

SECCIÓN II

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO V: *Los órganos del Estado*

CAPÍTULO VI: *Los agentes del Estado*

CAPÍTULO VII: *Entes públicos*

CAPÍTULO V

LOS ÓRGANOS DEL ESTADO

SUMARIO

1. Concepto de órgano	V-1 / 109
2. El órgano y el ente a que pertenece.....	V-2 / 110
3. El órgano y el funcionario.....	V-2 / 110
4. La actuación del órgano	V-3 / 111
5. El criterio jurisprudencial	V-4 / 112
6. La competencia.....	V-5 / 113
7. Distinción de la competencia	V-6 / 114
8. Clasificación de la competencia	V-7 / 115
1º) En razón de la materia	V-7 / 115
2º) En razón del territorio	V-8 / 116
3º) En razón del tiempo.....	V-8 / 116
4º) En razón del grado.....	V-9 / 117
a) Centralizada	V-9 / 117
b) Desconcentrada	V-9 / 117
c) Descentralizada.....	V-9 / 117
9. Delegación.....	V-11 / 119
10. Admisibilidad de la delegación	V-14 / 122
11. Conveniencia de la delegación.....	V-16 / 124
12. La avocación	V-17 / 125
13. La jerarquía.....	V-18 / 126
14. Principales tipos de órganos	V-20 / 128
a) Ministros y Secretarios de Estado	V-20 / 128
b) El Procurador del Tesoro de la Nación.....	V-22 / 130
c) Direcciones Generales	V-22 / 130

Capítulo V

LOS ÓRGANOS DEL ESTADO¹

1. Concepto de órgano

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

a) Según algunos autores, el órgano es un conjunto de atribuciones o de competencias (algo así como un “cargo,” “office,” “ufficio,” “Amt,” etc.) que será luego desempeñado o ejercido por una persona física determinada (el funcionario o agente del Estado) la que, al expresar su voluntad o realizar su actuación dentro del marco de las atribuciones o funciones que le han sido conferidas, produce la mencionada imputación. En este concepto se distingue entre el “órgano jurídico” (el conjunto de competencias) y el “órgano físico” (la persona llamada a ejercer esas competencias) o, en otra terminología, entre el “órgano-institución” y el “órgano-individuo.”²

¹ Ampliar y comparar en TREVILJANO FOS, JOSÉ ANTONIO, *Principios jurídicos de la organización administrativa*, Madrid, 1957; SILVESTRI, ENZO, *L'attività interna della pubblica Amministrazione*, Milán, 1950; FRANCHINI, FLAMINIO, *La delegazione amministrativa*, Milán, 1950; FODERARO, SALVATORE, *La personalità interorganica*, Padua, 1957; DAGTOGLOU, PRODROMOS, *Kollegialorgane and Kollegialakte der Verwaltung*, Stuttgart, 1960; GARGIULO, UGO, *I collegi amministrativi*, Nápoles, 1962; SANTI ROMANO, *Decentramento amministrativo, en Scritti minori*, t. II, Milán, 1950, p. 11 y ss.; MÉNDEZ, APARICIO, *La teoría del órgano*, Montevideo, 1949; EISENMANN, CHARLES, *Centralisation et decentralisation*, París, 1948; FAZIO, GIUSEPPE, *La delega amministrativa e i rapporti di delegazione*, Milán, 1964; LUCIFREDI, ROBERTO y COLETTI, GIUSEPPE, *Decentramento amministrativo*, Turin, 1956; MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1965, p. 489 y ss.; DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1965, pp. 63 y ss.; SAYAGUÉS LASO, E., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 178 y ss., 205 y ss.

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

b) Según otros autores, el órgano sería en realidad la suma de los dos elementos anteriormente mencionados; comprendería el cúmulo de las funciones individualizadas y la o las personas llamadas a ejercerlas.³ Nosotros adoptaremos aquí el primer concepto, pues permite diferenciar más precisamente los derechos y deberes del ser humano llamado a desempeñarse en la función.

2. *El órgano y el ente a que pertenece*

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

El órgano, precisamente por ser un medio para imputar una actuación o una voluntad al ente del cual forma parte, no constituye una persona diferenciada del mismo, sino que se confunde como parte integrante de él: No tiene, pues, derechos o deberes diferenciados de los derechos o deberes del ente del cual se desprende; su voluntad no es diferenciable de la voluntad de la organización a la cual pertenece, precisamente porque la voluntad a través de él expresada es en esa medida la voluntad de la organización. Ello no quita que puedan eventualmente existir votadas contrapuestas entre órganos de un mismo ente, pues el ente, en cuanto ejercita una función, se puede contraponer a si mismo en cuanto ejercita una función distinta; puede hallarse en contraste consigo mismo por el ejercicio de actividades diversas.⁴

3. *El órgano y, el funcionario*

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

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

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

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

³ En esta orientación SILVESTRI, ENZO, *L'attività interna della pubblica Amministrazione*, Milán, 1950, p. 8 y ss.; SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 181; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 493.

⁴ SILVESTRI, *op. cit.*, pp. 17-8; MARIENHOFF, "Actividad interorgánica. Relaciones interadministrativas," *JA*, 1962-III, pp. 77 y ss., sec. doctr.; nuestro libro *Procedimiento y recursos administrativos*, *op. cit.*, p. 67.

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

4. *La actuación del órgano*

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

1º) *Un criterio subjetivo*: Que toma en cuenta la finalidad perseguida por el funcionario al actuar. (Esto es, si entendió actuar en su calidad de órgano del Estado, o privadamente.)

2º) *Un criterio objetivo*: Que prescinde de la motivación psicológica del funcionario y atiende objetivamente a lo que ha realizado. Este criterio, que es el prevalente, presenta a su vez dos variantes:

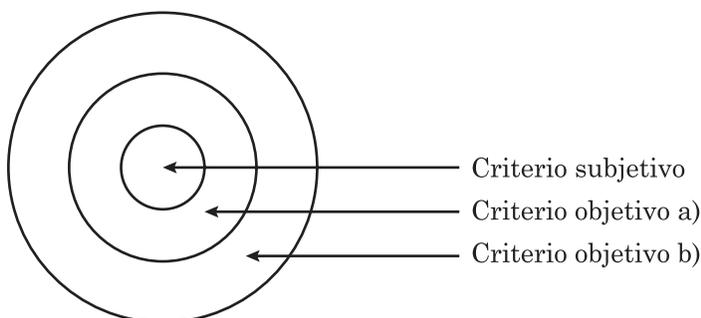
a) En una posición, que es la que a veces adopta la legislación civil, se estima que el órgano físico ha actuado como órgano jurídico de la institución siempre que haya actuado dentro del límite de sus *atribuciones legales*, esto es, siempre que haya actuado legítimamente, respetando la competencia que le ha sido otorgada y en general las regulaciones establecidas para el desempeño de sus atribuciones. En este primer concepto, la *legitimidad* del acto es el factor que decide la cuestión: Si el acto producido es legítimo, entonces ha sido dictado “dentro de las atribuciones legales” del órgano, y debe imputárselo al Estado; si el acto es *ilegítimo*, por haber sido emanado con incompetencia, etc., entonces se encuentra fuera de las atribuciones legales del órgano y no puede imputárselo al Estado, debiéndose lo considerar como un acto personal del funcionario. Este es el criterio que tiene, por ejemplo, el artículo 36º del Código Civil argentino.

