

Actos administrativos que emanan de personas públicas no estatales y personas privadas

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

Este cambio trajo aparejada una modificación de la concepción filosófica acerca del rol del Estado y, como consecuencia de ello, el Congreso de la Nación sancionó la Ley 23696, conocida como «Reforma del Estado», dejando de lado el viejo concepto estatista¹.

A raíz de esta Ley se produjeron numerosas investigaciones² que sirvieron para producir un sensible cambio en el Derecho positivo y en la jurisprudencia acerca del órgano emisor del acto administrativo, lle-

* Profesor Titular Plenario de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho y C.S. Universidad Nacional de Córdoba (R.A.). Director del Instituto de Derecho Administrativo de la misma Facultad. Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (R.A.).

¹ José Roberto DROMI, *Reforma del Estado y Privatizaciones*, Bs. As., 1991, t.omo I, pp. 33 y ss.

² Guy CARCASSONE, Roberto DROMI, Jorge VANOSSI y Pierre SUBRA, *Transformaciones del Derecho Público*, Bs. As., 1994; Nidia Karina CICERO, *Servicios Públicos: control y Protección*, Bs. As., 1996; Daniel M. NALLAR, *El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público*, Bs. As., 1999, entre otros.

gando a la conclusión que los actos administrativos podían emanar tanto de las personas jurídicas públicas estatales, personas jurídicas públicas no estatales y personas jurídicas privadas.

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

Así, una corriente —entre los que se encuentran los extintos Profesores de Derecho Administrativo Dres. Rafael BIELSA³ y Miguel S. MARIENHOFF⁴— sostiene que el acto administrativo emana de una autoridad administrativa en ejercicio de la función administrativa.

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

A su vez, el Dr. Juan Carlos CASSAGNE⁶, Profesor también de la Universidad Nacional de Buenos Aires, aclara que las personas jurídicas no estatales celebran actos y contratos regidos por el Derecho Privado, *salvo* en lo que respecta a las relaciones con la Administración o el servicio público que tuviese a su cargo.

La otra corriente —en la que me encuentro enrolado— se inclina por una postura abierta, es decir, por la posible existencia de actos administrativos emitidos por entes no estatales, y podemos citar entre los autores a distinguidos administrativistas españoles: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ⁷, Fernando GARRIDO FALLA⁸, José GARCÍA-TREVIJANO FOS⁹, como argentinos, entre los cuales puedo citar: agustín GORDILLO¹⁰, Julio RODOLFO COMADIRA¹¹, Tomás HUTCHINSON¹², y Miriam M. IVANEGA¹³ entre otros.

³ Rafael BIELSA, *Derecho Administrativo*, Bs. As., 1947, tomo I, pp. 201 y ss.

⁴ Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Bs. As., 1966, tomo II, pp. 218 y ss.

⁵ Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Bs. As., 1993 tomo II.

⁶ Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, 5.ª ed. tomo I, pp. 394 y ss.

⁷ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos*, Madrid, 1977, p. 254.

⁸ Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1987, tomo I, p. 50.

⁹ José GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Los actos administrativos*, Madrid, 1991, p. 123.

¹⁰ Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5.º ed., tomo I, pp. 18 y ss.

¹¹ Julio Rodolfo COMADIRA, *Derecho Administrativo*, Bs. As., 1996, pp. 28 y ss.

¹² Tomás HUTCHINSON, *Las Corporaciones Profesionales*, Bs. As., 1982, pp. 96 y ss.

¹³ Miriam M. IVANEGA, «Acto administrativo de Entes Públicos no Estatales», en ob. Col. *Acto Administrativo y Reglamento*, Ed. RAP, Bs. As., 2002, pp. 403 y ss.

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

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

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

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

Así también los contratos que realice con particulares tampoco serán considerados contratos administrativos, sino que su naturaleza es privada y, por lo tanto, las resoluciones que se dicten en virtud de dichos contratos serán simples actos jurídicos, siéndoles –por lo tanto– inaplicables la Ley de Procedimientos Administrativos, n.º 19549 (ver Fallos: tomo 312, p. 238, entre otros).

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

Con esta nueva concepción, es indudable que el órgano judicial que controlará la regularidad de la decisión tomada por la persona jurídica pública no estatal variará según se esté en presencia de un acto administrativo o de un acto jurídico regido por las normas y principios del Derecho Privado, pues en el primer caso el Juez será aquel que ten-

ga competencia en lo Contencioso-Administrativo, y en el segundo supuesto, el Tribunal con competencia en lo Civil y Comercial.

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

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

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

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

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

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

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

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

Las normas precedentemente citadas son útiles para llegar a la conclusión que las personas jurídicas privadas que ejercen función administrativa por mandato legal dictan actos administrativos que, a los fines de gozar de la presunción de legitimidad¹⁴, deben respetar los principios y normas del Derecho Público en general, y del Derecho Administrativo en especial.

Hablar de presunción de legitimidad es manifestarse a favor de la presunción de regularidad del acto, o sea, que el acto en principio ha

¹⁴ Juan Carlos CASSAGNE, *ob. cit.*, tomo II, p. 228.

sido dictado de acuerdo a los requisitos establecidos por las normas reglamentarias vigentes y, por lo tanto, habrá de producir las consecuencias jurídicas que éstas señalan.

