

## **EL DERECHO ADMINISTRATIVO**

### **El régimen exorbitante como nota peculiar del derecho público.**

La realidad concreta de cada caso que va a dar el derecho positivo de cada país, según que se considere en el caso del derecho público, la preeminencia del interés del todo social sobre el interés privado, la situación del sujeto estatal y sus fines, las relaciones inter - orgánicas e inter - administrativas de los órganos y entes estatales, respectivamente, todo ello traerá como efecto (no como causa), la presencia de un régimen exorbitante del derecho privado que no se agota en la prerrogativa de coacción sino en variados aspectos de la regulación del acto.

No hay una relación conmutativa entre la Administración y los particulares.

El sistema del derecho administrativo posee una compleja gama de poderes o potestades jurídicas que componen lo que se ha llamado régimen exorbitante, que se determina y modula en los distintos países de un modo diferente.

La existencia de esa peculiaridad no agota totalmente el contenido del derecho administrativo que se integra también con instituciones y normas donde las técnicas de actuación no traducen necesariamente prerrogativas de poder público ni el uso de la coacción sino de facultades que amplían el ámbito o esfera de derechos de los particulares, cotaes como acontece con el fomento.

El régimen exorbitante no implica en todos los casos una situación de desborde o conflicto con el derecho privado. Si bien su origen obedece a una situación de exorbitancia donde el derecho administrativo era una suerte de derecho especialo de excepción, modelado en torno del núcleo de técnicas que se separaron del tronco común del derecho, el crecimiento progresivo de sus instituciones ha contribuido a generar una autonomía que hoy en día resulta indiscutible.

La denominación de régimen exorbitante se mantiene sólo en un sentido convencional que ya no responde a su significado originario, pues su contenido se integra, además de las prerrogativas de poder público, con las garantías que el ordenamiento jurídico instituye a favor de los particulares para compensar el poder estatal y armonizar los derechos individuales con los intereses públicos que persigue el Estado, cuya concreción está a cargo de la Administración Pública. De este modo, el régimen exorbitante se configura como el sistema propio y típico del derecho administrativo.

### **Las funciones del Estado y la teoría de la separación de los órganos que ejercen el poder estatal.**

La concepción doctrinaria de la separación de poderes aparece por primera vez en la historia con Montesquieu y su célebre "El espíritu de las leyes", publicada en 1748.

La teoría constituye un alegato contra la concentración del poder y la defensa de los derechos individuales, y está fundamentalmente orientada a la clásica división tripartita del poder en Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Parte del reconocimiento que todo órgano que detenta poder tiende naturalmente a instaurar un sistema de frenos y contrapesos sobre la base de la asignación de porciones del poder estatal (ejecutiva, legislativo y judicial), suponiendo que el equilibrio resultante debe asegurar la libertad del hombre.

En realidad la separación de poderes no es estricta en la actualidad. En el orden de la realidad lo que ocurre es que cada órgano en quien se distribuye el poder estatal tiene asignada una de las funciones señaladas como competencia predominante, sin que esa prevalencia obste a la acumulación (en forma entremezcalda) de funciones materialmente distintas.

El valor actual de la tesis de Montesquieu consiste fundamentalmente en los principios de coordinación, equilibrio y especialización que la nutren. Según Bidart Campos se quiebra el principio divisorio, entendido a la manera clásica, a raíz de que no pueden ya identificarse de una manera estricta los aspectos substanciales, orgánico y formal de los actos estatales.

### **La función administrativa. Distintas concepciones. Clasificación de la actividad administrativa.**

A partir de las formulaciones doctrinarias originarias de Locke y Montesquieu, se produjo un fenómeno de ampliación progresiva, con avances y retrocesos, de las competencias del estado y de la administración, convirtiéndose ésta en un órgano complejo que cumple con múltiples actividades.