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

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

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

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



5. El criterio jurisprudencial

Esta última es también la orientación jurisprudencial y ha dicho así la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “la irresponsabilidad... de la provincia por actos realizados por sus representantes legales, *más allá de sus atribuciones*, no puede aceptarse en el caso de autos, por cuanto estos representantes *han obrado dentro de sus propias funciones...*,”⁵ sentando de tal modo el criterio de que un acto es imputable al Estado (y en su caso lo hace responsable) cuando es ejecutado por el funcionario *dentro de sus funciones*, sin importar que haya sido hecho o no *dentro de sus atribuciones* o límites legales específicos. Surge de este modo la distinción entre a) el criterio del Código Civil, que sólo imputa al ente el ejercicio *legítimo y regular* de la función, y b) el criterio del derecho público, que imputa al ente todo ejercicio de la función, sea legítimo o ilegítimo. Esto último también queda sentado en otra causa en la que específicamente se declaró que, apareciendo clara la imputación, “carece de importancia la cuestión planteada... referente a la legalidad de los Acuerdos de Ministros en virtud de los

⁵ Fallos, 163: 155, 162, Ferrugia, 1931.

cuales se ordenaron las licitaciones...”⁶ Desde luego, el acto o hecho debe reunir ciertas condiciones para poder ser considerado como realizado en ejercicio de las funciones del agente; ya no se dirá que el acto debe ser legítimo o dictado con competencia, pero se afirmará que “debe haberse cometido por el dependiente en ejecución de las tareas a su cargo, dentro de los límites y objeto aparente de las mismas.”⁷ En definitiva, debe considerarse sólo la apariencia externa del acto o hecho, para determinar si él es imputable a la función.

Señala ALESSI en este sentido que “basta que aparezca formalmente presentado como una exteriorización de las funciones propias del cargo;” “que la determinación volitiva del órgano esté dirigida, al menos por lo que resulta de su apariencia exterior, a un fin propio del ente;” que presente “un mínimo de reconocibilidad exterior;”⁸ es decir, que si el acto aparece externamente reconocible como un acto propio de la función, sea ésta bien o mal ejercida, “confidencialidad o sin ella,”⁹ o en un cumplimiento “defectuoso,”¹⁰ como dice la Corte Suprema, igualmente el acto es imputable al ente.¹¹

6. *La competencia*

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

Frecuentemente se compara a la competencia de los órganos administrativos con la capacidad de los sujetos privados de derecho: En ambos se estaría señalando una aptitud de obrar, la medida de las actividades que el órgano o el sujeto puede legalmente ejercer. Sin embargo, es importante destacar que mientras que en el derecho privado la capacidad es la regla, y por lo tanto se presume que existe en tanto una norma expresa no venga a negarla, en derecho público la competencia

⁶ *Fallos*, 160: 381, *Gasull*, 1931.

⁷ *Fallos*, 194: 170, 172, *Rodríguez, Enrique*, 1942.

⁸ ALESSI, RENATO, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione*, Milán, 1955, 3ª ed., pp. 50 y 51.

⁹ *Fallos*, 203, 30, 43, *Rabanillo*, 1945.

¹⁰ *Fallos*, 196: 101, 108, *Belleza*, 1943. Dijo aquí la Corte Suprema: “La circunstancia de que el accidente sobreviniera en el curso del cumplimiento tardío y defectuoso de la orden impartida al dependiente no exime al principal. Por el contrario, la responsabilidad... supone generalmente el desempeño incorrecto de las tareas encomendadas a aquél,” p. 108.

¹¹ Ampliar todo lo referente a la problemática de la imputación de un hecho al Estado, en el capítulo correspondiente a la responsabilidad de éste.

¹² SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 183.

de los órganos no se presume y debe estar expresamente otorgada por una norma jurídica para que pueda reputársela legalmente existente.¹³

Por lo demás, uno de los principios básicos que tradicionalmente rigen a la competencia es el de que la misma es inderogable, o improrrogable, esto es, que no puede ser renunciada ni extendida sea por acuerdo entre las partes privadas, o entre ellas y la administración.¹⁴

Este principio general puede ser objeto de excepción en los casos de avocación y delegación, a los cuales nos referiremos más adelante; pero conviene destacar aquí que el rigorismo del principio de la inderogabilidad de la competencia es aplicable estrictamente sólo cuando la competencia de que se trate ha sido otorgada en forma *exclusiva* al órgano. En efecto, pueden presentarse algunas variantes en cuanto a la forma en que el ordenamiento jurídico puede otorgar la competencia:

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

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

7. Distinción entre competencia y ejercicio de la función

No debe confundirse la *competencia* con la “aptitud de obrar de los órganos administrativos, o con el “complejo de atribuciones otorgadas al órgano,”¹⁶ en otros términos, la competencia no designa al conjunto de actividades que pueden

¹³ SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 191, ALESSI, *op. cit.*, p. 98, etc. VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. 2, p. 259. Otras diferencias en WALINE, MARCEL, *Droit Administratif*, París, 1963, p. 452; DIEZ, *op. cit.*, p. 32 y ss.

¹⁴ ALESSI, *op. cit.*, p. 98; uniforme.

¹⁵ GARCÍA TREVIJANO FOS, *op. cit.*, p. 197.

¹⁶ Nos apartamos en ello de la doctrina corriente, que no los diferencia. Así SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 191; DIEZ, t. II, p. 29; ALESSI, *op. cit.*, p. 97; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 542, etc. En sentido similar KELSEN habla de “competencia para la ilicitud,” concepto que sin embargo sería contradictorio consigo mismo; comparar LINARES, JUAN FRANCISCO, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, 1958, p. 26.

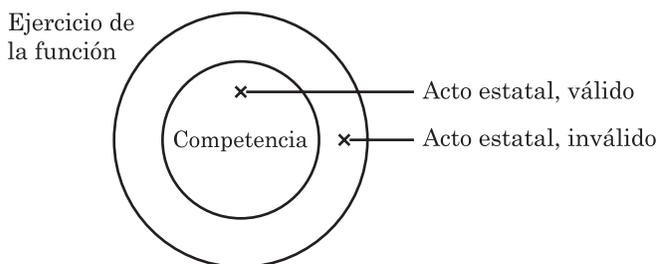
imputarse a un órgano estatal, sino sólo el conjunto de actividades que el órgano puede *legítimamente* realizar.

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

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

La aptitud de obrar o ejercicio de la función deriva pues de que se confiere al órgano una porción de la función administrativa, y ello se aprecia de acuerdo a la “reconocibilidad externa” del acto o hecho; la *competencia* deriva de las limitaciones expresas o virtuales contenidas en el orden jurídico y regla la *licitud* del ejercicio de aquella función o aptitud de obrar.

Para expresarlo gráficamente:



8. Clasificación de la competencia

La competencia puede clasificarse de diversas maneras:¹⁷

1º) En razón de la materia, esto es, del contenido, según que se refiera a uno u otro asunto administrativo. A su vez, el acto dictado puede estar viciado de incompetencia en razón de la materia en diversos casos:

a) *Incompetencia respecto a materias legislativas*, cuando los órganos administrativos dictan resoluciones sobre cuestiones que sólo pueden ser resueltas por

¹⁷ Ampliar en nuestro trabajo *El acto administrativo*, op. cit., p. 109 y ss.; WALINE, op. cit., p. 453 y ss.

el Congreso. Ejemplos: Disposición de fondos sin autorización presupuestaria; otorgamiento de concesiones de servicios públicos sin ley que la autorice, etc.

