UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

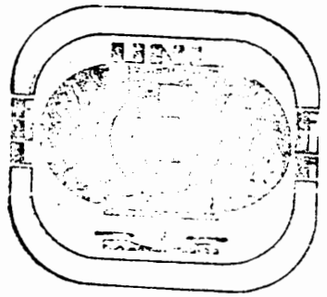
BIBLIOTECA

Transcribe

BOLILLA

11 -

CUADERNO Nº 18



Centro Estudiantil de Derecho

LA ACCION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

Trabajo preparado por el Dr.Decio Carlos Francisco Ulla,profesor titular de Derecho Administrativo,en base a las exposiciones efectuadas en clase y a la bibliografía citada en el programa de la materia,el cual responde fielmente a la [redacted] del mismo.-

Precio de Venta:

SANTA FE

Impresiones y Publicaciones

1985(reimpresión)

LA ACCION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

La acción de la Administración pública representa el más notable de los hechos que operan sobre las situaciones subjetivas en el campo del Derecho administrativo.

Cuando se habla de acción administrativa se hace referencia a aquella actividad de la Administración pública que no posee el valor jurídico propio de la actividad del poder político, del poder legislativo o del poder judicial.

La acción administrativa es el conjunto de las funciones, de los servicios, de las actividades en general, que la Administración pública despliega de modo constante para la consecución inmediata y concreta, de los fines sociales asumidos por el Estado como propios.

Se excluyen de la acción administrativa, conforme a la definición precedente, aquellas actividades mediante las cuales la Administración organiza sus oficios, nombra y remueve sus funcionarios y empleados, en una palabra la organización administrativa. No obstante que algunos autores excluyen también las actividades mediante las que la Administración procura los bienes y en general los medios materiales que le son necesarios porque los consideran presupuestos de dicha acción, es decir las condiciones indispensables a su desarrollo, ya que no proveen a la consecución de los fines públi-

cos de modo directo e inmediato sino únicamente por vía indirecta y remota, la doctrina más reciente también las incluye, porque sin ellas no habría acción administrativa y, asimismo el contenido (en cuanto referido a actividad de Derecho público) de esa acción o sea los cometidos. En resumen: la acción de la Administración comprende las actividades, los medios (bienes) y los cometidos.

Las actividades administrativas en general.

En el desarrollo de la función misma, dos son los sistemas, según Alessi, que pueden ser empleados para su examen que no son excluyentes ya que por el contrario se integran recíprocamente.

El primero consiste en considerar el ejercicio de la función como en un corte seccional, es decir analizando un momento determinado o sea un acto particular o concreto del desarrollo mismo de la función de modo tal que éste resulte una fotografía o una radiografía del acto administrativo, es decir el acto considerado abstractamente con el cual la función administrativa se despliega.

Estudiando el desarrollo de la función bajo este aspecto se obtiene lo que constituye la teoría de los actos administrativos considerándose en consecuencia la noción, los elementos esenciales, la clasificación, las formas, los efectos y los vicios de los mismos.

El segundo método consiste en considerar, no un sólo momento, sino todo el comportamiento de la función mediante un análisis cinematográfico para obtener de esta manera una película que ponga de manifiesto todo el fenómeno del desarrollo de la función considerado en su unidad. Del estudio de la función bajo este aspecto se obtiene la teoría de los servicios y de las prestaciones administrativas a los particulares.

Ahora bién antes de entrar en el estudio [illegible] de la actividad administrativa es menester [illegible] mente las peculiaridades que la misma presenta frente a la actividad de los particulares en relación al Derecho.

1)En primer lugar la actividad administrativa es siempre actividad de carácter ideológico produzca o no modificaciones jurídicas en el mundo exterior lo excluye por tanto la actividad meramente material, fuente de meras modificaciones materiales del mundo exterior.

Esto constituye la primera particularidad de la actividad administrativa en relación a la actividad del individuo la que puede ser tanto material como ideológica.

Dicha actividad material es jurídicamente actividad del [illegible].Por ej. si el individuo tiene una necesidad,todas las necesidades humanas son esencialmente de orden físico,para satisfacerla requiere una actividad material que pueda realizar directamente(comiendo,trabajando,etc.) Pero si su necesidad ha de ser satisfecha mediante actividades materiales de otros(construcción de edificios, cultivo de la tierra,fabricación de productos,etc,utilizará en su propio interés la actividad de estos agentes mediante alguna forma de actividad jurídica(contratos)que es ideológica,satisfaciendo así de manera indirecta aquella su necesidad.La actividad jurídica funciona aquí como elemento de enlace entre la necesidad del individuo y la actividad material ajena dirigida a su satisfacción.

En cambio,en el caso de la Administración pública el sujeto administrativo,como lógica consecuencia de su naturaleza abstracta,sólo puede desarrollar actividad ideológica y jurídica,de suerte que si los intereses públicos deben satisfacerse mediante modificaciones materiales del mundo externo,esta actividad material necesaria

deberá ser desarrollada por personas físicas que actúen por cuenta de la Administración,pero,jurídicamente en nombre propio.Esta actividad material no podrá ser considerada jurídicamente,como actividad del sujeto administrativo y,por consiguiente,como actividad administrativa.En este aspecto debemos distinguir aquellas actividades materiales que constituyen un fin en sí mismas de aquellas que no constituyen un fin en sí mismas(por.ej. el sellado de un metro lineal como consecuencia del ejercicio de la función de verificación de pesas y medidas),porque están encaminadas a producir un efecto jurídico que es lo único que importa.En el caso el sellado no es un fin en sí mismo sino que lo es en función de la actividad de la comprobación jurídica de manera tal que la actividad material asume importancia jurídica por la parte de actividad ideológica que la acompaña.

Cuando se precise para satisfacer necesidades públicas de una actividad material que constituya un fin en sí mismo(por ej.construcción material de edificios,caminos,ferrocarriles,etc.)dichas actividades se desarrollan por dependientes del ente,por cuenta del mismo,pero en nombre propio.Desde el punto jurídico estas actividades son del sujeto físico.

2) En segundo lugar la persona física cuando actúa en el campo jurídico,únicamente debe someter a él la fase exterior de su voluntad;sola y exclusivamente cuando ha manifestado externamente su voluntad puede decirse que el derecho se interesa por su actuación.Las determinaciones volitivas del sujeto quedan entonces como meros hechos sicológicos internos,sin una autónoma relevancia directa.

En cambio la Administración tiene que someter al De

recho no solamente la manifestación de esta propia voluntad,sino lo que es más importante todavía,su formación,es decir incluso las fases internas de la creación de voluntad,porque actúa no por intereses propios exclusivamente,sino por ajenos.Por tal motivo al Derecho le interesa conocer cuál es la finalidad y cuales son los motivos que legitiman su actuación.

3) En tercer lugar la posición de supremacía de la Administración pública que goza como titular del poder de imperio para satisfacer los intereses públicos con la posibilidad de trascender su propia esfera jurídica produciendo modificaciones en las de otros sujetos extraños mediante manifestaciones unilaterales,lo que no ocurre con el particular ya que el ejercicio de los poderes que le son conferidos por el ordenamiento no puede tener eficacia más allá de la esfera jurídica de su titular,dada la situación de igualdad o paridad en que se encuentran con los demás particulares.

4) Por último la heterogeneidad de la actividad administrativa que se manifiesta tanto bajo el aspecto de la posición jurídica asumida por la Administración(puede hacerlo en estas diferentes posiciones:a)como sujeto superior y extraño a la relación-por ej.cuando dicta actos normativos como los reglamentos o adopta una verdadera y propia decisión jurisdiccional-:b)como sujeto extraño , pero no siempre superior,a la relación-por ej.en los casos destinados a constituir,modificar o extinguir relaciones jurídicas entabladas exclusivamente entre particulares,como ocurre en el matrimonio,o en los casos de actividad certificatoria que se desarrolla a pedido de los particulares y en su exclusivo interés como sucede cuando se inscribe una patente de invención;y,por fin,c) como sujeto de la relación respecto de la cual interviene la actividad administrativa y,por tanto,como titular del interés que debe ser satisfecho,lo que ocurre en todos los casos en los cuales la Administración prevee a satisfacer intereses públicos concretos,manteniendo directamente relaciones jurídico- administrativas con particulares:autorizaciones,concesiones,órdenes,prohibiciones,expropiaciones,etc.);como bajo el aspecto de la función de la actividad dado que ella puede consistir en el dictado de normas abstractas(reglamentos);para solucionar en términos afuerales y abstractos conflictos de intereses;solucionar contenciosamente conflictos concretos de intereses(litigios)en el sentido de aplicar coactivamente normas jurídicas;en certificar hechos jurídicamente relevantes;en notificar hechos;en dictaminar,en controlar,etc.y de la estructura del acto(pueden tenerse normas,decisiones,juicios,declaraciones de voluntad,comprobaciones,comunicaciones,etc.)heterogeneidad que es el reflejo de la distinta posición del agente y de la función del acto

A.Manifestaciones de la actividad de la Administración pública.

