

"Ente de Turismo de la Ciudad de Buenos Aires: Las vicisitudes
de su accionar producto de su peculiar naturaleza jurídica"

Autor: Abog. Castor José López

Director: Mag. Ernesto Nicolás Ferreyra Domínguez Ortiz

Tesis de dogmática jurídica para optar al título de Magíster en
Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la
Universidad Austral

Buenos Aires

2019

INDICE

Tema:	Página:
1. INTRODUCCION: PROPOSITO DE ESTE TRABAJO.....	05
2. ENTUR: SUS PRINCIPALES CARACTERES.....	06
2.1. Su creación formal: Naturaleza jurídica, régimen legal que le resulta aplicable e inspiración.....	06
2.2. Misiones y funciones: Su alcance.....	09
2.3. Su dirección y administración.....	11
2.3.1. Su autonomía y especialidad.....	13
2.3.2. La extinguida figura de otro de los integrantes del directorio: El Director Ejecutivo.....	15
2.3.3. El comportamiento del ENTUR posterior a la sanción de la Ley N° 4.685.....	17
2.4. Participación de entidades.....	20
2.5. Su contralor administrativo y judicial.....	21
2.5.1. El control administrativo propio de la relación de tutela que une al ENTUR con el GCABA.....	21
2.5.2. Los diversos mecanismos dispuestos por la legislación para anular la actividad desplegada por el ENTUR.....	21
2.5.3. Control judicial.....	23
3. PROBLEMÁTICAS DERIVADAS DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ENTUR.....	24
3.1. Nombramiento de funcionarios públicos del ENTUR.....	24
3.1.1. Problemática.....	24
3.1.1.1. Omisión ilegal.....	24
3.1.1.2. Vulneración de los principios que rigen la organización administrativa.....	26
3.1.2. Soluciones propuestas.....	28
3.1.3. Conclusiones.....	38
3.2. Técnicas Delegativas: Problemática.....	40
3.2.1. Antecedentes: El Decreto N° 34-GCABA/16, su implementación en entidades que integran la Administración Pública Descentralizada.....	40
3.2.2. La Resolución N° 128-ENTUR/17 de encomienda de firma: Vicios que la afectan y desentrañamiento de su naturaleza jurídica. Consecuencias.....	41

3.2.3. El antecedente de la Resolución N° 225-ENTUR/17: El Decreto N° 34-GCABA/16, su condición jurídica. El alcance de ambas normas.....	47
3.2.4. Críticas a la Resolución N° 225-ENTUR/17.....	50
3.2.4.1. El ENTUR podría ser incompetente para su emisión.....	50
3.2.4.2. Sistema de reemplazos del ENTUR. Cuestionamientos.....	52
3.2.4.3. Violación de uno de los principios más relevantes de la organización administrativa: La jerarquía. Posible producción de actos nulos de nulidad absoluta por hallarse afectados por el vicio de incompetencia en la materia.....	53
3.2.5. Conclusión y recomendaciones.....	55
4. EPÍLOGO.....	56
BIBLIOGRAFIA.....	59
JURISPRUDENCIA CITADA.....	61

I. INTRODUCCIÓN: PROPÓSITO DE ESTE TRABAJO.

El presente estudio surge como consecuencia de la experiencia recogida en el Ente de Turismo de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, “ENTUR”) y tiene por objeto reflexionar sobre algunos de los problemas detectados en su actuación, pero cuyos orígenes se encuentran asociados a su particular naturaleza jurídica.

Por lo tanto, a lo largo del mismo, describiremos y explicaremos nuestras inquietudes profesionales acerca de la temática planteada e intentaremos abrir un espacio de debate racional, inteligente y pragmático sobre ellas que nos permita arribar a conclusiones y soluciones válidas y desprovistas de ideología política alguna.

En tal sentido, en este informe se planteará, entre otras cuestiones que suscitan interés jurídico, tanto la discusión sobre la existencia de una verdadera autonomía en la gestión del organismo y, dependiendo de ello, sus implicancias en cuanto al cabal cumplimiento de la ley; así como los aspectos relativos al peculiar control administrativo ejercido por el poder central sobre la entidad.

Primeramente describiremos de forma sucinta las principales características del ENTUR y seguidamente analizaremos los mencionados problemas.