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

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

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

2º) En razón del territorio es igualmente posible clasificar la competencia: Tendríamos así, según la organización política de cada país, competencias nacionales, provinciales y municipales, o federales, estatales y comunales, etc. Va de suyo que cuando un órgano tiene delimitada su competencia a determinada circunscripción territorial, no puede excederse de ella; la incompetencia sería en tal caso absoluta.

Existen casos, sin embargo, en que no se halla claramente delimitada la competencia territorial de algunos órganos; ello ocurre particularmente con los organismos nacionales o federales, que muchas veces pueden entrar en conflictos de competencia con los organismos locales, los cuales ven en ciertos casos colisión de poderes cuando el organismo nacional o federal ejerce en sus territorios las mismas atribuciones en razón de la materia que a ellos competen.¹⁸

3º) En razón del tiempo es también factible distinguir según que la competencia sea *permanente, temporaria o accidental*.

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

b) Pero en ciertos casos el ordenamiento jurídico otorga una facultad al órgano sólo por un lapso determinado, por ejemplo cuando se dispone que el tribunal de Cuentas de la Nación puede observar los actos del Poder Ejecutivo que le han sido comunicados, sólo durante un plazo de 60 días, contados a partir de la

¹⁸ Ampliar en nuestra *Introducción al derecho administrativo*, 2ª ed., pp. 180-1.

comunicación.¹⁹ En tal caso la competencia de este organismo de contralor se halla limitada en razón del tiempo en la forma indicada, y es por ende una competencia temporaria. Lo mismo ocurre cuando el Poder Ejecutivo puede declarar el estado de sitio por ataque exterior, *estando en receso el Congreso, etc.*

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

4º) Por último, en razón del *grado*, cabe distinguir según la competencia haya sido atribuida a los órganos máximos o haya sido distribuida en distintos órganos, diferenciados de los órganos superiores.

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

a) Se dice que la competencia es *centralizada* cuando está conferida a órganos centrales o superiores, exclusivamente.

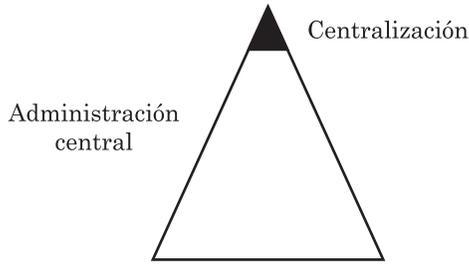
b) *Desconcentrada*, cuando se ha atribuido porciones de competencia a órganos inferiores, pero siempre dentro de la misma organización o del mismo ente estatal al que nos referimos.

c) *Descentralizada*, cuando la competencia se ha atribuido a un nuevo ente, separado de la administración central, dotado de personalidad jurídica propia, y constituido por órganos propios que expresan la voluntad de ese ente. La diferencia fundamental entre la desconcentración y la descentralización estaría así dada por el otorgamiento de la personalidad jurídica, de individualidad propia, que faltaría en el primer caso y existiría en el segundo;²⁰ en la desconcentración el que recibe la competencia actúa como órgano del mismo ente, en la descentralización en cambio, el que recibe la competencia actúa como órgano de un ente distinto de aquel a quien se resta la competencia.

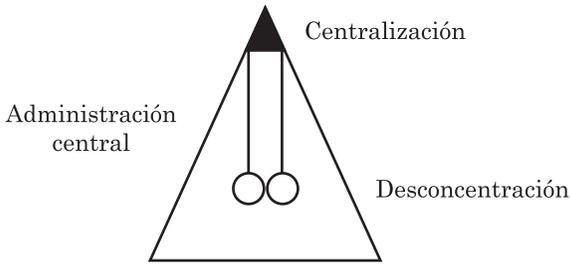
¹⁹ Ampliar en nuestro trabajo *El acto administrativo, op. cit.*, p. 126 y ss.

²⁰ Ampliar en nuestro trabajo *Empresas del Estado; op. cit.*, p. 25 y ss.

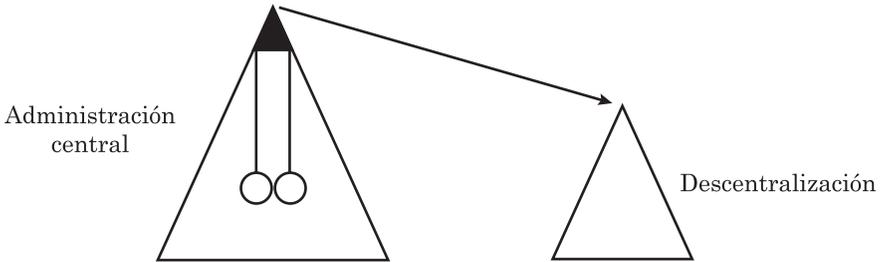
Gráficamente existiría centralización en este caso:



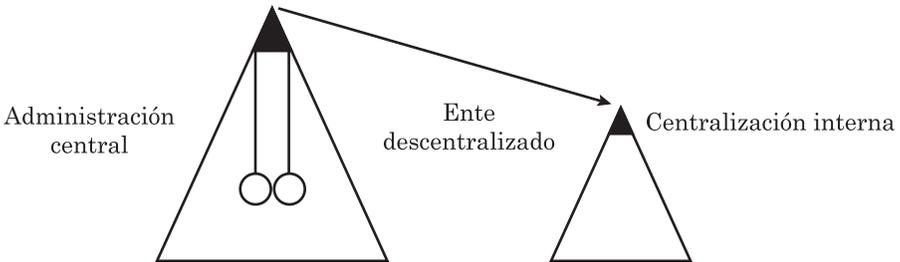
b) desconcentración, en el siguiente:



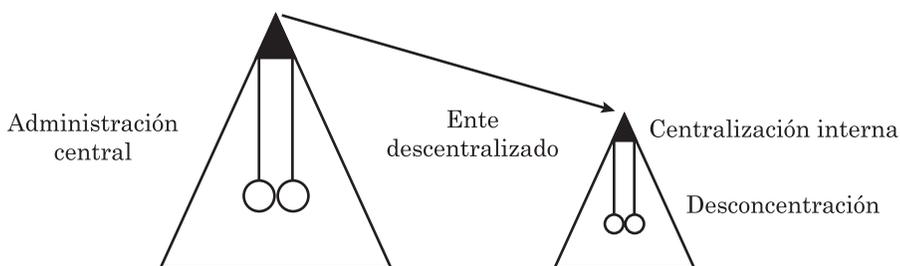
c) descentralización, en el que ahora se indica:



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



o puede en cambio existir también allí desconcentración:



