

# LÍMITES A LA APLICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Julio Isidro Altamira Gigena<sup>1</sup>

**Sumario:** 1.- Introducción; 2.- Derecho Anglo norteamericano; 3.- Derecho Francés; 4.- Derecho Belga; 5.- Derecho Italiano, 6.- Derecho Español; 7.- Derecho Argentino.

## **1.- Introducción:**

El tema lo considero de sumo interés porque en numerosas oportunidades no se puede aplicar solo el derecho administrativo sino que es necesario aplicar también otro derecho, ya que regirá el derecho administrativo para los siguientes elementos: sujeto, procedimiento, forma, fin, y se regirá por el derecho privado el objeto o contenido.

En otras palabras, me propongo precisar cuando ha de aplicarse el derecho administrativo y cuando otros derechos<sup>2</sup>, como son el civil, penal, laboral, etc.

En primer lugar, es importante destacar, que entre los administrados y el Estado hay una relación de verticalidad, en cambio entre los sujetos regidos por normas del derecho privado la relación es de coordinación.<sup>3</sup>

Fraga<sup>4</sup> define al derecho público “como el conjunto de normas que rigen la organización del Estado y la actividad de éste directamente encaminada al cumplimiento de las atribuciones que al mismo corresponden. El derecho privado está constituido por el conjunto de normas que rigen las relaciones entre los particulares y es aplicable a aquellas en que el Estado interviene, cuando la actividad de éste no afecta inmediatamente a la satisfacción que le está encomendada de las necesidades generales.”

La doctrina<sup>5</sup> sostiene que la Administración goza de privilegios frente a los administrados en razón de los cometidos de interés general que debe cumplir. Se afirma que cuando entra en conflicto el interés individual con el interés general, aquél debe ceder en beneficio de éste y es la causa de la desigualdad existente.

Entre los privilegios que tiene la Administración podemos mencionar la posibilidad que tiene de hacer cumplir sus decisiones<sup>6</sup>, sin necesidad de acudir al juez. A lo que se suma que la impugnación de esa decisión no suspende su ejecución, porque goza de dos principios esenciales: la presunción de legitimidad y de ejecución.

En esta línea de pensamiento González Navarro<sup>7</sup> dice: “...la fuerza obligatoria del acto administrativo, de una parte, y la posibilidad de hacer efectiva esa obligatoriedad incluso venciendo la oposición del particular directamente afectado, de

---

<sup>1</sup> Académico de número.

<sup>2</sup> De Laubadère, André: “Traité de Droit Administratif”, 1973, t.I, pág.35 y ss.

<sup>3</sup> Villegas Basavilbaso, Benjamín: “Derecho Administrativo”, Bs.As. 1949, t.I, pág.193 y ss.

<sup>4</sup> Fraga, Gabino: “Derecho Administrativo”, México 1960, pág.85

<sup>5</sup> Vélez García, Jorge: “Los dos sistemas del Derecho Administrativo”, Bogotá 1996, pág.22.

<sup>6</sup> García Trevijano Fos, José Antonio: “Tratado de Derecho Administrativo”, Madrid, 1968, t.I, págs. 441 y ss.

<sup>7</sup> González Navarro, Francisco: “Derecho Administrativo Español. El acto y el procedimiento administrativos”, Navarra, 1997, t.III, pág.443.

otra. Una y otra idea responden respectivamente a la atribución a la Administración de dos privilegios tradicionales que ya hoy empiezan a discutírsele: el privilegio del acto previo y el privilegio de la ejecución forzosa...”

Además en el derecho administrativo, no rige el principio de la autonomía de la voluntad como en el derecho privado, porque el fin es la realización y distribución del bien común<sup>8</sup>.

Bielsa<sup>9</sup> enseña que hay dos órdenes de intereses distintos, uno público, regidos por el derecho administrativo y otro privado por el derecho civil. Al respecto dice: “En el derecho civil se trata de fijar los límites del poder jurídico recíproco de los individuos entre ellos. En el derecho civil las instituciones jurídicas encuentran un centro natural en las diversas especies de derechos individuales, al paso que en el derecho administrativo, por el contrario, los derechos individuales no juegan sino un papel accesorio. Lo esencial es el poder público y el modo de su acción está determinado por el derecho público...”

En ese orden de ideas puedo mencionar que el funcionario que tiene competencia para designar a un empleado en la Administración Pública no puede nombrar a su amigo o a su pariente como desearía, sino, a aquel que ganó el concurso, porque de acuerdo al Estatuto del Empleado Público, solo se puede ingresar mediante un procedimiento de selección.<sup>10</sup>

Este ejemplo también sirve para cualquier otro tipo de contrato administrativo, como puede ser el de obra pública o el de suministro, ya que la Administración no puede contratar con cualquier empresa, si no solo con aquella que haya realizado la mejor oferta<sup>11</sup> y además haya demostrado tener los conocimientos necesarios y la responsabilidad técnica adecuada para el contrato que va a ejecutar.

La Administración no puede correr riesgos<sup>12</sup> contratando con insolventes y la insolvencia se puede referir tanto al aspecto económico-financiero como al aspecto técnico.