1 Distinción fundamental:actividad de Derecho público y de Derecho privado.

En el ámbito de la acción administrativa es menester realizar una distinción que se considera fundamental:actividad administrativa de Derecho público y de Derecho privado.Para realizar sus fines la Administración pública puede valerse,y se vale,además de potestades públicas también de medios jurídicos que ordinariamente son propios de todos los sujetos del ordenamiento o sea de los particulares.Quedan en el ámbito del Derecho privado los actos mediante los cuales la Administración dispone de sus propios bienes patrimoniales(por ej.locación de un inmueble)u obtiene bienes de proveedores particulares (por -

ej.compraventa)o entra en contacto con terceros en el ejercicio de actividades económicas y de servicios públicos no sometidos a la disciplina del Derecho público(por ej.contratos de transporte concluidos en el ejercicio de servicios ferroviarios,tranviarios,automovilísticos;operaciones de crédito y de seguros,etc. realizadas por institutos de créditos o seguro de Derecho público).Existen también entes públicos-llamados económicos - los que desarrollan relaciones externas exclusivas o casi exclusivas de Derecho privado. Toda esta actividad privatística en cuanto es disciplina de las relaciones que surgen de ella(compraventa,locación,donación,transporte,mutuo,etc.)-tratándose de relaciones de naturaleza privada- queda fuera del ámbito del Derecho administrativo.No obstante está sujeta siempre a la disciplina de éste el modo de dar vida a la actividad misma,en cuanto corresponde al Derecho administrativo la organización de la Administración pública y el procedimiento de formación de sus actos,por cuanto éstas están estrechamente vinculadas con la organización administrativa.

De tal modo que mientras el plano de la formación de la acción de la Administración es siempre del Derecho administrativo,el aspecto sustancial es decir lo que atane al contenido de la misma acción queda sobre el plano del Derecho administrativo sólo en cuanto la acción represente el ejercicio de una potestad administrativa.Así por ej. en nuestro ordenamiento está reservada al Estado y tiene carácter publicístico de naturaleza administrativa la prestación del servicio postal(art.4 de la Const.Nac.)a través de la venta de sellos postales la Administración impone al usuario el pago de una verdadera y propia tasa.

.En cambio tiene carácter privatístico la prestación del servicio ferroviario,en cuanto que la adquisición del billete por el usuario comporta simplemente el pago del precio de un servicio de transporte prestado en cumplimiento de un contrato(aun cuando se trate de un precio público y si el contrato-si bién de Derecho privado-tenga una disciplina especial).

En ambos ejemplos la Administración pública se presenta en el ejercicio de un servicio público y resulta entonces claro que no es tanto la materia sobre la que la actividad de aquélla opera la que determina la naturaleza pública o privada de tal actividad,sino más bien el régimen jurídico al cual el ordenamiento la somete.

2. La posición jurídica y los poderes de la Administración pública en el desarrollo de su actividad.

a) La supremacía general y sus límites

La Administración pública en sentido subjetivo es el conjunto de autoridades que tienen atribuida de forma normal y característica el ejercicio de la función administrativa.Por tanto la Administración pública es un concepto complejo que engloba a una serie o conjunto de centros de función administrativa.

En el concepto están sintéticamente señalados los elementos que sirven para caracterizar la posición jurídica de la Administración,como así también sus características o peculiaridades.

La primera característica está dada por el hecho que la Administración,normalmente,se presenta como titular de un poder soberano- poder de imperio-frente a los particulares;por lo tanto le compete,normalmente,el poder de hacer prevalecer coactivamente su voluntad sobre la de los particulares o sea actúa con supremacía.En este último se concreta sustancialmente la potestad de imperio.

Existe supremacía cuando la Administración puede, por manifestaciones unilaterales de voluntad crear un deber de conducta a cargo de un sujeto. Tal poder puede ser reconocido por la norma jurídica frente a todos los sujetos, con lo cual tenemos la supremacía general, o bien frente a determinada categorías de sujetos, enfrentándonos en consecuencia con la supremacía especial.

En el Estado de Derecho el poder de imperio se concibe como un poder jurídico, o sea, como un poder fundado en el Derecho objetivo que debe ser ejercitado dentro de los límites señalados por éste. Una falta de límites en el ejercicio del poder sería contraria al Estado de Derecho.

El límite fundamental fijado por los ordenamientos constitucionales está dado por el principio de la división de poderes, el que no permite a la Administración (en sentido subjetivo) el desarrollo directo e inmediato del poder de imperio mediante actos de producción jurídica primarios (que corresponden a los órganos legislativos). Se le permite únicamente la realización de actos de producción jurídica complementarios en el sentido que sean simplemente la ejecución concreta de un acto de producción jurídica abstracto contenido en una ley. O sea que los órganos administrativos pueden imponer coactivamente su propia voluntad en la persecución de los intereses públicos a los terceros en tanto y en cuanto tal prevalencia de dichos intereses sobre los particulares haya sido establecida en abstracto con referencia a aplicaciones futuras en concreto de un acto primario abstracto, por una norma legislativa (principio de legalidad). Caso contrario al acto de producción jurídica le faltaría toda base jurídica y su ejecución se basaría simplemente en una prevalencia de hecho, lo que es idnad

misible en el ordenamiento constitucional actual.

El primer límite de la supremacía de la Administración y de la potestad de imponer coactivamente su voluntad puede sintetizarse en consecuencia en la naturaleza necesariamente complementaria del acto de producción jurídico - administrativo o sea que la prevalencia del interés público sobre el individual debe operarse únicamente en actos concretos que tengan fundamento en el Derecho objetivo, mediante una atribución explícita o implícita específica o genérica, por la norma jurídica legislativa de la potestad de emanar un acto que tenga un determinado contenido. La atribución de potestad constituye el segundo límite y es una consecuencia del primero. Si faltase dicho fundamento la decisión carecería de juridicidad, o sea que el acto sería inválido y por tanto incapaz de producir efectos jurídicos. En síntesis el primer y segundo límite proceden de las propias fuentes del ordenamiento, concretamente de que toda la actuación de la Administración pública y complementaria, es una actuación predeterminada.

Lo normal es que la atribución de potestad sea explícita y además específica. Por ej. se atribuye a la Administración la potestad de expropiar bienes de propiedad privada por razones de utilidad pública o de dictar reglamentos en una materia determinada o para imponer multas en casos expresamente previstos.

Se da atribución genérica cuando la ley concede a la Administración la potestad genérica de decidir en determinada materia en caso de necesidad y urgencia, como por ej. en materia de higiene. Es la Administración la que puede en un momento determinado valorar lo que es urgente.

La atribución implícita existe cuando falta una atri-

bución empresa,incluso genérica,y se trata de materias reservadas por disposición implícita del ordenamiento a la esfera discrecional de la Administración,por ej.las cuestiones relativas al ordenamiento de los servicios públicos o la gestión de los bienes dominiales o lo relativo a la organización o a los funcionarios,etc.La ley deja en manos de la Administración la reglamentación de todo lo relativo a estas materias porque no cree necesario regular en detalle todas estas materias.La doctrina señala que estos casos han de examinarse con cautela y reserva.Incluso se afirma que en los Estados democráticos no existen y si existen lo son en materias como las generales que son puramente técnicas en las cuales el Poder Legislativo no cree necesario intervenir.

Si [illegible] ofrece una garantía de protección a los particulares contra las posibles arbitrariedades por parte de los gobernantes,nos es suficiente,por lo que se hace necesario otro más,ya que la Administración puede utilizar la potestad conferida para fines distintos a los que satisfacen el interés público(por ej.el fin que puede justificar el sacrificio del interés individual es el de la expropiación).

Este límite debe servir para proteger tanto a los particulares como al interés público colectivo.

Este está ligado a la segunda característica o peculiaridad de la posición jurídica de la Administración pública,la que se vincula con la noción de función.La función es el poder concebido en relación con la realización de determinados intereses que tratándose del poder soberano no pueden ser otros que intereses públicos, colectivos.La segunda característica de la posición jurídica de la Administración pública radica precisamente en que su función consiste en la realización del interés colectivo,público,primario.El interés colectivo primario es el formado por el conjunto de intereses individuales preponderantes en una determinada organización jurídica de la colectividad.Frente a él existe el interés particular de la Administración,denominado interés secundario;secundario es también el interés sentido por un sólo individuo,por eso mismo denominado individual.