Aparte de la acepción estrictamente orgánica o subjetiva de la Administración Pública, es decir, del complejo de órganos y sujetos encuadrados en el Poder Ejecutivo, cabe referirse a ella también con un alcance y sentido funcional. Considerada como "actividad", resulta útil para diferenciarla de las restantes funciones del Estado y caracterizar un tipo de actividad: el acto administrativo, sometido a un régimen de derecho público, exorbitante del derecho privado.

Las distintas concepciones acerca de la función administrativa giran principalmente en torno a la actividad.

**Concepciones subjetivas u orgánicas:** consideran a la función administrativa o Administración pública como toda o la mayor parte de la actividad que realiza el Poder Ejecutivo. La Administración constituye un sector o zona de la actividad que despliega el Poder Ejecutivo.

**El criterio objetivo o material:** se funda en el reconocimiento de las actividades materialmente administrativas no sólo del Poder Ejecutivo, sino también de los órganos legislativo y judicial. Las notas que caracterizan a la Administración son fundamentalmente la concreción, inmediatez y continuidad. Algunos autores añaden una actividad práctica y normalmente espontánea (Marienhoff: actividad permanente, concreta y práctica del Estado, que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social). En el aspecto teleológico, debe orientarse en la realización del bien común. Deben excluirse de la noción de función administrativa en sentido material todas aquellas actividades reguladas tradicionalmente por el derecho privado, especialmente la actividad industrial o comercial.

En consecuencia, la función administrativa en sentido material, puede ser definida como *aquella actividad que en forma inmediata, permanente, concreta, práctica y normalmente espontánea desarrollan los órganos estatales para alcanzar el bien común, conforme a regímenes jurídicos de derecho público.*

**Otras teorías:** existen otras posturas, como la llamada concepción residual, la Administración era toda aquella actividad que restaba luego de excluir la legislativa y la función jurisdiccional. Es también una definición negativa de la Administración, la de Linares que la caracteriza como todo lo que no es jurisdicción, dentro de la ejecución por actos individuales, de la Constitución y la ley, fuera de situaciones contenciosas.

### **Las funciones legislativa y jurisdiccional de Administración Pública**

La función legislativa es aquella que traduce el dictado de normas jurídicas que tienen como característica propia de su alcance general y su obligatoriedad, constitutiva de una situación impersonal y objetiva para los administrados a quienes las normas van destinadas. Es así que los diversos Reglamentos (de distintos tipos) que se emiten en el ámbito del PE, constituyen el ejercicio de funciones, que desde el punto de vista material, no se diferencian de las leyes generales que sanciona el Congreso. El PJ, en menor medida, tiene también esta potestad.

La función jurisdiccional se puede definir como la actividad estatal que decide controversias con fuerzas de verdad legal, que pueden ser cumplidas, en determinadas circunstancias, por órganos que se hallan encuadrados en el Poder Ejecutivo, como por ejemplo el Tribunal Fiscal de la Nación. La atribución de funciones judiciales a órganos administrativos tiene un profundo arraigo en el derecho continental europeo. La adopción del modelo constitucional norteamericano no pudo sustraerse en forma total de la influencia de la realidad cotidiana.

### **La ecuación entre la Administración Pública y derecho administrativo.**

La injerencia progresiva del derecho administrativo contemporáneo sobre esferas de actuación reservadas anteriormente con exclusividad al derecho privado, unida a la necesidad de regular nuevas conductas y situaciones carentes de normación, ha provocado la ruptura de la clásica ecuación entre Administración Pública y Derecho Administrativo.

Si bien el derecho administrativo alcanzó a tener el contenido de distintas concepciones que sobre la Administración Pública se han reseñado, la noción de esta última, no sirve para delimitar actualmente el contorno y contenido de la materia.

El único criterio que explica sin contradicciones lógicas las funciones esenciales del Estado es el material u objetivo, pero no puede pretenderse que esta formulación doctrinaria sirva para agotar el contenido del derecho administrativo, ya que quedaría fuera la actividad reglamentaria, ya que materialmente es de naturaleza normativa o legislativa.

El derecho administrativo interviene también en la regulación y el control de la actividad de las persona públicas no estatales, al fiscalizar las decisiones de tal tipo de sociedades.

