

ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE EMANAN DE PERSONAS PUBLICAS NO ESTATALES Y PERSONAS PRIVADAS

Por Julio Isidro Altamira Gigena

La República Argentina no resultó ajena a los cambios que en el Derecho Continental Europeo se habían comenzado a producir en la década del ochenta, donde el rol del Estado se transformó, dejando de ser el principal prestador de los servicios públicos y ejecutor de las obras públicas, para centrar su atención primordialmente en la actividad de control.-

Este cambio trajo aparejado una modificación de la concepción filosófica acerca del rol del Estado y, como consecuencia de ello, el Congreso de la Nación sancionó la Ley Nro: 23.696 conocida como: “Reforma del Estado” dejando de lado el viejo concepto estatista.¹-

A raíz de esta ley se produjeron numerosas investigaciones² que sirvieron para producir un sensible cambio en el Derecho Positivo, y en la jurisprudencia acerca del órgano emisor del acto administrativo, llegando a la conclusión que los actos administrativos podían emanar tanto de las personas jurídicas públicas estatales, personas jurídicas públicas no estatales y personas jurídicas privadas.-

Pero este nuevo concepto dividió la doctrina en dos posturas que a primera vista surgen como contrapuestas, pero que al momento de aplicarse al caso concreto, encuentran puntos en común.-

Así para una corriente –entre los que se encuentran los extintos Profesores de Derecho Administrativo, Dres. Rafael Bielsa³ y Miguel S. Marienhoff⁴, - sostiene que el acto administrativo emana de una autoridad administrativa en ejercicio de la función administrativa.-

Por la claridad del pensamiento me permito transcribir las enseñanzas del maestro Marienhoff quien afirma: “.. *todo acto administrativo requiere esencialmente la intervención de la Administración Pública, de ahí que no sea concebible un acto administrativo emitido exclusivamente por administrados o particulares. Un acto emitido exclusivamente por estos últimos, nunca podrá ser acto administrativo...*”⁵.

A su vez el Dr. Juan Carlos Cassagne⁶, Profesor también de la Universidad Nacional de Buenos Aires, aclara que las personas jurídicas no estatales celebran actos y contratos regidos por el Derecho Privado, salvo en lo que respecta a las relaciones con la Administración o el servicio público que tuviese a su cargo.-

En la otra corriente – en la que me encuentro enrolado- se inclina por una postura abierta, es decir, por la posible existencia de actos administrativos emitidos por entes no estatales, y podemos citar entre los autores, a distinguidos administrativistas españoles: Jesús González Pérez⁷, Fernando Garrido Falla⁸, José García Trevijano Fos⁹, como

¹ Dromi, José Roberto: “Reforma del Estado y Privatizaciones”, Bs.As. 1991, t.I, págs. 33 y ss.

² Carcassone, Guy; Dromi, Roberto, Vanossi, Jorge y Subra, Pierre: “Transformaciones del Derecho Público”, Bs.As. 1994; Cicero, Nidia Karina: “Servicios Públicos: control y Protección”, Bs.As. 1996; Nallar, Daniel M.: “El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público”, Bs.As. 1999, entre otros.

³ Bielsa, Rafael: “Derecho Administrativo”, Bs.As. 1947, Tomo I, pág. 201 y ss

⁴ Marienhoff, Miguel S.: “Tratado de Derecho Administrativo”, Bs.As. 1966, Tomo II, pág. 218 y ss

⁵ Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Bs.As. 1993 T. II).

⁶ Cassagne, Juan Carlos (“Derecho Administrativo”, 5ta Ed. Tomo I, pag. 394 y ss)

⁷ Gonzalez Perez, Jesús: “Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos”, Madrid 1977, pág. 254;

⁸ Garrido Falla, Fernando: “Tratado de Derecho Administrativo”, Madrid 1987, Tomo I, pág. 50;

⁹ García Trevijano Fos, José: “Los actos administrativos”, Madrid 1991, pág. 123

argentinos, entre los cuales puedo citar: Agustín Gordillo¹⁰, Julio Rodolfo Comadira¹¹, Tomás Hutchinson¹², y Miriam M. Ivanega¹³ entre otros.-

Digo que las personas jurídicas públicas no estatales dictan actos administrativos cuando emiten decisiones en ejercicio de la función administrativa por mandato legal, como lo hacen por ejemplo los Colegios Profesionales al otorgar o cancelar las matrículas, al aplicar sanciones a sus afiliados en virtud de la potestad sancionatoria que por ley se les ha acordado, etc.-