II. ENTE DE TURISMO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES: SUS PRINCIPALES CARACTÉRES.

2.1. Su creación formal: Naturaleza jurídica, régimen legal que le resulta aplicable e inspiración.

El ENTUR fue creado por la Ley N° 2.627 -texto consolidado Ley N° 5.666- (BOCBA N° 2.854) sancionada el 13 de diciembre de 2007 y, aunque originariamente fue concebido en la esfera del Ministerio de Cultura del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la actualidad depende de la Secretaría General y de Relaciones Internacionales del mismo gobierno (en lo sucesivo, “SGRI”).

A su vez, la misma ley le atribuye la condición de repartición autárquica (art. 1º), de lo que se deduce que *a priori* el mismo cuenta con los siguientes rasgos característicos: (i) Posee personería jurídica propia, por lo que está facultado para actuar por sí mismo, en nombre propio, estar en juicio tanto como parte actora o demandada, celebrar contratos, etcétera¹; (ii) pese a tener personalidad jurídica diferenciada, de todos modos pertenece al sector público (administración pública descentralizada) y su naturaleza jurídica es la de una persona pública estatal; (iii) está sometido al escrutinio del poder central, aunque limitado -en principio²- a la legalidad de sus decisiones o actos y en forma posterior a su emisión, porque en lugar de un contralor jerárquico (que es el que aparece dentro de una misma persona pública estatal), la instancia superior de la administración ejerce sobre ella un control de tutela; (iv) su patrimonio es estatal³; (v) tiene capacidad de administrarse a sí mismo pero de acuerdo a su norma de su creación (nota que permite distinguir la noción de autarquía de la de autonomía que lleva implícito el poder normativo propio y originario), sin tener que recurrir a la administración central más que en los casos que expresa y excepcionalmente se establezcan; y (vi) tiene una finalidad específicamente estatal⁴.

¹ En sentido similar, Barra, Rodolfo C. “Principios de Derecho Administrativo”, Buenos Aires, 1980, pag. 181; y Muratorio, Jorge Ignacio, “Centralización, Descentralización, Concentración y Desconcentración (Algunos aspectos del régimen jurídico de los entes descentralizados)”, Revista jurídica de la Universidad Austral.

² Ya que la norma puede autorizarlo con amplitud, es decir, hacerlo comprensivo tanto de la legitimidad como de la oportunidad, mérito o conveniencia.

³ Procuración del Tesoro de la Nación (PTN), dictámenes 183-121.

⁴ Gusman, Alfredo Silverio, “Autarquía y descentralización”, T. 179, El Derecho, pp. 755 a 773; y Muratorio, Jorge Ignacio, ob. cit.

Por su parte, en lo que hace a los fundamentos de la creación del organismo, cabe mencionar que la exposición de motivos de la Ley N° 2.627 afirma que, por considerarse al turismo como (i) una actividad económica prioritaria que genera empleo, divisas e impulso a las pequeñas y medianas empresas (PyMES), (ii) “un modo y un medio” importante y fundamental para difundir y promover los conocimientos y relaciones culturales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (de aquí en más, “CABA”), y (iii) un sector estratégico de la mayor importancia para la construcción de una CABA como destino turístico internacional; y dado el valor de interés general otorgado a la actividad turística, se hace necesario establecer un régimen especial para el sector que (i) permita promover y desarrollar en forma integrada un modelo de gestión y de políticas de fomentos e incentivos a la actividad turística en plena armonía con la políticas culturales que se diseñen e implementen desde el Gobierno de la CABA (en adelante, “GCABA”), (ii) regule las actividades, derechos y deberes tanto del GCABA como de los particulares prestadores de servicios turísticos, en materia de protección, investigación, planificación, formación y capacitación y aprovechamiento de atractivos y recursos turísticos, como así también defender los derechos del usuario de dicha actividad, y (iii) desarrolle cláusulas de fomento para el desarrollo y promoción del turismo receptivo nacional e internacional y la construcción de una “marca turística” única de la ciudad.

Adicionalmente, en dicho sector del plexo normativo, se hace alusión a la necesidad de impulsar una cooperación público-privada (conocida internacionalmente como “PPP”, por sus siglas en inglés: “*Public-Private Partnership*”) que permita potenciar la existencia de intenciones y prácticas de actores privados vinculadas directamente a la actividad turística.

