLEGOS FEDRIANI, P., *La nueva ley universitaria y el recurso de alzada*, pub. en LL, 1996-B-196).

CANOSA, que antes de la reforma constitucional no admitía que la reivindicada autonomía universitaria impidiese el control de tutela de los actos de las unidades académicas, luego de la reforma y ante el nuevo marco legal que otorga la 24.521 sostiene que la autonomía universitaria importa también la imposibilidad de que el Poder Ejecutivo o el ministerio competente entienda en la sustanciación de recursos administrativos, ya que el art. 32 dispone que contra las resoluciones definitivas de las instituciones universitarias, sólo podrá interponerse recurso de "apelación" ante la Cámara Federal de Apelaciones (conf. *Los Recursos Administrativos*, pág. 220).

El novedoso rol que se asigna al Ministerio de Cultura y Educación, motivó ciertas dudas interpretativas. La Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo (4/9/95 "P.E.N. c. U.B.A.", pub. en ED, 165-547), entendió que sólo tenía la posibilidad de cuestionar la adecuación de los estatutos, conforme al art. 34, pero carecía de legitimación para promover la vía recursiva del art. 32, que quedaría reservada para los particulares que pretendan impugnar los actos administrativos de las universidades. De acuerdo a esta hermenéutica, la administración central, salvo el caso excepcional de la reforma de los estatutos, no tendría siquiera posibilidad de objetar las decisiones universitarias ante la Cámara Federal.

Distinto fue el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al revocar ese fallo (30/4/96, pub. en ED, 167-497), y admitir la legitimación del Ministerio no sólo para incoar el recurso del art. 34, sino también para cuestionar las resoluciones definitivas de las universidades por medio del art. 32. Para arribar a esa conclusión ponderó que el Poder Ejecutivo no cuenta con vías para efectuar por sí mismo el control de legalidad de una decisión definitiva dictada por una universidad.

El nuevo ordenamiento, en concordancia con la reforma constitucional operada en 1994, cercenó toda intromisión del Poder Ejecutivo en las cuestiones universitarias, cualquiera sea su índole. Su actuación se circunscribe a deducir el recurso para que la Justicia decida. Daría la impresión de que se le ha sustraído la facultad de ejercer el control de tutela, que es desplazado hacia el Poder Judicial, pero sí se le confiere la atribución de excitarlo, a través de la promoción del recurso específico. Por ello no me atreví a suprimir como característica general de las entidades autárquicas la que indiqué en el acápite 7.7. de este análisis (la existencia de control por parte de la autoridad central), aunque admito que se encuentra matizado en las universidades nacionales luego de la sanción de la ley de enseñanza superior.

Por cierto, una cuestión que merece destacarse

de acuerdo a la nueva normativa, es que no son revisables la oportunidad, mérito o conveniencia de las decisiones adoptadas por las universidades nacionales. En efecto, el recurso previsto ante la Cámara Federal, se circunscribe, de acuerdo al art. 32, a controversias suscitadas con motivo de leyes de la Nación, sus estatutos, o demás leyes internas, quedando también marginadas las cuestiones de índole académica. Del mismo modo, las observaciones hacia los estatutos de las casas de estudio deben versar exclusivamente sobre si resultan o no compatibles con la ley 24.521.

La norma resulta entonces coherente con el

principio que reduce el alcance de la revisión de los actos de las entidades descentralizadas al examen de su legalidad, límite que proviene de la esencia misma del control de tutela. Más aún, en el caso universitario, ese control siquiera lo ejerce el Poder Ejecutivo sino el Poder Judicial. También concilia con las características propias de nuestro derecho procesal administrativo, en donde los jueces no se introducen en el análisis de la oportunidad, el mérito o la conveniencia de la declaración administrativa, aspecto que las sentencias suelen remarcar con particular intensidad, sobre todo en cuestiones universitarias (conf. CSJN, Fallos: 235:337; 247:674; 267:450).