Es por todos conocido que, según la doctrina mayoritaria administrativista que impera en nuestro país y en el extranjero¹⁵, la presunción de legitimidad produce algunas consecuencias trascendentes, como es la prohibición que los jueces decreten de oficio la invalidez del acto administrativo.

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

Otros autores sostienen que el fundamento está dado en el principio de la separación de los poderes, al no resultar admisible dentro de nuestro régimen constitucional que los órganos judiciales tengan facultades para conocer y juzgar de oficio la actividad administrativa, pues ello alteraría profundamente el sistema de frenos y contrapesos, y el equilibrio, en suma, que debe regir entre los órganos que ejercen el poder estatal¹⁶.

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

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

El Derecho positivo argentino, en el orden nacional como provincial, ha consagrado la existencia de la presunción de legitimidad como un carácter propio del acto administrativo¹⁷.

Como todo acto administrativo, goza también de otro de los caracteres que la doctrina reconoce, que es el principio de **ejecutoriedad**¹⁸, que consiste en la facultad de los órganos estatales y no estatales que ejercen la función administrativa para disponer la realización o cum-

¹⁵ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 9.ª Ed., tomo I, pp. 568 y ss.

¹⁶ Ampliar en Tomás HUTCHINSON, *Ley Nacional de Procedimientos administrativos*, Bs. As., 1987, tomo I, pp. 241 y ss.

¹⁷ LNPA, art. 12; Mendoza, Ley 3909, art. 79; La Pampa, Ley 951, art. 50; Córdoba, Ley 6658, art. 100, etc.

¹⁸ Juan Carlos CASSAGNE, *ob. cit.*, tomo II, pp. 232 y ss.

plimiento del acto, sin intervención judicial, dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico.

En esta línea de pensamiento y también con relación a otro de los caracteres del acto administrativo, como es la «ejecutividad», es importante destacar que la Ley Nacional 13577-to 20324 y Decreto Reglamentario 999/92, que regula la Concesión de la Prestación del Servicio de Agua Potable de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, especialmente prevé la atribución del concesionario de emitir certificados de deuda con fuerza ejecutiva, cuyo cobro judicial se puede efectuar mediante el procedimiento de ejecución fiscal legislado en los artículos 604, 605, concordantes y correlativos del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación¹⁹.

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

La doctrina y jurisprudencia actualmente imperante en la Argentina afirma que el concesionario de un servicio público se encuentra investido de un poder que le ha conferido la autoridad administrativa, actúa por delegación estatal y, por lo tanto, tiene una serie de derechos y de obligaciones que hace una década atrás era inadmisibles. Así, por ejemplo, el concesionario tiene atribuciones para aplicar sanciones como las multas, cortes del servicio, aplicar intereses punitivos y recargos, todo ajustado a las facultades que le otorga el Pliego General de Condiciones, el Régimen Tarifario y el Contrato de Concesión²⁰.

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

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

¹⁹ Ver Cám. Cont. Adm. y Trib. de la Ciudad Autónoma de Bs. As., Sala II, in re *Aguas Argentinas S.A. c/ Comisión Municipal de la Vivienda*, del 22.04.03, DJ del 18.02.04, p. 377.

²⁰ Ver Sent. n.º 205, del 08.11.1999, de la Cám. Cont. Adm. 1.ª Nom. de la Ciudad de Córdoba en los autos *Aguas Cordobesas S.A. c/ Provincia de Córdoba – P.J.*

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

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

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

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

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

Por lo precedentemente expuesto soy de opinión que los Tribunales con competencia en lo contencioso-administrativo pueden conocer y resolver las impugnaciones a los actos administrativos que dicten los concesionarios de servicios o de obras públicas, en cuanto específicamente atañen a una prestación del servicio o de la obra²¹.

El afectado por alguno de estos actos administrativos puede acudir a la Sede Judicial mediante la acción contencioso-administrativa de plena jurisdicción en virtud de encontrarse vulnerado un derecho sub-

²¹ José Roberto DROMI, *Reforma del Estado y Privatizaciones*, Bs. As., 1991, tomo 3, p. 63.

jetivo de carácter administrativo, en el plazo que cada Código procesal establezca.

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

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

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

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

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

Avalan esta posición los nuevos Códigos Contencioso-Administrativos (o Código Procesal Administrativo) dictados en distintas provincias de la República Argentina, pudiendo citar como ejemplo el de la Provincia de Buenos Aires²², así como el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mediante el cual se reglamentó el control judicial de los actos administrativos emanados de estas personas jurídicas.

²² Art. 1.º: «Corresponde a los Tribunales Contencioso Administrativos el conocimiento y decisión de las pretensiones que se deduzcan de los casos originados por la actuación u omisión, en el ejercicio de funciones administrativas de los órganos de la Provincia, los Municipios, los Entes descentralizados y otras personas con arreglo a las prescripciones del presente Código». A su vez, en el art. 2.º se dice que el Tribunal es competente para las controversias que «...se susciten entre prestadores de servicios públicos o concesionarios de obras públicas y usuarios, en cuanto se encuentran regidas por el Derecho Administrativo».