



Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

www.derecho.unam.mx



DIEZ, Manuel María. *Derecho Administrativo. Tomo II* Bibliografía Omeba, Buenos Aires, 1965, 615 pp.

Estábamos seguros y lo seguiremos estando que la tarea que se propuso realizar Manuel María Diez de un Tratado de Derecho Administrativo, que se anunció estar

formado por varios volúmenes, no era una simple promesa. Con satisfacción hemos recibido el Tomo II de su Derecho Administrativo. Nos fue difícil resistir al deseo de comentar, como lo hemos hecho con el Tomo I, los juicios, conceptos e ideas del autor vertidas en esta parte de su magnífica obra.

Los temas comprendidos en el volumen se desarrollan en 22 capítulos. Bien podemos decir, en forma de resumen, que son 3 los temas que dominan: Organización Administrativa, Actos Administrativos y Contratos Administrativos, a propósito de los cuales surgen numerosos tópicos.

El primer tema básico se comprende en los tres primeros capítulos, a saber: Organización Administrativa — Centralización — Desconcentración — Descentralización y Organización Administrativa Argentina.

Con todo acierto dice el autor "que la materia de la Organización constituye en los momentos actuales una de las preocupaciones mayores que se presentan en todos los ordenamientos jurídicos estatales" (Pág. 17). Nuestro ordenamiento jurídico se incluye entre ellos, como puede comprobarse a través de las continuas reformas a que se han sometido las normas de organización de la Administración Pública del país, así como por el nacimiento múltiple de organismos autónomos.

Sobre organización administrativa nos dice que es "el conjunto de normas que regulan las atribuciones, la composición y el funcionamiento de un aparato administrativo. Su finalidad esencial es la coordinación entre los distintos organismos" (Pág. 21). Sosteniendo como principios fundamentales a toda organización: el de coordinación, el de gradación o jerárquico y el funcional. Haciendo descansar sobre el primero la eficacia misma de la Administración.

Se toca un punto de suma importancia el cual es relativo a las normas que rigen la Organización Administrativa.

Se reconocen a este respecto 2 clases de normas: las técnicas y las jurídicas, dejando fuera de toda duda que la Organización Administrativa únicamente necesite o requiera de unas u otras. En esto mismo ve el autor el gran nexo que existe entre el Derecho Administrativo y la Ciencia de la Administración, que no siempre se diferencian en la práctica, en los tratados y en la cátedra. Dentro de las jurídicas se constata las de origen constitucional, legal y reglamentario.

Se habla de los caracteres de la Organización Administrativa, con los que no estamos de acuerdo en todo, como lo es por ejemplo el llamado de la procedencia. Se anotan varias clasificaciones de organizaciones administrativas, que como todas las de su índole resultan un tanto relativas.

Del principio de coordinación deriva el principio de la competencia, conceptuando a éste como "el conjunto de atribuciones, de poderes y de facultades que les corresponden en comparación con los demás órganos" (Pág. 29). Imputa la competencia al órgano, entregándosela al titular de ésta, pero el autor no establece la diferencia clara entre el órgano y su titular. Expone algunas características generales de la competencia, determina las varias formas de ejercicio: por un órgano, por dos o más concurrente o alternativamente. Distingue con bastante acierto la diferencia que existe entre las nociones de capacidad de las personas físicas y la competencia de los órganos administrativos. Termina examinando algunas clasificaciones que la doctrina hace de la competencia.

Seguramente que entre las cuestiones de mayor interés que se examinan están las 2 instituciones de la avocación y delegación. La primera es el acto por medio del cual

el superior jerárquico, por sí mismo, asume funciones que competen al inferior. La segunda, es cuando el superior jerárquico encarga la resolución de un asunto que le compete, al inferior. Desgraciadamente el autor dedica toda su atención a la segunda y casi se olvida de la primera, pues sólo en escasa página se ocupa de ella.

Sería muy útil que nuestra vigente Ley de Secretarías y Departamentos de Estado recogiera este concepto de la avocación y fijara sus condiciones de operación, pues se ahorrarían muchos problemas de competencia y sobre todo contribuiría a dar más flexibilidad a la relación que guardan entre sí numerosos órganos administrativos y certeza jurídica, a la relación entre éstos y los administrados.