La realización de un interés secundario de la Administración no puede realizarse sino en función del interés público,es decir persigue un interés público, aunque indirecto.No obstante puede ocurrir que dicho interés secundario entre en conflicto con el interés público porque la Administración se sintiera impulsada a realizarlo más allá de los límites de coincidencia con éste o en perjuicio de mismo (por ej.esto sucedería en el caso que se municipalizara una empresa de transporte buscando un fin netamente lucrativo;se aumentaran los impuestos por encima de los gastos para ganar más como una simple empresa privada,etc.).Para hacer prevalecer el interés público sobre el particular de la Administración o de los terceros es menester establecer una garantía a fin de que la acción administrativa se dirija realmente a la realización del interés público;garantía que proteja no sólo los intereses de los particulares,indirectamente,contra la actuación de la Administración que vaya más allá de lo que exija estrictamente el interés público,sino que también sirva para proteger directamente el interés público,contra una ilegítima realización del interés secundario de la Administración o bién del interés personal de las personas físicas adscriptas a los oficios administrativos que es mucho peor.

Pero para alcanzar tal protección no bastan los mecanismos de garantía que existen en el Derecho privado, relativos a la capacidad(voluntad de la Administración) y a la forma(de la actividad administrativa).

En Derecho público ello se logra mediante una estricta regulación de la manera de hacer uso de la potestad de acción concedida a la Administración por la ley — prescribiendo no sólo las formas a seguir en el uso de la misma e indicando el órgano competente para ello,sino también indicando una cierta medida de interés colectivo considerado como suficiente para el uso de la potestad concedida,cuya existencia en concreto es condición necesaria y suficiente para el desarrollo de la actividad administrativa.

Esta determinación del interés colectivo cuya efectiva existencia es la única que sirve para legitimar la acción administrativa,da lugar,conjuntamente con las prescripciones relativas a la forma y a la competencia,a los límites necesarios(tercer límite)para la tutela del interés colectivo.

La determinación del interés público necesario para legitimar el uso de la potestad de acción por parte de la Administración puede ser precisa (en la cual ésta no tiene potestad alguna de valoración en orden a la oportunidad de actuar o no,por lo que su actividad se llama reglada o vinculada) o imprecisa (en la cual la Administración tiene la potestad de valorar la oportunidad de actuar o no,potestad de apreciación del interés público con el fin de decidir la conveniencia o no de la acción administrativa que se llama potestad discrecional o discrecionalidad,mientras que actividad discrecional es la actividad respecto a cuya realización existe una esfera de discrecionalidad).

Los límites de la posición de supremacía,además de la ley atributiva de potestad,pueden surgir de la propia Administración con posterioridad a tal otorgamiento surge así el concepto de autolimitación de la Administración (fundamentalmente en el campo del poder discrecional)la que puede llevarse a cabo mediante reglamentos o circulares administrativas(normas internas)dictadas por los órganos jerárquicamente superiores y que contengan instrucciones de servicio para los inferiores

También puede surgir limitaciones por aplicación de los principios generales del Derecho y de equidad,como el de justicia e igualdad de trato.

También los actos dictados en violación de estos límites son ilegítimos.La supremacía jurídica de la Administración pública frente a los particulares con el fin de realizar concretamente la abstracta prevalencia del interés colectivo sobre el interés individual,se desarrolla no solamente en la fase de emanación del acto respectivo,sino también en la fase posterior de la realización coactiva del mismo en caso de falta de cumplimiento espontáneo,o sea,en la fase de ejecución práctica de la voluntad administrativa.En esta fase la supremacía se desarrolla con distintas manifestaciones que se concretan en las instituciones de la ejecutoriedad del acto administrativo y de la acción de oficio(autotutela)de la Admnistración,cuyos caracteres se analizarán más detalladamente al estudiar el acto administrativo.

b) Posición de paridad de la Administración pública en el régimen de Derecho privado.

No siempre y necesariamente la Administración se encuentra en posición de supremacía.

El Estado persona,en cuanto sujeto e independientemente de la posición de supremacía,se encuentra frente al-

ordenamiento en posición de igualdad con cualquier otro sujeto jurídico, por tanto sometido a los mismos deberes jurídicos que nacen de dicho ordenamiento, y titular de los mismos poderes jurídicos y derechos que éste reconoce a todo sujeto jurídico (art. 30 del C. civil).

En la titularidad de tales poderes y derechos los órganos del Estado se encuentran en la misma posición que cualquier otro sujeto jurídico, es decir una posición equiparada a la de los sujetos privados, y tienen los mencionados poderes y derechos la misma extensión y límites que tienen los análogos que el ordenamiento atribuye a favor de cualquier otro sujeto no estatal. Asimismo están regulados por las mismas normas que regulan el ejercicio de los idénticos poderes y derechos de los particulares o sea las normas de Derecho privado de manera que la actividad que constituye el ejercicio de las citadas poderes y derechos se considera actividad privada en oposición a la actividad pública que es ejercicio de poderes soberanos. Es por lo tanto actividad privada en cuyo ejercicio la Administración se encuentra en posición de paridad con los otros sujetos. O sea que sustancialmente la Administración no podrá imponer al particular su voluntad y deberá negociar al mismo nivel jurídico de éste en un régimen de libertad, igualdad y concurrencia. Formalmente no podrá valerse más que de los medios jurídicos puestos a disposición de los sujetos por el Derecho privado.

Conviene recordar lo que ya se ha expuesto oportunamente para no incurrir en equívocos: la formación de voluntad está sometida al Derecho público en cuanto a la adopción del medio privado, porque se trata de un

acto administrativo, pero una vez que la voluntad se ha formado legalmente la actividad que tiende a la satisfacción del interés de la Administración deberá exteriorizarse en uno de los medios ofrecidos por el Derecho privado y el negocio que resulte quedará sometido a éste.

Por lo tanto:

A) los límites que la Administración encuentre en el ejercicio de esta actividad sometida al Derecho privado derivarán estrictamente del carácter privado del medio jurídico adoptado;

B) también estarán determinados por el Derecho privado los requisitos intrínsecos del negocio privado concernientes a la forma, voluntad y a la causa;

C) regulados por el Derecho privado estarán los efectos del negocio, a favor o a cargo de la Administración;

D) la fase de la ejecución coactiva del negocio también queda sometida al Derecho privado la que únicamente se llevará a cabo por la autoridad judicial ordinaria, trátese de ejecución a favor de la Administración frente al particular o de éste frente a aquélla. Excluyese, por lo tanto, la llamada autotutela que es institución propia de Derecho público que se aplica solamente frente a situaciones de este carácter.

La impugnación por defecto de algunos de los requisitos para la validez del negocio también debe efectuarse por el particular ante la autoridad judicial ordinaria.

c) La supremacía jurídica especial.

Al lado de la supremacía general que goza la Administración como titular del poder de imperio, pueden existir, y existen, posiciones especiales de suprema-

cía de la misma frente a los administrados que sean más acentuadas que aquélla. las que tienen, por tanto, un fundamento distinto al de la simple titularidad del poder de imperio. O sea que un particular, un argentino nativo por ejemplo, está sometido a la supremacía general, en virtud de la nacionalidad y si fuese un extranjero por el hecho de habitar el territorio, puesto que las leyes administrativas como vimos en su momento se aplican siempre. Empero hay sujetos que se relacionan de manera más concreta con la Administración surgiendo de la misma otra supremacía más acentuada. la especial. Así un funcionario público, el que, además de ser ciudadano es funcionario está sometido a dos supremacías: la general en cuanto ciudadano y a la especial en cuanto funcionario.

El fundamento de la supremacía jurídica especial radica en la necesaria accesoriedad de estas posiciones respecto a otras relaciones que se desarrollan entre la Administración y los particulares, a fin del mejor ejercicio de la relación principal.

El contenido genérico de esta supremacía está dado por una situación de especial sujeción personal del individuo frente a la Administración, más acentuada que la normal sujeción (supremacía general) derivada de la simple titularidad de la potestad de imperio que es su fundamento.

Las condiciones para la existencia de la supremacía especial son:

A) en primer lugar el contacto personal del individuo con la esfera de la Administración (esfera jurídica o esfera jurídica y material) en atención a la actuación de una relación administrativa. El contacto personal del administrado con la esfera de la Administración

con vista al ejercicio de una relación administrativa, hace necesaria al menos conveniente, para mejorar ese mismo ejercicio, una especial disciplina más acentuada del particular respecto de la Administración, con el fin de disciplinar el comportamiento personal de éste. Paralelamente a dicha sujeción aparece en consecuencia una especial y más acentuada supremacía de la Administración.