La desconcentración es también llamada, por parte de la doctrina, “descentralización burocrática,” queriendo con ello decirse que no es una plena descentralización, sino una descentralización por oficinas. (Del francés: *Bureau*, oficina, y de allí lo de “burocrática.”) A su vez la descentralización *stricto sensu* es también llamada, en esa terminología, “descentralización autárquica,” destacándose entonces que este tipo de descentralización es la que se refiere a la creación de los “entes autárquicos,” o sea los entes separados de la administración central y dotados de “autarquía” o capacidad de actuar por sí mismos y administrarse a sí mismos. Sin embargo, esta terminología tal vez no sea la más acertada, porque dentro del concepto de descentralización no sólo deben comprenderse los denominados “entes autárquicos” sino también otras formas tales como las “empresas del Estado” o “empresas nacionalizadas” etc., con lo que resultaría que el calificativo “autárquica” para designar a tal descentralización resultaría impropio por restringido y limitado.²¹

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

9. Delegación

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

a) La primera diferencia entre la delegación por un lado y la desconcentración y descentralización por el otro está así dada por *el órgano* que decide la atribución de facultades al funcionario inferior: En la desconcentración y descentralización es por regla general *el Congreso*, en la delegación un *órgano administrativo*

²¹ Ampliar en *op. ult. cit.*, pp. 34-5.

superior que ha sido autorizado al efecto por la ley, pero que retiene el poder de decisión de delegar o no.²²

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

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

d) De lo antedicho se desprenden las diferencias más estructurales: La descentralización y desconcentración implican una nueva repartición, permanente y definitiva, de funciones: el acto de descentralización o desconcentración tiene así un valor constitutivo, y representa una forma de organización administrativa, un tipo de estructura estatal.²³ Como dice TREVIJANO FOS, “la des concentración es permanente y constitutiva, general, abstracta y normal, mientras que la delegación es una técnica organizativa de carácter transitorio y para competencias determinadas.”²⁴

La descentralización y desconcentración se operan a través de actos normativos, generales y abstractos, que crean competencias estables y definidas,²⁵ y las atribuyen en forma determinada a ciertos órganos que serán los titulares de la función respectiva y por ende los responsables de su ejercicio. Por último, la descentralización y desconcentración significan un ordenamiento obligatorio de la jerarquía y funciones administrativas: Cada órgano que recibe la competencia descentralizada es el que debe ejercerla, y bajo su propia responsabilidad, por encargo de la ley.

²² Comp. FAZIO, *op. cit.*, pp. 32 y ss.

²³ Ampliar en FRANCHINI, FLAMINIO, *La delegazione amministrativa*; Milan, 1950, p. 28 y ss.

²⁴ *Op. cit.*, p. 200; ver también FRANCHINI, *op. cit.*, pp. 28-9 y nuestro artículo “Descentralización y delegación de autoridad,” *Revista de Administración Pública*, n° 3/4, Buenos Aires, 1962, p. 28 y ss.

²⁵ FRANCHINI, *op. cit.*, p. 29.

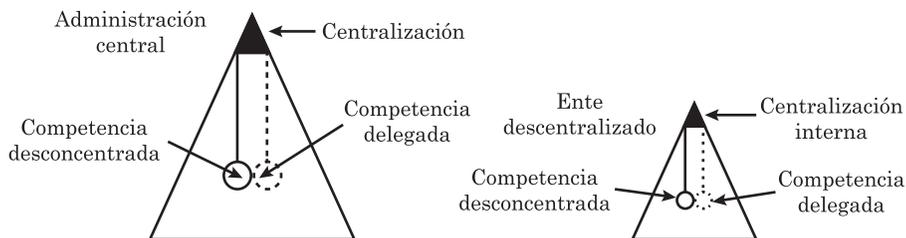
En la delegación, en cambio, no se opera una modificación en la *estructura* administrativa, sino sólo en su dinámica. La delegación es nada más que un medio jurídico, concreto e individual, ofrecido al órgano a quien le compete una función determinada, de poder desgravarse temporalmente del peso del ejercicio de esa competencia propia.²⁶ La delegación no implica renunciar definitivamente a la competencia —y ello no sería por otra parte jurídicamente posible—; no implica tampoco desentenderse de la responsabilidad originaria que el órgano titular de la competencia tiene respecto a la forma en que la misma se ejercite.

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

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

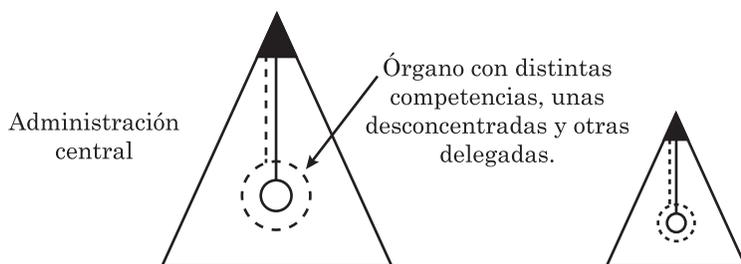
Por ello, no habría imposibilidad alguna —salvo el aspecto jurídico, que luego comentaremos— en combinar ambas formas: Es así hipotéticamente posible que tanto si la competencia está *centralizada* en un órgano supremo, como *desconcentrada* en órganos dependientes de la administración central, como *descentralizada* en entes autárquicos con individualidad propia, sea en todos los casos factible que el órgano que en cada caso sea titular, *delegue* parte de esa competencia en sus órganos inferiores. De tal modo, puede existir conjuntamente en determinado órgano una suma de competencias desconcentradas y delegadas, que se regirán por principios diversos; también, desde luego, puede existir mera delegación en órganos que no tienen competencia por desconcentración o de otro modo: Como se advierte, las posibles combinaciones son variadas.

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

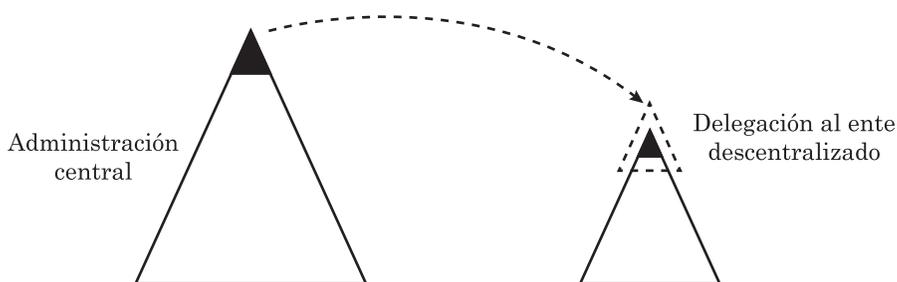


o pueden darse simultáneamente la desconcentración y la delegación en un mismo órgano, sea en la administración central o descentralizada:

²⁶ FRANCHINI, *op. loc. cit.*



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



10. Admisibilidad de la delegación

Si bien no hay duda desde el punto de vista administrativo acerca de la conveniencia de la delegación, que se traduce en una mayor eficiencia, mejor dirección, capacitación de los dependientes etc., se tropieza con serias dificultades por el criterio jurídico imperante al respecto. En efecto, partiéndose del principio de que la competencia es inderogable, y que debe inexcusablemente ser ejercida por el órgano a quien la ley se la ha otorgado, se sostiene en el derecho público con bastante coincidencia que ningún órgano puede delegar su competencia si la ley no lo ha autorizado expresamente para ello.