A propósito de la delegación administrativa, el autor distingue con nitidez poco común, la delegación de competencia de la delegación de firma; asimismo evita que ésta se confunda con la suplencia legal. Emite como muy personal la opinión de que cualquiera que sea la delegación, de competencia o de firma, debe estar autorizada siempre por Ley y no por simple decreto. Nosotros diríamos que más bien habría que estar a sí la competencia por delegar se fija por Ley o por decreto, pues no existiría obstáculo alguno para que se delegara por decreto, una competencia fijada por otro.

Abundando en su propósito de configurar mejor la delegación administrativa apunta su diferencia con la Desconcentración Administrativa, considerando a ésta como una solución de reparto de competencia, en lo cual no estamos de acuerdo, ya que la Desconcentración no está inspirada en ese motivo. Igualmente la diferencia de la suplencia legal y de la representación.

Al referirse al principio jerárquico y su consecuente poder jerárquico, establece varias diferencias con relación al contralor administrativo que se ejerce no sobre órganos inferiores sino sobre órganos distintos, autónomos, como son los Descentralizados.

Atención especial ha merecido de nuestra parte el Capítulo II que se dedica a los distintos tipos de organización administrativa. Después de exponer los conceptos de cada uno de éstos, establece en forma conveniente las diferencias que guardan entre sí. En esto disintimos del autor, pues se afirma que los organismos Desconcentrados carecen de personalidad jurídica. Creemos que dicha afirmación no puede formularse en términos tan absolutos, ya que además de ser un concepto fundamentalmente doctrinal, la práctica o realidad administrativas de varios países imponen la idea de que sí es posible atribuirles personalidad jurídica, sin mengua de su carácter "centralizado". Por otra parte al examinar el concepto de organismo descentralizado deja entrever la poca uniformidad que la doctrina tiene sobre el mismo, resultando un concepto muy precario.

Además de las nociones de cada organización administrativa, se fijan las ventajas y los inconvenientes que la doctrina imputa a cada una. Entre las afirmaciones que sostiene el autor a este respecto, destacan las que hace a propósito de la Desconcentración Administrativa. Y así nos dice que esta última: "debe ser establecida por norma jurídica que tenga el mismo rango jurídico de aquélla que había atribuido la competencia que se trata de desconcentrar. Como que la competencia es atribuida a la Administración por la Ley, es sin duda éste el procedimiento, la Ley, para llegar a la Desconcentración... No puede hablarse de Desconcentración por medio de normas administrativas pura y simplemente, ya que la Administración no puede, por sí sola, transferir facultades que le han sido acordadas por una Ley formal. La Desconcentración, en consecuencia, para ser llevada a cabo, tiene que ser efectuada por el órgano administrativo en virtud de una Ley que le confiera facultades especiales para casos determinados o en mérito a una Ley general que le permita desconcentrar las facultades que le han sido

conferidas" (Págs. 74 y 75). Estas palabras actualizan un problema que se presenta cada vez con mayor frecuencia y complejidad en nuestro Derecho ¿es al órgano legislativo o al órgano ejecutivo a quien corresponde o compete crear organismos administrativos, modificar la Organización Administrativa?

En forma ordenada y sistemática se dedica el autor a estudiar las diversas formas de Organización Administrativa.

Con exposición sencilla y clara caracteriza la Centralización Administrativa, apuntando las ventajas e inconvenientes de la misma. Llamándonos la atención que entre las primeras haga figurar la siguiente frase: "Por medio de la Administración Centralizada se realizan economías en la prestación de los servicios, ella es, en realidad un vivero de administradores hábiles y probos". (Pág. 70). Dudamos mucho que este resultado se obtenga dentro de esa forma de organización.

Muchos comentarios y reflexiones nos ha suscitado el examen de la Descentralización Administrativa, empero sólo aludiremos a unos y en la mayoría a guisa de opinión. Compartimos con el autor su afirmación categórica de que la Descentralización supone independencia con respecto al poder central, la cual se reafirma con la inexistencia de poder jerárquico alguno entre ellos. Esta autonomía o autarquía se traduce en un gobierno por sí y en una administración directa de los intereses del Estado, es decir, que se trata de organismos autárquicos que forman parte de la Administración y administran directamente los intereses que les son propios.

