

LIBROS DE TEXTO PARA ESTUDIANTES UNIVERSITARIOS

# Naturaleza Jurídica de las Cooperadoras



2009



*José Roberto SAPPÀ*

[ 2009 ] LIBROS DE TEXTO PARA ESTUDIANTES UNIVERSITARIOS

# Naturaleza Jurídica de las Cooperadoras

*José Roberto SAPPÁ*

Sappa, José Roberto  
Naturaleza jurídica de las Cooperadoras. - 1a ed. - Santa  
Rosa : Universidad Nacional de La Pampa. Facultad de Ciencias  
Económicas y Jurídicas., 2010.  
135 p. ; 15x21 cm.

ISBN 978-950-863-127-5

1. Economía Social. 2. Cooperadoras. I. Título  
CDD 303.34

Fecha de catalogación: 25/11/2009

## **LIBROS DE TEXTO PARA ESTUDIANTES UNIVERSITARIOS**

### **Naturaleza jurídica de las cooperadoras**

**AUTOR:** José Roberto SAPPA

Diciembre de 2009, Santa Rosa, La Pampa

Coordinación general de Diseño y Diagramación:  
Gabriela HERNÁNDEZ (DCV-EdUNLPam)

Diseño de Interior: Florencia MIRASSÓN

Impreso en Argentina  
ISBN 978-950-863-127-5  
Cumplido con lo que marca la ley 11.723  
EdUNLPam - Año 2009  
Cnel. Gil 353 PB - CP L6300DUG  
SANTA ROSA - La Pampa - Argentina

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA**

Rector: Sergio Daniel MALUENDRES

Vice-rectora: María Estela TORROBA

**EdUNLPam**

Presidente: Luis Alberto DÍAZ

Director de Editorial: Rodolfo David RODRIGUEZ

**Consejo Editor**

Sergio Aldo BAUDINO

Alicia María SÁENZ

Mirta Adriana KONCURAT

María Graciela ELIGGI

Alicia Graciela KIN

Edith Ester ALVARELLOS de LELL

Lía Mabel NORVERTO

José Manuel CAMIÑA

Griselda Isabel CISTAC

Mónica Alejandra BOERIS



<b>Introducción.....</b>	<b>9</b>
<b>Capitulo I: Definicion de Ente Publico No Estatal</b>	
<b>1.- El paradigma analitico y las personas de origen privado que ejercen funciones administrativas.....</b>	<b>17</b>
1.1.- Clasificación de las denominadas personas públicas no estatales.....	18
1.2.- Conceptos doctrinarios de Ente Público No estatal.....	21
1.2.1.- Rechazo de la categoría de ente público no estatal .....	21
1.2.2.- Aceptación de la categoría de ente público no estatal .....	23
1.2.2.1. Satisfacción de Fines Específicos del Estado.....	23
1.2.2.2. Titularidad Estatal del Capital .....	26

1.2.2.3. Encuadramiento del Ente en la Administración Pública .....	30
1.3.- Definiciones dadas por la Jurisprudencia y por la Procuración del Tesoro de la Nación..	32
1.4.- Definición de Ente Público No Estatal....	39
1.4.1- Personas Jurídicas de origen privado o públicas, creadas por acto estatal (Ley, ordenanza u otro acto de autoridad pública) o por contrato o Acto constitutivo privado, reconocido por el Estado.....	40
1.4.2- Personas Jurídicas de origen privado o públicas que no integran la estructura estatal, ni pertenecen a la Administración Pública centralizada, desconcentrada o descentralizada .....	45
1.4.3- Personas Jurídicas de origen privado o públicas destinadas a cumplir total o parcialmente fines públicos que originariamente pertenecen al Estado.....	47
1.4.4- El Estado por delegación transfiere a estas Personas Jurídicas de origen privado o público funciones administrativas, gozando estos entes de ciertas prerrogativas de Poder Público.....	52
1.4.5- Personas Jurídicas de origen privado o públicas controladas en su cometido público por la autoridad Estatal.....	55
1.4.5.1 Control en el ámbito de la Nación..	56

1.4.5.2 Control en el ámbito de la Ciudad autónoma de Buenos Aires.....	57
1.4.5.3 Control en el ámbito de la Provincia de La Pampa.....	61

## **Capitulo II: Derecho Comparado**

<b>2.- Personas Jurídicas Privadas en cumplimiento de Funciones Estatales en el Derecho comparado....</b>	<b>69</b>
2.1.- La doctrina y jurisprudencia en Francia..	70
2.2.- La doctrina y jurisprudencia en España...	74
2.3.- La doctrina y jurisprudencia en Italia.....	79

## **Capitulo III: Acto administrativo de entes públicos no estatales aplicación a las cooperadoras.**

<b>3.- Actos Administrativos de Entidades Públicas no estatales y de personas de origen privado.....</b>	<b>83</b>
--	-----------

## **Capitulo IV: Contratos administrativos de los entes públicos no estatales.**

<b>4.- ¿Existen contratos administrativos entre personas públicas no estatales y particulares?.....</b>	<b>91</b>
4.1.- Etapas en la elaboración doctrinaria de la Corte.....	92
4.2.- Breve referencia acerca de las disidencias doctrinarias en el concepto de contrato administrativo.....	96
4.3.- El Contrato Administrativo como acto jurídico.....	99



4.4.- Excepciones Jurisprudenciales al criterio subjetivo. Entes públicos no estatales.....	102
<b>CapituloV: Dominio de las obras realizadas por las cooperadoras.</b>	
5.- Dominio Público de las Obras realizadas por intermedio de Cooperadoras.....	111
5.1.- Teoría Propietarista.....	113
5.2. Teoría Potestativa de intervención del Estado.....	117
5.2.1 El caso de la Provincia de La Pampa...	119
<b>Conclusión.....</b>	<b>123</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>129</b>



## Introducción

Las numerosas y crecientes actividades que el Estado tiene asignadas han producido un formidable impacto en las formas de gestión, que, obviamente, alcanza a los modelos institucionales y categorías jurídicas nacidos como respuesta a necesidades diferentes.

El Estado puede complementarse en el ejercicio de sus funciones con estructuras del campo de la economía social, apoyándose en organizaciones sin fines de lucro. Esto le permite resolver problemas estructurales de financiamiento, de gestión, de transparencia y, además, dedicarse al objeto para el que fue creado el organismo público de que se trate. Haremos referencia a una de estas organizaciones más tradicionales e inserta en la comunidad como son las cooperadoras.

La razón en la elección obedece a la frecuente utilización que realiza el Estado de estas instituciones que si bien, no son creadas por él, vienen a reforzar el principio de participación de los particulares en el cumplimiento de cometidos públicos.

Sin embargo, dado que con frecuencia se alude a las cooperadoras sin delimitar, con precisión, su carácter jurídico y las consecuencias que respecto al Estado y los particulares acarrea dicha atribución, establecimos la necesidad de investigar a la luz de la doctrina, de la jurisprudencia nacional y extranjera y de la legislación, la naturaleza jurídica de las cooperadoras. Sin perjuicio del enfoque general sobre el tema, hemos planteado estas inquietudes en el ámbito de la Provincia de La Pampa, donde las cooperadoras se han constituido, como un medio idóneo para la realización de múltiples actividades vinculadas a los fines públicos.

La cooperación no es nueva, siempre ha existido como una actividad complementaria de las instituciones. Hasta ahora el desarrollo y éxito final de una cooperadora ha estado relacionado principalmente con los vínculos de los integrantes de la misma con funcionarios, empresarios, representantes gremiales, vecinales y otros actores sociales. De esos vínculos dependía el éxito de las actividades que emprendían.

Pero lo que se trata ahora es de la formalización de la cooperación como una estrategia permanente para el abordaje de problemáticas importantes. El punto de partida de esta formalización es encontrar intereses comunes entre distintos sectores e instituciones que permita dar sustentabilidad a modalidades de gestión conjunta que, además de hacer más transparente

la actividad del Estado, sea más económica, participativa y exitosa.

La cooperación no resulta de una simple actitud solidaria, ni es producto de un acto voluntario de repercusiones mediáticas. La cooperación requiere de un gran esfuerzo institucional, jurídico y económico para concretarla, haciendo de varias voluntades institucionales una gestión única con objetivos comunes, metodologías de trabajo consensuadas y compatibles y procedimientos de evaluación de resultados mutuamente aceptados. Ello requiere de instrumentos jurídicos, administrativos que es necesario crear o reformular, para dotar al Estado de herramientas que hagan más eficiente su gestión.

Los integrantes de las cooperadoras son particulares y están ellos sometidos, en el cumplimiento de los fines estatal es, a un régimen especial, de derecho público. Asimismo, las cooperadoras no integran la estructura de la Organización administrativa. Por lo tanto encuadrar a las Cooperadoras como un ente público no estatal, es el objeto de estudio del presente trabajo.

Advertimos desde ya que resulta necesario diferenciar el concepto de cooperadora del de cooperativa, mientras que esta última, es una empresa en la que todos los socios poseen un interés común, se asocian libremente, y en la que los esfuerzos y beneficios se dividen en proporción a su participación respectiva, la primera es una asociación, por

lo general, de origen privado, carente de objetivos económicos en la que se da una cooperación entre los socios, quienes no pertenecen a estas sociedades con fines económicos.

Asimismo, es dable distinguir a esta institución intermedia (cooperadora) de las ONG (Organizaciones no gubernamentales). Esta última es una entidad de carácter privado con fines y objetivos definidos por sus integrantes, mientras que en la cooperadora el cumplimiento de los fines públicos son determinados en la delegación del cometido por la Administración.

Por ello, analizaremos también que como tipo de asociación de origen privado como ente no estatal, la publicación de aquella en el cumplimiento del cometido público delegado por el Estado -aún cuando no forma parte de la organización administrativa- produce la descongestión del obrar administrativo.

En el presente trabajo y luego de abordar el concepto de Entes Públicos No Estatales bajo el prisma del paradigma analítico, trataremos de demostrar que las cooperadoras constituyen una forma de descongestión del Estado.

A partir del estudio de la doctrina y la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, consideraremos el clásico dilema de si los entes no estatales dictan actos y celebran contratos administrativos, si las obras que realizan con fondos

públicos, se incorporan como bienes del dominio público del Estado y qué controles son los que puede ejercer sobre su actividad.



# Capítulo **1**

## Definición de Ente Público No Estatal





## 1.- El paradigma analítico y las personas de origen privado que ejercen funciones administrativas.

El propósito de estas páginas es analizar el uso de la expresión “personas públicas no estatales” a la luz de la doctrina, jurisprudencia y dictámenes de la Procuración del Tesoro de La Nación y, a partir de allí, reelaborar una definición de tal concepto que permita el estudio o análisis posteriores. Por lo tanto el plan de trabajo será determinar qué significado ha tenido dicha locución en el desarrollo jurisprudencial, analizar brevemente cada una de ellas y procurar establecer una definición o conceptualización que permita algún desarrollo posterior en la descongestión Estatal que se aborda en el presente trabajo.

A esos fines se utilizará el instrumental que suministra el método analítico para analizar las disputas terminológicas, para describirlas apropiadamente o estipular un uso conveniente de los

términos”.<sup>1</sup> Este paradigma nos enseña que al preguntarnos qué son los entes públicos no estatales, no puede responderse desde posturas esencialistas o metafísicas que procuren descubrir en las cosas ciertas notas que constituyen a las mismas, sino que el camino será observar e identificar los modos en que se usa la palabra por la que nos preguntamos.

“Definir una palabra es establecer su significado. Para ello esta corriente filosófica, que rechaza el conocimiento metafísico, sostiene que la definición debe referirse a las palabras y no a las cosas. Al definir no se debe buscar las características esenciales del objeto que una palabra denota, sino que se deben establecer las condiciones de aplicabilidad de esa palabra, es decir, las características definitorias que hacen que la palabra pueda ser aplicada a una clase de cosas. Las características definitorias de una cosa, para ser alcanzadas por una palabra, se toman del uso lingüístico y no del objeto que denotan, pues no todas las propiedades de un objeto son definitorias”.<sup>2</sup>

### 1.1.- Clasificación de las denominadas personas públicas no estatales.

La aparición de entes a los que se le transfieren ciertas actividades que le competen al Estado, aun cuando estuvieran conformados por personas

<sup>1</sup> Vigo Rodolfo L. “Interpretación Constitucional” Pág. 226

<sup>2</sup> Gonzalez Leahy, José M “Filosofía Analítica” Pág. 99

físicas directamente interesadas en aquellos cometidos, tuvo su fundamento en la necesidad de ganar en eficiencia, ante la expansión de actividades que había tomado para sí el Estado.

La doctrina clásica sostenía que las personas públicas eran del Estado, creadas por el Estado y para el Estado. Esto llevaba a una perfecta coincidencia de los conceptos de persona pública y entidad estatal. En otras palabras: toda entidad estatal era pública y toda persona pública era necesariamente estatal. Como corolario, si una entidad no era estatal, forzosamente se regulaba por el derecho privado; no podía ser pública.

Ante este fenómeno Sayagues Laso sostuvo “El concepto tradicional pudo ser exacto durante el siglo pasado, cuando existían solamente las entidades estatales territoriales. No lo es ahora porque, como ya hemos dicho, existen entidades no estatales reguladas indubitablemente por el derecho público...”<sup>3</sup> “...personas colectivas que indudablemente no son estatales, que no pertenecen a la colectividad ni integran la administración pública, sea porque su propia naturaleza resulta incompatible con la calidad estatal. No obstante dichas instituciones en todo o en parte se regulan por normas de derecho público”<sup>4</sup>.

Este proceso caracterizado por la transferencia de cometidos estatales a estos entes de base privada,

<sup>3</sup> Sayagues Laso, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I, 4 Edición, Montevideo 1974, p. 175

<sup>4</sup> Sayagues Laso, Enrique, Tratado de derecho administrativo, op. Cit., p. 174.

se intensifica con motivo del abandono del modelo abstencionista estatal.<sup>5</sup>

De esta manera, mientras se delegaban actividades típicamente estatales a entes regidos en principio por el derecho privado, se crean entes de propiedad estatal que, por excepción, deberían regular su actividad no por el derecho público sino por el derecho privado. Es decir que a los primeros se los dotó de ciertas prerrogativas que dieron lugar a la aplicación parcial del derecho público respecto de éstos y a su vez a los segundos, si bien eran de propiedad estatal, el legislador trató de apartarlos de las estructuras administrativas a fin de que desarrollen sus actividades dentro de los moldes propios del derecho privado.<sup>6</sup>

Todo este complejo de entes administrados por medio de regímenes jurídicos diversos, hizo que se quebrara aquel esquema clásico que identificaba a personas públicas con entidad estatal, por lo que, en consecuencia, la distinción entre personas públicas y privadas no puede hacerse sobre la base de su calidad estatal o no estatal, sino en razón del régimen jurídico en que se mueven: si se regulan por el derecho público, en todo o en parte, serán personas públicas; si, exclusivamente, por el derecho privado serán personas privadas.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Canosa Armando "Algunas reflexiones acerca de las denominadas Personas Públicas no Estatales", ED, T. 152, pág. 232

<sup>6</sup> Canosa Armando "Algunas reflexiones acerca de las denominadas Personas Públicas no Estatales" op. cit.

<sup>7</sup> Sayagues Laso Enrique op. Cit.

## 1.2.- Conceptos doctrinarios de Ente Público No estatal.

El carácter no estatal de los entes públicos ha dividido a la doctrina nacional. Barra, Canosa, Hutchinson, entre otros, rechazan esta categoría, mientras que Linares, Marienhoff, Cassagne, Comadira y Gordillo la admiten. <sup>8</sup>

### 1.2.1.- Autores que rechazan la categoría de ente público no estatal

Uno de los argumentos para negar la existencia de esta categoría sostiene que la naturaleza jurídica pública del ente le viene dada por la relación jurídica que ocupa en virtud de la justicia distributiva. Por consiguiente, no hay otras personas públicas que las estatales. Suponer lo contrario lleva a introducir a los particulares (“no estatales”) en el ámbito de la realización del bien común, alterando la unidad y monopolio del poder político, que le corresponde al Estado como su causa formal y violando el orden de distribución de competencias impuesto por el principio de subsidiariedad.<sup>9</sup>

Sostiene Rodolfo Barra que el hombre, por su propia naturaleza social ha ido creando instituciones que van satisfaciendo sus exigencias vitales.

<sup>8</sup> Ivanega Miriam, “Principios de la Administración Pública” Editorial Abaco de Rodolfo Depalma pág. 106.

<sup>9</sup> Barra, Rodolfo, “Principios de derecho Administrativo”, Editorial Abaco, buenos Aires, 1980, ps. 185/186.

El proceso de *publicatio* de actividades hizo que muchos e importantes cometidos de tradicional responsabilidad de estas entidades intermedias fuesen asumidos por el Estado, a través de la Administración Pública.

Por consiguiente, una vez producido este proceso de *publicatio*, las agrupaciones sociales constituidas para realizar esas actividades, ahora convertidas “de interés público”, se encuentran capacitadas para desarrollar esos cometidos sin que los mismos dejen de interesar o comprometer al Estado.<sup>10</sup> A las entidades intermedias que realizan la actividad que nos ocupa, las denomina entidades de cogestión o autogestión administrativa, según el caso, no siendo estatales, sino personas jurídicas privadas.<sup>11</sup>

De igual modo Hutchinson sostiene que todo ente no estatal –con excepción de la Iglesia Católica- es persona privada. La ventaja que presenta esta clasificación radica en que sólo hay que buscar los criterios distintivos para determinar cuando un ente es estatal o no. Al determinar que es estatal será por consiguiente público, caso contrario será persona privada.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Barra sostiene que la “publicación” de las actividades es irreversible, de ahí que el Estado (Administración Pública) no pueda desentenderse del desarrollo de esa actividad, que generalmente formará parte de los cometidos materiales pertenecientes a la función administrativa. Pero en lugar de llevarla a cabo con su propia estructura organizativa, aprovecha la estructura de las agrupaciones sociales privadas para cumplir con tales cometidos.

<sup>11</sup> Barra define a la cogestión-administrativa como aquella participación de la entidad intermedia en entes u órganos de la Administración Pública (centralizada o descentralizada) de tal manera que aquella actúe en el cumplimiento de determinado cometido junto a órganos administrativos específicos. Y autogestión-administrativa en cambio, a la gestión materialmente administrativa que es llevada a cabo en forma exclusiva por la entidad intermedia.

<sup>12</sup> Hutchinson, Tomas “Las Corporaciones Profesionales”. Fundación de derecho Administrativo, Buenos Aires 1982, pág. 55.-

Fiorini no conceptualiza a dichos entes, más bien menciona el problema que ello acarrea, ya que la determinación de los entes que deben ser excluidos de la calificación de sujetos estatales es cada vez más amplia, pues en los últimos tiempos han proliferado diversas entidades de difícil ubicación en una clasificación dogmática.<sup>13</sup>

### 1.2.2.- Autores que aceptan la categoría de ente público no estatal

Los autores que aceptan la clasificación de personas públicas no estatales se diferencian a partir de distintos criterios: a) Satisfacción de Fines Específicos del Estado, b) Titularidad Estatal del Capital y c) Encuadramiento del Ente en la Administración Pública.