En cambio el particular, por tener autonomía de la voluntad puede contratar sin necesidad de seguir este procedimiento de selección y sin requerir al futuro contratante solvencia económica-financiera y técnica, lo que en la mayoría de los casos, correrá serios riesgos que traerán como consecuencia la realización de una obra deficiente o inconclusa que indudablemente producirá perjuicios.

---

<sup>8</sup> Barra, Rodolfo Carlos: “Principios de derecho administrativo”, Bs.As. 1980, pág.171.

<sup>9</sup> Bielsa, Rafael: “Derecho Administrativo”, Bs.As. 1947, t.I, pág.39 y ss.

<sup>10</sup> Canda, Fabian O.: “La importancia del elemento forma en el contrato administrativo”, en “Cuestiones de Contratos Administrativos”, Bs.As. 2007, pág.40. Sostiene: “...sería apresurado sostener que los requisitos formales que es dable exigir en la contratación pública, tanto en el momento de celebrar el acuerdo de voluntades, como antes de ello, en oportunidad de seleccionar al mejor oferente y, aun antes, en ocasión de establecer la existencia de previsión presupuestaria para afrontar el convenio, resultan neutros para la validez del contrato.”

<sup>11</sup> Sesín, Domingo Juan: “La determinación de la oferta más conveniente en los contratos administrativos”, en “Cuestiones de Contratos Administrativos”, obra colectiva, Bs.As. 2007, pág.125 y ss.

<sup>12</sup> Granillo Ocampo, Raúl Enrique: “Distribución de los riesgos en la contratación administrativa”, Bs.As. 1990, págs. 86 y ss... Enseña: “...Si bien es cierto que de todo contrato, aun de los de derecho privado, derivan efectos hacia la comunidad, no es menos cierto que en el caso de los contratos de la Administración ese interés ya no es algo vago, impreciso, externo al contrato, sino una nota incorporada expresamente a uno de sus elementos esenciales (el objeto), en tanto y en cuanto el fin del contrato es satisfacer una necesidad o interés público...”

También es importante saber cual es el derecho que se va a aplicar para que, en caso de conflicto, actúe el tribunal competente, que puede ser en lo contencioso administrativo, en lo civil o en lo laboral.

## **2.- Derecho anglo-norteamericano:**

Expondré a continuación -aunque sea brevemente- lo que sucede en el derecho comparado, y comenzaré con el sistema anglosajón<sup>13</sup> (EE. UU e Inglaterra)<sup>14</sup>, donde no se habla de acto administrativo sino de acto jurídico y para ser válido, tiene que haberse dictado con discernimiento, intención y libertad. Tampoco encontramos estudiosos que se refieran al contrato administrativo, sino al contrato en general, celebrado por dos sujetos de derecho, aunque uno de ellos sea el Estado, pero éste carece de los privilegios propios del derecho continental europeo, ya que los que suscriben el contrato son dos sujetos de derecho con los mismos derechos y obligaciones sin distinción alguna.

Tampoco se habla del contrato de obra pública, porque lo consideran un contrato de obra privada, con todos los requisitos de forma y de fondo establecidos por este tipo de contrato.

Al contrato de servicio público de transporte de pasajeros, lo consideran un contrato de transporte común y no como un servicio público, aunque hay cierta reglamentación que implícitamente, sin expresarlo en forma clara, se advierte de que se trata de servicio público por la cantidad de exigencias que debe reunir el transportista, como por ejemplo: las condiciones para ser chofer, el uniforme que debe usar, el recorrido que debe seguir, los lugares donde debe parar, las condiciones que debe reunir el vehículo, el periodo en el que debe ser revisado, la antigüedad máxima que puede tener el vehículo, la tarifa, etc. Todos estos requisitos son en beneficio del usuario, en definitiva del interés general.

Los tratadistas tampoco se refieren al contrato de suministro porque lo consideran un contrato de compra-venta y, por ello, el contrato para ser válido debe reunir, los mismos requisitos que cualquier otro contrato de compra-venta de bienes muebles y fungibles.

Con relación al contrato de empleo público, se lo considera como un contrato laboral, y prácticamente no hay distinción entre un empleado de una sociedad comercial o del Estado, lo que si encontramos son algunas obligaciones propias de la actividad que se esta desarrollando, como por ejemplo, en materia de salud, en materia de educación, en la prestación de los servicios de agua, de luz o de gas.

En lo que respecta a la responsabilidad del Estado por daños, se rige por el derecho de daños, sin distinción de analizar quien lo produjo, ya que lo importante es solucionar el problema del damnificado a quien se le debe reponer en la misma situación en que se encontraba con anterioridad a la producción del daño, sin que éste pueda ser utilizado para beneficiarlo o para perjudicarlo.

Por lo precedentemente expuesto advertimos que en el sistema anglosajón no existe el derecho administrativo como ocurre en el derecho continental europeo, principalmente en Francia, al que me voy a referir a continuación.

---

<sup>13</sup> David, René: "Les grands systèmes de droit contemporains", Paris, 1973, págs. 347 y ss.