Aun cuando se tratan con el mismo interés jurídico las dos grandes categorías de Descentralización: la territorial o por región y la por servicio o institucional, sólo nos ocuparemos de esta última. Tras de exponer sus ventajas y desventajas, llega el autor a la siguiente conclusión: "es obvio que a pesar de los inconvenientes de las entidades descentralizadas institucionalmente, la experiencia demuestra que éstas se siguen creando cada vez en mayor número. Muchos de los inconvenientes a que nos hemos referido podrían salvarse con un control adecuado del órgano central" (Pág. 86). Efectivamente, aquélla es una realidad por la que atraviesan las administraciones modernas y éste, el del control, el problema que no se ha superado. En nuestro país se tuvo la oportunidad de superar éste y otros problemas de igual importancia al discutirse en las Cámaras Legislativas en diciembre pasado el proyecto de Ley enviado por el Ejecutivo para el control de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal. Mucho se habían experimentado y plenamente comprobado, los defectos no sólo técnicos de la Ley de la materia de 1947. Sin embargo la situación sigue igual con la vigente Ley de 1966, persisten los mismos problemas y errores, que el legislador mexicano puso al margen ignorando su importancia nacional para preferir ocuparse, como se viene acostumbrando, de adjetivar en grado superlativo al partido oficial y sus fines revolucionarios así como a la Patria, la que a nuestro parecer no necesita más colores que los de su bandera. Sólo se remozó la Ley de 1947.

Refiriéndose al problema que plantea la Constitución argentina de no contener disposición expresa que autorice al legislador para crear organismos autárquicos, no hace el autor más que pintar la misma situación que se deriva de nuestra Constitución. Es tal vez coincidencia que ambas Constituciones den a pensar y a tratar de resolver si los Organismos Descentralizados deben ser creados por Ley siempre o si también puede hacerse por simple decreto del Ejecutivo. La solución, después de una serie de consideraciones y argumentos, es concluyente, es al legislador a quien compete en forma exclusiva su creación. Es bien conocida la práctica que impera en nuestro medio jurídico

de utilizar el decreto del Ejecutivo como fuente u origen de numerosos organismos públicos descentralizados, con todas las consecuencias jurídicas y económicas criticables por muchos conceptos.

Expresando cuales son los elementos de la entidad autárquica institucional (organismos descentralizados por servicio) Diez señala como primero la personalidad jurídica de derecho público que es la que les permite realizar fines públicos propios del Estado. ¿Cómo saber en cada y en todo caso si un órgano tiene esa personalidad? Siguiendo el criterio contable y no precisamente jurídico de Connois en su obra *La Noción de Establecimiento Público en Derecho Administrativo Francés*, concluye diciendo: es persona jurídica pública aquella cuyas cuentas son aprobadas por un organismo público (Pág. 100). Que es lo mismo: entidad autárquica institucional u organismo descentralizado por servicio es aquél cuyas cuentas son aprobadas por un organismo público. Desde luego manifestamos no estar de acuerdo en todo esto, pues se trata de un punto de vista mas que de un criterio útil para todos los casos. Su relatividad se exhibe en nuestro Derecho porque son numerosos los ejemplos de organismos descentralizados cuyas cuentas son aprobadas por ellos mismos y no por otro organismo.

Nos parece equivocada la idea de hacer comparaciones y tratar de establecer diferencias entre los entes autárquicos institucionales y los establecimientos públicos, pues ello equivale a confundir el todo con la parte o uno de sus elementos. La autarquía es una característica o cualidad que se atribuye o reconoce en los organismos que se gobiernan por sí, como son los establecimientos públicos, pero por sí sola, la autarquía, no es un ente, frente a otros entes.