En esta línea de pensamiento Sesín¹⁴ sostiene que: *“Cuando un Órgano estatal, no estatal o simplemente privado ejerce la función administrativa, en virtud de un poder concedido por el Estado, es indudable que puede dictar actos administrativos, quedando consecuentemente sujeto a sus principios y plexo normativo aplicable...”*

Las Cámaras contencioso administrativas de la Ciudad de Córdoba, así como el Tribunal Superior de Justicia de la misma provincia, en reiteradas oportunidades se han pronunciado en el sentido que las personas jurídicas públicas no estatales pueden dictar actos administrativos cuando ejercen función administrativa por mandato legal, y puedo citar a manera de ejemplo, la sentencia N° 33/2002, dictada en los autos: “Carranza, Daniel Alberto c/ Tribunal de Disciplina Notarial- C.A” en el que se sostuvo que *“...los Entes deontológicos emiten actos administrativos y no civiles, por cuanto la calidad del acto puede ser analizada -al igual que la función administrativa- no sólo desde un punto de vista orgánico-formal, sino también sustancial-material, perspectiva esta última desde la cual lo trascendente es la naturaleza jurídica interna de la actividad desarrollada, con total prescindencia del Órgano que la produce...”*

La misma reflexión corresponde con relación a otras personas jurídicas públicas no estatales, citando como ejemplo, el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSIP), y todo Ente creado por ley en el que expresamente se establece que se trata de una persona de Derecho Público no Estatal.-

Es por todos conocido que estos Entes no forman parte del Estado, ya sea en la Administración centralizada o descentralizada; tienen personería jurídica e individualidad financiera y administrativa. En todos estos casos el legislador las ha separado nítidamente de la del Estado, al que le otorgó en algunas oportunidades el carácter de fiscalizador de los recursos provenientes del sector privado: el aporte obligatorio de sus afiliados, ya que estos fondos les son devueltos mediante distintas modalidades: jubilaciones, pensiones, asistencia médica, becas, etc..

Considero importante destacar que en todos los otros casos en que esas decisiones son tomadas sin ejercer la función administrativa encomendada por ley, no serán actos administrativos, sino actos jurídicos regidos por principios y normas del Derecho Privado.-

Así también los contratos que realice con particulares tampoco serán considerados contratos administrativos, sino que su naturaleza es privada, y por lo tanto, las resoluciones que se dicten en virtud de dichos contratos, serán simples actos jurídicos, siéndoles – por lo tanto- inaplicables la Ley de Procedimientos Administrativos Nro. 19.549 (ver Fallos: Tomo 312, pág. 238 entre otros).-

¹⁰ Gordillo, Agustín: “Tratado de Derecho Administrativo”, 5ta Ed., Tomo I, pág. 18 y ss;

¹¹ Comadira, Julio Rodolfo: “Derecho Administrativo”, Bs. As. 1996, pág. 28 y ss;

¹² Hutchinson, Tomás: “Las Corporaciones Profesionales”, Bs. As. 1982, pág. 96 y ss

¹³ Ivanega, Miriam M.: “Acto administrativo de Entes Públicos no Estatales”, Ob. Colectiva: “Acto Administrativo y Reglamento” Ed. RAP, Bs.As. 2002, pág. 403 y ss

¹⁴ Sesín, Domingo Juan: “Colegios profesionales y Nueva constitución de Córdoba” en “Semanario Jurídico del 06.07.1989.

En esta línea de pensamiento podemos mencionar la sentencia dictada el 22.12.2001 por la Sala 1 de la Cámara Nacional Federal Civil y Comercial de la Ciudad de Buenos Aires en los autos: “*Fama Hnos. de Michigan Trade S.A. c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados*” (DJ, Tomo 2000-2, pág. 396/397) que resolvió que no se esta frente a un acto administrativo cuando: “... *tienen por objeto el establecimiento de vínculos contractuales con particulares, siendo inaplicable la Ley de Procedimiento Administrativo Ley 19.549.*”.-

Con esta nueva concepción, es indudable que el órgano judicial que controlará la regularidad de la decisión tomada por la persona jurídica pública no estatal, variará según se esté en presencia de un acto administrativo, o de un acto jurídico regido por las normas y principios del Derecho Privado, pues, en el primer caso, el Juez será aquel que tenga competencia en lo Contencioso Administrativo, y en el segundo supuesto, el Tribunal con competencia en lo Civil y Comercial.-