<sup>14</sup> Vélez García, Jorge: " Los dos sistemas del Derecho Administrativo" Bogota 1996 pág 39 y s.s

### **3.- Derecho Francés:**

En este país, es donde surge el derecho administrativo, a raíz de la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés<sup>15</sup>. En un primer momento, se procuró proteger a la Administración y es por esa razón que después de la revolución francesa, la actividad de la Administración es controlada por los órganos de la Administración<sup>16</sup> y no por el juez ordinario,<sup>17</sup> porque los revolucionarios no deseaban que nadie pusiera obstáculos a su actuación.<sup>18</sup>

Si un particular se sentía injustamente afectado por el obrar de un funcionario público, solo ante éste podía elevar su querrela y no ante los tribunales ordinarios porque a los jueces les estaba expresamente prohibido avocarse al conocimiento de esa denuncia. Se sostenía que “se impedía a los jueces administrar, pero no se impedía a los administradores juzgar”.<sup>19</sup>

Con el transcurso de los años y en la actualidad se tiende a proteger al individuo<sup>20</sup> contra los avances de la Administración y se procura sancionar y reparar las consecuencias dañosas producidas por actos arbitrarios. Es por ese motivo que hoy en día se dice que la Administración es sublegal<sup>21</sup>, porque esta supeditada a la ley utilizándose como plataforma jurídica a la Constitución Nacional, en segundo lugar, a las leyes que en su consecuencia se dicten y en tercer lugar a los reglamentos. También se sostiene que la Administración esta sometida al principio de juridicidad porque es más amplio que la sublegalidad<sup>22</sup>, ya que comprende las leyes y los principios que de ella se derivan.

En la primera mitad del siglo XX se distinguía entre actos de autoridad y actos de gestión. Los primeros tenían por plataforma jurídica normas de derecho administrativo, ya que eran actos dictados en virtud del imperio o soberanía. Los segundos se regían por normas de derecho privado, porque si bien emanaban del Estado eran actos semejantes a los dictados por los particulares. Estas normas sirvieron para deslindar la competencia entre el contencioso administrativo y la jurisdicción ordinaria.<sup>23</sup>

En esa época, se sostuvo que el meollo del derecho administrativo eran el servicio público y la obra pública, ya que la primera era una actividad que tenía por finalidad la satisfacción del interés general. Era una actividad, extraída de los

---

<sup>15</sup> Rivero, Jean: “Droit Administratif”, Paris, 1990, pág.36.

<sup>16</sup> Fiorini, Bartolomé A. “Que es el contencioso”, Bs.As. 1965, pág.12. enseña: “...El contencioso administrativo significó en su origen el control sobre actividades de la administración pública, por autoridades que no debían pertenecer al poder judicial..”

<sup>17</sup> Puisoye, Jaques:” Le Contentieux Administratif”, París 1969 p. 12 y s.s

<sup>18</sup> Boquera Oliver, José María: “Derecho Administrativo”, Madrid 1972, Vol. I, pág.26.

<sup>19</sup> Vélez García, Jorge: “Los dos sistemas de Derecho Administrativo”, Bogotá 1996, pág.12.

<sup>20</sup> Sarría, Félix: “Derecho Administrativo”, Cba. 1950, t.2, pág.117 dice: “podemos concebir lo contencioso administrativo, en abstracto, como un sistema de garantías que el Estado acuerda a los individuos particulares en sus relaciones con la Administración.”

<sup>21</sup> Marienhoff, Miguel S.: “Tratado de Derecho Administrativo” Bs.As, 1965 T1 Pág. 69, dice: “La administración en el ejercicio de su actividad, no se desenvuelve con libertad absoluta, vale decir, con prescindencia de todo ordenamiento jurídico; por el contrario, debe desenvolverse con “sujeción” al orden jurídico. La actividad de la administración esta, entonces, “limitada”. Es esa la consecuencia primaria que en este orden de cosas deriva del Estado de Derecho...”

<sup>22</sup> Vedel, Georges: “Droit Administratif”, Paris1961, págs. 177 y ss.

<sup>23</sup> Rivero, Jean Droit Administratif”, Paris 1990, pág.215.

particulares y que tenía que ser realizada directamente por el Estado o indirectamente por los particulares, pero especialmente reglamentada, porque tendía a satisfacer el interés general.

Lo mismo sucedió con la obra pública, que era una obra ejecutada por el Estado o por particulares, para la satisfacción del interés general, como es la ejecución de una escuela, de un camino o de un puente, pero en virtud del fin, tenía una reglamentación especial que la distingue de la obra privada.

Los servicios públicos<sup>24</sup> podían ser realizados por la administración central o por la administración descentralizada y como son entes de interés público, cualquier problema que se suscitase debía presentarse ante la justicia contencioso administrativa. Estos entes públicos, recibían a veces el nombre de establecimientos públicos.<sup>25</sup>

Con motivo de la primera guerra mundial y posteriormente de la segunda guerra mundial aparecieron las empresas del Estado que comenzaron a realizar actividades económicas, más precisamente comerciales e industriales y actuaban igual que los particulares y estas actividades que realizaban no podían ser regidas por el derecho administrativo y debían tener como plataforma jurídica el derecho civil o el derecho comercial. Es por este motivo que los asuntos que se presentaban con motivo de la ejecución de estas actividades debían ser resueltos por la justicia ordinaria.