Desdibujada como se haya la Descentralización Administrativa, sin solución para muchos de sus rasgos, la doctrina y algunas legislaciones han ido agregando otras organizaciones cuya fisonomía jurídica no se define totalmente. Así tenemos lo que el autor llama Empresas del Estado, Sociedades del Estado y Sociedades de Economía Mixta. No entendemos por qué, y no se explica. Manuel María Diez use la frase Empresas del Estado, en lugar de Empresas Públicas o Empresas de Estado, porque la palabra *del* es más bien atributiva que denotativa. Creemos que los términos apropiados debieron ser: Empresa Pública, que se acomoda perfectamente a la definición que en la obra que comentamos se da de Empresas del Estado: "son personas jurídicas públicas que prestan servicios públicos comerciales e industriales o realizan actividades de igual naturaleza con un objeto económico, y generalmente tienen el monopolio de la actividad mercantil de que se trata" (Pág. 121).

Sin exagerar podemos decir, que unidas a esa definición, las características que atribuye Diez a las Empresas del Estado nos dan como resultado el concepto de Empresa Pública, tal como se emplea en la doctrina francesa esta voz e inclusive en simple sinonimia con otras expresiones francesas como las de establecimiento público industrial o comercial o sociedad de Estado, expresión última que como afirma Chenot no es más que una manera de encubrir verdaderos establecimientos públicos industriales o comerciales.

Más importante que determinar el régimen jurídico de Derecho Público y de Derecho Privado a que están sometidas las empresas públicas o empresas del Estado, hubiera sido que Diez, con igual información bibliográfica que acostumbra nos resolviera por qué son públicas estas empresas, ya que no basta decir para ello: porque son parte de la Administración, pues él mismo admite que hay empresas que sin formar parte del Estado son públicas.

Entrando a la segunda parte del tomo que estudiamos o sea a la teoría general del acto administrativo, destacamos el concepto formal que adopta expresamente el autor para definir este último. Dice de él: "es una declaración unilateral de un órgano de Poder Ejecutivo en ejercicio de su función administrativa que produce efectos jurídicos con relación a terceros" (Pág. 204). Como se ve la definición no es tan formal, prueba de ello es que nos habla de declaraciones precisamente unilaterales y de que el acto administrativo como tal sólo produce efectos contra terceros, cosa última que nos parece equivocada dentro de un concepto que se tilda formal y, aún desde el punto de vista material.

Llevado por este falso formalismo y más que todo para seguir en una de sus más puras tradiciones a la doctrina francesa, rectifica la opinión de su tratado sobre los actos administrativos e incluye dentro de aquel concepto a los reglamentos, que formalmente son actos administrativos no así materialmente. Las consecuencias que fácilmente se pueden derivar de esa concepción formalista son absurdas como la de tener que aceptar como actos administrativos los actos legislativos dictados por el Poder Ejecutivo en uso de facultades extraordinarias y, la de rechazar como tales los actos administrativos que realizan los otros Poderes, el Legislativo y el Judicial. Francamente preferimos al autor del Tratado de los Actos Administrativos, al respecto.

Decir que el procedimiento administrativo es un conjunto de reglas que rigen la elaboración de los actos administrativos (Pág. 233), es pecar de simplista e incurrir en grave confusión. El procedimiento administrativo no es un conjunto normativo o de reglas, está constituido por un conjunto o serie de actos administrativos, que obviamente se mueven dentro del clima de la Ley. Así tal procedimiento se convierte en un cauce o vía legal que debe seguirse para elaborar actos administrativos. Aún así la noción de este procedimiento es incompleta. La función del procedimiento administrativo no se agota en la mera elaboración del acto administrativo. El procedimiento se instaura por igual para imponer un camino legal a la Administración en la realización de su conducta como para garantizar los derechos de los administrados bien en forma de "audiencia" o de procedimiento idóneo para impugnar los actos de la Administración ante ella misma (recursos administrativos). Llama la atención que el autor no haya dedicado más espacio al estudio de este tema que unas contadas páginas.

Al hablar del silencio administrativo Díez afirma que si el administrado recurre a la vía jurisdiccional, una vez transcurrido el término para que opere la presunción del caso, la Administración ha perdido ya su competencia para pronunciarse y le está vedado tomar cualquier decisión (Pág. 253). Juzgamos que las consecuencias no son tan absolutas, la Administración puede dictar resolución favorable al administrado y el proceso iniciado carecerá de materia, sin que se pueda imputar de inválida tal resolución.