Luego de este breve análisis sobre la posibilidad que las personas jurídicas públicas no estatales dicten actos administrativos, paso a continuación a referirme sobre la potestad de las **personas jurídicas privadas** de dictar actos administrativos.-

En la segunda mitad del siglo XX en la República Argentina, el legislador possibilitó que establecimientos privados impartieran enseñanzas universitaria, expidiendo títulos y diplomas con validez oficial.-

Anteriormente, ya se había otorgado la posibilidad a personas jurídicas privadas que impartieran enseñanza primaria y secundaria, cuyos títulos y diplomas también tenían validez oficial.-

A partir de allí estudiosos del Derecho Administrativo comenzaron a interrogarse si la personas privadas en ejercicio de una potestad pública que había sido otorgada por ley, podían dictar actos administrativos.

Este interrogante aumentó con motivo del proceso de “Reforma del Estado”, en el que personas privadas comenzaron a ejercer función administrativa por ser concesionarios de obras públicas o licenciatarios de servicios públicos, y por esa razón tuvieron obligaciones y derechos que antes estaban en manos del Estado.

Así en la Argentina a partir de la década del noventa, comenzó un proceso privatizador de los principales servicios públicos que hasta entonces se encontraban a cargo del Estado, pudiendo citar como ejemplo el suministro de agua potable, de gas, electricidad, telecomunicaciones, etc..

A tal fin se elaboraron Pliegos Generales de Bases y Condiciones para Licitaciones Públicas de carácter nacional e internacional, otorgándoseles a los que resultaren Concesionarios potestades sancionatorias.-

Es interesante recalcar que el Decreto Nacional 1446/90 al regular las facultades de los Concesionarios de rutas nacionales establece, en su artículo 8º que los usuarios pueden interponer, contra los actos del Concesionario que impongan sanciones o compensaciones, el recurso jerárquico previsto en el Reglamento de Procedimientos Administrativo.-

Las normas precedentemente citadas son útiles para llegar a la conclusión que las personas jurídicas privadas que ejercen función administrativa por mandato legal, dictan actos administrativos que a los fines de gozar de la presunción de legitimidad¹⁵ deben respetar los principios y normas del Derecho Público en general, y del Derecho Administrativo en especial.-

¹⁵ Cassagne, Juan Carlos, ob. cit. Tomo II, pág. 228

Hablar de presunción de legitimidad es manifestarse a favor de la presunción de regularidad del acto, o sea, que el acto en principio, ha sido dictado de acuerdo a los requisitos establecidos por las normas reglamentarias vigentes, y por lo tanto, habrá de producir las consecuencias jurídicas que éstas señalan.-

Es por todos conocido que según la doctrina mayoritaria administrativista que impera en nuestro país, y en el extranjero¹⁶ la presunción de legitimidad produce algunas consecuencias trascendentes, como son: la prohibición que los jueces decreten de oficio la invalidez del acto administrativo.

El fundamento algunos autores lo encuentran en la presunción “iuris tantum” que el acto administrativo ha cumplido con todos los requisitos de forma y de fondo establecidos por la legislación vigente.-

Otros autores sostienen que el fundamento está dado en el principio de la separación de los poderes, al no resultar admisible dentro de nuestro régimen constitucional que los órganos judiciales tengan facultades para conocer y juzgar de oficio la actividad administrativa, pues ello alteraría profundamente el sistema de frenos y contrapesos, y el equilibrio en suma que debe regir entre los órganos que ejercen el poder estatal¹⁷.-

De no existir esta regla toda la actividad administrativa sería directamente cuestionable, aunque la legitimidad fuera patente obstaculizando así las actividades estatales y anteponiéndose los intereses individuales a los generales o interés público.-

A contrario sensu si la ilegalidad o arbitrariedad estatal es manifiesta, no hay duda alguna que el particular puede solicitar tanto en sede administrativa como judicial, la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, con el objeto de evitar la responsabilidad estatal por daños y perjuicios que la ejecución de ese acto administrativo ocasione.-

El derecho positivo argentino en el orden nacional como provincial ha consagrado la existencia de la presunción de legitimidad como un carácter propio del acto administrativo.-¹⁸