Un ejemplo típico de contacto con la esfera jurídica de la Administración lo tenemos en el caso del ejercicio de una función o de un servicio público por el particular y de contacto con la esfera jurídica y material lo tenemos en los casos de disfrute por los particulares de determinados servicios públicos, por cuanto el goce de las prestaciones implica necesariamente un contacto personal más acentuado del usuario que disfruta de la prestación personalmente, es decir con su propia persona física como ocurre con el servicio de la instrucción, bibliotecas públicas, museos, establecimientos hospitalarios, etc.

B) Este primer elemento si bien constituye relación necesaria para que surja la situación de supremacía, no es, sin embargo, suficiente para la identificación de las relaciones a las que se une la sujeción especial del particular frente a la Administración. No es suficiente por cuanto en algunos casos para regular el comportamiento personal del administrado dentro del ámbito de la esfera de la Administración puede bastar el normal poder de policía (actividad de regulación o de limitación de los derechos de los administrados), que es aplicación de la normal supremacía general de la Administración (es lo que ocurre en el caso del servicio de transporte de per

senas, porque si bien el usuario entra en contacto con la esfera de la Administración no hay duda que cuando se aplica una sanción como consecuencia de su comportamiento se le hace en virtud de las normas de policía que regulan el servicio citado en todos sus aspectos. Además dichas normas y sanciones se aplican, no sólo al usuario, es decir aquel que ha entrado en una relación concreta, sino también a aquellos que no han pagado su boleto y en consecuencia no entran en ninguna relación con el prestador del servicio público, hecho que es índice de una naturaleza territorial de las normas policiales, la que es incompatible con la naturaleza de norma disciplinaria).

El elemento que integra la condición necesaria está dado por la inidoneidad o insuficiencia del poder general de policía para regular el comportamiento personal del individuo en ocasión de dicho contacto personal del individuo de la relación admnistrativa.

Contenido específico de la supremacía especial.

Es complejo y múltiple en relación a la complejidad de los medios necesarios para obtener la regulación del comportamiento personal de los individuos que entran en contacto con la esfera de la Administración:

1) en primer lugar está el poder de dictar normas internas dirigidas a regular el desarrollo de la relación principal a la que la relación de supremacía especial se vincula, las que son obligatorias para los individuos a los que esta relación se dirige en virtud de la especial sujeción personal por la que quedan afectados desde el momento en que son investidos como titulares de la relación principal. Ejemplo de tal clase de normas son las instrucciones de

servicio dictadas por el superior jerárquico y dirigidas a los órganos inferiores, puesto que en el poder jerárquico se concreta una manifestación de supremacía especial de la Administración frente a los que por desempeñar un cargo administrativo entran en contacto con la Administración por la relación de servicio; como así también los reglamentos internos destinados a regular la prestación de servicios públicos, siempre que no establezcan también las condiciones para el uso del servicio (en este caso son verdaderos y propios reglamentos), sino que se limiten a dictar normas acerca del comportamiento personal del usuario una vez admitido al goce del servicio (reglamentos internos de hospitales, bibliotecas, museos, cuarteles, etc.).

2) en segundo lugar el poder de dictar órdenes concretas a los sujetos a los que la relación principal afecta. Son ejemplo las órdenes de servicio del superior jerárquico al inferior (propias de la relación de jerarquía).

3) En tercer lugar el poder de vigilar con el fin de comprobar el cumplimiento de las normas citadas anteriormente, así como para asegurar el debido cumplimiento de la relación principal, como por ejemplo, asegurar el buen funcionamiento de los servicios públicos o de los órganos administrativos.

4) por fin el poder de castigar con sanciones administrativas el comportamiento de los individuos que resulte perjudicial para la mejor actuación de la relación principal, poder concretado en el llamado poder disciplinario.

No obstante que de él se hablará más extensamente cuando tratemos la responsabilidad en el Derecho público conviene adelantar algunas nociones fundamentales -

en este lugar.

El poder disciplinario en particular.

Poder disciplinario es el que corresponde a la Administración pública para castigar con determinadas sanciones el comportamiento de quienes están ligados a ella por relaciones en las que concurra una relación de supremacía especial que se ejerce sobre los mismos, cuando tal comportamiento perjudique el debido cumplimiento de la relación administrativa principal(Alessi).

El fundamento del poder disciplinario radica en una relación de supremacía especial a la que se contrapone una situación de especial sujeción del individuo. Esto sirve para distinguir el poder punitivo contenido en el poder disciplinario de otros poderes punitivos públicos o privados(con los cuales se lo identificaba anteriormente con evidente error), consistiendo los mismos en:

1)el poder punitivo del Estado fundado en la supremacía general del mismo, y

2)los denominados poderes disciplinarios privados de los que se dan ejemplos en el Derecho privado(por ej. los que tienen las asociaciones frente a sus miembros), con fundamento contractual y por eso mismo quedan al margen del poder disciplinario de la Administración.

El distinto fundamento del poder punitivo y del disciplinario implica independencia de ambos con las siguientes consecuencias:

1)es admisible el ejercicio simultáneo de los dos sin que por ello se viole el principio non bis in idem,

2)no todos los principios fundamentales que sirven para el ejercicio del poder punitivo general se aplican para el ejercicio del poder disciplinario(por ej.en el caso de responsabilidad disciplinaria no se aplica la norma general del Derecho penal"nullum crimen sine lege,nulla

[illegible] penal[illegible] a [illegible] del Derecho disciplinario, el recurso a aquél no se debe, en virtud de la citada independencia existente, para integrar analógicamente el Derecho disciplinario con el penal, sino para encontrar principios e instituciones que son propios de todo poder punitivo y que en consecuencia pueden ser admitidos en el disciplinario como tales),

3)el ejercicio del poder disciplinario no da lugar, normalmente a actos jurisdiccionales, como ocurre con el ejercicio del poder punitivo penal, sino a actos administrativos, dictados por autoridades administrativas, aún formas también administrativas.

Contenido del poder disciplinario es el poder de castigar con sanciones el comportamiento de los individuos vinculados a la Administración por una relación principal. De dicho comportamiento, que sea tal como para poder afectar el debido desarrollo de la relación, se deduce una falta disciplinaria. Por tanto responsabilidad disciplinaria es la sujeción a la sanción del individuo sujeto al poder disciplinario que haya incurrido en una falta disciplinaria.

La responsabilidad disciplinaria se diferencia de la responsabilidad penal(sujeción a la pena como consecuencia de un hecho constitutivo de delito)y de la responsabilidad civil(obligación de resarcir el daño patrimonial ocasionado a la Administración). Son tres formas distintas, independientes entre sí, pueden coincidir sobre un mismo hecho, y suponen una sanción distinta(sanción disciplinaria, pena y resarcimiento del daño), las que deben ser comprobadas y ejecutadas por procedimientos y autoridades distintas y autónomas.

[illegible] la [illegible]
categoría más amplia de la responsabilidad administrativa que deriva de la violación de cualquier clase de deberes administrativos frente a la Administración, la que supone sanciones administrativas aplicables por las autoridades administrativas. El carácter común a toda clase de responsabilidad administrativa - consecuentemente a la responsabilidad disciplinaria - está dado por la naturaleza administrativa de la sanción, del procedimiento para la aplicación y de la autoridad que la aplica. Dos son pues los elementos que identifican al poder disciplinario: su naturaleza punitiva, por una parte, y su naturaleza administrativa, por la otra.

Falta disciplinaria es el comportamiento del individuo sujeto al poder disciplinario que impide el mejor desarrollo de la relación principal a la que tal poder se vincula. El concepto es amplísimo al no aplicarse el principio "nullum crimen sine lege" y es suficiente cualquier hecho o comportamiento del sujeto capaz de perjudicar el adecuado desarrollo de la relación principal (por ej. violación de los deberes inherentes a un cargo exigidos a los funcionarios, transgresión por un usuario de las normas internas establecidas para la buena marcha del servicio, etc.).

Para que la conducta pueda ser calificada como falta disciplinaria debe ser doble el vínculo entre el comportamiento de un individuo y la relación administrativa particular por la que éste tenga una vinculación con la Administración: la conducta debe unirse de alguna manera con la relación citada, es decir que debe tratarse de una conducta seguida por el individuo respecto al desarrollo de la relación, por un lado, por otro tal conducta debe ser perjudicial para la relación prin

[illegible]
[illegible] Derecho.

El contenido y los principios fundamentales de la acción administrativa.

El contenido de la acción de la Administración pública en nuestra disciplina se relaciona solamente respecto de las actividades de Derecho público con exclusión de toda otra. Además los diversos contenidos, vinculados íntimamente a los fines variables y contingentes que el Estado persigue, que las distintas exteriorizaciones de la acción administrativa puede tener en concreto resultan de los cometidos en función de los cuales aquella se desarrolla. Tales cometidos son los que analizarán en las bolillas XXII, XXIII y XXIV.