Asimismo, cabe decir que su caracterización como entidad autárquica jurídicamente descentralizada hace aplicable al ente las disposiciones de la Ley de Procedimientos Administrativos de la CABA (art. 1°). Y, consecuentemente, los principios generales del procedimiento administrativo allí enunciados (art. 22).

En tal sentido, el ENTUR deberá obrar ajustándose a los principios rectores de: (i) Oficialidad⁵ (art. 22, inc. a); (ii) celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites

⁵ Impulsión e instrucción de oficio.

(art. 22, inc. b); (iii) Informalismo a favor del administrado⁶ (art. 22°, inc. c); y (iv) Debido Proceso Adjetivo (art. 22°, inc. f)⁷.

En términos generales puede decirse que las previsiones de la Ley de Procedimientos Administrativos local (en lo sucesivo, “LPA”) resultan compatibles con el funcionamiento del organismo, caracterizado –como se verá más adelante– por su pretensión de neutralidad respecto de los intereses en juego e independencia, no obstante, la existencia de institutos tales como el recurso de alzada (art. 113) que importan una limitación de este último carácter (al menos en su faz política).

Por último y como seguidamente podrá apreciar el lector, en virtud tanto de las características de este ente local como de su funcionamiento, parecería ser que su creación estuvo inspirada en las agencias reguladoras autónomas de los Estados Unidos de América.

Ello por cuanto, es claro que, como en ellas, la intención del legislador porteño ha sido que el control del cumplimiento de las condiciones impuestas a la prestación de los servicios turísticos en la jurisdicción de la CABA de acuerdo a las exigencias de su Ley de Turismo deje de ser realizado por las oficinas y/o Departamentos del Ejecutivo, como venía siendo efectuado hasta ese momento a través de la Subsecretaría de Turismo del GCABA, y pase a ser llevado a cabo por organismos que funcionen al margen de dicho poder.

Todo ello con la finalidad de conferir al nuevo órgano (ENTUR) mayor independencia del poder político e imparcialidad en relación con los intereses regulados.

⁶ De conformidad con el cual, se autoriza la excusación de la inobservancia por parte de los particulares de las exigencias formales no esenciales como consecuencia del papel de colaborador que, en el procedimiento administrativo, corresponde otorgar a los mismos respecto de la gestión del bien común atribuida a la Administración Pública. Deriva de uno de los principios generales del derecho cuya eficacia práctica en el ámbito del mentado proceso es indudable, cual es el de la “Ausencia de ritualismo”, que apunta a la valorización de la sustancia y no de la forma, eliminando trámites que compliquen o dificulten el desenvolvimiento de cualquier actuación.

⁷ El “Debido Proceso Adjetivo” es una manifestación especial del “Debido Procedimiento Previo a todo Acto Administrativo”, que se compone del derecho del administrado a: (i) Ser oído antes del dictado del acto que lo afecte en sus derechos e intereses (art. 22°, inc. f, ap. 1); (ii) ofrecer y producir la prueba pertinente (art. 22°, inc. f, ap. 2); y (iii) obtener una decisión fundada, que haga mérito de los principales argumentos de las partes y cuestiones propuestas (art. 22°, inc. f, ap. 3).

2.2. Misiones y funciones: Su alcance.

De conformidad a lo previsto en su norma de creación, el ENTUR tiene como objeto principal diseñar y ejecutar políticas y programas de promoción, desarrollo y fomento del turismo como actividad económica estratégica de la CABA (art. 1°).