No interesa aquí analizar el mayor o menor acierto de esa solución, aunque sí puede mencionarse que el principio está sufriendo una quiebra profunda en los hechos, y que los órganos administrativos delegan muchas veces informalmente la decisión de determinadas cuestiones, apareciendo no obstante desde el punto de vista formal como los autores originarios de la decisión o lo que es peor, que los inferiores deciden directamente por su cuenta, a pesar de no existir delegación expresa alguna que los autorice.

Por lo demás, en los últimos años han ido dictándose determinadas leyes que en asuntos específicos autorizan al Poder Ejecutivo a delegar la decisión

de ciertas cuestiones en funcionarios que la misma ley determina;²⁷ también se ha admitido recientemente que las atribuciones de los órganos administrativos en lo que respecta a la dirección del mismo personal administrativo pueden ser delegables, y es en virtud de ello que en nuestro país la Secretaría de Hacienda, por ejemplo, está autorizada por una especial delegación del Poder Ejecutivo para dictar reglamentaciones en materia de personal de la administración pública.

Esta tendencia legislativa ha culminado recientemente con la última ley de ministerios (16.956), cuyo art. 10 establece que “El Presidente de la Nación podrá delegar en los ministros y secretarios de Estado, cuando lo considere conveniente, facultades relacionadas con las materias de competencia de ellos; a su vez, los ministros podrán delegar por resolución, facultades propias según la competencia de sus secretarías de Estado, siempre que no se vulnere el cumplimiento de las funciones establecidas en el art. 3º de la presente ley.” Es de hacer notar la amplitud de esta disposición, que permite al Presidente delegar *cualquier* atribución propia, sea en los ministros o secretarios; a su vez, los ministros y secretarios pueden delegar sus propias atribuciones (no, aparentemente, las que reciban por delegación del Presidente), excepto las de naturaleza política que indica el citado art. 39. Comparando ambos casos de delegación, resulta que la delegación presidencial no está limitada en cuanto a la materia, aunque sí en cuanto a quienes pueden ser delegatarios; mientras que la delegación ministerial y secretarial está limitada en cuanto a la materia, pero no está limitada en cuanto a qué personas pueden recibir la delegación. Como se ve, las soluciones son exactamente opuestas, y no se advierte cuál puede haber sido la razón de una solución así.

Finalmente, debe recordarse que todo esto es en cierto modo la excepción, y que el principio teórico sigue siendo que los órganos administrativos no pueden delegar su competencia en órganos inferiores —salvo una ley que los autorice

²⁷ Así la ley de obras públicas 13.064 dispone en su artículo 2º: “Las facultades y obligaciones que establece la presente ley, podrán ser delegadas por el Poder Ejecutivo en autoridad, organismo o funcionario legalmente autorizado;” así también la ley 15.796, en su artículo 19 establece: “El Presidente de la Nación podrá delegar en los señores ministros o secretarios de Estado de la respectiva jurisdicción, la resolución final de los siguientes asuntos: otorgamiento de personería jurídica; autorización para el funcionamiento de sociedades anónimas, aprobación y reforma de sus estatutos; autorización a retirados, jubilados y pensionados para residir en el extranjero; rectificación de nombramientos por cambio de estado civil o por modificación de nombres fundada en acto auténtico del que surja la identidad de personas; traslado y permuta de horas de cátedra; otorgamiento de pensiones con arreglo a las normas vigentes para el personal de las fuerzas armadas y policía federal, y modificaciones de haberes de pasividad fundadas en error u omisión del cómputo o en el cambio de situación de los beneficiarios.”

“El acto mediante el cual el funcionario delegado ejecute la facultad delegada deberá ajustarse a las reglamentaciones en vigor, y contra el mismo podrá recurrirse ante el Poder Ejecutivo por las causas y en las condiciones establecidas en las normas vigentes.” Otros ejemplos de autorización legislativa para delegar son la ley 13.906, art. 1º; la ley 14.777, art. 269; el decreto-ley 3.941/58, art. 809.

expresamente—, particularmente en lo que respecta a la adopción de decisiones que puedan afectar a los particulares.

11. *Conveniencia de la delegación*

Esta orientación legislativo-jurisprudencial-doctrinaria que impide la delegación de funciones hecha por propia decisión del funcionario competente, ha provocado ciertas incongruencias prácticas:

a) Al no admitirse la posibilidad de delegar sin autorización legislativa, se han dictado algunas leyes que así lo autorizan expresamente, pero sólo para el caso concreto y con ciertas limitaciones.

b) Ante la insuficiencia comprobada o presumible de estas delegaciones se opta por hacer legislativamente *desconcentraciones* de competencia, por ejemplo en materia impositiva, aduanera, etcétera. Pero esta desconcentración dispuesta imperativamente por la ley es igualmente insuficiente para considerar y satisfacer las cambiantes necesidades administrativas; su rigidez acarrea directamente su inoperancia.

c) Ante la obvia insuficiencia de ambos sistemas, se encara entonces el remedio excepcional: La *descentralización* plena. Es así como se han creado los innumerables entes autárquicos y empresas del Estado que conocemos: Entes dotados de personalidad jurídica propia, con patrimonio propio y libertad para actuar.

Pero este remedio heroico ha probado ser excesivo: Las entidades descentralizadas tienen a veces una demasiada fuerte tendencia a actuar con criterio “individualista” o “egoísta,” mirando sólo su propia actividad concreta, sólo sus propias conveniencias como institución aislada, sin tratar de armonizar su actividad y su desenvolvimiento con los fines de conjunto del Estado; y así se da el caso de que empresas o entidades estatales que recaudan algún impuesto o por la índole de su actividad manejan fondos importantes, gastan tales fondos con una liberalidad que resulta discordante con las necesidades y estrecheces que a su vez pasan otras empresas o entidades menos favorecidas, o la propia administración central.

También se da el caso de que tales empresas o entidades están a veces en una auténtica pugna con la administración central, negándose a coordinar sus actividades y planes con los generales de la administración. Por lo demás la descentralización adolece del mismo defecto de la desconcentración: Es demasiado rígida, demasiado estática, para poder satisfacer plenamente y por sí sola los requerimientos de una eficaz administración.

d) La solución no está en suprimir alguna de estas hipótesis que hemos enumerado, sino en darse cuenta de que ninguna de ella es por sí sola una solución

integral; que ni la desconcentración ni la descentralización son fórmulas mágicas que solucionarán todos los males de la administración. Pero, por sobre todo, debe señalarse que el principal error de la forma en que se ha planteado la organización estatal es que se han intentado todas las formas *estructurales*, menos las formas de dinámica estatal, menos la auténticamente ágil: La delegación administrativa.