#### 1.2.2.1. Satisfacción de Fines Específicos del Estado

Marienhoff, coincide con la posición de Sayagues Laso en distinguir entre persona jurídica pública y persona estatal, de donde resulta que una entidad puede no formar parte de la Administración Pública y ser, sin embargo, persona jurídica Pública.

<sup>13</sup> Fiorini Bartolomé, "Manuel de Derecho Administrativo" Pág. 162 Ed. La Ley 1968



Para distinguir las categorías de personas jurídicas entre públicas y privadas los entes deben responder al siguiente criterio:

- a) Obligación del ente hacia el Estado de cumplir sus fines propios, que han de ser de “interés general”, pero sin que sea necesario que coincidan en todo o en parte con los fines específicos del Estado. Lógicamente, en lo que a los “fines” del ente respecta, debe admitirse una diferencia entre los que cumple la persona jurídica pública “estatal” y los que satisface la persona jurídica pública no estatal.
- b) Otorgamiento al ente de ciertos derechos de poder público;
- c) Control constante del Estado sobre el ente;
- d) La creación del ente no es indispensable que provenga del Estado. Puede ser de origen privado. En este aspecto, hay una diferencia esencial entre la persona jurídica pública estatal y la persona jurídica pública no estatal: mientras la primera es indispensable ser creada por el Estado, las últimas pueden o no serlo;
- e) El patrimonio de la entidad puede pertenecer total o parcialmente a las personas que lo integran. Pero los integrantes de la entidad no tienen sobre dicho patrimonio

los mismos derechos que poseen los socios de una sociedad privada sobre el capital social;

- f) La forma del ente –corporación, fundación, etcétera- carece de influencia en esta materia.

El autor antes citado<sup>14</sup> distingue entre la persona pública estatal de la no estatal por los siguientes datos:

Persona jurídica pública estatal:

- a) El origen es siempre estatal.
- b) Sus fines son fines esenciales y específicos del Estado.
- c) Emiten actos administrativos.
- d) Sus órganos personas son funcionarios o empleados sometidos a una relación de derecho público.
- e) Su patrimonio es del Estado, pudiendo integrarse el mismo por bienes del dominio público o del dominio privado.
- f) Tienen prerrogativas propias de la Administración Pública, especialmente la potestad de imperio, ejercida ésta en nombre propio.
- g) para el cumplimiento total de su actividad.

Las personas jurídicas públicas “no” estatales:

---

<sup>14</sup> Marienhoff, Miguel, ob cit. Pág. 380.

- a) Su origen o creación puede responder a un acto del Estado o de los particulares.
- b) Sus “fines”, si bien han de ser indispensablemente de “interés general” no es menester que coincidan en todo o en parte con los fines específicos del Estado, tratase de un interés general menos intenso que el que satisface el Estado como función esencial y propia de él.
- c) Sus órganos personas no son funcionarios o empleados públicos, en consecuencia, no se rigen por el derecho administrativo.
- d) Sus actos o decisiones no son actos administrativos
- e) Su patrimonio no es totalmente del Estado, aunque parte puede ser de éste
- f) Por la índole de la actividad que ejercen, están sometidas a un control más o menos riguroso por parte del Estado.
- g) Pueden poseer cierto poder coactivo o de imperio sobre los administrados o particulares que actúan dentro del ámbito en que el ente ejerce su actividad.

#### 1.2.2.2. Titularidad Estatal del Capital.

Este criterio es sostenido por Agustín Gordillo quien define como entes públicos no estatales a

aquellas personas “en las que participan en mayor o menor medidas los particulares pero que por estar sometidas a un régimen especial, de derecho Público, son calificadas como “públicas”<sup>15</sup>

Para determinar si un ente es estatal o no lo es Gordillo estipula la utilización de la palabra “estatal” a “la participación de titulares privados de capital, dentro de una entidad en la cual también es titular el Estado, no permite normalmente a éste otorgarle a ella un régimen demasiado especial de privilegios y prerrogativas, en cambio cuando el Estado es el único titular del capital de una entidad, el tratamiento de ésta por el orden jurídico y administrativo es netamente diferenciado a los efectos de su régimen económico, presupuestario, impositivo, aduanero, cambiario, bancario, crediticio, etc.”<sup>16</sup>

El autor distingue dentro de las personas jurídicas no estatales aquellas que tienen participación estatal y las que carecen de ella y a su vez dentro de cada grupo señala muchas especies diversas.

A los entes con participación estatal Gordillo los divide en:

- a) Sociedad de economía mixta, con potestades o privilegios públicos. Se aplica principalmente a aquellas empresas regidas por la ley 12.962 que establece un régimen especial, ello no significa, que no puedan existir otras formas de sociedad mixta no

<sup>15</sup> Ivanega Miriam, “Principios de la Administración Pública” Editorial Abaco de Rodolfo Depalma pág. 106.

<sup>16</sup> Gordillo Agustín “Tratado de derecho Administrativo” fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, T 1 XIV-14.

alcanzadas por dicha ley, pero a las que no se aplicará tal denominación.<sup>17</sup>

- b) Sociedad anónima con participación estatal mayoritaria. Estas sociedades requieren, de acuerdo con el decreto-ley 19.550, que por lo menos el 51% de las acciones sean de propiedad del Estado, quien además designa el directorio.<sup>18</sup>
- c) Asociaciones dirigidas. En este caso se encuadran los entes creados por el legislador para prestar determinados servicios sociales o asistenciales dentro del gremio del personal de un servicio estatal, y establece una participación estatal en el control y dirección del ente, como asimismo determinadas ventajas o privilegios; son en la Argentina, las llamadas “Obras sociales”.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Gordillo Agustín, ob. Cit. Cap XVI - 28 el autor sostiene que “La sociedad de economía mixta regida por la Ley 12.962 puede tanto perseguir fines públicos típicos, como realizar actividades de índole económica, comercial o industrial (art. 2º). En primer caso la sociedad será una entidad pública no estatal; en el segundo una entidad privada”

<sup>18</sup> Gordillo Agustín ob cit. Según el autor “si bien el artículo 311 admite que el Estatuto disponga la designación de uno o más directores por la minoría, y establece que en caso de que el capital privado alcance el 20% del capital total los accionistas privados tendrán representación proporcional en el directorio, lo cierto es que la hipótesis no se presenta habitualmente, dada la práctica argentina de constituir bajo este régimen sociedades de capital enteramente estatal, con lo cual no estamos ante una sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, esto es, un tipo de sociedad mixta, sino ante una sociedad exclusivamente del Estado.”

<sup>19</sup> Gordillo Agustín, ob cit el autor califica a estas entidades en no estatales, pues el capital es en parte de los afiliados o asociados, pero sí públicas (pues tienen un régimen de derecho público), ellas no pueden ser asimiladas a las sociedades de economía mixta, ya que a pesar de que existe una coparticipación del Estado con particulares, dicha participación estatal no lo es a los fines de actuar conjuntamente en la prestación de determinada actividad o servicio, sino más bien de control, para asegurar la continuidad y permanencia de la institución a pesar de los cambios que pueda sufrir la entidad gremial a la cual sirve. El otro aspecto, este tipo de entes, a pesar de estar destinados a “afiliados” son meramente receptores o beneficiarios de la actividad del ente, sin participar plenamente en su dirección y administración: concretamente, las autoridades de la obra social no son nombrados por los afiliados, sino por el Poder Ejecutivo, lo que quita al ente su carácter corporativo. Por ello se las llama también “asociaciones dirigidas”.

A los entes estatales sin participación estatal los divide en dos grupos:

- a) Corporaciones públicas, en general, asociaciones (organizadas en base a la cualidad de miembro o socio de sus integrantes) que han sido compulsivamente creadas por el Estado para cumplir determinados objetivos públicos, y sometidas a un régimen de derecho público, particularmente en lo que se refiere al control del Estado y a las atribuciones de la corporación sobre sus asociados.

A este grupo los subdivide en:

- a.1) Colegios profesionales<sup>20</sup>;
- a.2) Sindicatos, cooperativas, cámaras comerciales o industriales, etc. Cuando tienen un régimen de derecho público.<sup>21</sup>
- b) Fundaciones e instituciones públicas no estatales: Son entes similares a los anteriores en cuanto a su carácter público pero no estatal, mas difieren de ellos en que carecen de ese carácter corporativo (gremial, asociacional). Se incluirá aquí la Iglesia, ciertas

<sup>20</sup> Gordillo Agustín ob cit. En esta categoría el autor incorpora a los colegios profesionales, “cuando tienen asociación compulsiva determinada por la Ley, control de la matrícula, poder disciplinario sobre sus miembros, etc.”

<sup>21</sup> Gordillo Agustín ob cit. “Es necesario destacar que, al igual que en lo que se refiere a las órdenes o colegios profesionales, estas entidades pueden existir tanto como asociaciones puramente privadas (caso en el cual no corresponderá incluirlas dentro de las corporaciones públicas) con agremiación libre y en general atribuciones comunes de derecho privado, o estar creadas compulsivamente por el Estado, con afiliación obligatoria y ciertas facultades de poder público, será en este en este último caso y de acuerdo con los criterios diferenciales enunciados que corresponderá considerarlas “Corporaciones públicas”.

fundaciones de derecho público (por ejemplo, la Fundación di Tella), etcétera.

### 1.2.2.3. Encuadramiento del Ente en la Administración Pública.

Cassagne opina que las personas jurídicas públicas son o no estatales según que pertenezcan o no a los cuadros de la Administración Pública, conforme a las normas vigentes sobre organización administrativa.<sup>22</sup>

A los efectos de verificar dicho encuadramiento será fundamental analizar la naturaleza de las relaciones o vínculos que ligan a la entidad con la Administración Central y la amplitud de la ingerencia o control de ésta sobre aquella.<sup>23</sup>

Para desarrollar este trabajo y sosteniendo las bases conceptuales antes expuestas se tendrá en cuenta más de un fundamento para determinar el carácter de entes públicos<sup>24</sup>, pudiendo señalarse como sus principales características las siguientes:

- a) Generalmente, aunque no siempre, su creación se efectúa por Ley;
- b) Persiguen fines de interés público;
- c) Gozan, en principio, de ciertas prerrogativas

<sup>22</sup> Cassagne Juan Carlos "Las entidades estatales descentralizadas y el carácter público o privado de los actos que celebran", LL, T 143, pág. 1172 y sig.

<sup>23</sup> Sayagues Laso, Enrique, op. Cit, t I, pág. 387

<sup>24</sup> Escola, Hector, "El interés público. Como fundamento del derecho administrativo, Depalma, Buenos Aires, 1989, p 289.

de poder público. Así, la obligación para las personas por ellas alcanzadas de afiliarse o incorporarse a la entidad creada o contribuir a la integración de su patrimonio;

- d) Las autoridades estatales ejercen un controlador intenso sobre su actividad. En cierta medida, el Estado controla su dirección y administración;
- e) Por lo general, su capital o recursos provienen principalmente de aportaciones directas o indirectas de las personas afiliadas o incorporadas a ellas;
- f) Quienes trabajan en ella no son funcionarios públicos.<sup>25</sup>

El último carácter que Cassagne incluye para definir a la persona jurídica pública no estatal es que las decisiones que dictan sus órganos no constituyen actos administrativos.

Cabe adelantar que en el presente trabajo se adhiere a la posición de Comadira al sostener el mismo que parece coherente aceptar, en atención a la unidad de su régimen jurídico que si parte de la función administrativa se confiere a un ente no estatal, “el acto que importe su desenvolvimiento debe ser considerado, al menos genéricamente, como un acto jurídico administrativo”.<sup>26</sup> Esta conclusión se desarrollará en el punto 2 del trabajo.

<sup>25</sup> Cassagne Juan Carlos “Derecho Administrativo “ Tomo I Ed. Lexis Nexis - Abeledo Perrot

<sup>26</sup> Comadira, Julio R., “Ley de Procedimientos Administrativos comentada y anotada, La Ley, Buenos Aires, 2003, ps. 185 y 186.



### 1.3.- Definiciones dadas por la Jurisprudencia y por la Procuración del Tesoro de la Nación.

La Corte Suprema de Justicia describe la realidad imperante con respecto al ente, sin conceptualizarla. Teniendo en cuenta los cinco tipos de definiciones dados por Irving Copi<sup>27</sup>. Se considera que la corte Suprema no define teóricamente, entendiendo ello como la formulación adecuada de los objetos a los cuales se aplica una palabra; Es decir no persigue decidir sobre el significado (estipulativo) ni informar sobre su uso (lexicografico), sino que intenta, a partir de una teoría que explique la realidad, dar una definición a la palabra.

Los siguientes fallos son ilustrativos de lo anteriormente dicho:

- a) Así en 1979, la Corte tuvo que expedirse sobre la naturaleza jurídica del Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario en causas en que se trataba la aplicación de la Ley 21.296 que incluía en el artículo 1 de la Ley 21.260 y 1 de la 21.274 al personal de determinadas entidades públicas no estatales. En el mencionado fallo se tuvo en cuenta para definir a este Instituto como ente público no estatal, no solamente la normativa referenciada, sino el elemento teleológico del mismo ya que describe que no sólo las

<sup>27</sup> Copi, Irving M. "Introducción a la Lógica" Eudeba. (1994). Sobre las definiciones. Págs. 134 y ss.

personas estatales cumplen fines de utilidad pública, sino también aquellas que son de singular trascendencia para la comunidad.<sup>28</sup>

- b) Asimismo ocurrió para el caso específico del Colegio público de Abogados de la Capital Federal, en la causa “Meliton Ferrari”<sup>29</sup> de 1986, donde la Corte admitió la constitucionalidad de la delegación en organismos profesionales, del control del ejercicio regular de la profesión y de la aplicación de un régimen disciplinario.

En el mismo fallo, se menciona que lo que define la naturaleza jurídica de una Institución son los elementos que realmente la constituyen y las facultades que la ley otorga, cualquiera sea el nombre que el legislador o los particulares le atribuyan. En definitiva, el Colegio no es una asociación que se integra con la adhesión libre y espontánea de cada componente, sino una entidad destinada a cumplir fines públicos que originariamente pertenecen al Estado y que, por delegación, le fueron transferidos.

- c) La Corte consideró en “Farmacia Roca” que los actos o decisiones de los órganos del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados en tanto

<sup>28</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación autos: “Arnoldo Jose Epelbaum v. Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario” T 301 pag. 562/566. Sentencia in re B. 658 “Blanco, Hector A. Y otro c/Inst. de Serv. Soc. para el Personal Ferroviario s/despido” de fecha 17 de abril de 1979

<sup>29</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación autos “Alejandro Meliton Ferrari c/ Nación Argentina (PEN)” Fallos 308:987.

entidad de derecho público no estatal, “no son administrativos, máxime cuando tiene por objeto el establecimiento de vínculos contractuales con particulares (..) En consecuencia, la Ley de Procedimientos Administrativos 19.549 no es aplicación al trámite de investigación relacionado con el cumplimiento de las obligaciones convencionales o las causales de suspensión o rescisión del contrato, sin perjuicio del derecho de las partes para hacer valer sus derechos por la vía que corresponda”.<sup>30</sup>

d) El criterio jurisprudencial sustentado en la causa “Ferrari” se reafirma en una acción ejecutiva por cobro de cuotas adeudadas por un abogado matriculado sosteniendo la Corte que el Colegio Público de Abogados funciona con el carácter, derechos y obligaciones de las personas de derecho público, cumpliendo un cometido administrativo para el que lo habilita la ley de creación remitiéndose el máximo Tribunal al dictamen del Procurador General, quien consideró de aplicación el artículo 17 de la Ley 23.187.<sup>31</sup>

e) Otro ente público no estatal tratado por la Corte Suprema es el caso de los Partidos Políticos, que fuera tratado por el fallo

<sup>30</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación autos “Farmacia Roca S.C.S. c/ Instituto Nacional de Seguridad Social para Jubilados y Pensionados s/ Contencioso Administrativo”, Fallos 312:234

<sup>31</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación autos “Colegio Público de Abogados de Capital Feral c/ Benjamín Martínez Echenique” Fallos 315:1830

“Apoderados de Partido Liberal, todos por la Alianza, Pacto Autonomista Liberal y Democracia Progresista”<sup>32</sup>.

El Alto Tribunal de Justicia analizó a los partidos políticos en su condición de auxiliares del Estado y consideró su naturaleza jurídica como “organizaciones de derecho público no estatal, necesarias para el desenvolvimiento de la democracia”.

No parece dudoso que los partidos políticos reúnan los caracteres de los entes no estatales: son creados por los particulares; tienen fines de interés general; sus órganos-personas no son funcionarios o empleados públicos, y están sometidos a un intenso control del Estado.<sup>33</sup>

f) Con respecto al tema en tratamiento, el Tribunal Supremo en causa “Schirato, Gino c. Gobierno nacional (Ministerio de Cultura y Educación) y otra”<sup>34</sup> trata el caso de una cooperadora escolar que por convenio con el Ministerio de Educación en los términos de las leyes y decretos que regulan el fondo Escolar Permanente, decidió emprender la ampliación de aulas y

<sup>32</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Fallos 322:628. En el mismo sentido, Fallos 322:2424; 310:819; 319:1645; 315:380, disidencia de Fayt en 317:1195, y 326:576.

<sup>33</sup> Comadira Julio R. y Muratorio J “La constitucionalización de los Partidos Políticos (Estudio preliminar sobre su personalidad y actos jurídicos)”, L.L. 1995-D, Pág. 1388/1406.

<sup>34</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación “Schirato, Gino c. gobierno Nacional (Ministerio de Cultura y Educación) y otra” Jurisprudencia Argentina (t. 1982-D) Pág. 351/375

baños de la Escuela Pública N° 14. El Estado, a través del fondo, financiaba la obra en un 80% y el 20% restante era aportado por la Asociación Cooperadora. Esta se encargaba del conjunto de la documentación técnica indispensable para la obra (planos, proyecto, presupuestos) y designaba los profesionales que dirigían y fiscalizaban la obra. Todo bajo la supervisión de la Dirección General de Arquitectura y trabajos Públicos del Ministerio.

Es decir, que en ese supuesto, la ejecución de un cometido administrativo típico se traspassa a una asociación civil, que por su propia naturaleza quiere colaborar en la gestión de esa función administrativa que tiene por objeto final el bienestar de los niños que asisten a la escuela, a través del mejoramiento del espacio físico desde donde se imparte la enseñanza.

La Corte visualiza que la administración central no podía enfrentar el crecimiento progresivo de los cometidos administrativos ante tal diversidad de desafíos, surgió la necesidad de la creación de otros entes institucionales, a fin de cumplimentar actividades específicas con caracteres propios, teniendo en cuenta que la sociedad misma ha forjado en su seno asociaciones como protagonistas de la participación social. Dichas asociaciones de origen privado, se

publican en la medida que tienden a incidir en el mejoramiento del interés general a partir de sus propias aspiraciones.

Esta apertura de la administración al medio social hace emerger la participación de las asociaciones civiles en las funciones administrativas típicas no ya como un fenómeno accidental o irregular sino impulsado desde el propio Estado como una colaboración o ayuda al cumplimiento de fines públicos, bajo control de la administración.

Por lo pronto la Corte, acepta el ejercicio de función administrativa por parte de la Asociación Cooperadora, y atento a que ese edificio escolar sirve para cumplimentar el servicio público de enseñanza primaria prestado por el propio Estado, no cabe duda que el contrato, con abstracción de quien sea el comitente, tiene una clara finalidad pública.