En tanto que sus responsabilidades primarias se enuncian en el artículo 3° de dicho cuerpo normativo y son, entre otras, las siguientes: (i) Hacer cumplir las disposiciones de Ley N° 2.627, su reglamentación y disposiciones complementarias, verificando y registrando las condiciones de prestación de los servicios turísticos conforme las exigencias de la Ley N° 600 de Turismo de la CABA, complementarias y concordantes; (ii) diseñar e implementar un plan de mercadeo y promoción turística de la CABA, para fomentar el turismo interno e internacional; (iii) realizar el cronograma y programación anual de las actividades de promoción turística de la antedicha ciudad; (iv) gestionar y administrar la marca turística de Buenos Aires, mediante el desarrollo de planes y programas para la instalación y difusión de la misma; (v) elaborar planes de acción para el desarrollo, actualización, puesta en valor y modernización de la oferta turística de la ciudad; (vi) desarrollar e implementar programas asociados a la mejora de la calidad de la oferta turística de la CABA, tanto en lo referente a los servicios como a los bienes públicos y privados; (vii) promover el turismo cultural y social en sus diversos aspectos; (viii) entender, planificar y coordinar la promoción y difusión de Buenos Aires para producciones audiovisuales en orden al fortalecimiento de la imagen de la ciudad; (ix) diseñar e implementar un Programa Anual de Capacitación Turística; (x) diseñar estrategias para que la distribución de los visitantes alcance a zonas cada vez más amplias de la CABA en un efectivo proceso de descentralización territorial, garantizando los criterios de sostenibilidad económica, social, cultural y ambiental; (xi) dictar los reglamentos necesarios en las materias de su competencia, a los cuales deberán ajustarse los prestadores de servicios turísticos, o –de corresponder- proponer proyectos de ley a través de la Administración Centralizada; (xii) prevenir conductas anticompetitivas o discriminatorias entre los actores e integrantes de la cadena de valor que componen la actividad turística y hacer cumplir las previsiones de la ley local N° 2.443; (xiii) asegurar la publicidad de las decisiones que adopte, incluyendo los antecedentes en base a los cuales fueron adoptadas las mismas; (xiv) representar a Buenos Aires, como administración local de turismo, en todos aquellos organismos nacionales, internacionales, gubernamentales y no gubernamentales, entidades públicas y privadas, empresas y particulares; (xv) proponer la suscripción de convenios con los organismos mencionados en el punto precedente; (xvi) garantizar el desarrollo turístico

sustentable, en armonía con los recursos naturales y culturales a fin de asegurar sus beneficios a las futuras generaciones; (xvii) propender a la eliminación de las barreras que impidan el uso y disfrute de la actividad turística por todos los sectores de la sociedad, incentivando la equiparación de oportunidades; (xviii) diseñar y promover un sistema especial de crédito al fin de contribuir al desarrollo del turismo y, fundamentalmente, del sector de las PyMES dedicadas a la actividad turística; y (xix) realizar trabajos y estudios relativos al cumplimiento de sus objetivos.

Como vemos, las potestades precedentemente enunciadas son amplias y abarcan desde las clásicas facultades administrativas vinculadas con la fiscalización de los servicios turísticos y el cumplimiento de las obligaciones fijadas en la ley, hasta los poderes normativos en las materias de su competencia y aún aquellas funciones relativas a la prohibición de conductas abusivas (defensa de la competencia).

Ahora bien, tales responsabilidades deben ser ejercidas dentro del marco de la especialidad que le reconocen las disposiciones atributivas de competencia al organismo. Es decir que su campo de actuación está previamente delimitado y acotado por la norma (y, especialmente, por su finalidad) y no puede ser extendido por la simple voluntad del agente estatal. Ello, no solo por la íntima vinculación con el orden público que tiene toda cuestión relacionada al uso de las atribuciones administrativas, sino también porque -como es sabido- estas últimas deben desenvolverse siempre en beneficio de terceros (la sociedad) y no en el propio del funcionario.

Lo expuesto encuentra su fundamento, no solamente en que la regla sentada en el párrafo precedente, conocida como el “Principio de la especialidad de la competencia”, constituye una garantía fundamental del Derecho Público moderno, ya que representa un claro límite a la sobreactuación de los sujetos administrativos; sino además, y particularmente, porque la Ley N° 2.627 parece consolidar dicha doctrina en el último inciso del aludido artículo 3°, al otorgar al ENTUR la misión de realizar todas aquellas medidas o actos que resulten necesarios para cumplir los objetivos legales y sus funciones.

Finalmente, cabe decir que bajo el prisma de esta tesis (la especialidad), la competencia del ente administrativo comprende tanto aquellas facultades atribuidas en forma explícita (es decir, las expresas), como las razonablemente derivadas o inferibles de la literalidad de la norma (implícitas) y las que surgen en forma directa de su naturaleza o esencia (inherentes).