Los principios fundamentales de la acción administrativa encuentran, por lo general, su enunciación en normas constitucionales, como sucede con los principios que se deducen de la atribución y reconocimiento de libertades y derechos fundamentales (en la Constitución de Santa Fé por ej. hay normas constitucionales que conciernen a la responsabilidad del Estado, a la tutela de la salud, protección del trabajo, bienestar y seguridad sociales, estímulo y difusión de la cultura, defensa de la familia, la cooperación, ahorro popular, educación, desarrollo e integración económicos, etc.). Hacer una lista completa de estos principios sería inútil, los que, por lo demás se tratarán en las bolillas citadas anteriormente.

No obstante existen algunos principios que por su ámbito general deben ser considerados en esta sede y tales son: A)el principio de legalidad,esencial de la acción administrativa,que está presupuesto implícitamente en el ordenamiento constitucional precisamente en las numerosas reservas de ley enunciadas en la Constitución(arts.14,17, 18,etc.de la C.nac.y,9 y ss.de la C.de S.Fe)en las cuales aparece clara la preeminencia de la ley sobre la Administración y en la exclusión de la posibilidad que la acción de ésta puede eludir en manera alguna el control de los jueces.

Indica el primado de la ley,esto es la sujeción de la acción de los órganos administrativos(y jurisdiccionales) a la Constitución y a las leyes.Este primado tiene,en el Estado democrático,su justificación en la sanción de las leyes por el Parlamento,órgano inmediatamente representativo del pueblo que es la fuente política de la soberanía(art.33 y ss.de la Const. de S.Fé.).

El principio de legalidad implica que,fuera de los derechos y poderes comunes a los otros sujetos jurídicos,ningún posición de poder,de preeminencia o de favor pertenece a la Administración pública si no se los confiere una ley,atribución solo posible cuando no lo impidan normas constitucionales y particularmente normas que reserven ciertas materias a otros Poderes del Estado,precisamente,entre otras,las normas que instituyen "reservas de ley").Salvo que resulte de otra manera de leyes o de reglas tradicionales los entes públicos no disponen de otros poderes públicos que los que una ley les atribuya específicamente.Por otra parte sus propios derechos y poderes(aún públicos)la Administración no puede utilizarlos de modo privilegiado - es decir con modalidades de ventaja respecto a aquellos propios de los demás sujetos

- salvo que [illegible] implícitamente admita - implicancias del [illegible] que sea,por un lado,que las providencias administrativas [illegible] dotados del atributo de la autoritariedad(son actos típicos y nominales,por otro, - que su ejecutoriedad no puede ser considerada expresión de una regla(así como en general la posibilidad de la ejecución administrativa coactiva).

Este principio en un comienzo fué entendido rígidamente y correspondía a la concepción del Poder administrador - como Poder ejecutivo y por ende mismo de la Administración como ejecución.De este modo como las administraciones públicas no habrían podido funcionar se encontraron válvulas en la [illegible] actividad administrativa y en algunos actos administrativos a dictarse sólo en circunstancias extraordinarias [illegible] "ordenanzas de necesidad".

Se afirma que algunos autores [illegible] es difícil sostener - que esta rigurosa concepción del principio de legalidad haya tenido una auténtica vigencia.

En la experiencia contemporánea el principio de legalidad [illegible] tiene un significado diferente más limitado bajo un aspecto pero más afinado bajo otro:corresponde a la - actividad administrativa en cuanto ésta se expresa en actos con contenido autoritario.

De modo tal que el valor del principio de legalidad ha - cambiado,y hoy más que una regla del contenido de la actividad administrativa es una regla del límite de ella - que inserta en la dialéctica de la autoridad y de la libertad.Allí donde la actividad administrativa no expresa tal momento el principio no tiene razón de ser aplicado: así la actividad de "programación"del Estado y de los otros entes públicos hasta que no deba expresarse en providencias autorizatorias o procedimientos formales está/

más acá del principio de legalidad.

6)el principio de accionabilidad: es un principio estrechamente vinculado al de la legalidad y a veces considerado como una manifestación derivada de éste.Implica la accionabilidad general de las situaciones subjetivas del particular frente a la autoridad administrativa.

La Constitución de Santa Fé lo codifica ampliamente estableciendo que"la persona puede siempre defender sus derechos e intereses legítimos,de cualquier naturaleza,ante los poderes públicos,de acuerdo con las leyes respectivas" (art.1,1a.parte).Este es un principio que se afirmó desde el origen del Estado moderno y constituye un principio fundamental que se denomina principio del control judicial de la administración pública,el que encuentra su correlato en la jurisdicción que establece la competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia en el conocimiento y resolución de los recursos contenciosoadministrativos sometidos a declaración en los casos y modos que establezca la ley (art.91,inc.2) y una especificación en la norma que dispone que"en la esfera del derecho público la Provincia responde hacia terceros de los daños causados por actos ilícitos de sus funcionarios y empleados en el ejercicio de las actividades que les competen,sin perjuicio de la obligación de reembolso que establezca la responsabilidad en el caso por las normas del derecho común,en cuanto fueren aplicables"(art.18).

7)Por principio de garantía y de organización.La Constitución de Santa Fé contiene también principios llamados corrientemente de garantía y de organización.Tratase de principios que están previstos por las disposiciones de naturaleza dirigidas a impedir que el legislador ordinario lleve a la práctica potestad para aludir preceptos o principios constitucionales.

Veamos una breve enumeración de los mismos:

1)garantías de independencia de algunos órganos.

La Constitución ha instituido órganos administrativos, es decir creados por ella misma en los arts.81 y 82 (Tribunal de Cuentas y Fiscal de Estado),como órganos auxiliares del Poder ejecutivo,en el sentido que los mismos,aun si elevarse al rango de verdaderos órganos constitucionales,se colocan junto al mismo Poder ejecutivo con atribuciones de control y de defensa y consultivas.Estos órganos son independientes del mismo Poder ejecutivo y de los otros órganos constitucionales.La garantía constitucional comprende las atribuciones(aprobar o desaprobar la percepción e inversión de caudales públicos y declarar las responsabilidades que resulten, Tribunal de Cuentas;tiene a su cargo la defensa de los intereses de la Provincia ante los tribunales de justicia y desempeña las demás funciones que la Constitución o las leyes le encomienden,Fiscal de Estado),la posición de independencia del órgano y de sus titulares(que surgen de su designación -por el Poder ejecutivo con acuerdo de la Asamblea Legislativa -,de la duración de sus cargos - seis años para los miembros del Tribunal de Cuentas y cuatro para el Fiscal de Estado, de la inamovilidad que gozan durante los períodos citados y de las garantías de su remoción ya que sólo puede serlo según las normas del juicio político).

2)reserva de ley acerca de la organización administrativa.De acuerdo al art. 55,inc.23,1a.parte,de la Const.de Santa Fé corresponde a la Legislatura dictar leyes sobre organización de la Administración pública.

Uno de los instrumentos que el P.E. utilizaba para tener funcionarios burocráticos amigos era el de crear y suprimir órganos del Estado de acuerdo a las contingencias políticas.La Constitución emplea una locución

muy lata que sin embargo ha sido entendida en sentido restringido,como ya se ha visto en el desarrollo de la bolilla II.

3)vinculado con éste se encuentra el principio de la previa determinación de la atribución de funciones que surge del artículo 2 de la Constitución provincial puesto que " el pueblo,y los órganos del Estado que él elige y ejercen la potestad de gobierno,desempeñan sus funciones respectivas en las formas y con los límites que establecen esta Constitución y las leyes dictadas en su consecuencia".

4)otro grupo de normas constitucionales se vincula a una exigencia de tutela de los funcionarios y empleados públicos contra la posibilidad de abusos políticos del Poder Ejecutivo.Hasta épocas relativamente recientes el cambio de gobierno importaba el reemplazo total de los funcionarios públicos,lo que se ha atenuado bastante desde hace algunos años con el mejoramiento de las prácticas políticas y el destierro del sistema del "spoyl system".La Constitución establece que la Legislatura dicta el estatuto de los funcionarios y empleados públicos,que incluya,entre otras,garantías de ingreso(implica necesariamente el concurso),tiene como finalidad específica evitar el favoritismo político,estabilidad,carrera e indemnización por cesantía injustificada(art.55,inc.23,2a.parte).Asimismo dispone que los agentes de la Administración pública provincial o municipal que resultaren elegidos diputados o senadores quedan automáticamente con licencia,sin goce de sueldo,por todo el tiempo que dure el mandato(art.52).