Por ende, desde esta perspectiva teleológica aparece como discreto y razonable caracterizar al contrato como administrativo.

g) El mismo criterio seguido por la Corte fue sustentado por la Cámara Nacional del Trabajo en pleno en la causa “Cussi de Salvatierra, Fructuosa y otros c. Asociación Cooperadora Escolar N° 5 D.E. N° 2 “Ursula Llames de Lapuente” y otro”<sup>35</sup> en el voto del

<sup>35</sup> “Cussi de Salvatierra, fructuosa y otros c. Asociación Cooperadora Escolar N° 5 D.E. N° 2 “Ursula Llames de Lapuente” y otro” CNTrab, en pleno. El Derecho (t.100) Pág. 479/491

Dr. Villarroel expresó: "La responsabilidad de la Cooperadora, en razón de sus funciones, no puede recaer sobre la misma, ya que actúa por delegación de la autoridad estatal".

- h) Por su parte, la Procuración del Tesoro de la Nación se expidió sobre la suscripción de contratos administrativos por parte del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados diciendo que si bien la Procuración expresó que el INSSJP debe ajustar su funcionamiento a las normas de su creación y dejó librada al Directorio la elección de las formas, condiciones y tipos de contratación, ello implica la exclusión del ente del Régimen de Contrataciones del Estado.<sup>36</sup>

Ahora bien, la Procuración en un dictamen posterior aclaró que, si bien el INSSJP por su naturaleza jurídica no puede celebrar contratos como sujeto de derecho público, se deben analizar las particularidades de los mismos y, si corresponde de acuerdo a ellas, conceptualizarlo como administrativo. (Fallos 316:212).

Como se expusiera, al inicio de este punto la Jurisprudencia y los dictámenes de la Procuración describieron la realidad, sin definirla, teniendo en cuenta para conceptualizar a los entes antes expuestos como públicos no estatales algunos caracteres desarrollados por la doctrina y que fueron expuestos en el punto anterior.

<sup>36</sup> Procuración del Tesoro de la Nación, dictamen 225:147

## 1.4.- Definición de Ente Público No Estatal

Para concluir con el capítulo, y habiendo efectuado una sintética referencia a los fallos y dictámenes que se han formulado tendientes a conceptualizar a los Entes Públicos No Estatales, se intentará formular una definición, que abarque las características que la doctrina y jurisprudencia han desarrollado.

Entiéndase por Persona Jurídica No Estatal a las **Personas Jurídicas de origen privado o público, creadas por acto estatal (Ley, ordenanza u otro acto de autoridad pública) o por contrato o Acto constitutivo privado, reconocido por el Estado, que no integran la estructura estatal, y que no perteneciendo a la Administración Pública centralizada, desconcentrada o descentralizada, están destinadas a cumplir total o parcialmente fines públicos que originariamente pertenecen al Estado pero que éste por delegación las transfiere a las mismas, gozando éstas de ciertas prerrogativas de Poder Público y controladas en su cometido público por la autoridad Estatal.**

De la definición dada se analizarán elementos que caracterizan al Ente Público No Estatal y a las Cooperadoras en especial.



#### 1.4.1- Personas Jurídicas de origen privado o públicas, creadas por acto estatal (Ley, ordenanza u otro acto de autoridad pública) o por contrato o Acto constitutivo privado, reconocido por el Estado.

El desarrollo del concepto jurídico de “persona” y sus distintas especies hace necesario recurrir a las normas que, sobre el particular, prescribe el Código Civil.

Ese ordenamiento prescribe en el artículo 30 que persona es todo ente con aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones. Las personas admiten una primera división: a) de existencia visible o personas naturales: todo hombre (arts. 31 y 51 del Cód. Civ.); y b) de existencia ideal o personas morales: agrupaciones de personas cuya aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones (personalidad) es “reconocida” por la norma (art. 32 del Cód. Civ.)

A su vez, las personas de existencia ideal se clasifican en: a) personas jurídicas (arts. 33 y 34 del Cód. Civ.), de carácter público (art. 33, 1. Parte), o de carácter privado (art. 33, 2 parte); y asociaciones civiles o religiosas (art. 46 del Cód. Civil).

Se entiende que la enumeración del Código Civil no es taxativa, sino una mera enunciación. Es el derecho público el que determinará qué

entidades integran o se incorporan al régimen normativo de las personas jurídicas públicas.<sup>37</sup>

Sin embargo, algunos autores sostienen que pretender diferenciar doctrinariamente entre personas jurídicas públicas y privadas es casi irrelevante en la actualidad, atento a que prácticamente la totalidad de las personas jurídicas poseen hoy elementos de derecho público y derecho privado.<sup>38</sup>

Gordillo<sup>39</sup> enumera elementos a tener en cuenta en la diferenciación de las personas públicas de las privadas.

a) La creación del ente: cuando es creado por una ley, es casi seguro que se trata de un ente público, sólo excepcionalmente pueden encontrarse en el derecho comparado casos en que un ente que es creado por una ley constituye a pesar de ello una entidad privada. Marienhoff<sup>40</sup> sostiene que este criterio es objetable, ya que hay entes públicos de origen privado, como también entes privados de origen estatal.

<sup>37</sup> Gordillo Agustín, "Tratado de derecho administrativo, 5 ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, t. I, p. XIV-12.

<sup>38</sup> Ivanega Miriam Mabel "Principios de la Administración Pública" editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, pág. 103, cita a Santamaría Pastor, Juan A., que en ese sentido entiende que la distinción puede tener sentido cuando se comparan realidades extremas, por ejemplo, la República por un lado y una sociedad mercantil por otro. Pero cuando se trata de diferenciar otras situaciones, no resulta posible aferrarse a criterio jurídico alguno. "El problema, en todo caso, es un problema de derecho positivo, y la distinción entre personas públicas y personas privadas, en la actualidad, no es posible hacerla en términos absolutos y teóricos, pues ese criterio de distinción entre esas realidades no sólo no proviene del derecho positivo, sino que no responde a la consecuencia que se perseguía cuando se formuló: distinguir el régimen jurídico -derecho público o de derecho privado- aplicable a los sujetos de derecho"( Brewer Carías, Allan R., La distinción entre personas públicas y las personas privadas y el sentido de la problemática actual de la clasificación de los sujetos de derecho, en "Revista Argentina de Derecho Administrativo" vol VIII, ps. 15 y ss.).

<sup>39</sup> Gordillo Agustín, ob cit. Pág. XIV-5 y sig.

<sup>40</sup> Marienhoff Miguel S. "Tratado de Derecho Administrativo" Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Tomo I pág 368.

b) El fin que persigue la entidad, según se trate de un fin de utilidad general o no.

c) Que la entidad tenga potestades públicas no usuales dentro de las personas privadas. Si bien la ausencia de potestades públicas no puede ser suficiente para decidir que una entidad determinada es privada, la presencia de tales potestades es un índice casi seguro de que la entidad es pública.

c) El grado de control del Estado sobre ella. Cuando el control es muy intenso puede afirmarse por lo general que se trata de una entidad pública.

Para tratar el caso específico de las Asociaciones cooperadoras siguiendo la metodología utilizada por el Dr. Guillermo A. Borda<sup>41</sup> “¿Podrían estas entidades considerarse como sujetos de derecho? Ninguna disposición, previa a la Ley 17.711 permitía afirmarlo, por el contrario, al hablarse de asociaciones que no tienen existencia como personas jurídicas, parecía claramente implícito que no se les reconocía el carácter de sujeto de derecho; porque persona jurídica y sujeto de derecho son conceptos que se confunden. Por lo tanto, al decir la ley que no tenían personería jurídica – y decirlo sin ninguna salvedad- se estaba afirmando que no eran sujetos de derecho.”

La reforma al Código Civil dado por la 17.711 en su artículo 46 les dio carácter de sujetos de derechos, por lo que hay en nuestra legislación, tres tipos de asociaciones:

<sup>41</sup> Borda Guillermo A. Tratado de Derecho Civil - Parte General- Tratado de Derecho Civil - Parte General - pagina web de NexisNexis Argentina - Simples, asociaciones sin personería jurídica.

a) Las del artículo 33, con personería otorgada por el Estado, en las cuales la separación entre las entidades y sus miembros, sean o no administradores, es completa;

b) Las del artículo 46, si han sido constituidas por escritura pública o por instrumento privado de autenticidad certificada por escribano;

c) Las del artículo 46 que no han cumplido estos requisitos formales.

En la legislación vigente de la ciudad Autónoma de Buenos Aires estas Asociaciones, son reconocidas por el departamento ejecutivo municipal<sup>42</sup>, constituyéndose bajo la forma de personas jurídicas o de simples Asociaciones Civiles, debiendo su constitución y designación de autoridades acreditarse por escritura pública o instrumento privado de autenticidad certificada por escribano público.<sup>43</sup>

Como se ha expresado en la introducción del presente trabajo, el Estado se apoya en organizaciones sin fines de lucro, recurriendo a las ventajas que ofrece la economía social como auxilio de la administración de los bienes y servicios, recurriendo a la creación o reconocimiento de entidades sin fines de lucro que sean gestionadas democráticamente por la propia comunidad,

<sup>42</sup> Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, Ordenanza n° 35514-80 (bm. N° 16208) Artículo 9: "el Departamento Ejecutivo podrá reconocer oficialmente a las Asociación Cooperadora constituida de conformidad a las prescripciones del presente ordenamiento. El Decreto o Resolución que otorgue a la Asociación Coope-radora Reconocimiento Oficial, se publicará en el Boletín Municipal."

<sup>43</sup>Ordenanza N° 35514-80 (BM. N° 16208) artículo 5.

compatible con la norma vigente y enmarcada dentro de la acción política que lleva adelante la Administración Pública.

Estas agrupaciones intermedias han conservado en su propio seno los elementos que las convierten en aptas para gestionar, al realizar sus propios fines sectoriales, cometidos que ahora, irreversiblemente, se han tornado públicos.

Así Barra sostiene que: “..la “publicación” de las actividades es irreversible (por lo menos en las actuales circunstancias), de ahí que el Estado (Administración Pública) no pueda desentenderse del desarrollo de esa actividad, que generalmente formará parte de los cometidos materiales pertenecientes a la función administrativa. Pero en lugar de llevarla a cabo con su propia estructura organizativa burocrática (viciada por las insuficiencias e incoherencias del sistema democrático liberal) aprovecha la estructura organizativa de las agrupaciones sociales privadas, que fueron creadas, precisamente, para cumplir con tales cometidos, cuando éstos todavía no habían sido afectados por el proceso de la publicatio.”<sup>44</sup>

Por lo tanto, siguiendo el criterio de Marienhoff el origen del ente es privado, pero no por ello dejan de ser personas jurídicas públicas de acuerdo a los otros elementos expuestos como se analizará en los puntos siguientes.

---

<sup>44</sup> Barra, Carlos Rodolfo “Principios de derecho Administrativo” Editorial Abaco, Página 231.

### 1.4.2- Personas Jurídicas de origen privado o públicas que no integran la estructura estatal, ni pertenecen a la Administración Pública centralizada, desconcentrada o descentralizada.

La adecuada actuación de la Administración Pública requiere una correlativa “estructura” técnico-jurídica que permita y regule el funcionamiento de aquella.

Todo esto implica la existencia de una “organización administrativa” clasificada de acuerdo a la doctrina mayoritaria en centralizada, desconcentrada y descentralizada. Esto significa: a) En la centralización las facultades de decisión están reunidas en los órganos superiores de la administración;

b) En la desconcentración se han atribuido partes de competencia a órganos inferiores, pero siempre dentro de la misma organización o del mismo ente estatal y

c) En la descentralización la competencia se ha atribuido a un nuevo ente, separado de la administración central, dotado de personalidad jurídica propia, y constituido por órganos propios que expresan la voluntad del ente.<sup>45</sup>

La personalidad jurídica de la administración pública se subsume a la del Estado. Pero también hay otras clases de personas públicas y existen,

<sup>45</sup> Gordillo Agustín “Tratado de Derecho Administrativo” Editorial Fundación de Derecho Administrativo, tomo 1 Capítulo XIV página 39.

además, personas jurídicas privadas, por lo cual se hace necesario establecer las bases o criterios que permitan diferenciar estos tipos de personas morales o jurídicas.

Para Marienhoff la descentralización presenta dos formas esenciales a) Aquella donde el órgano respectivo hallase dotado de personalidad. Es la descentralización orgánica o subjetiva, llamada también “autárquica” y b) Aquella donde el órgano correspondiente carece de personalidad. Es llamada descentralización “jerárquica” o “burocrática”, que en Francia, es llamada “desconcentración”.

Ahora bien, en el tema que nos ocupa, las asociaciones cooperadoras no forman parte de la organización Administrativa en ninguna de sus tres formas de hacer efectiva la actividad, más bien la conceptualizo como una forma de DESCONGESTION ADMINISTRATIVA.

El punto de partida conceptual es, simplemente, la definición que trae el diccionario de la Real Academia: “*Congestionar: obstruir o entorpecer el paso, la circulación o el movimiento de algo*”. Por lo tanto, lo que se pretende es, precisamente, allanar esas dificultades pensando en facilitar la administración y la gestión.

No se trata de propender a la mera descentralización; es decir, a transferir parte de la autoridad, que antes se ejercía desde la máxima autoridad. Esto, en ciertos casos, no da resultado por cuanto la descentralización tiene dos

inconvenientes en la práctica. En primer lugar porque significa un incremento del presupuesto Estatal, ya que es probable que se necesiten más medios o que se dupliquen los gastos y, en segundo lugar, que esa decisión legal de descentralización se anula en la práctica, debido a las características personales de quienes conducen.<sup>46</sup>

De ahí la idea de crear o reconocer entidades independientes en lo jurídico pero supeditadas a las políticas administrativas.

### 1.4.3- Personas Jurídicas de origen privado o públicas destinadas a cumplir total o parcialmente fines públicos que originariamente pertenecen al Estado

Este acontecimiento de la participación de los administrados en las funciones y actividades de la Administración Pública, requiere todavía hoy de un esclarecimiento orgánico y sistemático que la realidad legislativa y aun doctrinaria no ha explicitado suficientemente. Puede decirse que el tema alcanza ribetes espinosos que el derecho administrativo debe afrontar y resolver, ya que las numerosas y crecientes actividades que el Estado debe desplegar han producido un fuerte impacto en las formas de gestión, que obviamente alcanza a los modelos institucionales y categorías jurídicas que se van generando como respuesta ante nuevas y diferentes necesidades.

<sup>46</sup> Bragulat Jorge "La descongestión del Estado a través de la Economía Social" exposición realizada en el Congreso Argentino de la Cooperación



En nuestro país, el término participación adquiere relevancia, al menos en el plano constitucional, a partir de la reforma de la carta Magna realizada en el año 1994. En diversos Tratados relativos a Derechos Humanos que, adquirieron jerarquía constitucional limitada conforme lo dispone el artículo 75, inciso 22, de la Constitución, la locución aparece empleada con frecuencia. Es de puntualizar, asimismo, en el nuevo artículo 42 incorporado en el Capítulo Segundo de la Primera Parte, denominado “Nuevos derechos y garantías”- la consagración de la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios en los organismos de control de los servicios públicos.

En este sentido se puede señalar que el administrado, considerado siempre como un colaborador de la autoridad administrativa, puede tomar parte en el ejercicio de la función administrativa, actuando, de diversos modos, durante el procedimiento administrativo que conduce a la emisión del acto, entendido éste en sentido lato, pero sin incorporarse a la estructura administrativa, o bien puede hacerlo insertándose en ésta de forma circunstancial o permanente. La primera se ha dado en llamar procedimental, la segunda orgánica.

Esta última denominable participación de otorgamiento discrecional, se daría cuando el ordenamiento contempla la posibilidad de que el administrado colabore en el ejercicio de la función administrativa, por medio de cualquiera de los dos

modos indicados (procedimental u orgánico), pero sólo como una alternativa de decisión discrecional para la autoridad administrativa y sin que ésta tenga más obligación que la de fundar su negativa cuando mediere una petición del particular.<sup>47</sup>

El ejercicio de la función administrativa considerada como “actividad” reconoce doctrinariamente dos concepciones:

- a) Concepción subjetiva u orgánica: dentro de esta corriente se hallan las tendencias que consideran a la función administrativa como toda o la mayor parte de la actividad que realiza el Poder Ejecutivo y los órganos y sujetos que actúan en su esfera.<sup>48</sup>;
- b) El criterio objetivo o material: las concepciones que fundan la noción de función administrativa en el criterio material tienen en común el reconocimiento de las actividades materialmente administrativas no sólo del Poder Ejecutivo.

La concepción subjetiva encuentra un nuevo frente dialéctico como consecuencia del hecho evidente de que, en no pocos casos, aparecen simples particulares ejerciendo verdaderas funciones públicas, sin que su actuación pueda ser

<sup>47</sup> Comadira Julio Rodolfo “Procedimiento Administrativo y Participación ciudadana” en *eldial.com*.

<sup>48</sup> Esta orientación se advierte en la doctrina española de fines de siglo pasado, SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente, *Curso de Derecho Administrativo*, 4 ed., págs 36-37, Madrid, 1894, y como un sector o una zona de la actividad que despliega el Poder Ejecutivo la exponen GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pág. 34, no obstante que califica a tal criterio como “objetivo”, ENTRENA CUÉSTA, Rafael *Curso de Derecho Administrativo*, pág. 25, Madrid, 1970; DIEZ; Manuel María t. I pág. 99 y sigs.

explicada por su condición de elementos personales de un órgano administrativo.<sup>49</sup>

Cuando el problema se analiza desde una concepción objetiva del derecho administrativo empieza a perder virulencia en cuanto que el hecho de probar o no la posibilidad de delegar o descentralizar funciones administrativas a favor de particulares deja intacto siempre el problema conceptual: lo esencial no es ya la presencia de una Administración Pública, sino el ejercicio efectivo de funciones administrativas de trascendencia pública.<sup>50</sup>

Por ello es posible, bajo esta concepción objetiva o material, concebir la realización de funciones administrativas por parte de cooperadoras.

Para así sostenerlo es importante como ya dijera nuestra jurisprudencia<sup>51</sup> que el intérprete debe correr el velo de la denominación de la persona jurídica o sociedad para poder penetrarla y sacar a la luz la realidad subyacente.

Muchas veces, el Estado requiere la colaboración de entidades de origen privado, cooperadoras, para lograr una administración directa y ágil, a fin de subsanar las dificultades que puede llegar a plantear el procedimiento administrativo

<sup>49</sup> Gonzalez Navarro, Francisco "Derecho Administrativo Español" Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona 1987, tomo I, pág. 152.

<sup>50</sup> Por eso J. M. Boquera Oliver, Derecho Administrativo, I, 1972, pág. 69, citado por Gonzalez Navarro, Francisco "Derecho Administrativo Español" Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona 1987, tomo I, pág. 152, ha propuesto una concepción del derecho administrativo que "obligue a separar la caracterización de la actividad administrativa del sujeto que la realiza"

<sup>51</sup> CNCiv., Sala H, 2001/12/14 - Cammarota de Tubonetti, Lidia M. Y otro c. Subterráneos de Bs. As. L.L. 2002 C. Pág. 664

en pos de la obtención de una celeridad en el logro de los fines públicos.