Lo expuesto es útil para demostrar la necesidad de establecer límites a la aplicación del derecho administrativo, no solo para decidir que normas deben utilizarse sino también para conocer cual es el tribunal competente para resolver los conflictos que puedan producirse.

#### **4.- Derecho Belga:**

Bélgica siguió a Francia<sup>26</sup> y, por ello, todo lo precedentemente expuesto es aplicable para Bélgica.

#### **5.- Derecho Alemán:**

No sucedió lo mismo en Alemania, donde solo en lo que respecta al acto administrativo ha seguido prácticamente la doctrina y la jurisprudencia francesa. En cambio en los contratos administrativos se ha apartado y, en consecuencia, no se hace la distinción entre contratos regidos por el derecho administrativo y los regidos por el derecho civil o el derecho comercial, ya que todos los contratos se rigen por el derecho común aunque uno de los sujetos contratantes sea el Estado. Es por esa razón que el tribunal competente para entender en caso de conflicto es la justicia ordinaria.

En lo que respecta a la responsabilidad estatal<sup>27</sup> con motivo de los daños que esta actividad produzca, se sostiene que es una cuestión civil y, en consecuencia, es competente la justicia ordinaria para entender en estos asuntos en los que se imputa al Estado haber cometido un daño.

---

<sup>24</sup> Auby, Jean-Marie y Ducos-Ader Robert, *Institutions administratives*, París 1973 Pág. 33 y s.s.; y *Grands Services Publics Et Entreprises Nationales* París 1969. Pág. 48 y s.s

<sup>25</sup> Waline, Marcel: *Précis de Droit Administratif*, París, 1969, págs. 507; Rivero, Jean: *Droit Administratif*, París, 1990, págs. 610 y ss.

<sup>26</sup> Bosch, Jorge Tristán: *Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración*, Bs.As. 1951, pág.246.

<sup>27</sup> Forsthoff, Ernest: *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid 1958, págs. 415 y ss.

Lo importante y trascendente no es analizar el motivo por lo cual el Estado cometió el daño, sino analizar la situación en la que quedó la víctima y procurar que la reparación sea justa.

En lo que respecta a la responsabilidad del empleado es una cuestión de derecho civil<sup>28</sup>, salvo que durante la función o con motivo de la función haya cometido un hecho considerado delito por el código penal y, por ello, debe aplicarse el derecho penal.

El empleado público no está sujeto a un régimen especial que lo distinga de un empleado de una sociedad comercial, ya que todos, cualquiera sea la patronal, están sujetos a los principios y normas del derecho laboral y, por ello, el conflicto sea individual o colectivo debe dilucidarse en los tribunales con competencia en esta materia.

## **6.- Derecho italiano:**

Veamos ahora Italia donde existen dos jurisdicciones, una, la administrativa que protege el interés legítimo, a donde se acude a los fines de solicitar la nulidad del acto administrativo por vicio en la competencia, en la forma, en el objeto o en la finalidad. La sentencia si hace lugar a la demanda y, por ello, declara la nulidad del acto impugnado, solo puede condenar a la Administración a que dicte otro acto ajustado a derecho, pero carece de competencia para condenarla a la reparación de los daños y perjuicios que ese acto declarado nulo haya producido.

La otra jurisdicción es la ordinaria, donde se protege el derecho subjetivo, que puede ser de carácter administrativo, civil, o laboral. El actor que tiene un derecho subjetivo vulnerado por la Administración puede solicitar la declaración de invalidez del acto administrativo impugnado más la reparación de los daños y perjuicios que ese acto administrativo le haya producido. Pero el juez carece de competencia para condenarla a que dicte otro acto administrativo ajustado a derecho.

Con relación a los contratos se sostiene que deben aplicarse los principios y normas del derecho privado.<sup>29</sup>

En lo que respecta a los empleados se rigen por convenios colectivos de trabajo y, por ello, se aplican normas y principios de derecho laboral y es competente la justicia laboral.

En lo que hace a los daños que pueda haber cometido el Estado, es un problema de derecho civil y, en consecuencia, para lograr la reparación de todos los daños producidos por el Estado se debe acudir a la justicia ordinaria.

En este orden de pensamiento Alessi<sup>30</sup> enseña "...como sujeto jurídico, en cuanto es, por definición, centro de imputación de normas, a semejanza de cualquier otro sujeto jurídico. Precisamente como sujeto jurídico, el Estado se encuentra frente al ordenamiento (por supuesto, independientemente de la posición de supremacía en que se encuentren sus centros de actuación como centros de ejercicio de poder soberano) en posición de igualdad con cualquier otro sujeto jurídico, estando sometido a los mismos deberes jurídicos que nacen del ordenamiento, y siendo también titular de los mismos poderes jurídicos y derechos que el ordenamiento reconoce a todo sujeto jurídico (art. II del Código Civil)."