Obsérvese que se ha autorizado al Poder Ejecutivo a delegar, o se ha desconcentrado imperativamente cierta competencia a determinados órganos, o se ha descentralizado imperativamente en ciertos entes: Pero que *no se ha autorizado a todos los órganos administrativos a desenvolverse de acuerdo a las circunstancias mediante la posibilidad de delegar ellos mismos sus funciones*. Esta sola observación basta para indicar la conveniencia de, al menos, dar una oportunidad al sistema; de por lo menos intentar poner en práctica una forma de trabajo que ha dado brillantes frutos en la empresa privada y que puede también darlos en la actividad pública. Es por ello necesario que al planearse la creación o la organización de un organismo de desarrollo, que pretenda actuar con agilidad y eficiencia, también se prevea la eliminación de rémoras que dificultan la marcha del aparato administrativo: Entre ellas, la prohibición de delegar competencia salvo autorización legal expresa; debe pues incluirse en tales casos un artículo señalando categóricamente el principio inverso: Que todo órgano administrativo puede delegar en sus inferiores la competencia que le ha sido atribuida.²⁸

12. *La avocación*

La avocación es el proceso inverso de la delegación, ó sea, que el superior ejerza competencia que corresponde al inferior. Al igual que respecto a la delegación, se sostiene de la avocación que no es legítima salvo que la ley la haya autorizado expresamente,²⁹ lo que rara vez ocurre. En la práctica tampoco es frecuente su aparición, dado que existen otros medios más directos de obtener el mismo resultado: Basta a veces que el superior indique informalmente al inferior cuál es la solución que él consideraría adecuada, para que éste la adopte, con lo cual el superior obtiene la decisión deseada, sin necesidad de intentar avocarse él mismo a lo que era competencia directa del inferior. Por otra parte, dado que usualmente se reconoce al órgano superior la facultad de revisar, de oficio o a petición de las partes interesadas (cuando éstas interponen los recursos pertinentes) el acto producido por el inferior y eventualmente anularlo o modificarlo, bien se advierte que la importancia práctica de la avocación queda minimizada, ya que aunque el órgano inferior no adopte la decisión querida por el superior, éste puede de

²⁸ A título de ejemplo, ver las normas que hemos propuesto en nuestro “Proyecto de Código Administrativo,” en *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 212-14.

²⁹ VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. 2, p. 261 y ss. En contra, SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 223; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 549.

todos modos reformarla posteriormente, obteniendo así el mismo resultado que si hubiera actuado directamente por avocación.

13. La jerarquía

La jerarquía es una relación jurídica administrativa interna, que vincula entre sí los órganos de la administración mediante poderes de subordinación, para asegurar unidad en la acción.³⁰

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

b) La relación jerárquica existe siempre que 1º) haya superioridad de grado en la línea de competencia, y al mismo tiempo, 2º) igual competencia en razón de la materia entre el órgano superior y el inferior; cumplidos esos dos requisitos, está dada la relación jerárquica. Esta es la clásica organización administrativa lineal,” con una dirección en estricta línea jerárquica directa; en cambio, modernamente se propugna el sistema de “doble o múltiple comando,” en el cual se admite la relación de jerarquía, a efectos de dar órdenes a los inferiores, no sólo por parte de los superiores jerárquicos directos que tienen igual competencia en razón de la materia, sino también por parte de otros superiores jerárquicos, siempre, desde luego, que las órdenes se refieran a las tareas propias del inferior. Con todo, pareciera que este sistema no puede entenderse en funcionamiento a menos que una norma administrativa (no necesariamente *legal*) lo estatuya.

La relación jerárquica, de todos modos, no existe con referencia a un ente descentralizado; como excepción a este criterio podría mencionarse el caso en que el Poder Ejecutivo hubiera delegado alguna atribución específica a un ente autárquico, además de las atribuciones propias: Con respecto a esa delegación existiría en verdad una relación jerárquica. Fuera de esta hipótesis de excepción, el ente descentralizado no está sometido a la jerarquía de la administración central, sino al contralor administrativo, y aún entonces, depende sólo del Poder Ejecutivo, no de los Ministros o Secretarios de Estado pertinentes.³¹

c) Por tratarse de una relación entre *órganos* (los cuales a su vez están referidos a un conjunto de competencias), la jerarquía no coincide necesariamente con la

³⁰ Ver SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 214 y ss.; TREVIJANO FOS, *op. cit.*, p. 208 y ss.

³¹ Ampliar en nuestro libro *Procedimiento y recursos administrativos, op. cit.*, pp. 181 y 191.

posición escalafonaria del funcionario, pues puede ocurrir que un funcionario de categoría inferior cubra temporalmente un órgano que a su vez tiene jerarquía sobre otros funcionarios de igual o superior categoría al primero, caso en el cual existiría subordinación jerárquica de éstos hacia aquél, a pesar de su superioridad escalafonaria.³²

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

e) Mientras que el poder jerárquico abarca la totalidad de la actividad del inferior, el control administrativo del Poder Ejecutivo sobre los entes descentralizados sólo abarca parte de su actividad. Esta diferencia se manifiesta, por ejemplo, en que el poder jerárquico permite controlar tanto la *legitimidad* (conformación con el ordenamiento jurídico) como la *oportunidad* (conveniencia, mérito) de la actuación del inferior; el contralor administrativo permite revisar únicamente la *legitimidad* de la acción del ente descentralizado.³³

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

g) En la relación jerárquica existe siempre, salvo que una norma expresa disponga lo contrario, la posibilidad de recurrir contra los actos del inferior ante el superior, mediante el llamado —precisamente— “recurso *jerárquico*,” en la relación de control administrativo, en cambio, la posibilidad de recurrir está más limitada, y dado que no existe propiamente relación de jerarquía, el recurso se denomina en tal caso “jerárquico impropio,” que es de alcance más reducido.³⁴

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

1º) La facultad de que el superior dirija e impulse la acción del inferior.

2º) La posibilidad de dictar normas de carácter general regulando la acción del inferior; en el caso del poder jerárquico, estas normas pueden ser reglamentaciones generales aplicables también directamente a los administrados (“externas”) o

³² TREVIJANO FOS, *op. cit.*, p. 218.

³³ Ampliar en nuestra *Introducción...*, *op. cit.*, p. 321 y ss., y *Procedimiento...*, *op. cit.*, pp. 193-196.

³⁴ Sobre estos aspectos, ampliar en nuestro libro *Procedimiento y recursos administrativos*, *op. cit.*, p. 192 y ss.

meras reglamentaciones internas, no aplicables sino a los órganos. (Instrucciones, circulares de servicio, órdenes, etc.)³⁵ En el contralor administrativo, en cambio, habitualmente pueden dictarse reglamentaciones externas, aplicables al ente en su relación con los particulares; el dictado de normas internas para los entes descentralizados, por parte de la administración central, es más bien excepcional.

3º) La facultad de controlar la actividad del inferior, con el alcance señalado en e) y g)

4º) La facultad de resolver los conflictos de competencia que se produzcan entre los inferiores, sean ellos órganos internos de la misma administración central (poder jerárquico) o entes descentralizados en conflicto entre sí o con la administración central. (Contralor administrativo)

5º) La facultad de intervenir al inferior; esta facultad se da con mayor amplitud (en cuanto a su procedencia, duración y facultades del interventor) en la jerarquía, que en el control administrativo.³⁶

14. Principales tipos de órganos

a) *Ministros y Secretarios de Estado*

La Constitución prevé en su art. 87 ocho “Ministros Secretarios,” pero la ley 14.439 al organizar tales ministerios creó además doce “Secretarías de Estado” a las que otorgaba “jerarquía Ministerial.” (Art. 19.) Se ha sostenido que tal creación de “secretarías de Estado” de jerarquía ministerial era violatoria de la Constitución al aumentar de hecho y de derecho el número de ministros previsto en la Constitución.³⁷

Sin embargo, no es que sea inconstitucional crear tales Secretarías, sino a todo evento otorgarles una supuesta jerarquía ministerial, por lo cual lo que no debe tenerse en cuenta es la calificación que la ley hizo al margen de la Constitución. Por otra parte, se puede apreciar que incluso la propia ley 14.439 no hace más que utilizar una figura de lenguaje al establecer que los Secretarios tienen “jerarquía ministerial,” pues ella misma se encarga de desmentir esa supuesta igualdad con los Ministros, cuando dispone en su art. 18, relacionado con el artículo 2º, que los Secretarios de Estado *no pueden* “representar política y administrativamente ante el Congreso a sus respectivos departamentos” (inc. 1º del art. 2º), ni “refrendar y legalizar con su firma los actos del Presidente de la Nación” (inc. 2º), ni “Preparar, suscribir y sostener ante el Congreso los proyectos de ley que

³⁵ Sobre estos conceptos, ampliar en *Introducción...*, *op. cit.*, p. 195 y ss.