Es así que múltiples actividades del Estado se desarrollan a través de estas entidades intermedias y cuyas responsabilidades han dado un sin número de causas que tramitaron por los tribunales.<sup>52</sup>

Solamente a mérito de ejemplo podemos citar las Asociaciones Cooperadoras de Escuelas, que tienen a su cargo la responsabilidad de cubrir aquellas necesidades que el Estado no puede satisfacer o no quiere satisfacer por medios propios (personal de portería, una obra en la escuela, etc.) o las Asociaciones Cooperadoras de Hospitales o Comisarías ( la realización de obras de ampliación, compra de vehículos para las recorridas de policías o ambulancias, etc.).

Algunas de ellas, gestionan intereses públicos y gozan de ciertas prerrogativas de poder público, especialmente a sus “empleados” o en sus “contrataciones” (las contrataciones para realizar obras, son regidas por la ley de obras públicas). Además, son objeto de un control estatal intenso a través de diversas medidas (planificación de sus actividades, aprobación de sus proyectos, orden de seguir determinados procedimientos, etc.) Su patrimonio, si bien en su mayoría depende del aporte estatal (subsidios o subvenciones) también está integrado

<sup>52</sup> Schirato, Gino c. Gobierno nacional (Ministerio de Cultura y Educación) y otra. La Ley (t. 1982 - D); Cussi de Salvatierra, Fructuosa y otros c. Asociación Cooperadora Escolar N° 5 D.E. N° 2 “Ursula Llames de Lapuente” y otro. Cntrab., Agosto 25 de 1982 - El Derecho (t. 100) Pag. 479

por el aporte acordado, según sus estatutos, de sus asociados o de terceros a través de cuotas o donaciones para la subsistencia y cumplimiento de sus fines por parte del ente.

#### 1.4.4- El Estado por delegación transfiere a estas Personas Jurídicas de origen privado o público funciones administrativas, gozando estos entes de ciertas prerrogativas de Poder Público.

Para explicar la existencia de este tipo de relaciones jurídico administrativas entre estos entes y particulares, hay quienes conceptualizan esa posibilidad como un supuesto de ejercicio privado de funciones y servicios públicos que al realizarse en interés del Estado, convierte a esos particulares en órganos indirectos del propio Estado.<sup>53</sup>

Otro sector de la doctrina admite que esta participación constituye un supuesto de la aplicación en el campo del derecho administrativo del instituto de la sustitución.<sup>54</sup>

Según esta concepción las competencias atribuidas por el ordenamiento jurídico a un sujeto estatal van a ser concretadas por un sujeto privado, lo que va a patentizar un ejercicio por sustitución de actividades públicas.

<sup>53</sup> Citado por Gauna, Juan Octavio "ejercicio privado de funciones públicas" La Ley 1990-D, 1205, Zanobini, G, "Corso di diritto amministrativo", Vol. III, ps. 3885 y sigs, Milano, 1958/1959.

<sup>54</sup> Hutchinson, Tomás, "Las corporaciones profesionales", ps. 33 y 48, Ed. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires, 1982. Miele, G. "Principi di diritto amministrativo", Pádoca, 1952.

Una opinión diferente la sostienen quienes dicen que las situaciones generadas por las participaciones de los sujetos de derecho privado en las funciones administrativas se explican por la figura de la descentralización impropia.<sup>55</sup>

Barra, en cambio, opta por la figura de la delegación transestructural de cometidos. Para así sostenerlo, como se explicó con anterioridad, el autor refiere que el desarrollo de la actividad forma parte de la esfera de la competencia estatal.

Sin embargo, el Estado considera –conforme a una decisión eminentemente política- que el cometido concreto de tal actividad conviene que sea ejecutado por una persona privada que, en sí misma, goza de la aptitud suficiente para llevarla a cabo con mayor eficiencia, siendo también la más adecuada a los efectos de esa política de participación administrativa previamente decidida.

Por consiguiente, el Estado- la administración Pública- trasfiere el ejercicio del cometido a favor del ente privado, sin renunciar a la titularidad del mismo.<sup>56</sup>

Se opera así una verdadera delegación, que a diferencia de la típica figura de la delegación estudiada en materia de organización administrativa, trasciende la propia estructura del delegante para recaer en una estructura extraña,

<sup>55</sup> Lliset Borrel, F., "La vicariedad en el ejercicio de la función administrativa", Revista de Administración Pública, mayo-agosto, número 80, p. 203, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1976:

<sup>56</sup> Barra, Carlos Rodolfo "Principios de derecho Administrativo" Editorial Abaco, Página 246/247.

hasta ese momento absolutamente desvinculada de la primera.

Las relaciones jurídicas de estos entes se encuentran regidas por el derecho administrativo sólo de manera ocasional y parcial: durante el tiempo y con los alcances de la delegación trans-estructural de cometidos.

En ese tiempo que dura el ejercicio de la función administrativa, estos entes gozan de todas las prerrogativas de poder público ya que resulta admisible la procedencia de principios propios del régimen jurídico exorbitante, aunque no se encuentren regulados expresamente, cuando ellos deriven de la propia naturaleza de la actividad delegada, ya que ésta no podría ser llevada a cabo en ausencia de aquellos medios jurídicos.

Tal es el caso de la ejecución de la obra de ampliación o remodelación por parte de la coo- peradora de un hospital donde la misma tiene el poder de control, de orden, de modificación, etc, regidas por el derecho público de acuerdo lo aceptado ju- risprudencialmente y que, en capítulos posteriores, analizaremos.

### 1.4.5- Personas Jurídicas de origen privado o públicas controladas en su cometido público por la autoridad Estatal.

Como se ha expresado en el punto anterior, si bien –como en la delegación “estructural”- no es de la propia naturaleza de esta figura el control del delegante sobre el delegado, en este caso tal control se convierte en absolutamente necesario y conveniente –sobre la materia delegada y en atención de la trascendencia político social del caso- y así debería estar regulado.<sup>57</sup>

Estas personas privadas que se publican, gestionan intereses públicos y gozan de ciertas prerrogativas de poder público, por ejemplo en sus contrataciones, pero son objeto de un control estatal intenso a través de diversas medidas (planificación de sus actividades, aprobación de proyectos, etc.) y el control de su patrimonio, en lo que respecta al cumplimiento del cometido estatal.

Ahora bien, este control del patrimonio, o más precisamente de los fondos que perciben estas entidades por parte del estado, ¿son controlados por los Organismos de control financiero, como los Tribunales de Cuentas Provinciales?, ¿o son meros controles formales en cuanto a la imputación de gastos?.

---

<sup>57</sup> Barra, Carlos Rodolfo “Principios de derecho Administrativo” Editorial Abaco, Página 248.



### 1.4.5.1 Control en el ámbito de la Nación

La Ley 24.156 (de administración financiera y de los sistemas de control del sector público nacional) fue modificada por el artículo 70 de la Ley 25.565 (presupuesto 2002), y vuelta a modificar por el artículo 8° de la Ley 25.827 (Presupuesto 2004). Esta última, con acertado criterio, introdujo nuevamente la obligación de rendir cuentas por parte de aquellas organizaciones privadas a las que el Estado Nacional haya acordado aportes o subsidios.

La redacción actual del artículo 8° incluye entonces, además de la Administración Central, Organismos Descentralizados, Empresas y Sociedades con participación Estatal Mayoritaria (incisos a y b), a ciertas clases de Entes públicos excluidos expresamente de la Administración Nacional y a los fondos fiduciarios (incisos c y d), ampliándose de esta forma el ámbito de aplicación de la Ley 24.156 a otras figuras jurídicas a las que el Estado destina una importante cantidad de fondos públicos.

De la lectura del artículo 8 inciso c de la Ley 24.156, se desprende que la misma divide a los “entes públicos excluidos expresamente de la Administración Nacional” entre:

- i) Las organizaciones estatales no empresariales con autarquía financiera, personalidad jurídica y patrimonio propio, a las que se les

aplicará la ley en la medida en que el Estado Nacional tenga control mayoritario del patrimonio o de la formación de las decisiones;

- ii) Las entidades públicas no estatales, que comprenderá aquellas en que el Estado Nacional tenga el control de sus decisiones, sin importar el aporte de fondos públicos que éste realice en esos entes.

En consecuencia, se debe tener en cuenta la conformación de los órganos de gobierno, administración y control de las cooperadoras para saber si es aplicable la Ley 24.156.

Pero es de aclarar, tal como lo expusiera la Sindicatura General de la Nación que en virtud de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 8° de la Ley 24.156, cualquier ente público no estatal que reciba subsidios o aportes del Estado Nacional, deberá rendir cuentas de la utilización de tales fondos. Esto no significa que deba, sólo por ello, considerarlo dentro del ámbito de aplicación de la mencionada normativa.<sup>58</sup>

#### 1.4.5.2 Control en el ámbito de la Ciudad autónoma de Buenos Aires

En la normativa de la Ciudad autónoma de Buenos Aires actualmente en vigencia el artículo

<sup>58</sup> Sindicatura General de La Nación en expediente N° 321/2005- SG-OMESyA. Presentación del Presidente de la Corporación Vitivinícola Argentina con relación a su inclusión o no bajo la órbita del control de la SIGEN.

21 de la Ordenanza N° 35514-80 (BM. N° 16208) determina que corresponde al Departamento Ejecutivo con relación a las Asociaciones Cooperadoras fiscalizar permanentemente su funcionamiento, dictar normas sobre administración, fiscalización, documentación y contabilidad y régimen de contrataciones a que deberán ajustarse las entidades.

En la causa “Cagnoni, Enrique A. v Asociación Cooperadora EMEM n. 3 Distrito Escolar n. 17”<sup>59</sup> la Cámara Nacional del Trabajo sostuvo que de la ordenanza 42581 surge la autorización del Departamento Ejecutivo para otorgar subsidios a las asociaciones cooperadoras del sistema municipal, para desarrollar tareas de mantenimiento edilicio, quedando a cargo del citado departamento, instrumentar la metodología para la verificación de los gastos que se efectuaren. Según Ordenanza 43410, autoriza a este departamento para otorgar un subsidio a las precitadas asociaciones para adquirir material didáctico, destinado a actividades educativas, quedando facultado el Departamento Ejecutivo para verificar los gastos realizados. La ordenanza -43411-, dispone la facultad del mismo Departamento, para otorgar un subsidio destinado a solventar gastos producidos por el alquiler de transporte para los alumnos para las diversas actividades organizadas por la escuela, o a quienes lo necesiten para asistir a clases. De lo hasta aquí expresado, surge la obligación por parte de las cooperadoras, de rendir cuentas de los gastos re-

<sup>59</sup> C. Nac. Trab. Sala 2, 28/12/2001, “Cagnoni, Enrique A., V. Asociación Cooperadora EMEM. N.3 Distrito Escolar n. 17.-”

alizados con los aludidos fondos, procedimiento que las cooperadoras, como administradoras de los mismos, deben observar.

Gordillo señala como uno de los datos a tener en cuenta para calificar al ente como público el grado de control del Estado sobre el ente. Cuando el control es muy intenso (particularmente, si es el Estado central quien designa a los funcionarios directivos de la entidad; en menor grado, si tiene facultades de autorización o aprobación para determinados actos fundamentales a la entidad; en menor grado aún, si tiene facultades de intervención, veto, revisión en recurso de alzada de sus actos, control contable, ect.) puede afirmarse por lo general que se trata de una entidad pública.<sup>60</sup>

Continuando con la Ciudad autónoma de Buenos Aires, el artículo 22 de la ordenanza citada prevé como atribuciones del Departamento Ejecutivo de la ciudad por sí o por intermedio de los Organismos correspondientes del Area de cada Secretaria a:

- a) Requerir a las Asociaciones Cooperadoras la documentación que estime necesaria para el ejercicio de las funciones de fiscalización que le atribuya esta ordenanza
- b) Realizar investigaciones e inspecciones en los Entes a que se refiere el artículo anterior, a cuyo efecto podrá examinar sus

<sup>60</sup> Gordillo Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo" Fundación de Derecho Administrativo 5 edición, tomo 1 XIV-13.-

libros y documentos, pedir información a sus autoridades, sus responsables, su personal y a terceros.

- c) Asistir a las Asambleas y reuniones de la Comisión Directiva de las Asociaciones.
- d) Convocar a asamblea cuando lo soliciten diez asociados o cuando se constatare irregularidades graves y estimare la medida imprescindible en resguardo del interés público.
- e) Declarar irregulares e ineficaces a los efectos administrativos y dentro de los que es de su competencia, los actos sometidos a su fiscalización, cuando sean contrarios a la Ordenanza.
- f) Intervenir las Asociaciones cuando comprobare actos u omisiones graves que las pongan en peligro o la medida resultare necesaria para la protección del interés público.
- g) Podrá disponer la disolución y liquidación de las Asociaciones en los casos de cumplimiento de la condición a que se subordinó su existencia o de consecución del objeto para el cual se formó.

### 1.4.5.3 Control en el ámbito de la Provincia de La Pampa.

Como otro ejemplo de control hacia las cooperadoras (de acuerdo a los fundamentos que expuse en la introducción del presente trabajo) es de la Provincia de La Pampa.

No existe en la provincia normativa similar a la de la ciudad Autónoma de Buenos Aires que regule la actividad de las Cooperadoras, por lo que debo referirme al control que ejerce el Tribunal de Cuentas de la Provincia sobre los fondos que el Estado aporta a estos entes.

La Constitución de la Provincia de La Pampa en su artículo 103 menciona que “El Tribunal de Cuentas fiscalizará la percepción e inversión de las rentas públicas provinciales y las cuentas de las instituciones privadas que reciban subsidios de la Provincia, referidas a la inversión de los mismos”<sup>61</sup>

Esta normativa provincial se encuentra reglamentada en el Decreto Ley 513/69 en su artículo 11 donde establece quiénes deben rendir cuentas en el “Juicio de Cuentas” y establece que “La administración Pública, las municipalidades intervenidas, las comisiones de fomento y las entidades privadas cuando se establezca la obligación, rendirán cuenta universal y documentada o comprobable, de su gestión financiero-patrimonial,

<sup>61</sup> Así también las Leyes 4139 art. 14 de Chubut; 7630 art. 19 de Córdoba; 413/69 art. 3 de Formosa; 4828 de La Rioja; 1003 art. 20 de Mendoza; 1214 de Misiones; 2747 Art. 11 inc. A de Río Negro; 6511 art. 6 inc. A de Salta; 5821 de San Juan; 4989 de San Luis; 5792 art. 18 de Santiago del Estero; 50 art. 2 inc c de Tierra del Fuego.-

con ajuste a las normas reglamentarias en la materia y a las formalidades que indica el Tribunal”.

Respecto del juicio de cuentas propiamente dicho, se concreta en la aprobación, desaprobación y sanción por la recaudación e inversión de los fondos del Estado en su más amplia acepción, es decir, comprensiva de la administración centralizada, descentralizada, por ejemplo: municipalidades, comisiones de fomento, empresas y sociedades del Estado o con participación del Estado cualquiera sea su figura jurídica y las funciones que cumplan y las haciendas paraestatales, comprendiendo dentro de ella a las entidades de derecho privado en cuya dirección o administración tenga responsabilidad el Estado o a las cuales hubiera garantizado materialmente su solvencia o utilidades, les haya acordado concesiones, privilegios, o subsidios, simple autorización gubernativa para obtener la adhesión pecuniaria del público.<sup>62</sup>

El juicio de cuentas deviene también en el juicio de responsabilidad del funcionario o cuentadante. Su objeto está orientado a la comprobación de la existencia de irregularidades atribuidas a los agentes públicos o privados, de la administración de la hacienda pública o privada recipiendaria de fondos públicos, en perjuicio del erario público, determinantes de responsabilidad administrativa, civil o penal.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> Publicación V Congreso Nacional de Tribunales de Cuentas, Misiones año 1974

<sup>63</sup> Estrada Eduardo “Órganos de Control - Juicio y Auditoria de Cuentas”

El alcance de los fallos o resoluciones que detecten los Tribunales de Cuentas deben estar limitados al control de legalidad, entendiéndose por tal, al análisis que se haya efectuado de la recaudación e inversión de los fondos públicos ajustado a derecho, conforme a la ley.

El control de legalidad persigue que la administración se realice de acuerdo con las normas preestablecidas.

Este control va más allá del control de la simple imputación del gasto, es decir, si se gastó de acuerdo al fin que quiso la administración en el otorgamiento del subsidio o aporte. El control de legalidad es también sobre los procedimientos seguidos para efectuar el gasto.

Un ejemplo de otorgamiento de subsidio a entidades privadas que cumplen funciones típicamente estatales pueden ser los entregados a Cooperadoras de Hospitales<sup>64</sup>, Comisarías, Centros sanitarios<sup>65</sup>, Cooperadoras Escolares<sup>66</sup>, Comisiones de Apoyo, etc., para el cumplimiento específico del cometido estatal.

Estos subsidios son reglados por la Norma Jurídica de Facto N° 835, que en su artículo 8° y 9° prescribe la modalidad para la realización de la obra que está subvencionada por el Estado Provincial.

<sup>64</sup> Decreto 600/97 y 640/97 de la Provincia de La Pampa

<sup>65</sup> Decreto 614/96 y 2180/97 de la Provincia de La Pampa

<sup>66</sup> Decretos 414/97 de la Provincia de La Pampa



Dicha normativa menciona que el procedimiento a seguir, salvo que la obra se ejecute por administración, debe ser a través de la licitación privada, concurso de precios o en forma directa, según los montos establecidos en la normativa. Las excepciones de dicho procedimiento serán las previstas en la Ley de Contabilidad y de Obras Públicas, mientras que el artículo 9º regla el procedimiento para la licitación privada.

Lo detallado en este ejemplo nos trae nuevamente al interrogante, si el Tribunal de Cuentas provincial debe hacer un control solamente de imputación del gasto o debe ejercer un control sobre la legalidad en el otorgamiento y en el procedimiento de la contratación de la obra subvencionada por el Estado.

Pensamos que el control que se debe ejercer sobre estos entes que son receptores de concesiones, privilegios o subsidios debe ser de imputación y de legalidad. Normalmente al control de legalidad se lo denomina como control formal, por oposición al examen de mérito o ponderación del contenido. El control de legalidad consiste en verificar si los actos fueron realizados de acuerdo con las atribuciones, objetivos y procedimientos fijados por la norma jurídica.