La ruptura de la ecuación tradicional entre Administración Pública y Derecho Administrativo responde a una ampliación del contenido de éste como producto de circunstancias históricas.

### **Contenido actual del derecho administrativo: el problema de su definición.**

Se dice que el Derecho Administrativo enfrenta en la actualidad una auténtica crisis de crecimiento, que hace necesario que su definición tenga la flexibilidad y el dinamismo suficientes para captar la realidad histórica de cada país.

La evolución del Estado, y el correlativo abandono del principio de no injerencia han originado el nacimiento de un conjunto de instituciones y técnicas que han ido modelándose en un proceso de alejamiento progresivo de los principios del derecho privado, que en un primer momento constituyeron el basamento para su desarrollo. *La intervención del Estado debe regirse siempre por el principio de la suplencia o subsidiariedad.*

Resulta prácticamente imposible definir al Derecho Administrativo sobre la base exclusiva de la noción de Administración Pública. No puede considerárselo como el derecho de la Administración (en sentido órgano). La realidad admite la transferencia de funciones estatales a entes que, aunque no revistan formas jurídicas privadas, no integran la administración.

La idea de Derecho Administrativo es preexistente a la de la Administración, y debe ser definido como una rama sustantiva del derecho, en función de la materia.

*El Derecho Administrativo es aquella parte del derecho público interno que regula la organización y las funciones de substancia administrativa, legislativa y jurisdiccional del Órgano Ejecutivo, las funciones administrativas y de los restantes órganos que ejercen el poder del Estado (Legislativo y Judicial) públicas o privadas y, en general, todas aquellas actividades realizadas por personas a quienes el ordenamiento les atribuye potestades de poder público derogatorias o exorbitantes del derecho privado. Aun cuando no sean personas administrativas.*

### **Los principios fundamentales del derecho administrativo contemporáneo.**

La amplitud y complejidad del derecho administrativo en nuestros días hace necesaria una explicación a la luz de un conjunto de notas o principios que conforman las bases de su sistema.

### **El Estado de Derecho y el Principio de Legalidad.**

Modernamente Estado de Derecho significa un régimen en el cual el derecho preexiste a la actuación de la Administración y la actividad de ésta se subordina al ordenamiento

jurídico; los derechos fundamentales de las personas se hallan plenamente garantizados y existen tribunales independientes para juzgar las contiendas.

Dentro de esta concepción surge el derecho público subjetivo que atribuye al particular la facultad de exigir una determinada conducta (positiva o negativa) de parte de la Administración. Pero esta concepción del Estado sufrió a partir de la 1ª GM una importante transformación, a raíz del intervencionismo estatal cada vez mayor y el intento de borrar la dualidad Estado Sociedad. El Estado debía corregir y borrar las desigualdades existentes en la sociedad actuando como aportadora de prestaciones. La quiebra de ese modelo, que instauró la intervención estatal creciente en el campo económico social, ha originado un amplio movimiento tendiente a delimitar las funciones de la Administración, a desregular y desmonopolizar actividades antes prestadas por el Estado.

Este sistema, que puede calificarse como "Estado Subsidiario", mantiene las reglas del Estado de Derecho, poniendo énfasis en la protección de la iniciativa privada y la libre competencia y, al propio tiempo, que limita la intervención del Estado, como productor o comerciante, no deja de hacerlo en determinados ámbitos de interés social (salud pública, previsión social, etc.), no cubiertos por la actividad privada.

### **El intervencionismo estatal y el Principio de Subsidiariedad.**

El principio de subsidiariedad es un principio rector en el proceso de justificación o no del intervencionismo estatal, o de la no injerencia frente a este. Se trata de la justificación de la intervención estatal en aquellos casos de ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada, cuando fuere necesario para la satisfacción del bien común.

La función del Estado no se agota en el "dejar hacer", sino que a veces requiere decisiones positivas en aquellos campos en que el bien común reclama su intervención. Se ha operado una suerte de intervención del derecho de libertad.