³⁶ Comparar las normas de nuestro “Proyecto de código administrativo,” en *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 223-227.

³⁷ LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Tratado de la Ciencia del Derecho. Constitucional Argentino y Comparado*, t. 9, Buenos Aires, 1963, p. 305 y ss.

inicie el Poder Ejecutivo, y todo acto de la exclusiva jurisdicción de éste” (inc. 3º), ni finalmente, “Intervenir en la promulgación... de las leyes” (inc. 4º); todo lo cual, precisamente, constituye el complejo de las atribuciones *constitucionales* de los Ministros.

Es de destacar también que el Secretario de Estado “firma” los decretos del Poder Ejecutivo, pero que es sólo el Ministro respectivo quien los “refrenda,” por lo cual un Decreto que no tuviera firma del Secretario, pero sí el refrendo ministerial, sería válido. Todo ello demuestra que el Secretario, a pesar de las erróneas palabras de la ley, no tiene jerarquía ministerial ni podría por otra parte tenerla; si no tiene tal jerarquía, forzoso será concluir entonces que tiene una distinta, y ella no puede sino ser una jerarquía inferior: El Secretario de Estado es en nuestro concepto un inferior jerárquico del Ministro respectivo. Con todo, no es esta la orientación administrativa, que prefiere atenerse a la letra de la ley y reconocerle a pesar de ello tal “jerarquía ministerial.”³⁸

En base a tal supuesta falta de relación jerárquica entre el Ministro y el Secretario es que se ha dispuesto por ejemplo que la tramitación de un recurso jerárquico por el que se impugna un acto del Secretario de Estado debe efectuarse ante este mismo y no ante el Ministerio respectivo, con violación entonces no sólo del sistema constitucional y legal sino también de la garantía de que el proceso se tramite ante un funcionario imparcial.³⁹

Por decreto-ley del 27-IX-1966 (“ley 16.956”) se dispuso que los Ministerios y Secretarías serían los siguientes: Ministerio del Interior (Secretarías de Gobierno, Cultura y Educación, Justicia, Comunicaciones), Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, Ministerio de Economía y Trabajo (Secretarías de Estado de Agricultura y Ganadería, Hacienda, Industria y Comercio, Energía y Minería, Trabajo, Obras Públicas, Transporte), Ministerio de Defensa, Ministerio de Bienestar Social. (Secretaría de Promoción y Asistencia de la Comunidad, Seguridad Social, Salud Pública, Vivienda.) En la nueva organización, los Secretarios de Estado también están diferenciados de los Ministros en cuanto a sus atribuciones, y así por ejemplo el refrendo de los Decretos del Poder Ejecutivo corresponde a los Ministros, no a los Secretarios, que tan solo “firman” los decretos de su competencia. Por lo demás, la ley 16.956 suprimió la disposición de la anterior ley 14.439 en el sentido de que los Secretarios tengan “jerarquía ministerial,” con lo que se refuerza la tesis que hemos sostenido sobre la naturaleza de dichos órganos.

³⁸ Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, 78: 118, y otros.

³⁹ Ver nuestro libro *Procedimiento y recursos administrativos, op. cit.*, p. 183.

b) *El Procurador del Tesoro de la Nación*

Consideración aparte merece el caso del Procurador del Tesoro de la Nación, funcionario que tiene jerarquía de Secretario de Estado,⁴⁰ y a quien la ley da funciones consultivas de especial naturaleza, y además atribuciones para *decidir* ciertos conflictos administrativos. El Procurador del Tesoro es también Director General del Cuerpo de Abogados del Estado⁴¹ (que comprende a todos los organismos de asesoramiento jurídico de la Administración nacional) y en tal carácter “sienta normas de interpretación y aplicación de las leyes y sus reglamentos, las que serán obligatorias para los abogados que forman el cuerpo;”⁴² ello crea la particular situación de que sí bien el dictamen de la Procuración del Tesoro no obliga a los funcionarios que deben decidir, sí obliga en cambio a los abogados integrantes del Cuerpo, que deben dictaminar de acuerdo al criterio de la misma. La solución es loable, y ha contribuido en gran medida a la creación de poco menos que una jurisprudencia administrativa, de gran valor constructivo y práctico en la administración pública.⁴³

Además de esta función asesora y rectora de los dictámenes de todas las direcciones de asuntos jurídicos, la Procuración del Tesoro ha recibido también atribuciones para *decidir* controversias entre entes descentralizados, incluso la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, empresas del Estado y entidades autárquicas nacionales, sea entre ellos o con la Administración central, cuando versen sobre reparación de daños patrimoniales y dentro de ciertos montos.⁴⁴

c) *Direcciones Generales*

Dentro de la organización administrativa nacional existen cargos denominados “Dirección General” o “Dirección Nacional,” que se caracterizan por constituir la más alta jerarquía *administrativa*, o sea, meramente técnica y desprovista del

⁴⁰ Por decreto-ley 8.013/57 se dispuso que dependería directamente del Presidente de la Nación, y por decreto 354/59 se le dio “jerarquía de Secretario de Estado.” Si bien esta “jerarquía” es dudosa frente a la ley de ministerios, así como es dudosa la jerarquía “ministerial” de los Secretarios de Estado, no podría con todo sostenerse que el Procurador del Tesoro es un inferior jerárquico de los Ministros o Secretarios, por cuanto el decreto-ley citado en primer lugar determina la dependencia jerárquica directa y exclusiva del Presidente de la República; por ello, aunque fuera cuestionable esa jerarquía que el decreto 354/59 da al Procurador como Secretario de Estado, no es en cambio discutible que no depende jerárquicamente de los Secretarios o Ministros del Poder Ejecutivo.

⁴¹ Ley 12.954, art. 2°.

⁴² Decreto 34.952/47, art. 49, que se funda en el art. 6° de la ley 12.954, que expresa: “...las delegaciones deberán supeditar su acción a las instrucciones que imparta la primera para unificar criterios.”

⁴³ Sobre los requisitos que deben cumplirse para la procedencia del dictamen de la Procuración del Tesoro, es de señalar que hay una desuetud del principio de que se requiere un interés fiscal (art. 11, decreto 7.500/44), exigiéndose en su lugar otros recaudos: Ver nuestro libro *Procedimiento y recursos administrativos*, op. cit., p. 188 y ss.