Refiriéndose a la forma como elemento del acto administrativo, Díez, sostiene que la publicación se aplica a los actos con contenido general, por ejemplo los reglamentos, y la notificación para los actos individuales (Pág. 268). Esto no es tan exacto. En algunas legislaciones como la nuestra frecuentemente se prescribe la publicación de resoluciones administrativas, por ejemplo las agrarias, revocaciones, autorizaciones, permisos, etc.

No es del todo satisfactorio el fundamento que Manuel María Díez aporta para la justificación de la ejecutividad de los actos administrativos, o sea: las exigencias del concreto interés público puesto en juego (Pág. 284). En muchos actos de particulares

se pone en juego el mismo interés público y no podríamos obviamente llegar a pensar en su "ejecutividad". Habría que tener en cuenta más bien que la falta de esa ejecutividad en los actos administrativos que así lo requieran haría ineficaz al Poder Ejecutivo, dejando esa ineficacia en manos de otro Poder, el Judicial.

Seguramente que entre las opiniones nuevas que el autor vierte en esta obra, abandonando las de su tratado sobre el acto administrativo, es la que expone acerca de la revocación administrativa en la que no estamos en lo más mínimo de acuerdo. Decir por ejemplo que la revocación (Pág. 304) procede por razones de legitimidad y que la invalidación corresponde dictarla al órgano jurisdiccional, es desvirtuar tales conceptos e instituciones. La revocación procede únicamente por motivos de oportunidad o conveniencia y consiste en el retiro unilateral que hace la propia Administración del mundo jurídico de un acto plenamente válido. En cuanto a la invalidez que dicte un órgano jurisdiccional de un acto administrativo, es totalmente independiente de la que puede dictar la Administración, que puede o no estar sujeta a la revisión de aquél órgano.

Pero más que todas esas aseveraciones ha sido más desafortunada la que hace Díez en su página 305: "Si se tratara de un acto regular, vale decir sin vicios, firme, del que hubieran nacido derechos subjetivos a favor de los particulares, este acto no podría ser abrogado ni revocado por la Administración, queda firme en sede administrativa y en sede jurisdiccional". Decimos tal porque si bien en la mayoría de los casos cuando el acto administrativo ha creado derechos a favor de terceros la Administración no puede revocar por sí sus actos, esto no le impide recurrir a los tribunales (proceso de lesividad). Admitir el juicio del autor es desconocer, maniar la acción de un poder estatal como lo es el Judicial.

Dentro de igual radicalismo se coloca su idea de que los actos totalmente vinculados a la Ley no pueden ser revocados, es totalmente inexacto.

Incurriendo en vicio de voluntad Díez atribuye a la voluntad, como elemento del acto administrativo, vicios de índole subjetiva y objetiva. Sobre los primeros estamos de acuerdo, pero sobre los segundos expresamos absoluto desacuerdo. Lo que llama vicios de origen de la voluntad (funcionarios de hecho) nada tienen que ver con la voluntad, se trata de simples hechos jurídicos a los que se reconoce o no efectos de derecho. Algo semejante acontece con los vicios en la preparación de la voluntad, esos vicios no son más que actos que preceden a la formación del acto administrativo y cuyo conjunto forman el procedimiento administrativo. Por último los que se denominan vicios en la formación de la voluntad, son concretamente lo que el mismo autor llama condiciones suspensivas, cuya realización o no resulta irrelevante a la emisión misma de la voluntad del acto, son en su terminología actos válidos pero ineficaces.

No queremos alargar este comentario a los contratos de la Administración, que forman la tercera parte, pues nos llevaría más espacio del permitido. Sí en cambio subrayamos nuestra felicitación al jurista Mannel María Díez por lo provechosa que resulta siempre la lectura de sus obras, en que además de su valiosa información bibliográfica se abordan los temas con pleno conocimiento de los mismos y su exposición se ve enriquecida con las múltiples apreciaciones y proposiciones personales del autor, hechas en lenguaje sencillo, claro y preciso.

Alfonso NAVA NEGRETÉ
Profesor de la Facultad de Dere-
cho de la U. N. A. M.