5)garantía de posiciones jurídicas de caracteres de entes o de ordenamientos.Distintos preceptos constitucionales están dirigidos a tutelar a los entes territoriales locales(municipios y comunas)en relación a su autogobierno,atribuciones necesarias para una eficaz gestión de los in-

teresses locales [illegible] los recursos financieros suficientes a ese [illegible] como así también en relación a la intervención de los mismos(arts.106,107 y 108).La organización municipal y comunal corresponde a la Legislatura según las bases que la Constitución establece(art. 55 inc.5)no admitiéndose vinculadas a su gobiernos otras ingerencias sobre su condición o sus actos que las establecidas por la misma Constitución y la ley.

D)el principio de buena administración.Este principio es una originalidad de la Constitución italiana.No obstante podemos afirmar que implícitamente se encuentra previsto por la Constitución provincial.

De acuerdo a este principio la acción administrativa debe necesariamente desarrollarse en vista de la realización de una administración eficiente y apropiada.Esto quiere decir que debe desplegarse en vista de la satisfacción de la exigencia del interés colectivo en general (interés público genérico)y el interés colectivo que se encuentra en la base del particular cometido administrativo a actuar en el caso específico(interés público específico:por ej.sanidad,seguridad,instrucción,etc.)debiendo inspirarse para realizarlo en aquellas reglas(no jurídicas) y de conducta(generalmente extraida de las distintas técnicas y de la experiencia vivida)que sugieren cual es el mejor modo para tal realización.Reglas que están destinadas esencialmente a asegurar la rapidez,la simplicidad,y agilidad,la economicidad,el rendimiento y la adecuación de la acción administrativa(entre las reglas técnicas a observar en ocasión del desarrollo del concurso para un empleo entran,por ej.las propias de las disciplinas sobre cuyos conocimientos versan las valoraciones de idoneidad del candidato;entre las reglas recabables de la pasada experiencia entra por ej.la de dis -

tribuir el personal entre los distintos oficios teniendo en cuenta las respectivas aptitudes).

Las mencionadas no son reglas del ordenamiento general -- sino más bién reglas propias del ordenamiento particular de la Administración pública, de modo que su inobservancia no dá lugar a una violación de ley y su aplicación está reservada a la Administración, por eso los vicios derivados de su violación no pueden ser hechos valer nada más que en sede administrativa mediante recursos administrativos. La prescindencia de tales reglas puede ser síntoma de digresión del acto de su propia función institucional (exceso de poder), y, al mismo tiempo, constituye, seguramente, vicio de mérito (precisamente porque se trata de normas no jurídicas es decir extrañas al ordenamiento general). El citado principio encuentra aplicación en el Estatuto de los agentes civiles de la Administración pública de la Provincia (ley 6385) los que deben prestar el servicio en forma regular y continuada con eficiencia, capacidad y diligencia (art.5 inc.b), norma que se repite en el Estatuto del personal civil de la Nación (decreto ley 6666/57, art.6, inc. b).

Del principio descienden importantes consecuencias, como la exigencia - en paridad de condiciones - que la acción administrativa se realice con los medios que aseguren la mayor prontitud, simplicidad, economicidad; la necesidad de una instrucción (sumario) adecuada al caso (ni muy breve, ni dilatada y leguleyamente más allá de las necesidades del caso); la caducidad de los actos administrativos emanados en violación de las reglas técnicas y de otras reglas de buena administración; la revocabilidad y modificación de los actos administrativos inoportunos; los límites de la anulación de oficio y de la convalidación de los viciados etc.

f) el principio de imparcialidad. En base a él y en la realización de los cometidos de interés público asignados a la Administración ésta no debe andar separada del respeto a la justicia (en tal sentido ver el artículo 8 de la Constitución que establece el principio de igualdad formal y sustancial), justicia tanto en la confrontación de los intereses de los particulares con los de la Administración, como en la confrontación de los intereses de los distintos sujetos extraños a la Administración.

Tal principio importa antes que nada que en los servicios públicos gestionados por los entes públicos y de los beneficios que éstos puedan conceder sean admitidos a gozarlos como regla general y en los límites de lo posible, todos los sujetos que tengan título para ello. Importa esto la ilegitimidad de todos los actos de la Administración emanados sin una adecuada ponderación de los diversos intereses públicos implicados y sin tener en cuenta los intereses privados correlativos (piénsese en el caso en que se imponga a un sujeto un sacrificio no indispensable más grave que el mínimo suficiente para satisfacer el interés público en el caso concreto) y la debida comparación de las posiciones subjetivas y de los intereses privados concurrentes. Para la realización de tales exigencias están predispuestas las garantías del procedimiento administrativo y, en particular, la audiencia y el contradictorio de los interesados.

Constituye ulterior aplicación del mismo principio la obligación de los titulares de los oficios públicos de abstenerse de participar en actos en los cuales estén interesados ellos mismos o parientes próximos, como asimismo patrocinar trámites o gestiones administrativas referentes a asuntos de terceros que se encuentren o no a su cargo, etc.. La regla de la obligación de abstención (enun-

ciada expresamente en el Estatuto de los agentes civiles de la Administración pública de la Provincia de Santa Fé en los artículos 6 - al establecer prohibiciones - y 48 - al disponer la excusación de los instructores de sumarios- en los casos que prevé -)debe considerarse aplicable a todos los casos en los que los funcionarios deben proveer y puedan encontrarse por cualquier manifiesta razón de orden objetivo en una posición de no absoluta ecuanimidad respecto a la decisión que debería adoptar o contribuir a adoptar.

En los casos en que existe el deber de abstención de los sujetos expuestos a ser perjudicados por la parcialidad de la autoridad que ha de decidir tienen el derecho de recusar instituto del cual se admite la extensión a los casos en los que la autoridad o colegios administrativos deben formular juicios valorativos y particularmente juicios comparativos acerca de personas.

En relación a estos principios de buena administración e imparcialidad es menester señalar que alguna doctrina moderna(Giannini)objeta la anterior configuración en razón de que así entendido el principio resulta obvio y jurídicamente privado de efectos;como consecuencia para justificar su presencia se quiere ver en él el fundamento del procedimiento administrativo,de las normas de garantía de los oficios y de sus titulares,etc.

Sin embargo tal concepción no es aceptable porque el principio de imparcialidad tiene vigencia en los ordenamientos generales contemporáneos que no conocen el procedimiento administrativo,las normas de garantía,etc.Es por eso necesario limitar el alcance del principio y encontrar en él la prohibición del favoritismo,de tal modo que viene a tener una clara configuración,de principio sobre la potestad

discrecional [illegible] establecer [illegible] el ejercicio no debe valorarse intereses políticos de partes,intereses particulares de grupos de presión públicos o privados,ni puedan ser utilizados favores o venganzas,no establecidos por normas o por directivas legítimas del Parlamento o del Poder ejecutivo.

Históricamente(con contenido preceptivo indiscutible-el de imparcialidad-contra una antigua doctrina que afirmaba su no preceptividad)se afirma en el ordenamiento inglés,como regla la eliminación de la política introducida en la función administrativa por la presencia del poder gubernativo en el mismo vértice.

4.Distinciones de la actividad administrativa.

De la actividad administrativa pueden hacerse varias distinciones las que analizaremos inmediatamente.

a)Según el contenido(tal vez la más importante distinción que pueda realizarse)la actividad administrativa se distingue en:

a")administración activa,pertenecen a ésta todas las actividades mediante las cuales la Administración provee directamente en orden la realización de los objetivos concretos asignados a la acción administrativa.Tales actividades son deliberativas cuando representan el ejercicio de poderes decisorios de la Administración(es decir determinan o contribuye a determinar la voluntad de la Administración),por ej.las decisiones mediante las cuales se dispone el secuestro de ciertas mercaderías;son meramente ejecutivas cuando consisten en la simple ejecución práctica o en concreto de las deliberaciones precedentes,por ej.en la material aprehensión,por parte de los órganos ejecutivos,de las mercaderías se -

[illegible]

b) [illegible] consultivo la [illegible] presentar bajo forma de [illegible] obligatorios o [illegible] a las autoridades [illegible] objeto, a fin de [illegible] ordenamiento o consejo [illegible] inspirado en las reglas de [illegible] o técnico (inspirado en [illegible] técnicas). A veces los [illegible] simultaneamente.

[illegible] los límites consultivos son siempre [illegible] y preventiva de las providencias de la administración pública.

Los dictámenes son recomendativos obligatorios según que [illegible] obligatorio para la autoridad activa [illegible] y [illegible] en consideración antes de pro[illegible] [illegible] los dictámenes obligatorios luego [illegible] autoridad activa debe necesariamente [illegible] conformarse a los mismos, salvo que sean [illegible].

c) La función de control representa actividad de control la dirigida a examinar - según los casos, con arreglo al derecho (control de legitimidad o de vigilancia) o sea sujeción a las reglas de buena administración (control de mérito o de tutela) - lo obrado por los agentes a los cuales están confiados los cometidos de la administración activa.