Como todo acto administrativo goza también de otro de los caracteres que la doctrina reconoce, que es el principio de **ejecutoriedad**¹⁹, que consiste en la facultad de los órganos estatales y no estatales que ejercen la función administrativa, para disponer la realización o cumplimiento del acto, sin intervención judicial dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico.-

En esta línea de pensamiento y también con relación a otro de los caracteres del acto administrativo, como es **la “ejecutividad”**, es importante destacar que la Ley Nacional 13.577-to 20.324 y Decreto Reglamentario Nro. 999/92 que regula la Concesión de la Prestación del Servicio de Agua Potable de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, especialmente prevé la atribución del concesionario de emitir certificados de deuda con fuerza ejecutiva, cuyo cobro judicial se puede efectuar mediante el procedimiento de ejecución fiscal legislado en los arts. 604, 605, concordantes y correlativos del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.²⁰

¹⁶ García Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández “Curso de Derecho Administrativo”, 9na Ed. Tomo I, pág. 568 y ss

¹⁷ Ampliar en Hutchinson, Tomás: “Ley Nacional de Procedimientos administrativos”, Bs.As. 1987, T. I, págs. 241 y ss.

¹⁸ LNPA, art. 12º; Mendoza, Ley 3909, art. 79º; La Pampa, Ley 951, art. 50º; Córdoba, Ley 6658, art. 100, etc..

¹⁹ Cassagne, Juan Carlos, ob. cit. Tomo II, pág. 232 y ss

²⁰ Ver Cám.Cont.Adm.y Trib. de la Ciudad Autónoma de Bs.As.- Sala II, in re: “Aguas Argentinas S.A.. c/ Comisión Municipal de la Vivienda” del 22.04.03, DJ del 18.02.04, pág. 377.

En efecto: el art. 51 del Decreto Nro. 999/92 textualmente expresa: “*El concesionario será el encargado y responsable del cobro de los servicios. A tal efecto, las facturas liquidaciones o certificados de deuda que emita por los servicios que presta tendrán fuerza ejecutiva, de acuerdo con lo que prevé el art. 44 de la Ley Orgánica de Obras Sanitarias de la Nación, y su cobro judicial se efectuará mediante el procedimiento de ejecución fiscal legislado en los arts. 604, 605 y conchs. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.*”

La doctrina y jurisprudencia actualmente imperante en la Argentina afirma que el concesionario de un servicio público se encuentra investido de un poder que le ha conferido la autoridad administrativa, actúa por delegación estatal y por lo tanto tiene una serie de derechos y de obligaciones que hace una década atrás era inadmisibles. Así por ejemplo el concesionario tiene atribuciones para aplicar sanciones como las multas, cortes del servicio, aplicar intereses punitivos y recargos, todo ajustado a las facultades que les otorga el Pliego General de Condiciones, el Régimen Tarifario y el Contrato de Concesión.²¹

Así lo resolvió la Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación de la Ciudad de Córdoba, Argentina, en los autos caratulados: “*Aguas Cordobesas S.A. c/ Provincia de Córdoba – C.A-P.J.*” cuando hizo lugar a la demanda interpuesta por la Empresa Concesionaria con el objeto que se declare nula la Resolución de la Dirección de Agua y Saneamiento que le prohibía aplicar sanciones a aquellos que hacían uso del servicio de agua potable mediante conexiones clandestinas.-

Hasta aquí he tratado las atribuciones de las personas jurídicas privadas que prestan un servicio público como concesionario o licenciatario.-

Me corresponde ahora hacer algunas consideraciones acerca del derecho que tienen **los usuarios** que consideren vulnerados sus derechos subjetivos de carácter administrativo.

No hay duda alguna que los afectados pueden impugnar el acto cuestionado, mediante el reglamento de procedimiento administrativo previsto en cada caso a los fines de agotar la vía administrativa, y el Tribunal competente para conocer y resolver la causa, es el que tiene jurisdicción en lo contencioso administrativo.-

Así lo resolvió el Sr. Juez de Primera Instancia y 31º Nominación en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Córdoba, R.A., cuando en los autos caratulados: “*Pizarro, Eduardo y otros c/ Aguas Cordobesas S.A. – ordinario*” rechazó la demanda por cobro de pesos iniciada por los actores en contra de la mencionada Empresa Concesionaria, con el objeto de repetir lo pagado sin causa en concepto de la tarifa que se cobra a las “cocheras” por la prestación del servicio de agua potable.-