No obstante, desde un punto de vista jurídico, ese control de legalidad puede circunscribirse al cumplimiento de la ley de presupuesto, o extenderse para apreciar si los diferentes actos

que se controlan han cumplido todos los trámites regulares previstos desde el punto de vista financiero patrimonial. Este es incuestionablemente un examen de fondo por cuanto afecta la legitimidad del acto.<sup>67</sup>

Hay doctrina que no reconoce a este último como control, pues señala que control presupuestario no puede abarcar todo tipo de irregularidades, inclusive las que se deriven de vicios que deben ser establecidos en instancia judicial.<sup>68</sup>

Por lo tanto, con el control de juridicidad, la estrategia o metodología de fiscalización, no debe construir su silogismo lógico jurídico sobre la base sólo de la ley, sino revisar el acto con un criterio amplio de adecuación a la unicidad del orden jurídico.<sup>69</sup>

La realidad jurídica ha conformado que el Estado cumplimenta esenciales metas del interés público, del interés general y de actividades propias del Estado a través de estas entidades conjugando eficacia con legalidad y dando participación activa a sectores privados estrechamente vinculados a las actividades delegadas o sustituidas en el logro del bien común y de la justicia distributiva.<sup>70</sup>

Con lo expuesto, se puede concluir que

<sup>67</sup> Schafrik, Fabiana Haydee - Barraza, Javier Indalecio "Sistemas de control en la ley 24.156 (Análisis comparativo con el régimen anterior) La Ley 1995-C, 1259

<sup>68</sup> Bielsa Rafael, "Régimen jurídico de la contabilidad pública", Ed. Depalma

<sup>69</sup> Fiorini, Comadira Julio, Cassagne, Gordillo, entre otros.-

<sup>70</sup> Andreucci Carlos "El Control de las Personas Públicas No Estatales" Control de la Administración Pública- Jornadas Organizadas por la Universidad Austral - Facultad de Derecho- año 2002. pag. 585/594

el control que ejerce el Estado, en el ejercicio del cometido público sobre los fondos aportados a las Cooperadoras es intenso, de acuerdo a la normativa vigente en cada jurisdicción.

# Capítulo 2

## Derecho comparado



## 2.- Personas Jurídicas Privadas en cumplimiento de Funciones Estatales en el Derecho comparado

La distinción entre personas públicas y privadas tiene máxima importancia, no sólo por el diferente régimen jurídico de unas y otras, sino porque, en definitiva, incide en la delimitación del derecho público y privado.

No obstante la importancia de la distinción, la doctrina y la jurisprudencia no han logrado armonizar opiniones, lo que en parte se explica por la extrema diversidad de situaciones y, sobre todo, por la multiplicación de personas públicas en el derecho moderno.

Ahora bien, es necesario tratar la orientación que tiene el derecho comparado sobre el ejercicio de cometidos públicos por parte de instituciones de origen privado y analizar la opinión de la doctrina y jurisprudencia extranjera sobre el dictado de actos y la suscripción de contratos regidos por el derecho administrativo.

## 2.1.- La doctrina y jurisprudencia en Francia

En Francia, en los años de Posguerra el Derecho Administrativo estaba en crisis. La causa de esta crisis, según Prosper Weil<sup>71</sup>, no era ni del Consejo de Estado ni de la doctrina, sino de la extraordinaria complejidad de las realidades administrativas en un Estado que pretendía ser liberal y dirigista y en el que el incremento de los poderes y la extensión de las atribuciones iban acompañados de una inflación de nuevos tipos de intervención.

En ese tiempo, la Administración se veía sometida parcialmente al Derecho Privado, por un movimiento inverso al Derecho Administrativo especial que desbordaba los límites de la administración propiamente dicha. Desde hacía tiempo el concesionario de servicios públicos estaba anexionado, en cierto modo al derecho público, en razón de la intimidad de su colaboración con la administración en la realización del servicio público. Mas este caso dejó de ser excepcional a partir del momento en que la administración utilizó, cada vez con mayor frecuencia, la colaboración de personas y organismos privados.

En los años treinta se vio claramente que la satisfacción del interés general no era un monopolio de las administraciones públicas y que las personas privadas podían igualmente participar en

---

<sup>71</sup> Weil, Prosper: "Derecho Administrativo" Madrid, 1986, trat. Espc, ed. Civitas, Pp. 53/58.

ella; se habló al principio de empresas privadas de interés general; después, más abiertamente de personas privadas investidas de una misión de servicio público (transportes públicos, cajas de seguros sociales, explotación de utillajes portuarios, etc.).

Esto condujo, de una parte, a someter a los interesados al control administrativo y más tarde a verdaderas obligaciones de servicio público y, de otra parte, a concederles el beneficio de algunas prerrogativas de poder público (*Consejo de Estado, asuntos Autobús Antibois, 1932; Vézia, 1935, Caisse Primaire Aide et Protection, 1938; Compagnie Maritime de l'Afrique orientale, 1944*) y correlativamente someterles en la misma medida al Derecho Administrativo especial y a la competencia administrativa.

En un estadio ulterior, a fin de asegurar una misión de servicio público, el Estado creó organismos a los que concedió el carácter y estatuto de personas privadas. Tal es el caso, después de 1945, de las Cajas de Seguridad Social y de Ayuda Familiar, así como de las innumerables asociaciones y organismos de todo género creados en torno a la administración bajo la forma jurídica de personas privadas. De este modo, Organismos realmente privados colaboraban en tareas de la administración; organismos fácticamente privados fueron creados por la administración para asegurar el cumplimiento de misiones de interés general.

La acción administrativa cesa, desde entonces,



de ser exclusivamente la del aparato administrativo, para ser también la de las personas privadas.

Luego del desarrollo de la etapa del Derecho Administrativo comentada en un principio, Prosper Weil sostiene: "... cuando los poderes públicos confieren la gestión de un servicio público – sea éste administrativo, o industrial y comercial- a una persona privada, sería bien normal aceptar que los contratos que ella celebrare dependieran del criterio general: son ellos, en definitiva, contratos que se insertan en la actividad administrativa bajo el mismo título que aquellos celebrados por personas públicas realizando misiones del mismo orden."<sup>72</sup>

Como se expuso, el Consejo de Estado Francés sostuvo, en determinadas circunstancias, que los sujetos privados se encuentran habilitados para dictar actos administrativos (casos Monpeurt de 1942; Morand de 1946 y Magnier de 1961).

La concepción contenciosa del acto administrativo, en el derecho francés, es una concepción funcional, ligada a la separación de las jurisdicciones administrativa y ordinaria.

Frank Moderne<sup>73</sup> analiza dos hipótesis para recibir la calificación de actos administrativos emanados de organismos de origen privado:

<sup>72</sup> Weil Prosper "La crisis del criterio de contrato administrativo", trad. Esp de Eduardo Soto Kloss, Revista de Derecho Público Nos. 39-40, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile enero-diciembre 1986.

<sup>73</sup> Moderne Frank, "Decadencia del punto de vista orgánico en la definición del acto administrativo del derecho francés: los actos administrativos de origen privado" en Revista Española de Derecho Administrativo N° 4, pág. 3 y sig.

- 1) Cuando a esos organismos se les encarga la gestión de un servicio público administrativo,
- 2) Cuando explotan servicios de gestión privada, tales como los servicios industriales o comerciales y ciertos servicios de carácter social.

Para sostener lo expuesto, el autor mencionado referencia que desde hace tiempo se viene admitiendo que dichos servicios puedan ser gestionados por personas privadas y no por órganos de la administración pública. Se trata de una gestión directa, confiada a los particulares por los textos legales y que, por ello, debe ser diferenciada de la gestión a título contractual.

Los orígenes de esta concepción se remontan a una sentencia del consejo de Estado del 13 de mayo de 1938, en el caso de la “Caisse primaire Aide et Protection”. En la actualidad son numerosos los servicios públicos de carácter administrativo a cargo de fundaciones, asociaciones, mutuales, organismos profesionales de derecho privado.

Para que el Consejo de Estado califique de Administrativos a los Actos emanados de dichos entes exige la concurrencia de dos elementos:

- 1) La existencia de un servicio público de naturaleza administrativa
- 2) La existencia de unas prerrogativas de poder público.

El reconocimiento de la existencia de contrato Administrativo en una relación jurídica efectuada por particulares fue reconocida por el Consejo de Estado en los casos Prado de 1938 y Leduc de 1961.

## 2.2.- La doctrina y jurisprudencia en España

Esto que pasaba en Francia en los años de posguerra también se traslada a España. Al respecto García Enterría – Tomás Ramón Fernández mencionan que bajo el imperio de la ideología liberal se impuso el dogma de la incapacidad del Estado para ser empresario. Para satisfacer las exigencias que en ocasiones se le presentaban para la organización de servicios, se acudió a la técnica de la concesión. En virtud de esta concesión la gestión del servicio se entregaba a un empresario privado bajo ciertas condiciones, teniendo la Administración la titularidad última del servicio concedido y con ella las potestades de policía necesarias.

En ocasiones, sin embargo, la Administración concedente delega en el concesionario el ejercicio de estas potestades de policía sobre los usuarios del servicio.

Este fenómeno de la delegación se produce también fuera del campo de la concesión de servicios públicos con los mismos efectos. El delegado

(que puede ser otra Administración Pública o, incluso, un simple sujeto privado) actúa en el ámbito de la delegación como si fuera la propia administración Pública delegante.

Dentro de este concreto ámbito, las relaciones jurídicas que se traban entre los particulares y el delegado también son administrativas, aunque este último sea formalmente un sujeto privado.<sup>74</sup>

La jurisprudencia contencioso-administrativa, aplicando la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica (*disregard of legal entity, lifting the veil*) surgida en los Estados Unidos, no duda en ciertos casos en prescindir del dato de la personalidad jurídica privada de las sociedades creadas por la Administración. Tampoco duda en calificar como administrativos los actos por ellas dictados en el marco de la gestión de los servicios públicos que tiene confiados. De esta forma evita que esa personalidad separada se traduzca en un fraude a la Ley o en un escudo para eludir su responsabilidad en perjuicio de los terceros de buena fe con los que se relaciona.

Dos sentencias ofrecen dos ejemplos muy expresivos de aplicación de dicha doctrina. La primera es la Sentencia del 3 de junio de 1991, relativa a la convocatoria por Mercamadrid, S.A., sociedad dependiente del Ayuntamiento de Madrid, de un concurso para la adjudicación de las operaciones de carga en el mercado de frutas y

<sup>74</sup> García de Enterría Eduardo, Tomás-Ramón Fernández "Curso de Derecho Administrativo I" Décima edición, ed. Civitas Madrid, 2000 pág. 44/46.

hortalizas de la capital. La segunda es la sentencia del 31 de marzo de 1992, referida a un acuerdo de la Empresa Municipal de la vivienda de Madrid, S.A., que resolvió un contrato de arrendamiento de una vivienda de protección oficial de su propiedad a causa del incumplimiento de las condiciones establecidas para el caso por la legislación reguladora de ese tipo de vivienda por el arrendatario de la misma.

Asimismo Entrena Cuesta<sup>75</sup> menciona que la LRJPAC somete a sus preceptos el ejercicio de potestades administrativas por las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas (art. 2.2), y prescribe que, cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de Derecho privado, responderán directamente de los daños causados por el personal que se encuentre a su servicio. Al mismo tiempo, la LRJPAC unifica el procedimiento de exigencia de responsabilidad y atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia sobre el particular (art. 144). “En fin, debemos subrayar con BORRAJO INIESTA que quien maneja caudales públicos, por más que se someta al Derecho privado, no aparece ante la ley como quien gestiona propiedades privadas, sea cual sea su status subjetivo....”

En igual sentido, otro autor español, Juan Alfonso Santamaría Pastor, al tratar las técnicas de

---

<sup>75</sup> <sup>3</sup> Entrena Cuesta Rafael “Curso de Derecho Administrativo” Volumen 1/i, Undécima edición Editorial Tecnos S.A. 1995, Madrid pag 66

asociación de sujetos privados para la realización de funciones públicas, menciona a entidades asociativas de base privada, creadas y reguladas por normas jurídico públicas, de pertenencia obligatoria y que ejercen, junto a actividades de puro interés particular de sus miembros, algunas funciones públicas de regulación, disciplina o fomento de la actividad de los asociados.<sup>76</sup>

Sostiene el citado autor que en estas entidades se da una mixtura de elementos públicos y privados que da lugar a regímenes jurídicos diversos y, por lo tanto, el sometimiento de sus actividades a órdenes jurisdiccionales también diferentes.

El art. 2.c) LJCA se hace eco de la naturaleza mixta de las Corporaciones de Derecho público, al atribuir a la Jurisdicción Contenciosa, exclusivamente, “los actos y disposiciones de las Corporaciones de Derecho Público adoptados en el ejercicio de funciones públicas”. La descripción de esta atribución competencial olvida, no obstante, que la Jurisdicción contenciosa también ha conocido habitualmente los conflictos que se suscitan en relación con la elección de los órganos de gobierno de estas Corporaciones, por ser una cuestión de carácter esencialmente jurídico-público.

Muy similar es el tratamiento sobre competencia de Jurisdicción que establece el art 2.d) LJCA con respecto a los concesionarios privados que tienen encomendado, en ocasiones, el ejercicio

---

<sup>76</sup> Santamaría Pastor Juan Alfonso “El Proceso Contencioso-Administrativo” T II pag. 642.

de poderes de autoridad o policía. Estos poderes se ejercen en virtud de un acto de delegación o encomienda de la Administración concedente y entrañan la imposición autoritaria de conductas a otros sujetos privados.

En la legislación de Contratación administrativa, la Ley 13/1995 de contratos de las administraciones públicas tiene una aplicación plena a las administraciones públicas territoriales, es decir, a las del Estado, a las de las Comunidades Autónomas y a las que integran la Administración local. Pero también tiene una aplicación parcial que afecta a las demás Entidades de Derecho Público no comprendidas en el supuesto de aplicación plena, siempre que la principal fuente de financiación de los contratos proceda de transferencias o aportaciones de capital provenientes directa o indirectamente de las Administraciones Públicas. Por último tiene una aplicación mínima que viene referida a todo tipo de entes privados o públicos, aunque estos últimos adopten formas societarias.

Por lo tanto, en la Ley de Contrataciones española, se contemplan las contrataciones establecidas por particulares siempre que la principal fuente de financiación de los contratos proceda de transferencias o aportes de capital provenientes de la Administración.<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> Parada Ramón "Derecho Administrativo" "Los Contratos y la Administración. Régimen Básico" T. I., 1|1 ed., edit. Marcial Pons, Madrid, 1999, pag. 262/265.

### 2.3.- La doctrina y jurisprudencia en Italia

En Italia existen las Asociaciones Públicas, que no son representativas de ordenamientos que tuvieran ya existencia en la colectividad estatal. Tienen la estructura típica de las asociaciones privadas, con órganos constituidos por la asamblea de los asociados (o delegados de asociaciones de base territorial por ej. Provincial), por los comités o consejos directivos y por el presidente. Sin embargo se dice que son públicos, bien porque los intereses tutelados por dichas asociaciones son considerados especialmente valiosos por la ley, o porque a causa de una cualidad particular de los asociados, el Estado les atribuye tareas públicas. Ejemplo del primer tipo eran las asociaciones patrióticas; ejemplo del segundo lo constituyen los colegios profesionales.

Al estar calificadas como entes públicos, las asociaciones públicas ostentan relaciones de empleo público con su personal y los actos que emiten son disposiciones administrativas; por el contrario, tienen una estructura de auto-administración a la que se aplican las normas propias de las asociaciones de derecho común, de modo que su naturaleza pública casi parece que es una ficción.<sup>78</sup>

Por lo expuesto, analizadas las doctrinas y

<sup>78</sup> Giannini Massimo Severo "Derecho Administrativo" Traducción del Ministerio Para las Administraciones Publicas, Madrid 1991 Pág. 210



jurisprudencias del derecho comparado es de destacar lo mencionado por Entrena Cuesta, Rafael<sup>79</sup> “...cabe sostener que los sujetos de que tratamos son Administraciones públicas secundum quid: como punto de partida, son entidades asociativas sectoriales de base privada y, en cuanto tales, están sometidas al Derecho privado: pero, en cuanto ejercen las funciones administrativas que el legislador les asigna, tienen consideración de Administraciones públicas, se someten al Derecho administrativo y sus actos y disposiciones son impugnables ante los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo”.

---

<sup>79</sup> Entrena Cuesta, Rafael “Curso de Derecho Administrativo” E Tecnos, Volumen 1/2, Organización administrativa, Duodécima Edición, pág. 258

# Capítulo **3**

## Acto administrativo de Entes Públicos No Estatales

Aplicación A Las Cooperadoras



### 3.- Actos Administrativos de Entidades Públicas no estatales y de personas de origen privado.

Ya en el Capítulo I, como uno de los caracteres de los Entes Públicos no estatales, se suscribió al criterio material u objetivo en el ejercicio de la función administrativa por parte de estos Entes.

Examinada esta actividad desarrollada por personas públicas no estatales se debe analizar si los actos administrativos pueden emanar de los órganos directivos de estos Entes.

En este punto la doctrina se dividió en dos posturas que en un principio devendrían contrapuestas.

1) Una corriente –entre los que se encuentran Rafael Bielsa<sup>80</sup> y Miguel S. Marienhoff<sup>81</sup>- niegan el dictado del acto administrativo por parte de entes no estatales, sosteniendo que el mismo sólo

<sup>80</sup> Bielsa, Rafael, Derecho Administrativo, Bs. As., 1947, tomo I, pp. 201 y ss.

<sup>81</sup> Marienhoff Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Bs. As., 1966, tomo II, pp. 218 y ss.

emana de una autoridad administrativa en ejercicio de la función administrativa.

Del mismo modo, Cassagne<sup>82</sup> sostiene que las personas públicas 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 tuvieren a su cargo.

2) La otra corriente se inclina por la posible existencia de actos administrativos emitidos por entes no estatales. Podemos citar entre los defensores a los autores españoles Jesús Gonzalez Perez<sup>83</sup>, Fernando Garrido Falla<sup>84</sup>, José Garcia-Trevijano Fos<sup>85</sup> y, entre los autores argentinos, a Agustín Gordillo<sup>86</sup>, Julio Rodolfo Comadira<sup>87</sup>, Tomás Hutchinson<sup>88</sup> y Miriam Ivanega<sup>89</sup>. Estos autores sostienen que en el Estado moderno a numerosas entidades se le han delegado funciones administrativas, a las cuales se les confiere legalmente un cierto poder público para actuar, en nombre del Estado y con su potestad. En tales casos parecería contradecir a la realidad si se les negara a esos actos el carácter de administrativos,

<sup>82</sup> Cassagne Juan Carlos, Derecho Administrativo 5, ed. Tomo I, pp. 394 y ss.

<sup>83</sup> Gonzalez Perez Jesús, Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos, Madrid, 1977, p. 254.

<sup>84</sup> Garrido Falla Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, 1987, tomo I, p. 50.

<sup>85</sup> José Garcia-Trevijano Fos, los actos administrativos, Madrid, 1991, p. 123.

<sup>86</sup> Gordillo Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, 5 ed., tomo 3, capítulo I, pp 17 y ss.

<sup>87</sup> Comadira Julio Rodolfo, Acto Administrativo Municipal, ps. 9 y 10

<sup>88</sup> Hutchinson, Tomás, Las Corporaciones Profesionales, Bs. As. 1982, Fundación de Derecho Administrativo, Pgs. 99 y ss.

<sup>89</sup> Ivanega, Miram M. "Acto Administrativo de Entes Públicos No Estatales" en Acto Administrativo y Reglamento -Jornadas organizadas por la Universidad Austral - Facultad de Derecho, 2001. Ediciones RAP S:A., Buenos Aires, mayo 2002.

a los efectos de la aplicación del régimen legal correspondiente en cuanto hace a la tutela del particular frente al ejercicio del poder público.