---

<sup>28</sup> "Fleiner, Fritz Instituciones de Derecho Administrativo" Madrid 1933 pág 222 y s.s

<sup>29</sup> Zanobini, Guido: "Corso di diritto amministrativo", Milano 1950, t.IV, pag.322.

<sup>30</sup> Alessi, Renato: "Instituciones de Derecho Administrativo", Barcelona 1970, t.I, pág. 211.

## **7.- Derecho español:**

Pasamos ahora a España donde también hay dos jurisdicciones, la contencioso administrativa y la ordinaria que puede ser civil o laboral, además de la penal. Se puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa con motivo de actos administrativos, de contratos administrativos, de la prestación de servicios públicos, de ejecución de obras públicas o de suministro. Se puede solicitar, no solo la declaración de invalidez de la actuación de la Administración sino también la reparación de todos los daños y perjuicios que esa actuación inválida ha producido a un administrado, que en este caso sería el actor.

No es necesario iniciar dos juicios<sup>31</sup>, uno solicitando la declaración de invalidez y posteriormente ante la justicia civil pidiendo la reparación de los daños y perjuicios, ya que la jurisdicción contencioso administrativa, tiene competencia -como lo he dicho- no solo para declarar la invalidez de la actividad realizada por la Administración, sino también para condenarla al pago de la indemnización con motivo de los daños y perjuicios producidos.

Garrido Falla<sup>32</sup> analiza la diferencia entre las nociones de indemnización y responsabilidad y dice: "La teoría de la indemnización es típica del Derecho público administrativo. Las categorías civilistas de la responsabilidad por culpa y riesgo tienen una aplicación paralela en Derecho administrativo; la teoría de la indemnización, en cambio, es una consecuencia de las internas exigencias de este último derecho. Mientras que el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración surge como consecuencia de la actividad ilícita administrativa o, al menos, dentro del campo de los daños causados por la Administración pública sin título jurídico para ello; en cambio, la teoría de la indemnización tiene su lugar en el campo de la actividad administrativa lícita."

En lo que respecta a los empleados, algunos están sujetos a un régimen especial que se denomina Estatuto del Empleado Público, que se rige por normas y principios de del derecho administrativo y el tribunal competente para dilucidar un conflicto es la jurisdicción contencioso administrativa.

Otros están sujetos a convenios colectivos de trabajo y, por ello, se rigen por principios y normas del derecho laboral y el tribunal competente para resolver los conflictos, ya sean éstos individuales o colectivos es la justicia laboral.

En lo que respecta a la responsabilidad estatal se aplican los principios y normas del derecho civil y, en consecuencia, es competente la justicia ordinaria. La jurisprudencia distingue distintas situaciones: a) daños producidos por actividad ilícita: b) daños producidos por actividad lícita, c) daños producidos por riesgo y d) daños producidos con motivo de intervenciones antijurídicas sin culpa<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón: "Curso de Derecho Administrativo" Madrid sexta edición. T2. Pág. 636 y s.s

<sup>32</sup> Garrido Falla, Fernando: "Tratado de Derecho Administrativo", Madrid 1962, Vol. II, pág.198.

<sup>33</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón; ob,cit. T.2, pág. 357.

## **8.- Derecho argentino:**

Analizaré a continuación lo que sucede en Argentina. Hay dos jurisdicciones la contencioso administrativa<sup>34</sup> y la jurisdicción ordinaria, esta última puede ser civil y laboral además de la penal.

Los actos administrativos<sup>35</sup>, los contratos administrativos,<sup>36</sup> los servicios públicos<sup>37</sup>, las obras públicas, el suministro<sup>38</sup>, la concesión de obra pública se rigen por normas que pertenecen al derecho administrativo y para resolver los conflictos que se planteen es competente la justicia contencioso administrativa y se encuentra legitimado<sup>39</sup> el que tiene un derecho subjetivo afectado de carácter administrativo.

No se puede acudir a los tribunales sin antes haber agotado la vía administrativa<sup>40</sup> y haber obtenido una resolución que cause estado<sup>41</sup>. En otro términos una resolución, que haya dictado una autoridad de la más alta instancia que puede ser, el presidente de la república o el gobernador de la provincia, según sea una cuestión federal o provincial. En algunos casos las leyes de trámite administrativo otorgan competencia a los ministros para que dicten la resolución que cause estado y, con ello, queda habilitada la instancia judicial<sup>42</sup>.

El acto administrativo para ser válido, entre otros requisitos tiene que emanar de un sujeto, que en doctrina se lo denomina órgano-individuo que haya actuado con discernimiento, intención y libertad, de conformidad a los establecido en el art. 260 del Código Civil y Comercial que expresamente dispone: “*El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior*”.

Por eso es necesario distinguirlo del acto involuntario que de acuerdo a lo establecido en el art. 261 del Código Civil y Comercial: “*Es involuntario por falta de discernimiento: a) el acto de quien, al momento de realizarlo, esta privado de la razón;.. .*”.