Para resolver adujo que la tarifa que percibe Aguas Cordobesas está de acuerdo al Régimen Tarifario que figura como Anexo al Pliego General y Particular de Bases y Condiciones de la Licitación, así como el Contrato suscripto entre Aguas Cordobesas S.A., y la Provincia de Córdoba, por lo que su cobro se ajusta a derecho, y cualquier reclamo debió haberse interpuesto ante el Órgano de Control.-

Es por ello que considero que la cuestión de los actos administrativos que emanen de las personas jurídicas privadas deben ser resueltos por los Tribunales en lo Contencioso Administrativo, para resolver, por ejemplo, si la factura (acto administrativo) que expide la concesionaria de un servicio público, es legítima o no, según se ajuste o no a lo dispuesto en el Contrato de Concesión, en el Régimen Tarifario y en el Pliego de la Licitación. El mismo razonamiento corresponde hacer con relación a la demanda presentada por un usuario de una ruta concesionada y que sostiene que el ticket (acto administrativo)

²¹ Ver Sent. Nro. 205 del 08.11.1999 de la Cám.Cont.Adm. 1era Nom. de la Ciudad de Córdoba en los autos: “*Aguas Cordobesas S.A. c/ Provincia de Córdoba – P.J.*”

expedido en la casilla de cobro de peaje es ilegal por desconocer el Régimen Tarifario aplicable en esa Concesión.

Por lo precedentemente expuesto soy de opinión que los Tribunales con competencia en lo Contencioso administrativo pueden conocer y resolver las impugnaciones a los actos administrativos que dicten los concesionarios de servicios o de obras públicas, en cuanto específicamente atañen a una prestación del servicio o de la obra.²²

El afectado por alguno de estos actos administrativos puede acudir a la Sede Judicial mediante la acción contenciosa administrativa de plena jurisdicción en virtud de encontrarse vulnerado un derecho subjetivo de carácter administrativo, en el plazo que cada Código Procesal establezca.-

No debemos olvidar que mediante el contrato de concesión las personas jurídicas privadas colaboran con la Administración ejerciendo actividades públicas y realizando función administrativa por encargo estatal.

Sobre este punto corresponde la siguiente aclaración con el objeto de evitar darle a este aspecto demasiada generalidad que nos induzca en error.

En efecto, los contratos que las Empresas Concesionarias de servicios o de obras públicas realicen con otras empresas privadas, no deberán ser considerados contratos administrativos, sino contratos regidos por el Derecho Privado y, consecuentemente, los actos jurídicos que dicten en este ámbito, no serán actos administrativos por lo que resultará innecesaria la preparación de la vía administrativa, y el Tribunal competente para dilucidar el conflicto, será el que tenga competencia en lo Civil y Comercial.-

Por lo expuesto, puedo sostener sin duda alguna que todos los actos administrativos, ya sea que emanen de las personas jurídicas públicas estatales, personas jurídicas públicas no estatales, o personas jurídicas privadas que presten un servicio público o sean concesionarias de una obra pública, están sometidos al control judicial.

Queda entonces como referencia histórica los argumentos dados –por la doctrina y jurisprudencia- en el sentido que sólo se considera acto administrativo aquel que emane de las personas jurídicas públicas estatales.-

Avala esta posición los nuevos Códigos Contencioso Administrativos (o Código Procesal Administrativo) dictados en distintas provincias de la República Argentina, pudiendo citar como ejemplo el de la Provincia de Buenos Aires²³, así como el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mediante el cual se reglamentó el control judicial de los actos administrativos emanados de estas personas jurídicas.-

²² José Roberto Dromi: “Reforma del Estado y Privatizaciones”, Bs. As. 1991, t.3, pág. 63.

²³ Art. 1º: “Corresponde a los Tribunales Contencioso Administrativos el conocimiento y decisión de las pretensiones que se deduzcan de los casos originados por la actuación u omisión, en el ejercicio de funciones administrativas de los órganos de la Provincia, los Municipios, los Entes descentralizados y otras personas con arreglo a las prescripciones del presente Código”. A su vez, en el art. 2º se dice que el Tribunal es competente para las controversias que “.. se susciten entre prestadores de servicios públicos o concesionarios de obras públicas y usuarios, en cuanto se encuentran regidas por el Derecho Administrativo.”