Sostiene Gordillo que no es admisible incurrir en la contradicción que ha caracterizado a muchas doctrinas en lo que hace a la coherencia entre función administrativa y acto administrativo: no puede sostenerse, que no deben ser considerados actos administrativos los dictados por un particular, aunque se encuentre investido de funciones públicas, pues de dos cosas una: o son ambos función administrativa y acto administrativo, o ninguno de ellos es tal cosa.<sup>90</sup>

Ahora bien, es útil el criterio de no atribuir un régimen de derecho público a cualquier actividad. Debe analizarse si la ley, Ordenanza u otro acto de autoridad pública (tal como se expusiera en el punto 1.4.1), ha otorgado o no a la entidad el ejercicio de una potestad pública, traducida en poderes de imperio o mando que los particulares no tienen habitualmente sobre otros particulares, si se da esa circunstancia en forma clara, entonces no pareciera poder discutirse que el ejercicio de esa potestad pueda manifestarse a través de actos de naturaleza administrativa, sometidos, en general, a los principios que rige ésta.

Hutchinson sostiene que para aplicar el régimen administrativo a un acto jurídico, lo de-

<sup>90</sup> Gordillo Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, 5 ed., tomo 3, capítulo I pp 19 y ss.

terminante es si ese acto trasunta el ejercicio de potestades públicas, y no la personalidad jurídica de quien lo emite, en cuanto aquellas no derivan de éstas.<sup>91</sup>

Así se ha llegado a sostener en la doctrina española, por ejemplo, que pueden dictar actos administrativos el concesionario de servicios públicos, los notarios, los capitanes de buques mercantes, en determinadas circunstancias; los agentes de cambio y bolsa y corredores de comercio.<sup>92</sup>

Con respecto a esta función desarrollada por Asociaciones Cooperadoras nuestros tribunales<sup>93</sup> sostuvieron: "La actividad de las asociaciones cooperadoras no es un simple epifenómeno de la organización escolar, sino una colaboración, a veces espontánea y otras requerida, pero siempre fomentada y controlada, dentro de las funciones que competen a un Estado..."

La naturaleza pública no estatal en el desarrollo del cometido público ha sido reconocido por nuestra Corte Suprema<sup>94</sup> y, que los actos de estos Entes revisten el carácter de actos administrativos, también fue receptado por la jurisprudencia local<sup>95</sup>.

El tema de la colaboración o participación

<sup>91</sup> HUTCHINSON Tomas, Las corporaciones profesionales, Buenos Aires, 1982, ps. 99 y ss.

<sup>92</sup> GARCÍA TREVIJANO FOS José Antonio, Los Actos Administrativos, Madrid 1986, ps. 119 y ss.

<sup>93</sup> CNTrab., Agosto 25-1982 - Cussi de Salvatierra, fructuosa y otros c. Asociación cooperadora Escolar N° 5 D.E. N° 2 "Ursula Llames de lapuente" y otro. El Derecho (T.100) pág. 479/491

<sup>94</sup> Corte Suprema de Justicia Nacional "Díaz Cháves". 20-VIII-98

<sup>95</sup> Cámara Nacional Federal Contencioso Administrativo, Sala III. C., O.O., LL 1998-A, 298; Grittini, y D., J.A., LL, 1998-C, 337.

de los particulares en la actividad de la Administración es un tema clásico. La sistemática adoptada por Gény sigue teniendo validez: colaboración individual por ingerencia (funcionarios de hecho); colaboración institucional por actividad paralela (actividades asumidas parcialmente); colaboración institucional por descentralización o delegación intersubjetiva, en forma de asociación de los particulares a los poderes de decisión y ejecución. Este autor sitúa perfectamente la problemática abordada, la de organizaciones privadas que realizan actividades públicas y gozan para ello de prerrogativas de poder público.<sup>96</sup>

No son pocas las Cooperadoras constituidas en forma privada pero con un fin puramente público, como lo son las cooperadoras de Hospitales, Escuelas, Comisarías, que con aportes propios o mayormente con subsidios del Estado, realizan en los inmuebles, propiedad del propio Estado, cuantiosas obras públicas como extensiones edilicias, nuevas construcciones, entre otras.

Los actos jurídicos dictados en cumplimiento de esos fines públicos, coincidiendo con un sector de la doctrina son Actos Administrativos<sup>97</sup>.

Como consecuencia es de destacar que en todos los otros casos en que esas decisiones son tomadas sin ejercer la función administrativa encomendada, no serán actos administrativos, sino

<sup>96</sup> HUTCHINSON Tomas, Las corporaciones profesionales, Buenos Aires, 1982, ps. 65 y ss.

<sup>97</sup> Comadira Julio Rodolfo "Derecho Administrativo" Ed. LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires.



actos jurídicos regidos por principios y normas del Derecho Privado.

Consideramos, junto con la doctrina mayoritaria, que debe abandonarse la inconsecuencia de admitir en forma amplia la extensión del concepto de función administrativa y, en cambio, restringir el concepto de acto administrativo, que no es sino una parte, consecuencia o aplicación de aquélla.

En suma, entendemos que no puede negarse ab initio la posibilidad de que una persona no estatal dicte actos administrativo, si es que realiza función administrativa.

# Capítulo

## Contratos administrativos de los Entes Publicos No Estatales



#### 4.- ¿Existen contratos administrativos entre personas públicas no estatales y particulares?

En el derecho argentino, el contrato administrativo fue analizado en fallos de la Corte Suprema de Justicia Nacional<sup>98</sup> y debates doctrinarios que dan lugar a posiciones encontradas.

Al resolver cuestiones de competencias entre juzgados Federales Civiles y Comerciales y juzgados en lo Contencioso-administrativo, la Corte<sup>99</sup> sentó jurisprudencia sobre la naturaleza y caracterización, de los contratos que celebran los

<sup>98</sup> 2003, pág. 6 y sig. Coincide con la doctrina que admite la existencia de actos administrativos en aquellos entes no estatales que tienen atribuido el ejercicio de una determinada porción de la función administrativa, cuando actúan en el ejercicio de esa función, entendiéndose por acto administrativo, toda declaración de un órgano del Estado, o de un ente no estatal, emitida en ejercicio de la función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros.

Coviello Pedro José Jorge "La Teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en 130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación - 1863-1993, pp.98-137.

<sup>99</sup> "Gas del Estado c. Lindoro, I.C.S.A.", y "Ferrocarriles Argentinos (EFA) c. Miró, Marta (ED, 108-704): "Gas del Estado, Sociedad del Estado c. Internacional Sales División General Electric Co." Y "Ferrocarriles Argentinos (EFA) c. Papadópolos, Jorge (ED, 110-614), todos ellos del 26 de abril de 1984; "Lopez, Juan M. y otro c. Estado Nacional (Fuerza Aérea Argentina)", del 26 de junio de 1984; "Empresa Ferrocarriles Argentinos c. Inforex, S.A.", del 28 de junio de 1984; "Talleres Carmona, S.C.A. c. EFA", del 17 de Julio de 1984; "Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Basso, Manuel J.", del 31 de julio de 1984.

sujetos y órganos estatales: de derecho privado o de derecho público.

En virtud de estos fallos se reconoce la existencia de un régimen jurídico exorbitante del derecho privado en los contratos administrativos. Además, pese a no mencionarlo, se considera la posibilidad de predicar la naturaleza administrativa en un contrato cuando en él aparezcan cláusulas exorbitantes.

#### 4.1.- Etapas en la elaboración doctrinaria de la Corte

Coviello divide en dos etapas la elaboración doctrinaria de la Corte en la conceptualización del contrato administrativo:

En la primera, la Corte caracteriza un contrato como administrativo si reúne los siguientes caracteres:

- a) La presencia del Estado *lato sensu*: Este requisito aparece como primero e indefectible para la determinación del carácter administrativo de un contrato. Sin embargo, se ha planteado, como se expuso anteriormente en la doctrina, la posibilidad de que determinados contratos celebrados entre particulares puedan asumir carácter administrativo cuando una de las partes desarrolle actividades propias de la Administración.

Este último criterio, fue receptado por nuestra Corte en el caso “Schirato”<sup>100</sup> que luego será analizado, y que fuera modificado en el caso “Davaro”<sup>101</sup> respecto a los concesionarios de servicios públicos.

- b) El criterio finalista: concibe como contrato administrativo a aquel que tiende de una manera directa e inmediata a la satisfacción de una necesidad pública. Este criterio fue adoptado por la corte en el caso “Cooperamet”<sup>102</sup>
- c) Las cláusulas exorbitantes: Son aquellas que, de insertarse en un contrato privado, lo tornarían ilícito o, también, aquellas que son extrañas o inhabituales en los contratos que celebran los particulares. La Corte en las causas “Gas del Estado c Lindoro” y “Ferrocarriles Argentinos (EFA) c. Miró”<sup>103</sup> receptó la doctrina de las cláusulas exorbitantes sosteniendo en estos fallos “Que las

<sup>100</sup> Fallos 304:490

<sup>101</sup> Competencia N° 979.XXIII. “Davaro, Saul c. Telecom S.A. s. Juicio de conocimiento”, sentencia del 8/9/92. La Corte, por el voto de la mayoría, adhirió al dictamen del Procurador General, quien consideró que la causa no era de las catalogadas como “contencioso-administrativas”, por no aparecer “cuestionados actos emanados de la administración nacional o de entes públicos estatales” sino de una cuestión “suscitada, en forma directa en el marco de relaciones jurídicas contractuales entre particulares” criterio este que desprende que la corte no acepta la existencia de contrato administrativo cuando un particular actúa por delegación transestructural de cometidos, caso concreto, explotando una concesión de servicios públicos.

<sup>102</sup> “Cooperamet c. Instituto Argentino de Promoción del Intercambio s. Repetición”, del 20/12/65. Fallos 263:510. “Se debe recordar aquí que los contratos celebrados por la Administración Pública y por los entes administrativos destinados a cumplir los fines de aquella, revisten caracteres propios que los sujetan también a los principios del derecho administrativo -fallos 253:101, esp. Consid. 11- Y que la función del I.A.P.I. en cuanto proveedor de materiales importados, obedeció a principios de interés público, atinentes al acceso justo y controlado a aquellos, con independencia de la conveniencia de la institución y de acierto de su gobierno”.

<sup>103</sup> “Gas del Estado c. Lindoro I.C.S.A. s. Ordinario”, Fallos: 306:326; “Ferrocarriles Argentinos (EFA) c. Papadópolos, Jorge s. Cobro de pesos” Fallos: 306:333.

estipulaciones del referido reglamento (el de contrataciones de la empresa estatal) importan reconocer a la entonces Empresa del Estado facultades más bien propias del derecho público que el derecho privado. A lo que cabe agregar el carácter público de los objetivos perseguidos por dicha empresa”, sin embargo en el caso “Lopez”<sup>104</sup> se agregaría recién el término sintomático al decir “Que tales disposiciones (las cláusulas y condiciones generales y particulares del contrato) importan reconocer que la ocupación del concesionario se encuentra sometida a un régimen exorbitante del derecho privado, lo que lleva a considerar esta causa –prima facie- como contencioso administrativa...”

La segunda etapa Coviello la sintetiza con tres fallos:

- a) “Dulcamara”<sup>105</sup>: En su considerando 8 del voto del Dr. Carlos S. Fayt confirma los caracteres anteriormente expuestos al decir: “en principio, cabe señalar que los contratos administrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales, como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y que llevan

<sup>104</sup> “Lopez Juan Manuel y otro c. Estado Nacional (Fuerza Aerea Argentina s. Ordinario)”, Fallos 306:731

<sup>105</sup> “Dulcamara S.A. c. ENTel”, del 29/3/90, Fallos 313:376

insertas explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado”

- b) “YPF c. Provincia de Corrientes” Lo que resalta este fallo es la doctrina de la sustancia del contrato administrativo. La Corte buscó determinar si la relación contractual era de derecho privado o de derecho público. Así en el considerando 3º dio una primera aproximación al concepto de contrato administrativo al decir que si bien la noción de contrato es única, ya sea al derecho público y al derecho privado, pues en ambos casos configura un acuerdo de voluntades que genera situaciones jurídicas subjetivas, el régimen jurídico de estos dos tipos es diferente (...) Cuando el Estado, en ejercicio de funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades del mismo carácter, suscribe un acuerdo de voluntades, sus consecuencias serán regidas por el derecho público”.
- c) “Cinplast”<sup>106</sup> en esta causa estaba de por medio la aplicación de la “exceptio non adimpleti contractus” a los contratos administrativos. La Corte tomó la doctrina formulada por el ministro Fayt en “Dulcamara y dijo: “...en tales contratos, una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, su objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y contiene,

<sup>106</sup> Causa C.111.XXIII. “Cinplast I.A.P.S.A. c.ENTel s. Ordinario”, sentencia del 2/3/93.



explícita o implícitamente, cláusulas exorbitantes del derecho privado”.

De tal manera se puede sostener de acuerdo a la doctrina sentada por la Corte que para ese Alto tribunal el contrato administrativo es un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas (caso “YPF c. Pcia de Corrientes”) en el que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal (casos “Dulcamara” -voto del Dr. Fayt- y “Cinplast”), cuyo objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y contiene, explícita o implícitamente, cláusulas exorbitantes del derecho privado (caso “Cinplast”, “Dulcamara” y también, con otras palabras, “YPF c. Pcia de Corrientes”).<sup>107</sup>

#### 4.2.- Breve referencia acerca de las disidencias doctrinarias en el concepto de contrato administrativo

Los doctrinarios del derecho han intervenido en algunas reflexiones acerca de la teoría del contrato administrativo.<sup>108</sup>

<sup>107</sup> Coviello, Pedro Jorge: “La teoría General del Contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en “130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación - 1863-1993”, pág. 115

<sup>108</sup> Mairal, Hector A: “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, ED 179, págs. 655/700; Cassagne, Juan Carlos “Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo”, ED 180 págs. 773/798; Mairal Hector A. “El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo”, ED 180, págs. 849/857; Cassagne Juan Carlos “La limitación de la categoría del contrato administrativo (Réplica a un ensayo crítico)”, ED 181, págs 942/959; Bianchi, Alberto G: “Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo (Una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos)” -Primera Parte, E.D. 184, págs 899/947.

Mairal no discute que se rijan por el derecho público todos los contratos que el Estado celebra, los aspectos que hacen a la competencia, a la formación de la voluntad administrativa y a la selección del contratista. Tampoco discute que ciertos acuerdos que celebra el Estado para fijar el alcance de derechos u obligaciones propias del derecho público puedan regirse por reglas diferentes a las aplicables a los contratos del derecho privado. Sin embargo, critica a la doctrina mayoritaria en la ausencia de toda disposición legal o conceptual que autorice a que la parte estatal goce de prerrogativas intracontractuales tales como disponer unilateralmente la modificación o rescisión del contrato o imponer al contratista sanciones no previstas en norma legal o contractual alguna. Además se opone a que dichas prerrogativas existan aun en presencia de disposiciones contractuales que las nieguen y que toda decisión que la administración adopte en el curso de tal tipo de contrato constituya un acto administrativo y se rija por ende por las normas de la ley de procedimientos administrativos aplicable.

Cassagne contesta a dicha crítica sosteniendo que en el derecho administrativo, aparte de sus principios institucionales y los que derivan de la Constitución Nacional, coexisten axiomas, que no se superan ni son susceptibles de refutarse: 1) La proyección al plano contractual de una serie de principios institucionales de derecho público que fundamentan, en ese ámbito, la distinción con el

derecho privado; 2) Los actos, contratos y demás instituciones del derecho administrativo poseen una configuración típica y propia que se aparta de las correlativas categorías del derecho civil, siendo fuente autónoma para la creación y desarrollo de principios institucionales; 3) El derecho administrativo posee un “régimen jurídico exorbitante”, o mejor dicho, un “régimen administrativo” que se nutre con un conjunto de prerrogativas de poder público y de garantías que se integran a través de una serie de principios institucionales elaborados por la doctrina y la jurisprudencia, como consecuencia de lo anteriormente dicho.

El rechazo que elabora Mairal a esta categoría fundamental de la contratación pública argentina implicaría desconocer una concepción arraigada en la jurisprudencia antes descripta tanto nacional como provincial que, aun con sus imperfecciones, evoluciona permanentemente en el marco de nuestro Estado de Derecho.

El contrato administrativo es una de las instituciones que han alcanzado mayor desarrollo doctrinario y jurisprudencial, teniendo en los pronunciamientos de nuestro máximo tribunal los parámetros basilares para todo estudio y aplicación que se precise efectuar en la materia.

### 4.3.- El Contrato Administrativo como acto jurídico

Considerar el contrato administrativo como acto administrativo dio lugar en su momento a diferentes interpretaciones por un lado, aquellos que encuadran los contratos administrativos como una de las especies de actos administrativos –actos administrativos bilaterales<sup>109</sup>, más específicamente- y quienes niegan tal vinculación<sup>110</sup>.

La Corte fue de a poco delineando el contrato administrativo como acto administrativo bilateral, primeramente en el conocido caso “Metalmecánica”<sup>111</sup>. Allí receptó los criterios doctrinarios que existen entre los actos administrativos individuales “...los hay de carácter unilateral y bilateral, según que la expresión de voluntad corresponda a uno o a dos sujetos de derecho: la Administración pública, en el primer caso y ésta y el administrado en el segundo”.

Más adelante el Máximo Tribunal precisaría más la cuestión en el fallo “Diarios y Noticias”<sup>112</sup> donde encuadra genéricamente como

<sup>109</sup> Bielsa Rafael, “Derecho Administrativo” 4 ed. Edit. El Ateneo. Buenos Aires, 1947, pag. 285; Marienhoff “tratado de Derecho Administrativo” Editorial Abeledo-perrot, Buenos Aires p. 39; Fiorini “Derecho Administrativo 2ed., Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, T I pp 597-598, Cassagne Juan Carlos “Derecho Administrativo” Ed. Lexis Nexis Abeledo-Perrot; Comadira Julio Rodolfo “Acto Administrativo Municipal” Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992, pp 16-17.

<sup>110</sup> Diez, Manuel María “Derecho Administrativo” T. II Edit. Plus Ultra, Buenos Aires p. 203, Gordillo Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo” T. III Edit. Fundación de Derecho Administrativo.

<sup>111</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación “metalmecánica S.A. C.I. c. Gobierno de la Nación sobre nulidad de resolución e indemnización”, sentencia del 23/12/76

<sup>112</sup> Corte Suprema de Justicia Nacional “Diarios y Noticias S.A. c. Formosa, Provincia de s. cobro de australes y devolución de equipos”, sentencia del 6/9/88

“acto administrativo” a la relación contractual sobre la que tenía que pronunciarse.

Esta doctrina fue sostenida en la causa “Navone Spalding Sociedad de Hecho”<sup>113</sup> donde el Tribunal hizo suyo el dictamen del entonces Procurador General, doctor Andrés J. D’Alessio, quien sostuvo que la demanda por pago de un contrato de provisión y montaje de materiales y elementos varios para una exposición provincial constituía una causa de derecho público local y no una “causa civil”.

De esta manera, puede conceptuarse consolidada la idea de que para la Corte los contratos Administrativos constituyen actos administrativos.<sup>114</sup>

En relación con el proyecto de Pliego de Bases y Condiciones Generales con el cual el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP) llamaba a concurso Público Abierto para la contratación de prestaciones para odontología la Procuración del Tesoro de la Nación en Dictamen de fecha 13 de Marzo de 2000 donde se solicitaba al Organismo Asesor la intervención en los términos del artículo 1 del Decreto 16/00, recepcionó el criterio de la Corte antes expuesto.