La doctrina se encuentra dividida acerca de si en todos los casos se aplican los arts. 260 y 261 del CCyC, ya que para una parte de la doctrina hay que distinguir entre actos dictados en ejercicio de las facultades regladas o en ejercicio de las facultades discrecionales<sup>43</sup>. Los primeros son aquellos en los que la solución esta predefinida en la norma<sup>44</sup> o sea que el funcionario solo aplica la norma con prescendencia de su

<sup>34</sup> Tawil, Guido Santiago: “Administración y justicia”, Bs.As. 1993, t.I, pág.115 y ss.

<sup>35</sup> Diez, Manuel María: “El acto administrativo”, Bs.As. 1961, págs. 114 y ss.

<sup>36</sup> Bercaitz, Miguel Angel: “Tratado de los contratos administrativos”, Bs.As. 1980, págs. 143 y ss,

<sup>37</sup> Altamira, Pedro Guillermo: “Curso de Derecho Administrativo”, Bs.As. 1971, págs. 452 y ss.

<sup>38</sup> Escola, Héctor Jorge: “Tratado Integral de los Contratos Administrativos”, Bs.As. 1979, vol. II, págs. 503 y ss.

<sup>39</sup> Nápoli, Sergio: “La legitimación en el proceso administrativo” en “Derecho Procesal Administrativo”, obra colectiva, Bs.As. 2911, pág. 175 y ss.

<sup>40</sup> Ávalos, Eduardo: “El proceso contencioso administrativo federal”, Cba. 2009, págs.143 y ss.

<sup>41</sup> Mairal, Héctor A. “Control judicial de la Administración Pública”, Bs.As. 1984, t. 1, pág.237.

<sup>42</sup> Como lo establece en la Provincia de Córdoba el Art. 83 de la ley de tramite administrativo N° 6658 que dice:” En los asuntos en que las leyes considerasen corresponden al régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos, los ministros serán la autoridad con facultad para decidir en ultima instancia en sede administrativa...”

<sup>43</sup> Gordillo Agustín: “Tratado de Derecho Administrativo”. Bs As 2014 T9 VIII-3.

<sup>44</sup> Escola, Héctor Jorge: “Compendio de Derecho Administrativo”, Bs.As. 1984, t.I, dice:”La administración reglada, como su propio nombre lo indica, se caracteriza por actuar estrechamente vinculada a la ley, en sentido general, al orden normativo aplicable, el cual, por otra parte, contiene reglas



voluntad; en cambio en los segundos él puede decidir entre dos o tres posibilidades, todas legítimas<sup>45</sup>.

Para una parte de la doctrina los arts. 260 y 261 del CCyC se aplican solo para los actos dictados en el ejercicio de las facultades discrecionales y no para los dictados en ejercicio de las facultades regladas, pues la solución ya estaba dada y el funcionario solo tenía que constatar la existencia del hecho para tomar la decisión. Por ejemplo si una empleada presenta el certificado de embarazo, el funcionario tiene que otorgar la licencia por maternidad y esa licencia es válida aunque haya obrado sin discernimiento, sin intención o sin libertad.

Discrepo con tal posición porque sostengo que es esencial que el funcionario haya obrado con discernimiento, intención o libertad con prescindencia de que el acto sea dictado en ejercicio de las facultades regladas o discrecionales, porque no podemos olvidarnos que el acto administrativo es un acto jurídico y, por ello, no se puede marginar los artículos 260 y 261 del CCyC. Lo que sucede es que si una empleada pide licencia por maternidad y presenta el certificado médico que así lo acredita y se otorga la licencia a dicha empleada, no va a impugnar porque se hizo lugar a lo que solicitó, aunque provenga de un funcionario que en ese momento tenía alteradas sus facultades mentales y, por ello, carecía de discernimiento. No lo podrá impugnar porque no hay agravio. Distinto sería que se lo hubiesen negado, porque en ese supuesto podrá aducir que la negativa proviene de la falta de discernimiento del funcionario y por esa razón le negó la licencia solicitada.

En lo que respecta a los servicios públicos es necesario analizar las siguientes relaciones jurídicas para llegar a la conclusión cual es el derecho aplicable y en virtud de ello cual es el tribunal competente para analizar el conflicto. Entre el prestador del servicio y el Estado la relación es de derecho administrativo y el tribunal competente es el contencioso administrativo. Entre el prestador y sus empleados es de derecho laboral, sujeto a convenios colectivos de trabajo y el tribunal es el laboral. Entre el prestador y sus proveedores es una relación de derecho común o sea de derecho comercial y son competentes los tribunales ordinarios. Entre el prestador y el usuario es una relación de derecho privado<sup>46</sup>, más precisamente se rige por el derecho del consumidor y el tribunal, es el tribunal ordinario.

En este punto es necesario hacer una distinción, si se trata de un servicio público obligatorio, como puede ser el de agua o el de cloacas se rigen por los principios y normas del derecho administrativo y el tribunal competente es el contencioso administrativo. En cambio, si se trata de un servicio público facultativo, como puede ser el de teléfono o el de transporte urbano de pasajeros, es una relación regida por el derecho del consumidor y el tribunal competente es el tribunal ordinario.