El control es una figura importante de las relaciones interorgánicas (común también a las relaciones intersubjetivas).

La función de control consiste en la posibilidad de que un órgano revise con fines de reparación o preven-

ción, en vista de salvaguardar los intereses que está llamado a vigilar, perseguidos por otros órganos. El interés a tutelar frente al cual el control se desarrolla puede ser el interés de la comunidad tal como resulta objetivado en el ordenamiento general (de tal género debería ser el interés destinado a inspirar todo control de legitimidad que son confiados a órganos que no se encuentran en una posición de neutralidad), o bien el interés específico inherente a la materia o sector particular, tal cual lo valora la autoridad sometida al control (de este género es el interés que inspira los controles de mérito basándose sobre valoraciones discrecionales; esto resulta que el poder de control de mérito, cuando los órganos que se encuentran comprendidos a él deben uniformarse a los actos en los que se concreta se resuelve en un poder de dirección) o bien el interés en que encuentran aplicación [illegible] técnicas [illegible] materia de este género es el interés que debe inspirar los controles remitidos a órganos técnicos).

[illegible], según su objeto, el control puede examinar los actos particulares o la actividad en general del órgano sujeto al control. En esta última hipótesis se desarrolla a través de inspecciones, intervenciones, encuestas, etc. y puede resolverse en medidas de carácter sancionatorio respecto de los agentes al oficio en cuanto a tales (por ej. revocación o suspensión de la administración ordinaria) o de los agentes al oficio en cuanto personas (por ej. providencias disciplinarias). El control sobre los actos puede ser, a la vez, preventivo o sucesivo, según que se ejercite antes que los actos puedan operar - incidiendo entonces sobre su validez (por ej. mediante autorizaciones), o sobre su eficacia (por ej. mediante vistos, aprobaciones) o después que ellos hayan operado, con la posibilidad de hacer cesar sus efectos (mediante anulación, revocación) o modificarlos (mediante

reforma).

Cuando la autoridad de control tenga la posibilidad de sustituir ella misma, directamente o mediante comisionados, a la autoridad activa que haya incurrido en omisiones, se suele hablar de control sustitutivo (es de hacer notar por otra parte que en estos últimos casos la función de control se detiene en el momento de la determinación de hacer lugar a la "sustitución", mientras mientras que la actividad desarrollada "en sustitución" representa manifestación de administración activa).

Actividad neutra.

Al lado de los tres tipos de actividad que se han citado, existe una serie de actos y operaciones de tipo neutro, de carácter instrumental o secundario, que no son propias y exclusivas del campo de la acción de la Administración pública y que es posible encontrar también en el campo de la función legislativa y jurisdiccional. Entran las notificaciones y publicaciones, los actos de aviso, documentación, registración, certificación y similares.

b) Otra importante distinción de orden general - atinente a la relación entre la acción administrativa y la ley - es la de: a") actividad vinculada y b") actividad discrecional.

La actividad de los entes públicos encuentra en el ordenamiento, además de límites de orden negativo con los cuales también se encuentra cualquier actividad privada (límites destinados a mantener toda acción humana en la esfera de lo lícito), también con límites de orden positivo destinados a mantener dichos entes en los carriles de las finalidades de interés público que le son propias. Tales límites positivos están fijados a veces de modo preciso y detallado, de manera que la Administración está obligada a ajustarse a reglas rígidas e inderogables impuestas a su acción: en estos casos se dice que su actividad es vinculada (por -

ej. el deber [illegible] a los dist[illegible] [illegible] de decidir y a los de [illegible] a los empleados estatales que se encuentran en las condiciones previstas por los Estatutos respectivos; el deber de decidir conforme a derecho los recursos basados sobre motivos de legitimidad, además del deber de ejercer de acuerdo al derecho los controles de legitimidad).

Otras veces se trata de límites más elásticos, en el sentido que la Administración - aun estando inderogablemente obligada, como siempre, a inspirarse en el interés general (interés público genérico), y a perseguir en el caso específico la particular finalidad concreta (por ej. de sanidad, de seguridad, etc.) en función de la cual el poder en cuestión le fué conferido por la ley (interés público específico) - dispone de una cierta posibilidad de determinación, en cuanto el ordenamiento le deja una más o menos amplia posibilidad de elección. O sea en cuanto que el ordenamiento no determina - o no determina exactamente - de que modo, en presencia de la situación hipotéticamente prevista, y de los demás intereses (públicos y privados) en ella comprendidos (de allí que deban ponderarse unitariamente con el interés público primario), la Administración deba orientarse, de modo que en el momento de desarrollar la función, es la misma Administración la que debe poner la norma para el caso singular, norma a la cual, una vez colocada, debe necesariamente atenerse.

La discrecionalidad deja a la autoridad que dispone el poder de valorar los intereses en relación a los cuales deberá ejercitarla, pero prohibe que ésta pueda prescindir de tal valoración. Además debe excluirse que una vez cumplida la valoración la autoridad pueda prescindir de sus resultados (los cuales se convierten por eso en nor-

reforma).

Cuando la autoridad de control tenga la posibilidad de sustituir ella misma, directamente o mediante comisionados, a la autoridad activa que haya incurrido en omisiones, se suele hablar de control sustitutivo (es de hacer notar por otra parte que en estos últimos casos la función de control se detiene en el momento de la determinación de hacer lugar a la "sustitución", mientras mientras que la actividad desarrollada "en sustitución" representa manifestación de administración activa).

Actividad neutra.

Al lado de los tres tipos de actividad que se han citado, existe una serie de actos y operaciones de tipo neutro, de carácter instrumental o secundario, que no son propias y exclusivas del campo de la acción de la Administración pública y que es posible encontrar también en el campo de la función legislativa y jurisdiccional. Entran las notificaciones y publicaciones, los actos de aviso, documentación, registración, certificación y similares.

b) Otra importante distinción de orden general - atinente a la relación entre la acción administrativa y la ley - es la de: a") actividad vinculada y b") actividad discrecional.

La actividad de los entes públicos encuentra en el ordenamiento, además de límites de orden negativo con los cuales también se encuentra cualquier actividad privada (límites destinados a mantener toda acción humana en la esfera de lo lícito), también con límites de orden positivo destinados a mantener dichos entes en los carriles de las finalidades de interés público que le son propias. Tales límites positivos están fijados a veces de modo preciso y detallado, de manera que la Administración está obligada a ajustarse a reglas rígidas e inderogables impuestas a su acción: en estos casos se dice que su actividad es vinculada (por

[illegible] a los distintos [illegible] de derecho y a los de [illegible] a los empleados estatales que se encuentran en las condiciones previstas por los Estatutos respectivos; el deber de decidir conforme a derecho los recursos basados sobre motivos de legitimidad, además del deber de ejercer de acuerdo al derecho los controles de legitimidad).

Otras veces se trata de límites más elásticos, en el sentido que la Administración - aun estando inderogablemente obligada, como siempre, a inspirarse en el interés general (interés público genérico), y a perseguir en el caso específico la particular finalidad concreta (por ej. de sanidad, de seguridad, etc.) en función de la cual el poder en cuestión le fué conferido por la ley (interés público específico) - dispone de una cierta posibilidad de determinación, en cuanto el ordenamiento le deja una más o menos amplia posibilidad de elección. O sea en cuanto que el ordenamiento no determina - o no determina exactamente - de que modo, en presencia de la situación hipotéticamente prevista, y de los demás intereses (públicos y privados) en ella comprendidos (de allí que deban ponderarse unitariamente con el interés público primario), la Administración deba orientarse, de modo que en el momento de desarrollar la función, es la misma Administración la que debe poner la norma para el caso singular, norma a la cual, una vez colocada, debe necesariamente atenerse.

La discrecionalidad deja a la autoridad que dispone el poder de valorar los intereses en relación a los cuales deberá ejercitarla, pero prohibe que ésta pueda prescindir de tal valoración. Además debe excluirse que una vez cumplida la valoración la autoridad pueda prescindir de sus resultados (los cuales se convierten por eso en nor-

ma necesaria de su conducta ulterior).
La elección que se ofrece a la Administración puede recaer a la misma posibilidad de obrar, o a la entidad, o el modo, o el momento de la acción. Es decir, la posibilidad de elección está graduada en una gama muy variada.
Pero como las alternativas quedan de cualquier modo limitadas por la necesidad de realizar el intéres público genérico y el específico, sin perder de vista todos los demás intereses (secundarios) comprendidos, públicos y privados, la acción de la Administración (y de aquí la diferencia con aquella, autónoma, de los particulares) puede ser calificada en tales casos más bien como discrecional, pero no como libre. En los casos en que la Administración dispone de una posibilidad de elección procede dentro de los límites jurídicos ya señalados e inspirándose en las normas no jurídicas que deben guiar su proceder en el caso singular (normas sociales, morales, de buena administración, de corrección administrativa, de dirección política) -a una ponderación del interés específico a satisfacer en la hipótesis concreta con los otros intereses con los cuales aquel entra en contacto; y sobre la base de tal juicio determina la norma del caso singular, escoge el comportamiento a adoptar, y lo adopta (o lo aconseja, o lo propone, etc.).