En este dictamen se excluye al ente no sólo del Régimen de contrataciones del Estado, previsto

<sup>113</sup> Corte Suprema de Justicia Nacional “Navone Spalding Sociedad de Hecho c. Catamarca, Provincia de s. cobro de australes”, causa N. 71.XXII, sentencia del 7/3/89.

<sup>114</sup> Coviello, Pedro J.J. “La Teoría general del Contrato Administrativo a través de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de La Nación” Revista 130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación pág. 98/137, año 1994.

por el Capítulo VI de la Ley de Contabilidad (arts. 55 a 64), el que se halla vigente según el artículo 137, inciso a) de la Ley N° 24.156, sino también del ámbito de aplicación de esta última norma.

Sostiene la Procuración que “...sin perjuicio de lo expresado anteriormente, si bien el INSSJP por su naturaleza jurídica (ente público no estatal) no puede celebrar contratos como sujeto de derecho público, se observa que el contrato a celebrar presenta ciertas particularidades que permiten caracterizarlos como contrato administrativo (fallos 316:212)”

Para así sostenerlo analiza el contrato, definiendo que la finalidad del mismo son las prestaciones odontológicas para dar cobertura a todos los beneficiarios del Instituto que son la mayoría de los jubilados y pensionados del país. Este fin lo vincula necesariamente con la noción de interés público, concepto que no se encuentra en el derecho común, por no regular este tipo de relación contractual. Además, el contrato contiene cláusulas exorbitantes del derecho común, entendiéndose por tales, aquellas no usuales en el derecho privado por adjudicar a las partes derechos u obligaciones ajenas a los que son susceptibles de ser libremente consentidos en el marco del derecho privado.

En este último sentido, el Anexo 1 del Pliego contiene un régimen que impone penalidades y multas que serán aplicadas en forma unilateral por el Instituto.

De acuerdo a lo expuesto se sostiene que al contrato administrativo como acto administrativo bilateral.

#### 4.4.- Excepciones Jurisprudenciales al criterio subjetivo. Entes públicos no estatales.

Como se ha expuesto en el punto 3.1 uno de los caracteres que la Corte tuvo en cuenta para conceptualizar a un contrato como administrativo es la existencia del Estado *lato sensu*. Bajo esta construcción jurisprudencial, un ente no estatal en cumplimiento de cometidos públicos dicta actos administrativos; más cuando ese mismo ente, en cumplimiento de esos mismos cometidos públicos celebra un contrato, ese contrato no es administrativo, por carencia del elemento subjetivo.

El Dr. Canda<sup>115</sup> sostiene que existe una posible disfunción o quiebre lógico en la construcción de la Corte en materia de Contratos y Actos Administrativos, pues mientras que en estos últimos admite ser emitidos por entes no estatales<sup>116</sup>, los contratos administrativos nunca podrían tener por partes a personas no estatales, por más que uno de sus celebrantes ejerciera, al suscribirlos, los mismos cometidos públicos antes aludidos.

<sup>115</sup> Canda Fabián Omar "El elemento subjetivo en la contratación administrativa ¿necesariamente una de las partes debe ser el Estado?. En Jornadas de la Universidad Austral. Contratos Administrativos página 65-82

<sup>116</sup> CSJN, 1/9/92, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c/Martín Echenique", del dictamen del procurador a cuyos términos remitió la CSJN, Fallos 315:1830;23/12/92, "C.P.A.C.Fc/Delfino Angel" y "C.P.A.C.F. c/Rapa, María" y 17/11/92, "Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c/Mansselli, Mario Oscar").

Cassagne define al contrato administrativo por extensión a aquel que sin romper el molde de las estructuras tradicionales del derecho administrativo, se admite la aplicación de su ordenamiento, no por la naturaleza de la función ejercida ni por el sujeto contratante, sino, por extensión, en virtud de los elementos exorbitantes del régimen.<sup>117</sup>

Esto puede observarse:

Con respecto a la relación existente entre un particular y las Cooperadoras, la Corte Suprema al fallar en la causa “Schirato”<sup>118</sup> entendió que existía contrato Administrativo entre una Cooperadora Escolar y un contratista privado. El convenio fue celebrado para efectuar obras en una escuela nacional, con fondos provenientes de un subsidio estatal.

Para resolver de esta manera, la Corte tuvo en cuenta que se había producido una delegación de facultades del Estado a la Cooperadora, por lo que ésta gestionó, entonces, intereses estatales. Asimismo, consideró que la obra redundó en la mejora de un bien del dominio público, efectuada merced a aportes del Tesoro Nacional.

Este fallo fue comentado por el Dr. Rodolfo Carlos Barra<sup>119</sup> en la revista La Ley de 1982 donde sostiene que, en el marco de la delegación y en lo que resulte esencial para el cumplimiento del cometido público delegado, la relación jurídica

<sup>117</sup> Cassagne, Juan Carlos “El contrato administrativo” Ed. LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2005, pág. 41.

<sup>118</sup> “Schirato, Gino c/ Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación) y Cooperadora Escolar de la Escuela Nro. 14 (Distrito Escolar 14”, Fallos, 304:490.

<sup>119</sup> “Los Sujetos Auxiliares de la Administración Pública” por Rodolfo Carlos Barra en la revista La Ley (T. 1982-D) pág. 352/374.



entablada por estos entes, estará regida por el Derecho Administrativo, salvo en aquello que se muestre como esencialmente contradictorio con la naturaleza jurídico-privada del ente.

Continúa su análisis el autor: “En estas condiciones, los contratos de locación de obra que celebren estos entes en calidad de locatarios o comitentes de esa obra –siempre que tengan una relación directa e inmediata con el cometido público delegado- tendrán la naturaleza del contrato de obra pública y se regirán analógicamente ya que la ley no los contempla de manera directa, por las normas aplicables a los contratos de obra pública”

Este mismo criterio fue sostenido en fallo “Cete S.A. v. Asociación Cooperadora de la Escuela Primaria Nro. 8”<sup>120</sup> y en la causa “M. Glaser e hijos”<sup>121</sup> donde la Cámara en un todo de acuerdo con las ideas sostenidas por el Dr. Barra sostuvo que no puede cuestionarse el carácter de obra pública aunque el contrato se haya suscripto entre el particular y la Cooperadora si la misma se financia con fondos del Municipio en inmueble de su dominio y exclusivamente en beneficio del

<sup>120</sup> “Cete S.A. v. Coop. De la Escuela primaria n° 8 del Distrito Escolar n° 12 y otros s/ Cobro de pesos” C. Nac. Esp. Civ. Y Com., sala 3° 20/05/1988.

<sup>121</sup> “M. Glaser e hijos S.A. V. Asociación Cooperadora Escuela M. Gorriti s/ Ordinario” C. Nac. Espec. y Com., sala 3° , 5/04/1988 “Mediante las Leyes 16727 y 17764 y el decreto 5633/67 que las reglamenta se creó un patrimonio especial denominado Fondo Escolar Permanente, en la esfera del Ministerio de Educación y Justicia, destinado a solventar problemas edilicios en las escuelas, previéndose un régimen para su utilización que incluía una autorización del Ministerio para que requiera la colaboración de entidades intermedias, como las cooperadoras escolares, que le proporcionarían su capacidad operativa. De lo expuesto resulta que formalizado un contrato de locación de obra a tales efectos por la asociación cooperadora de una escuela, el dueño de la obra es el estado, en tanto titular del bien y de los fondos con que se realiza la obra, que impone la modalidad de contratación a través de licitación, apareciendo la cooperadora como una simple gestora y administradora de la ejecución.”

Estado en lo que hace al cumplimiento del fin de bien público que le compete.

Otra causa que sigue sosteniendo el criterio de la falta del Estado como sujeto en la contratación, cuando esta relación jurídica contractual es realizada por una Cooperadora Escolar con un tercero es el fallo “Carnevale Antonio”<sup>122</sup> de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. En ella directamente la Suprema Corte conceptualiza como administrativo el contrato celebrado entre la Cooperadora y el particular ya que el mismo fue celebrado en el marco de un régimen de derecho público y con la finalidad de satisfacer un interés colectivo y dar cumplimiento a un cometido público.

Esta metodología de realización de obras públicas mediante Cooperadoras (Entes Públicos No Estatales) fue seguido también en la mayoría de las provincias, y también en la Provincia de La Pampa donde se otorgaron subsidio para la realización de obras nuevas y refacciones en Centros Hospitalarios y Educativos; Comisarías, etc.<sup>123</sup> Teniendo todos ellos como modalidad de contratación lo establecido en la Ley de Obras Públicas N° 38 de la Provincia de La Pampa.

<sup>122</sup> Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires “Carnevale, Antonio c/ Cooperadora Escuela N° 8 de Lomas de Zamora y otros s/ Cobro de pesos por incumplimiento contrato. Daños y Perjuicios”. B 59137 | 26-5-1998.

<sup>123</sup> Decretos 600/97 por el cual se entrego un subsidio a favor de la Cooperadora del Centro Sanitario de la ciudad de Santa Rosa, destinado a refacción; decreto 640/97 donde se otorgo un subsidio a la Asociación Cooperadora del Hospital de Zona Gobernador Centeno, también para refacciones; Decreto 414/97 por el cual se firma un Convenio entre el Ministerio de Cultura y Educación y la asociación Cooperadora de la Escuela Provincial de Educación Técnica N° 2 de la ciudad de General Pico para la construcción de la residencia de varones de dicho establecimiento educacional; el decreto 641/96 por el cual se otorga un subsidio a la Asociación Cooperadora del Establecimiento Asistencial “Reuman Enz”, de la localidad de Intendente Alvear para solventar gastos que demande la ampliación de obras en el mencionado nosocomio; entre tantos decretos con la misma finalidad.

En relación al contrato laboral sustentado por estos Entes Públicos No Estatales (Cooperadoras) con privados la problemática fue tratada en la causa “Cussi de Salvatierra”<sup>124</sup>.

Se partió para el análisis del caso de la descripción de las cooperadoras, entendiendo a éstas como instituciones sin fines de lucro, puramente benéficas, dirigidas por padres de alumnos que no perciben emolumento y que son fomentadas, reglamentadas y controladas por el Estado.

Conceptualizado el ente se sostuvo que no parece justo que la autoridad estatal se desentienda de los créditos de trabajadores que colaboran con sus propios fines a través de estas insolventes organizaciones subsidiarias, ni que haga pesar exclusivamente sobre los padres de los alumnos la responsabilidad económica derivada de su gestión de bien público.

El voto del Dr. Villarroel en la causa mencionada se expresa en el mismo sentido que la Corte en la causa “Schirato”: “Hay pues, por parte del Consejo Nacional de Educación, una delegación de funciones en algo que es de su función específica y, si bien la delegación de funciones es aceptable dentro del cuadro que nos ocupa, no lo es en cuanto a eludir las responsabilidades que en su consecuencia se generen.”

En el mismo sentido en la causa “Teves de

---

<sup>124</sup> Cámara Nacional de Trabajo, en pleno, “Cussi de Salvatierra, Fructuosa y otros c/ Asociación Cooperadora Escolar N° 5 D.E. n° 2 “Ursula Llamas de Lapuente” y otro.”, agosto 25-1982 El Derecho (T. 100) Pág. 479490.

Negri”<sup>125</sup> donde se demandaba a la Municipalidad de A. G. Chaves y a la Asociación Cooperadora del hospital por diferencias salariales, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires sostuvo que la actividad de la Asociación Cooperadora importa una delegación expresa o tácita de una actividad pública.

Como se expusiera, la jurisprudencia ha receptado el contrato administrativo por extensión, y admite que la cooperadora ostenta el privilegio de decisión unilateral y ejecutoria en función del cual puede decidir unilateralmente sobre la validez del contrato, su interpretación, el modo y forma en que se realizan las prestaciones, las situaciones de incumplimiento e imposición de multas.

Es mi opinión que la actividad dirigida a la satisfacción de un interés público que resulte confiada por el Estado a entes o personas no estatales (cooperadoras) implica el ejercicio por parte de éstos y en dichos cometidos, de función administrativa.

Si bien la Corte no escapa de un criterio mixto que tiene por nota esencial el elemento subjetivo, considero que el acto o el contrato son instrumentos de los que se valen estos entes no estatales para la realización de los objetivos públicos confiados y deben regirse, consecuentemente, por el Derecho Administrativo.

---

<sup>125</sup> Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires “Teves de Negri, Delia Elisa contra Municipalidad de A.G. Chaves y otra. Diferencia de salarios y otro” Acuerdo 2078



Capítulo **5**

Dominio de las obras realizadas por  
las cooperadoras



## 5.- Dominio Público de las Obras realizadas por intermedio de Cooperadoras

Ya el Dr. Guillermo Muñoz en el fallo “MACO S.R.L. c/ Asociación Cooperadora Dr. Ricardo Gutierrez de la Escuela Juan Larrea n° 2 del Cons. Escolar y otro s/ cobro de pesos y daños y perjuicios” tratando el contrato de obra pública entre una Cooperadora y el constructor dice que este tema es uno de los asuntos más espinosos que el derecho administrativo debe afrontar y resolver: la participación de entidades privadas en el desarrollo de los cometidos que son propios de la Administración Pública.

Las numerosas y crecientes actividades que el Estado tiene asignadas han producido un formidable impacto en las formas de gestión, impacto que obviamente alcanza a los modelos institucionales y categorías jurídicas nacidos como respuesta a necesidades diferentes.

Las cooperadoras, tal como se expresara en



el punto 1 de este trabajo, ejecutan algunas veces cometidos públicos, coadyuvando la gestión de la Administración Pública.

Una de las tareas que a veces realizan por expresa delegación que hace la autoridad estatal es la ejecución de obras a través de aportes estatales, destinada al cumplimiento o satisfacción de servicios públicos o directamente que utilizadas para el accionar de la administración.

Estas obras son realizadas por entidades de origen privado que, a través de aportes estatales construyen, amplían, conservan y/o remodelan escuelas, comisarías, hospitales y/o toda otra dependencia de la administración adonde la institución pertenece.

En la provincia de La Pampa, para citar un ejemplo de la provincia en la que vivo, a través de subsidios que el Estado otorga, se han refaccionado Centros Sanitarios y Alcaldías, remodelado escuelas, etc.<sup>126</sup>

Ahorabien, estas obras podrían ser financiadas y ejecutadas por estas Asociaciones Cooperadoras y/o Comisiones Vecinales, en propiedades del Estado, pero luego explotadas por ellas mismas

<sup>126</sup> Provincia de La Pampa, Decreto 600/97 se otorga un subsidio a favor de la Asociación Cooperadora del Centro Sanitario de la ciudad de Santa Rosa a efectos de ser destinado a refacción de dicho Establecimiento Asistencial; el Decreto 640/97 se otorga un subsidio a favor de la Asociación Cooperadora del Hospital de Zona Gobernador Centeno con sede en la ciudad de General Pico para ser destinado a refacciones de dicho nosocomio; el Decreto 414/97 donde se aprueba un convenio celebrado entre el Ministerio de Cultura y Educación de la Provincia y la Asociación Cooperadora de la Escuela Provincial de Educación técnica numero 2 de General Pico, destinado a la construcción de la residencia de varones de dicho establecimiento educacional; y así tendríamos varios ejemplos de esta manera de descentralizar la ejecución de estas obras.

a fin de obtener el reintegro de los recursos por ellas aportados. Este sería el caso de Obras con participación Público Privadas.

Pero el caso de tratamiento es distinto. Aquí dichas Asociaciones reciben los montos directamente del Estado, provenientes del presupuesto que éste tiene destinado para la obra por la propia administración. De este modo, reviste particular interés analizar, si esas obras de esta última manera ejecutadas son de dominio público del Estado o son obras pertenecientes al dominio de los particulares, es decir, es pertinente indagar respecto de la naturaleza jurídica de estas obras.

En lo que sigue se indagará respecto de la naturaleza jurídica que podría predicarse de los bienes señalados a la luz de las dos teorías más relevantes que tratan el tema del dominio público.

### 5.1.- Teoría Propietarista.

Esta noción propietarista del dominio público, proveniente de Hauriou, parte de considerar al dominio público como una manifestación de la Propiedad.<sup>127</sup>

Del mismo modo Manuel Maria Diez comparte este criterio al sostener que “Todas las obras públicas que realiza directamente el Estado por administración o indirectamente por medio de

<sup>127</sup> HAURIU, Maurice: Précis de droit administratif, Paris, 1927.

contrato de obra pública o de concesión de obra pública, como que se realizan con un fin de utilidad general, entendemos que forman parte del dominio público, ya que el art. 2340, inc. 7 in fine, del Código Civil, incluye entre los bienes públicos del Estado cualesquiera obras públicas construidas para utilidad y comunidad común.”<sup>128</sup>

De esta manera los autores que sostienen esta tesis tienen como base de la denominación o conceptualización del dominio público el Código Civil. Para ellos, los bienes dominiales son objeto de un derecho de propiedad de igual naturaleza que el establecido en el Código, cuyos caracteres serían los mismos que los de la propiedad privada, sin perjuicio de ciertas reglas aplicables al dominio público a causa de su destino común.<sup>129</sup>

Se define, según la teoría que estamos analizando al dominio público como el conjunto de bienes de propiedad del Estado (*latu sensu*), afectados por ley al uso directo o indirecto de los habitantes.<sup>130</sup>

De esta definición surgen los cuatro elementos que componen la noción conceptual del dominio público. Ellos son: Subjetivo, Objetivo, Teleológico y Normativo o legal.

En el primer elemento, el Subjetivo, encontramos dentro de esta tesis el gran problema de

---

<sup>128</sup> DIEZ Manuel María, *Manuel de Derecho Administrativo*, Editorial Plus Ultra, tomo 2 pág. 307.

<sup>129</sup> Spota, *tratado de Derecho Civil*, r. 1, vol. 3, pág. 469 y sig; VILLEGAS BASAVILVASO., t 4 pág. 165

<sup>130</sup> BALLBE, *Concepto del Dominio Público*, Barcelona, 1945, p. 7 y sig.

poder encuadrar estas obras realizadas por particulares, como dominio público.

Los defensores de esta tesis sostienen que el elemento fundamental para que un bien pueda ser considerado como parte del dominio público es el referente al sujeto o titular del mismo. Por lo tanto, se establece una relación subjetiva de la cosa con la persona, desconociendo la relación objetiva de potestad entre una y otra.

Aquí existen dos tesis bien marcadas. Una de ellas, siguiendo las ideas de Proudhon, Ihering y Berthelemy, rechaza la idea de que el Estado sea titular de los bienes del dominio público. Por el contrario, entienden que el dueño de éstos es el “pueblo”. En esta corriente se enrolan, entre otros, Marienhoff y Bielsa.

La otra tesis sostiene que el titular de los bienes demaniales es el Estado. Como precursores de esta postura pueden mencionarse a Hauriou y Mayer. En nuestro país es sostenida por Diez, Villegas Basavilbaso, Spota, Bullrich, Llambias y Mariani de Vidal.<sup>131</sup>

Ahora bien, si analizamos que quien realizó la obra de construcción, remodelación, refacción o mantenimiento es una Asociación y/o Comisión, persona jurídica de origen privado, dichas obras serían netamente de carácter privado y no de dominio público.