⁴⁴ Ley 16.432, art. 56; decreto-ley 3.877/63, art. 1°. Si bien estas normas hablan de “daños y perjuicios,” no se lo ha entendido en el estricto sentido cuasidelictual, sino que comprende todo daño patrimonial. (Corte Suprema, *Fallos*, 253: 316; Doctrina judicial, 9-V-1965, p. 1764.)

factor político: Son funcionarios que gozan de estabilidad y que no pueden ser removidos sino por las causas que la ley establece, de modo similar a los demás funcionarios estables de la administración.

El cargo tiene importancia porque dentro del sistema actual de recursos, contra los actos de tales funcionarios procede por la general directamente el recurso jerárquico ante el Poder Ejecutivo, sin necesidad de trámite o recurso previo alguno; en cambio, cuando se impugnan actos de funcionarios inferiores a ellos, es necesario interponer, previamente al recurso jerárquico, un recurso de “revocatoria.”⁴⁵

A su vez, dentro del total de las Direcciones Generales o Nacionales es necesario distinguir algunas que han sido reguladas por una ley expresa, que les otorga específicamente ciertas facultades propias. En estos casos nos encontramos frente a un órgano de la Administración pública que tiene una competencia propia, desconcentrada, sin separarse por ello de la Administración central; no es un ente descentralizado.⁴⁶

Algunos de estos son la Dirección General Impositiva,⁴⁷ la Dirección Nacional de Aduanas,⁴⁸ la Dirección Nacional de Abastecimientos,⁴⁹ que tienen atribuciones para adoptar resoluciones por sí mismas, sin necesidad de delegación administrativa; estas direcciones, a pesar de sus amplias facultades, están de todos modos bajo la jerarquía del Poder Ejecutivo y de los Ministros y Secretarios de Estado respectivos. Esa jerarquía, sin embargo, tiene algunas peculiaridades, en nuestro concepto: El superior puede dar instrucciones generales, pero no órdenes particulares, concretas, acerca de cómo resolver un asunto específico de los que entran dentro de las atribuciones desconcentradas; una vez dictado un acto por el órgano desconcentrado, el superior puede de oficio o a pedido de parte revocarlo, reformarlo sustituirlo, pero sólo por razones de legitimidad. (No de mera oportunidad o conveniencia.)⁵⁰

Sinopsis

1. Un órgano es básicamente un conjunto de atribuciones o de competencias, que será luego desempeñado por una persona física determinada: Al expresar ésta

⁴⁵ Ver nuestra obra *Procedimiento y recursos administrativos*, p. 161 y ss.

⁴⁶ Ver lo que decimos en este mismo capítulo acerca de la diferencia entre desconcentración y descentralización. A veces las leyes hablan impropriamente de “autarquía” o “descentralización,” pero no se trata sino de desconcentración.

⁴⁷ Ley 12.927 y ley 11.683, art. 1º y ss.

⁴⁸ Ley de Aduana, t. o. 1962, art. 19 y ss.

⁴⁹ Ley 16.454, art. 30 y ss.; actualmente esta Dirección ha sido suprimida.

⁵⁰ Comparar la solución que hemos adoptado en nuestro “Proyecto de Código Administrativo,” en *Introducción...*, *op. cit.*, p. 215, art. 33.

su voluntad dentro del marco de las atribuciones o *funciones* que le han sido conferidas, dicha voluntad se imputa a la entidad de que el órgano forma parte.

2. El órgano es pues un medio para imputar una actuación o una voluntad al ente del cual forma parte y no constituye una persona diferenciada del mismo, sino que se confunde como parte integrante de él; no tiene derechos o deberes frente al ente a que pertenece.

3. El funcionario que está a cargo del órgano, tiene derechos y deberes *propios* en cuanto agente del Estado, y en este caso no se confunde con el órgano del cual es titular.

4. Para determinar si el funcionario ha actuado en cuanto titular del órgano, o por el contrario en forma personal y fuera de su función, existe un criterio *subjetivo*, que toma en cuenta la finalidad perseguida por el agente; y un criterio *objetivo*, que sólo analiza el resultado, la conducta del funcionario. Dentro del criterio *objetivo* existe una posición que toma en cuenta la *legitimidad* del acto o hecho, y dice que es imputable al ente sólo si aquél *es válido*; y una posición que prescinde de la legitimidad y sólo considera la *apariencia externa* del acto o hecho, diciendo que si aparenta ser propio de la función, corresponde imputarlo al ente.

5. El criterio de la apariencia externa es el predominante en el derecho público y ha sido, aceptado por la jurisprudencia.

6. La competencia es el conjunto de facultades que un agente puede legítimamente ejercer. No se presume, y debe estar expresamente otorgada por una norma jurídica; es improrrogable.

7. Debe distinguirse la *competencia* del *ejercicio de la función*: la primera se refiere a la función *regularmente* ejercida; la segunda comprende toda actividad realizada aparentemente como parte de la tarea encomendada al funcionario, sin importar que ella haya sido realizada *regular* o *irregularmente*.

8. La competencia se clasifica en razón de la *materia* (legislativa, judicial, administrativas que no tienen otros órganos, y administrativas de otros órganos), del *territorio*, del *tiempo* (permanente, transitoria y accidental) del *grado*. (Centralizada, desconcentrada, descentralizada.) En la desconcentración se atribuyen funciones a un órgano inferior dentro del mismo ente; en la descentralización se atribuyen funciones a un nuevo ente, separado de la administración central, dotada de personalidad jurídica propia y constituido por órganos propios.

9. La *delegación* de competencia es un acto del órgano administrativo a quien legalmente ésta corresponde, por el cual transfiere el ejercicio de todo o parte de ella a un órgano inferior. No, modifica la estructura estatal; es un medio jurídico, concreto e individual, de poder desgravarse temporalmente del ejercicio de la competencia. La *desconcentración* y la *descentralización* implican una

nueva repartición, permanente y definitiva, de funciones; representan un tipo de estructura estatal.

10/11. De acuerdo a la doctrina y legislación tradicional, la delegación no puede disponerse sin previa autorización legal. Dicho criterio es inconveniente, pues se priva a la Administración de un medio dinámico de actuar.

12. En la *avocación* el superior ejerce una competencia que corresponde a un órgano inferior; debe también estar autorizada por ley.

13. La *jerarquía* es una relación jurídica administrativa interna, que vincula entre sí los órganos de la administración mediante poderes de subordinación, para asegurar unidad en la acción. El *contralor administrativo*, en cambio, es la atribución de supervisión que tiene el Poder Ejecutivo (y sólo él) sobre los entes *descentralizados*. La jerarquía es una relación entre órganos, el contralor administrativa una relación entre sujetos de derecho; la primera es de principio, el segundo de excepción; la primera procede por razones de oportunidad y legitimidad, el segundo sólo por razones de legitimidad.

14. A pesar de que los Secretarios de Estado tienen “jerarquía ministerial” según el artículo 19 de la ley 14.439, lo cierto es que la misma ley les otorga menos atribuciones que a los Ministros. Por lo que tal igualdad jerárquica es inexacta: Son subordinados de los Ministros. El Procurador del Tesoro de la Nación, que tiene jerarquía de Secretario de Estado, es el Director General del Cuerpo de Abogados del Estado y como tal su doctrina es obligatoria para todos los abogados de la Administración. Las Direcciones Generales son las escalas *administrativas* más altas; algunas están organizadas por ley con atribuciones propias, desconcentradas, lo que limita las atribuciones de contralor de sus superiores.