El oferente para ser prestador de un servicio público tiene que ofrecer una fianza y ese contrato se rige por el Art. 1574 del CCyC que dice:” *Hay contrato de fianza cuando una persona se obliga accesoriamente por otra a satisfacer una prestación para el caso de incumplimiento...*”

---

detalladas que constriñen la capacidad de movimiento y acción de la administración. ...En la administración discrecional en cambio, se observa que la administración actúa con más libertad, al punto de que su accionar no está precisado por normas aplicables, las cuales solo señalan la finalidad legal que se debe cumplir o alcanzar...”

<sup>45</sup> Altamira Gigena Julio Isidro “Lecciones de Derecho Administrativo” Tercera Edición, Córdoba 2016, pag 38 y s.s

<sup>46</sup> Cassagne, Juan Carlos: “Derecho Administrativo”, Bs.As. 1996, t.2, pág.439.

Veamos ahora lo que sucede con el contrato de obra pública y de concesión de obra pública: La relación del contratista con el Estado es de derecho administrativo, y por ello el tribunal competente es el contencioso administrativo. La relación entre el contratista y sus empleados se rige por convenios colectivos de trabajo<sup>47</sup> y es de derecho laboral, por lo que el tribunal es laboral. La relación entre el contratista y sus proveedores es de derecho civil y comercial y el competente es el tribunal ordinario. El oferente para ser contratista de una obra pública o de una concesión de obra pública tiene que ofrecer fianza y se rige por el art 1574 del CCyC al que ya me he referido.

La relación entre el concesionario y el Estado es de derecho administrativo y el tribunal competente es el contencioso administrativo.

La relación entre el concesionario y los usuarios se rige por el derecho del consumidor y el tribunal competente es el ordinario.

Con relación a los empleados del Estado algunos tienen un régimen especial y se denomina Estatuto del Empleado Público, por lo que la relación es de derecho administrativo y el tribunal competente es el contencioso administrativo.

Otros empleados como los de la AFIP, los de ANSES y los de los órganos de control se rigen por convenios colectivos de trabajo, o sea por el derecho laboral, y el tribunal competente es el laboral.

Con relación a la responsabilidad del Estado<sup>48</sup> por los daños y perjuicios ocasionados<sup>49</sup>, en el orden nacional se rigen por la ley 26944<sup>50</sup> y es de derecho administrativo<sup>51</sup> y el tribunal competente es el contencioso administrativo. En cambio en las provincias donde no se ha dictado una ley especial, como en la de Córdoba, se rigen por el CCyC y, por lo tanto, el tribunal competente, es el tribunal ordinario.

---

<sup>47</sup> Ivanega Miriam Mabel: "Las relaciones de Empleado Público" Bs As 2009 Pág. 51 y s.s

<sup>48</sup> Cuadros, Oscar Alvaro: "Responsabilidad del Estado", Bs.As. 2008, no está de acuerdo que sea un asunto de derecho administrativo y dice: "...la noción de responsabilidad jurídica está atada a la condición que medie en el caso un obrar ilícito dañoso que al perjudicar intereses patrimoniales o extrapatrimoniales de otro transgrede principios iusfundamentales que prohíben tal conducta. De este modo, el anclaje de la regla *naeminem laedere* en el principio constitucional contenido en el art. 19 permite acordar la condición de mala prohibita a todo acto que causa un daño a otro, pues transforma en un principio normativo la regla del art. 1066 del C.Civ, positivizando el precepto que manda no dañar a otro en razón del carácter mala in se de tal conducta, de modo conteste con la atipicidad característica de los ilícitos civiles."

<sup>49</sup> Comadira, Julio R.: "Derecho Administrativo", Bs.As. 1996, págs. 415 y ss. afirmaba la improcedencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del Estado por el obrar administrativo lícito, en virtud de la fuerza expansiva de los principios de la expropiación. Criterio seguido por la ley 26.944. En cambio discrepa Pablo E. Perrino: "El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción de contratos administrativos por razones de interés público. El reconocimiento del lucro cesante moderado", en "Cuestiones de Contratos Administrativos", obra colectiva, Bs.As. 2007, págs. 353 y ss., Teoría que comparto.

<sup>50</sup> Pizarro, Ramón Daniel : "Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público" Bs As 2016 T1 pag 125 y s.s

<sup>51</sup> Andrada, Alejandro Dalmacio. "Ley 26.944. Responsabilidad del Estado y sus funcionarios. La situación en las Provincias", Bs.As. 2017, pág. 31 enseña: "...si se le asigna a la LRE ese preciso y acotado alcance, ciñéndola en sustancia a las relaciones habidas en el ámbito del derecho público, la constitucionalidad de aquellos artículos puede ser mantenida habida cuenta de que la nueva LRE ha reglado preponderantemente una cuestión local que no pertenece necesariamente al Código Civil y Comercial. Repárese en que la presente LRE ha sido pergeñada en perspectiva del derecho público administrativo y no ha pretendido aprehender supuestos de hecho diversos de los pertenecientes a esa esfera de relaciones... la LRE aprehende sólo aquellos supuestos expresamente regulados, y no otros, ..."