---

<sup>131</sup> NIELSEN Federico, en el Manual de Derecho Administrativo de Comadira Julio, Capítulo XVII, Dominio Público, pág. 1059.

Pero aquí hay que tener en cuenta el último elemento señalado por esta tesis propietarista que es el elemento Normativo o legal. Según este elemento, no hay bienes públicos por naturaleza; solamente la ley puede servir de fundamento para que un bien tenga el carácter dominial.

Para determinar el concepto de dominio público se dice que los bienes deberán ser sometidos a un régimen de derecho público. Pero este sometimiento a un régimen de derecho público sólo puede resultar de una disposición de la autoridad competente, que en nuestro derecho no es otra que el Congreso de la Nación. Como exponen los expositores de esta tesis, es el Congreso de la Nación el competente para establecer cuáles bienes forman parte del dominio público.

El determinar cuáles son los bienes de dominio público, significa legislar sobre la condición jurídica de las cosas. Esto es materia del derecho sustantivo, de fondo, y corresponde por ello al Código Civil cuando legisla sobre las cosas en relación a las personas a quienes pertenecen, dividiendo a este respecto las cosas en públicas y privadas.

Según esta tesis, solamente podrían ser bienes del dominio público las obras que realizan estas Asociaciones y/o comisiones en ejercicio de actividad administrativa, con dinero del erario público y para utilidad pública, si dichas obras están establecidas en el Código Civil.

## 5. 2.- Teoría Potestativa de intervención del Estado

Esta doctrina considera al dominio público como un título de intervención del Estado, que debió y debe ser regulado únicamente por el derecho administrativo.<sup>132</sup>

En efecto, “...si originariamente, en la antigüedad, el dominio público surgió como régimen jurídico al servicio de una función social, desde el Estado moderno es una potestad pública, en virtud de la publicatio de dicha función social y, por lo tanto, de la administración del régimen jurídico conectado a la misma”<sup>133</sup>

Por ello, el régimen dominial del Estado no es un tipo de propiedad, diferente de la privada, sino un título de intervención, una potestad.

Ello nace de una correcta interpretación de los artículos 4 y 75 inc 5º y 18º de la Constitución Nacional, a nivel federal y de los artículos 124 último párrafo y 125 de la Constitución Nacional con respecto al provincial. Del mismo modo el artículo 75 inc. 18, utiliza la técnica de intervención, al prescribir la utilización de las tierras de propiedad provincial para su colonización.

<sup>132</sup> SALOMÓN, Jorge L., “El régimen del dominio público en la república Argentina: un intento de reconstrucción dogmática” en Actualidad en el Derecho Público Nº 14., p. 82, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000

<sup>133</sup> VILLAR PALASI, Jose L citado por Parejo Alfonso, Luciano, “Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general en Revista de Administración Pública Nº 100-102, Vol III p. 2403, Madrid, 1983.

De acuerdo a esta manera de analizar el origen y normativa del dominio público, tomada por el Dr. Salomoni no ya como la relación entre la cosa y la persona, sino como técnica de intervención nos lleva a considerar que no podría, hacer un nomenclador de bienes del dominio público como lo sostienen otros autores. El origen y normativa del dominio público debe estar subordinado a actividades que son necesarias satisfacer: el progreso y prosperidad de la Nación a través de la disposición y uso del dominio, entre otras actividades.

La Potestad es una noción que está inserta en la Teoría General del Derecho. Es un instrumento para preservar intereses o solucionar conflictos institucionales. Hay potestad cuando hay un sujeto (activo) portador de un título habilitante que da la ley para imponer a otro sujeto (pasivo) con la finalidad de solucionar conflictos de intereses.

El Estado puede ejercer prerrogativas para hacer posible la vida en convivencia social; es decir, tiene potestad para hacer prevalecer el interés público individual o para solucionar tensiones entre intereses privados de distinta jerarquía.

Como lo ha sostenido una parte de la doctrina española “El problema fundamental,..... sería el marco de análisis que se instauraría, esto es, si se sigue insistiendo, como hasta ahora, con los aspectos referidos a los bienes, o si, por el

contrario, se incide en la actividad que se desarrolla sobre esta categoría de bienes.”<sup>134</sup>

Pero, como se lo ha expresado, esta actividad que se desarrolla sobre categorías de bienes debe ser legislada de acuerdo al carácter local del derecho administrativo, por las jurisdicciones locales, es decir, las legislaturas, los consejos deliberantes, que son los facultados, de acuerdo a las competencias peestablecidas para limitar derechos a través de su intevención.

### 5.2.1 El caso de la Provincia de La Pampa

En la Provincia de la Pampa deviene en constitucional la Ley 1597 (Ley de Municipalidades y Comisiones de Fomento) que en su artículo 102 apartado I) inciso a) establece que el patrimonio municipal estará constituido por los bienes de dominio público y de dominio privado que se detallan en el mismo.

Es así que el Poder de Policía Municipal que legalmente asiste al Municipio, ha sido definido como una potestad que limita al “...ámbito de libertad individual, sea en el hacer personal del sujeto, sea sobre los objetos que éste tiene, por eso dícese muy bien, que regula las personas y las cosas”, en interés general. Su consagración normativa se encuentra en los artículos 123 incisos 4)

<sup>134</sup> GONZALEZ GARCIA, Julio V: “La titularidad de los bienes del domino público”, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág.15.



y 9) de la Constitución Provincial y, en el artículo 67 inciso 23) de la Ley 1597.

De este modo, la potestad de intervención sobre la actividad de los bienes es de carácter local. La demanialización de una categoría de bienes se justifica precisamente por la intensidad de una necesidad pública que es preciso satisfacer.

Aquí es preciso recalcar la idea de Villar Palasi de que “el dominio público nació más bien con un sentido plenamente funcional: construir un título de intervención administrativa plena....., no pretende la Administración conquistar propiedades sino potestades”.

Reducir el demanio a la contemplación estática de los bienes, analizando la capacidad de defensa frente a posibles usurpaciones no deja de ser un modo reduccionista de analizarlo.....La demanialización de una categoría de bienes no deja de ser una opción de carácter funcional.<sup>135</sup>

Aquí el elemento normativo o legal de la teoría propietarista ya no es un elemento más, sino es el título de intervención; es la manera en que la Administración regula la actividad sobre los bienes con un sentido plenamente funcional.

De esta forma las obras realizadas por las Asociaciones y/o Comisiones, si están completamente reguladas por el Estado, y éste interviene en su uso, serán de dominio público, sobrepasando

---

<sup>135</sup> GONZÁLEZ GARCÍA: La titularidad....., cit., p. 15

la teoría subjetivista de la relación de la cosa y las personas.

Como se ha expuesto, la manera de definir los bienes construidos por personas de origen privado (Cooperadoras) para un fin público, con fondos del Estado, podría obtenerse por las dos tesis antes expuesta. Sin embargo, la naturaleza de tales bienes será diferente según se adscriba a una u otra posición.

Sería mezquino verlas bajo el prisma propietario, dado que ello conllevaría a conceptualizarlas como bienes privados, ya que la misma tiene en cuenta el elemento subjetivo para definirla (relación de la cosa con la persona). El Estado es el que reglamenta e interviene intensamente en la actividad a realizarse en esas obras ejecutadas por dichas Asociaciones, que tendrán un uso público, y serán explotadas por la misma Administración, que es la que establece el régimen de intervención de acuerdo a la finalidad.

Es por ello que las obras que ejecuten las Asociaciones Cooperadoras que se realicen con fondos públicos para ser destinadas a un uso público, son de dominio público del Estado, que es el que va a ejercer la potestad interventora de dicho bien.



## Conclusión



En el desarrollo del presente trabajo, conceptualizamos a la cooperadora, como un ente público no estatal, teniendo en cuenta los elementos que componen su accionar.

Así, analizamos el origen privado de la cooperadora pero, que con la aprobación o autorización estatal para el ejercicio de funciones, se publica.

En el ejercicio de la función administrativa este ente goza de prerrogativas públicas en su ejecución, y se encuentra controlado en el cometido público por la autoridad Estatal. La intensidad del control que ejerce el Estado sobre este ente (Asociación Cooperadora) dependerá de la legislación que regule al mismo, pero cabe señalar que siempre ha de llevarse a cabo.

Sostenemos que la cooperadora ejerce funciones administrativas, por lo tanto, los actos emanados en el ejercicio de dicha actividad deben ser considerados actos administrativos; pues, como lo enunció la doctrina, de dos cosas una: o son ambas función administrativa y acto administrativo, o ninguno de ellos es tal cosa.

Analizada las dos posiciones en cuanto al dominio público del Estado afirmamos la teoría potestativa de intervención del Estado, por lo que las obras que ejecute la Cooperadora con fondos públicos para ser destinadas a un uso público, son bienes públicos del Estado ya que es éste el que va a ejercer la potestad interventora de dicho bien.

*“Al hablar de la reforma de las instituciones, principalmente pensamos en el Estado; no porque de su influjo haya de esperarse toda la salvación, sino porque, a causa del vicio del individualismo las cosas han llegado ya a tal punto que, abatida y casi extinguida aquella exuberante vida social que en otros tiempos se desarrolló en las corporaciones, han quedado casi solos frente a frente los particulares y el Estado. Semejante deformación del orden social lleva consigo no pequeño daño para el mismo Estado, sobre el cual vienen a recaer todas las cargas que antes sostenían las antiguas corporaciones, viéndose él abrumado y oprimido por una infinidad de cargas y obligaciones.”*<sup>136</sup>

Es posible observar en este trabajo la relevancia que alcanza el concepto de participación ciudadana consagrado en nuestra Carta Magna.

Ahora bien, para que la participación no sea un slogan vacío, carente de contenido empírico, sin reflejo en la realidad; para que no transmita un mensaje falso que por tanto a nadie convenza y quede como tantas otras ideas en el campo de las que se

---

<sup>136</sup> Encíclica Papal “Quadragesimo anno” S.S. Pío XI, 15 de mayo de 1931.

dice compartir pero que se prefiere no ejercitar “por ahora”, se deberá, como se dijo en la introducción de este trabajo, complementar a la Organización Administrativa con estructuras del campo de la Economía Social.

Las Asociaciones Cooperadoras, como instrumento de esta participación son la forma básica de cooperación entre la sociedad civil y el Estado.

Esta Descongestión de la actividad Administrativa, puede nacer de la voluntad del legislador, pero en la delegación del ejercicio de cometidos públicos también debe mirar a aquellas organizaciones intermedias, sin fines de lucro, que si bien tienen su origen en el Derecho privado (escritura pública, por instrumento privado cuya personería se encuentre otorgada por el Estado) se publican al cumplir el cometido estatal delegado.

Esta publicación de la actividad de estas personas jurídicas no es una mera descentralización de la organización administrativa, sino que la idea es reconocer entidades fuera de la estructura del Estado que favorezcan la eficiencia, transparencia y democratización de sus estructuras.

En el ejercicio de la función administrativa por parte de estos entes gozan de prerrogativas públicas en su ejecución, y se encuentran controlados en el cometido público intensamente por la autoridad Estatal.

El Estado, aprovecha las aspiraciones de las

cooperadoras, utiliza sus estructuras, y permite así que se lo ayude en un cometido típicamente suyo. Para ello delega fuera de la organización administrativa la ejecución de una tarea estatal, traspasándose un deber funcional de la Administración a una entidad de origen privado, por lo que no podrá el Estado, a partir de tal realidad reveladora, pretender ser ajeno a la relación contractual y sus implicancias litigiosas.

Si bien la existencia de contratos administrativos entre la Asociación Cooperadora como ente público no estatal y un particular, se encuentra en permanente discusión, no puede concebirse que el Estado apele a tal figura para la realización de cometidos que ha titularizado y no se haga responsable por los daños que en la realización de los mismos provoque el delegado, siempre que se trate de actos, actividades y omisiones propias de la delegación, con ejercicio de prerrogativas públicas.

Sin embargo, la justa óptica del problema no podría vislumbrarse teniendo en cuenta las nociones tradicionales y situaciones comunes, pues como se señalara en este trabajo existe toda una nueva actitud en la sociedad contemporánea en cuanto al rol de la Administración, su relación con los particulares, el papel protagónico de las asociaciones o cuerpos intermedios, sumado al entrecruzamiento de lo público y lo privado, que ha trastocado sensiblemente la concepción originaria del derecho administrativo todo y del contrato administrativo, en particular.

Al no pertenecer la Cooperadora a los cuadros de la Organización Administrativa del Estado, se podrán analizar en otro estudio, las dos dimensiones de participación de estos entes dentro de las instituciones. La primera relacionada con la integración de la comunidad con cada función u órgano del Estado (comunidad-escuela, comunidad-hospital, comunidad-policía, comunidad-universidad, etc.) permitiendo a las Asociaciones la intervención en el proyecto de la institución. La segunda relacionada con la gestión de la misma, entendiendo como tal la posibilidad de intervención de los integrantes de una organización en su proceso administrativo (planeamiento, gestión y control); esto significa, tomar parte activa y positiva del proceso.

*“Es verdad, y lo prueba la historia palmariamente, que la mudanza de las condiciones sociales hace que muchas cosas que antes hacían aun las asociaciones pequeñas, hoy no las puedan ejecutar sino las grandes colectividades. Y, sin embargo, queda en la filosofía social fijo y permanente aquel principio que ni puede ser suprimido ni alterado; como es ilícito quitar a los particulares lo que con su propia iniciativa y propia actividad pueden realizar para encomendarlo a una comunidad, así también es injusto, y al mismo tiempo de grave perjuicio y perturbación para el recto orden social, confiar a una sociedad mayor y más elevada lo que comunidades menores e inferiores pueden hacer y procurar. Toda acción de la sociedad debe, por su*



*naturaleza, prestar auxilio a los miembros del cuerpo social, mas nunca absorberlos y destruirlos.*"<sup>137</sup>

---

<sup>137</sup> Encíclica Papal "Quadragesimo anno" S.S. Pío XI, 15 de mayo de 1931

## Bibliografía



ANDREUCCI, Carlos, *El Control de las Personas Públicas No Estatales*, Control de la Administración Pública- Jornadas Organizadas por la Universidad Austral – Facultad de Derecho- , año 2002, ps. 585/594

BALLBE, *Concepto del Domino Público*, Barcelona, 1945.

BARRA, Rodolfo Carlos, *Los Sujetos Auxiliares de la Administración Pública*, en la revista La Ley (T. 1982-D) ps. 352/374.

BARRA, Carlos Rodolfo, *Principios de derecho Administrativo*, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1980.

BIELSA, Rafael, *Régimen jurídico de la contabilidad pública*, Ed. Depalma, Buenos Aires.

BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1987.

BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil*, – Parte General- página web de NexisNexis Argentina – Simples, asociaciones sin personería jurídica.

BRAGULAT, Jorge, *La descongestión del Estado a través de la Economía Social* exposición realizada en el Congreso Argentino de la Cooperación

CANDA, Fabián Omar, *El elemento subjetivo en la contratación administrativa ¿necesariamente una de las partes debe ser el Estado?*, En Jornadas de la Universidad Austral. Contratos Administrativos ps. 65-82.

CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Ed. Lexis Nexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.

CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.

COMADIRA, Julio Rodolfo, *Procedimiento Administrativo y Participación ciudadana*, en el dial.com.

COMADIRA, Julio Rodolfo, *Acto Administrativo Municipal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992.

COPI, Irving M., *Introducción a la Lógica*, Eudeba, 1994.

COVIELLO, Pedro José Jorge, *La Teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en 130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación – 1863-1993, pp.98-137.

DIEZ, Manuel Maria, *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1997.

DORMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995.

ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo* Volumen I/2, Undécima edición, Editorial Tecnos S.A., 1995, Madrid. ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo*, ps. 25, Madrid, 1970.

FIORINI, Bartolomé, *Manual de Derecho Administrativo*, Ps. 162, Ed. La Ley 1968

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I*, Décima edición, edt. Civitas Madrid, 2000.

GARCIA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Los Actos Administrativos*, Madrid 1986, ps 119 y ss.

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

GAUNA, Juan Octavio, *Ejercicio privado de funciones públicas*, La Ley 1990-D,1205.

GIANNINI, Massimo Severo, *Derecho Administrativo*, Traducción del Ministerio Para las Administraciones Publicas, Madrid 1991 Pág. 210

GONZALEZ GARCIA, Julio V, *La titularidad de los bienes del domino público*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

GONZALEZ NAVARRO, Francisco, *Derecho Administrativo Español*, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona 1987.

GONZALEZ PEREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos*, Madrid, 1977.

GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998.

HUTCHINSON, Tomás, *Las Corporaciones Profesionales*, Fundación de derecho Administrativo, Buenos Aires 1982.-

IVANEGA, Miriam M., *Principios de la Administración Pública*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, febrero de 2005.-

IVANEGA, Miriam M., *Acto Administrativo de Entes Públicos No Estatales*, en *Acto Administrativo y Reglamento –Jornadas organizadas por la Universidad Austral – Facultad de Derecho*, 2001. Ediciones RAP S:A:, Buenos Aires, mayo 2002.

MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

MODERNE, Frank, *Decadencia del punto de vista orgánico en la definición del acto administrativo del derecho francés: los actos administrativos de origen privado*, en *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 4, Ps. 3 y sig.

MONTI, Laura, *Responsabilidad de las personas públicas no estatales*, en Jornadas de Derecho Administrativo sobre Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, Universidad Austral, Ediciones Rap, 2001

NIELSEN, Federico, en el *Manual de Derecho Administrativo*, de Comadira Julio, Capítulo XVII, Dominio Público, ps. 1059.

OSSENBUEHL, Fritz, *La Responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en la República Federal de Alemania*, en la obra “Propiedad, expropiación y responsabilidad”

PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo, Los Contratos y la Administración. Régimen Básico*, T. I., 1 | 1 ed., Edit. Marcial Pons, Madrid, 1999.

SALOMONI, Jorge L., *El régimen del dominio público en la república Argentina: un intento de reconstrucción dogmática*, en Actualidad en el Derecho Público N° 14., p. 82, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000

SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente, *Curso de Derecho Administrativo*, 4 ed., Madrid, 1894.

SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso, *El Proceso Contencioso-Administrativo*, T II ps. 642.

SAYAGUES LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ta. Edición, Montevideo 1974.

SCHAFRIK, Fabiana Haydee – BARRAZA, Javier Indalecio, *Sistemas de control en la ley 24.156 (Análisis comparativo con el régimen anterior)*, La Ley 1995-C, 1259

SESIN, Domingo, *Tribunal e Cuentas. Importancia y alcance del Control previo. Nuevas perspectivas*, en Control de la Administración Pública. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral – Facultad de Derecho, año 2002 pág 296

VILLAR PALASI, José L, citado por Parejo Alfonso, Luciano, *Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría gen8eral*, en Revista de Administración Pública N<sup>o</sup> 100-102, Vol III p. 2403, Madrid, 1983.

WEIL, Prosper, *La crisis del criterio de contrato administrativo*, trad. Esp de Eduardo Soto Kloss, Revista de Derecho Público Nos. 39-40, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile enero-diciembre 1986.

WEIL, Prosper, *Derecho Administrativo*, Madrid, 1986, trat. Espc, ed. Civitas, Pp. 53/58.

ZANOBINI, G, *Corso di diritto amministrativo*, Vol. III, ps. 3885 y sigs, Milano, 1958/1959.