Discrecionalidad Técnica.

Con la discrecionalidad administrativa - la que importa siempre una valoración y ponderación de intereses públicos, y un poder de elección en orden al obrar (que debe ejercitarse, naturalmente, como se ha dicho, observando las normas jurídicas aplicables al caso) no debe confundirse la llamada discrecionalidad técnica.
Esta no implica valoraciones ni ponderaciones de intereses, ni posibilidad de elección (en orden al obrar) en semejantes casos la elección (del comportamiento a observar) y la valoración de los intereses públicos son efectuadas por el legislador de una vez por todas, a priori y de modo vinculante, y la Administración se remite simplemente una valoración (de los hechos considerados por la ley como presupuestos del obrar) conforme al criterio de conocimientos (por eso de reglas) técnicos, como los de la medicina, de la estética, de la economía, etc. (por ej. juicio sobre la peligrosidad epidémica de una enfermedad, el mérito artístico de un cuadro, el valor económico de una fábrica, el estado de cultivo y la fertilidad de un terreno). Una vez cumplida tal valoración, la autoridad administrativa está vinculada (salvo que disponga también de discrecionalidad administrativa) a proveer del modo que el ordenamiento prevé para la hipótesis que la apreciación técnica contribuye ha hacer reconocer (por ej. cada vez que la autoridad sanitaria prevea el peligro de difusión de la viruela, las dependencias respectivas están obligadas a realizar la vacunación antivariólica).

Comprobación técnica.

Cabe aclarar que no puede hablarse de discrecionalidad técnica en el caso en que el presupuesto de la resolución a adoptar no sea una valoración de hechos y circunstancias suceptibles de distintas apreciaciones de acuerdo a criterios de los actuales conocimientos científicos y técnicos, sino simplemente una comprobación técnica, vale decir la comprobación de un hecho verificable de modo indudable en base a los conocimientos y a los instrumentos técnicos disponibles (por ej. comprobación de la graduación alcohólica de un licor a los fines de la determinación del impuesto interno). En tales casos, en efecto, falta toda apreciación.

Discrecionalidad mixta

La discrecionalidad técnica importa, como se ha advertido, que la autoridad, una vez valorada, según criterios técnicos, una determinada situación, está inderogablemente obligada a resolver de un cierto modo; lo que significa que la valoración existe solamente en un momento anterior respecto al de la determinación relativa a la resolución a adoptar, mientras en orden a ésta la autoridad está rígidamente vinculada.

No faltan, sin embargo, casos en que, además de disponer de una discrecionalidad técnica, la autoridad dispone de una discrecionalidad administrativa (por.ej. orden de sacrificar o de destruir animales infectados que la autoridad competente puede impartir o bien los secuestre o aisle - cuando lo considere, dadas las circunstancias, el medio más oportuno para impedir la difusión de la enfermedad, en los casos de peste bovina, perineumonia contagiosa, fiebre aftosa, viruela ovina, etc.). En las hipótesis de tal género - en las cuales suele hablarse impropiamente de la discrecionalidad mixta - la discrecionalidad técnica y la administrativa quedan, como es natural, sobre dos planos distintos: la primera se refiere a la constatación de la efectiva presencia de la situación de hecho prevista por el legislador para que la autoridad pueda legítimamente adoptar ciertas resoluciones en orden a la satisfacción del interés público confiado a su cuidado (es decir que se refiere al juicio preliminar); la segunda se refiere a la elección del mejor modo de realizar el interés público en la situación de hecho valorada según los criterios técnicos (es decir concierne a la elección del procedimiento).

La legitimidad y el mérito.

Tanto la discrecionalidad administrativa como la técni-

ca de naturaleza [illegible] mérito [illegible] la legitimidad de la acción administrativa, queda, en efecto fuera de éste último, sin entrar en el número, todo aspecto de la actividad administrativa en el cual sea dejada a la autoridad una posibilidad de valoración no sujeta a normas jurídicas (no importa si regulada o no por otras normas). Entra por tanto, por una parte, todo aquello que cae exclusivamente bajo reglas técnicas y reglas de buena administración; por la otra, todo aquello que, aún prescindiendo del cumplimiento de tales reglas, corresponde a las elecciones discrecionales de la Administración en vista de la realización de los intereses confiados a su cuidado. Por esto, con referencia a los distintos aspectos del mérito, pertenecen a éste, y no a la legitimidad de la acción administrativa, no solamente la adopción de una más bién que otra decisión edilicia respecto a un edificio en estado de peligro, más allá del cumplimiento de todas las reglas (jurídicas y no jurídicas) que deben respetarse en orden a tal elección (discrecionalidad administrativa); por la otra, la aplicación de preceptos recabables de la experiencia administrativa en orden a la distribución del personal entre los distintos servicios de un oficio (cumplimiento de las reglas no técnicas de buena administración); por otra, en fin, la valoración de la preparación de los candidatos, que es presupuesto para su promoción en un examen; el juicio estético relativo a una obra de arte o de una belleza natural, que es presupuesto para las resoluciones a adoptar a su respecto según la legislación que autoriza a someter tales bienes a particulares vínculos; el juicio sobre la idoneidad física de los candidatos a un empleo público (observancia de reglas técnicas: discrecionalidad técnica).

Corresponden a la legitimidad de la acción administrati-

va - vale decir, a la conformidad de ésta con las normas jurídicas -conjuntamente con todas las otras comprobaciones acerca del concurso de las condiciones requeridas - por el ordenamiento para que la Administración pueda legítimamente adoptar la resolución de que se trate, también - las meras comprobaciones técnicas indicadas anteriormente. Sería, por tanto, un vicio de legitimidad (y no de mérito) el que invalidaría la imposición de una cierta medida del impuesto aduanero para la importación de una partida de licores, sobre la base de una comprobación errónea a - cerca de la graduación alcohólica de los mismos.

5 Exteriorización de la acción administrativa. Los comportamientos relevantes e irrelevantes.

Consideremos aquí de qué modo la acción de la Administración pública se externoriza o manifiesta, es decir los distintos comportamientos medios a los cuales esta obra. Esta exteriorización se realiza mediante los actos de - los sujetos activos por medio de sus órganos, o sea a través de comportamientos que tengan relevancia jurídica es decir productores de efectos jurídicos. Se excluyen por - tanto los comportamientos irrelevantes o sea aquellos - que no producen efectos jurídicos porque no son considerados por el ordenamiento -salvo eventualmente, bajo el - aspecto de la responsabilidad penal civil, administrativa y política de los agentes -, como por ej. las invitaciones los saludos, los mensajes, las declaraciones, las proclamas, que a menudo las autoridades dirigen a los ciudadanos, a las Fuerzas Armadas, a consejos, a autoridades y personalidades extranjeras en ocasión de fiestas conmemorativas, - de visitas, de acontecimientos particulares. Lo mismo puede decirse, al menos para buena parte, de los votos, mociones y ordenes del día (puras y simples manifestaciones de sentimientos) aprobados a veces por los cuerpos colegia -

dos.

Tales actos o comportamientos mediante los cuales se exteriorizа la acción administrativa son: actos jurídicos (me - ros actos y negocios), operaciones y comportamientos. Los - primeros pueden ser actos de Derecho público o Derecho privado, de modo tal que la Administración puede valerse de - estos medios en su acción. No obstante no todos los comportamientos de la Administración adquieren relevancia jurídica en el ordenamiento general ya que sólo algunos producen modificaciones de situaciones jurídicas en éste o inciden sobre el modo de producirse tales modificaciones. En el ordenamiento general sólo tienen relevancia los comportamientos externos o sea aquellos que obran frente o con relación a otros sujetos y los comportamientos internos que inciden de cualquier manera sobre la legitimidad de - los comportamientos externos condicionándolos (por ej. la omisión de un dictamen obligatorio de un cuerpo consultivo, aun cuando agota su acción en los interno de la Administración, mora el acto externo). Los otros comportamientos internos agotan su función en el ámbito de la Administración y no influyen en las relaciones externas (por ej. nada importa que el Ministro haya sido aconsejado o no, antes de proveer, por el Director general del ramo de la administración interesada).