Con relación a la responsabilidad del empleado hay que analizar las siguientes circunstancias. Si hay una falta de disciplina se rige por el derecho administrativo y el tribunal competente es el contencioso administrativo. Si esa falta además constituye delito se rige por el código penal, o sea el derecho penal y el tribunal competente es el fuero penal. Si el empleado ha cometido daños que perjudican al Estado, a otros empleados o a terceros ajenos a la administración pública, se rigen por el código civil y comercial. La plataforma jurídica que se debe utilizar es el art. 1716 que dice: *“La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este código.”* El tribunal competente es el tribunal ordinario.

Veamos ahora lo que sucede en materia de transporte. Si el transporte se realiza en barcos, aviones o vehículos de propiedad del Estado, que son alquilados por un particular, es un asunto de derecho administrativo y el conflicto lo resuelve la justicia contencioso administrativa. En cambio si es el Estado el que alquila barcos, aviones o vehículos que son de particulares se rigen por el código civil y comercial, más precisamente por el art. 1280 que dice: *“hay contrato de transporte, cuando una parte llamada transportista, o porteador, se obliga a trasladar personas o cosas de un lugar a otro y la otra, llamada pasajero o cargador, se obliga a pagar un precio o flete”*. Por ello, el problema se dilucida en la justicia ordinaria.

Veamos el contrato de locación. Si un particular alquila un bien de dominio público se rige por las normas de derecho administrativo y el tribunal competente es el contencioso administrativo, al respecto el Art. 1193 dice: *“Si el locador es una persona jurídica de derecho público, el contrato se rige en lo pertinente por las normas administrativas y en subsidio, por las de este capítulo.”* Por ejemplo: Si un particular alquila una porción de terreno perteneciente a un parque o a una plaza para colocar una calesita. En cambio si es el Estado el que alquila un bien de dominio privado, como por ejemplo cuando el Estado alquila un inmueble para que lo habite un ministro que no vive en la capital, se rigen por las normas y principios de derecho civil, y la plataforma jurídica es el artículo 1187 que dice: *“hay contrato de locación si una parte se obliga a otorgar a otra el uso y goce temporario de una cosa a cambio del pago de un precio en dinero...”*

Analicemos ahora lo que sucede en materia de depósito, si el bien pertenece al dominio público se rige por normas y principios de derecho administrativo y el tribunal competente es el contencioso administrativo. En cambio si es el Estado el que alquila un bien de dominio privado para utilizarlo como depósito, se rige por el CCyC, aplicándose el art. 1356 que dice: *“Hay contrato de depósito, cuando una parte se obliga a recibir de otra una cosa con la obligación de custodiarla y restituirla con sus frutos.”*

Veamos lo que sucede con relación a los cementerios. Si se trata de uno estatal que pertenece al dominio público municipal se rige por principios y normas del derecho administrativo y el tribunal competente es el contencioso administrativo. En cambio si estamos en presencia de cementerios privados se rige por normas y principios del derecho civil, más precisamente por el art. 2103 que dice: *“Se consideran cementerios privados a los inmuebles de propiedad privada afectada a la inhumación de restos humanos.”* Los asuntos que se susciten deben resolverlos los tribunales ordinarios.

En lo que respecta al contrato de fianza. Si es el Estado el que otorga la fianza se rige por el derecho administrativo, en virtud de lo dispuesto por la Ley de

Administración Financiera del Estado N° 24.156<sup>52</sup> art. 58 que textualmente dice: “A los efectos de esta ley, la deuda pública se clasificará en interna y externa y en directa e indirecta. Se considerará deuda interna, aquella contraída con personas físicas o jurídicas residentes o domiciliadas en la República Argentina y cuyo pago puede ser exigible dentro del territorio nacional. Por su parte, se entenderá por deuda externa, aquella contraída con otro Estado u organismo internacional o con cualquier otra persona física o jurídica sin residencia o domicilio en la República Argentina y cuyo pago puede ser exigible fuera de su territorio. La deuda pública directa de la Administración central es aquella asumida por la misma en calidad de deudor principal. La deuda pública indirecta de la Administración central es constituida por cualquier persona física o jurídica, pública o privada, distinta de la misma, pero que cuenta con su aval, fianza o garantía.”

En cambio si la fianza la tiene que otorgar un particular, para ser contratista se rige por el Art. 1574, como ya lo hemos dicho.

En consecuencia y de acuerdo a lo precedentemente descripto es sumamente importante conocer en que casos se aplica el derecho administrativo y en cuales se aplica otro derecho como puede ser el civil y comercial, o el laboral, o el penal y este análisis no es una cuestión teórica propia del instituto de derecho administrativo si no que lo considero de interés práctico, no solo para los que lo litigan, si no también, para los jueces cuando tienen que aplicar las normas y declararse competente y, por ello, entrar a conocer y resolver la causa o declararse incompetente y enviar la causa al tribunal que corresponda.

---

<sup>52</sup> Ildarraz, Benigno, Zarza Mensaque, Alberto y Viale, Claudio Martín: “Derecho Constitucional y Administrativo” Córdoba 2001, Pág. 501.