Entonces, si bien -con arreglo al postulado de la especialidad y con basamento en la doctrina esgrimida por la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN)- podría decirse que le “*está permitido hacer lo no prohibido dentro de los fines de la institución*”⁸, tal afirmación parece soslayar otra importante garantía del individuo frente a las prerrogativas del Estado, cual es el hecho de que éste se vincula siempre de manera positiva con el orden jurídico (“Teoría de la Vinculación Positiva de la Administración con el Derecho”) y –por lo tanto- su actividad no es válida si no resulta (expresa o implícitamente) de una previsión normativa. Por lo que, a nuestro juicio, resulta inadmisibles pretender el establecimiento de un límite externo a la actuación de este tipo de entidades, que señale hacia afuera de sus fines una zona de prohibición y abra hacia dentro de los mismos otra librada a su solo arbitrio⁹.

2.3. Su dirección y administración.

El legislador entendió que, por tratarse de un órgano complejo, el ENTUR debe ser dirigido y administrado por un organismo colegiado al que bautizó con el nombre de “Directorio Consultivo” (art. 4° de la Ley N° 2.627) y cuyas funciones –según el artículo 6° de la misma norma- son: (i) Asesorar al Presidente en todas las materias de competencia del ente local; (ii) determinar las condiciones y requisitos del Programa de Participación Pública y Privada (PPP); y (iii) dictar su propio reglamento interno.

Además de los doce miembros Vocales (seis de ellos representantes del sector privado turístico de la ciudad y los restantes pertenecientes al sector estatal, garantizando de ese modo la pluralidad de la representación) que duran en sus cargos cuatro años (art. 8°), pudiendo ser reelectos por única vez (art. 9°); el mencionado órgano directivo también se encuentra integrado por el propio titular de la organización, quien –a su vez- tiene las siguientes misiones: (i) Aplicar y fiscalizar el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias que rigen la actividad del ente regulador; (ii) formular el presupuesto anual de gastos y cálculo de recursos, que eleva por intermedio del Poder Ejecutivo para su aprobación legislativa; (iii) confeccionar anualmente su memoria y balance de gestión; (iv) establecer y aprobar la estructura orgánico-funcional del ente y asignar responsabilidades; (v) elevar al poder central las propuestas de designaciones de los miembros del Directorio; (vi) convocar y presidir las reuniones del Consejo Asesor de

⁸ Dictámenes 191-105, punto II.2.

⁹ En igual sentido, García Pullés, Fernando, “Tratado de lo Contencioso Administrativo”, Ed. Hamurabbi, Buenos Aires, 2004, pág. 20 y ss.

Turismo y las del Directorio Consultivo; (vii) actuar como autoridad de aplicación de las Leyes Nros. 2.627 y 600 y de las normas que en consecuencia se dicten; (viii) establecer la dotación de personal y trasladar a los agentes de planta permanente dentro del ámbito del organismo, así como también promover, sancionar y disponer bajas con sujeción a la normativa vigente; (ix) contratar personal, por plazos preestablecidos y por tiempo limitado, para la realización de tareas estacionales, extraordinarias y/o especiales que no puedan realizarse de manera eficiente con los recursos humanos disponibles, estableciendo las condiciones y requisitos de prestación de servicios y remuneración, todo ello conforme las disposiciones del régimen de empleo público; (x) proponer la celebración de convenios con organismos internacionales o extranjeros, nacionales, regionales, provinciales, municipales, autárquicos u otras entidades públicas o privadas en materia de su competencia; (xi) autorizar los viajes al resto del país, o al exterior del personal de la repartición (se trate de autoridades superiores, administrativas o personal de planta de gabinete, de la planta permanente, transitorio o contratados); (xii) autorizar la prestación de servicios a terceros con carácter oneroso, siempre que no se afecte el adecuado desenvolvimiento del servicio; (xiii) aceptar donaciones sin cargo, todo ello de conformidad con las normas vigentes; (xiv) comercializar servicios, instrumentos de promoción, entradas, bienes vinculados a la promoción del turismo cultural y otros elementos publicitarios que la entidad -en aplicación de sus facultades- considere conveniente (dentro de los objetivos de su creación); (xv) realizar las acciones administrativas que permitan el funcionamiento adecuado del Programa de Participación Pública y Privada; (xvi) entender en todas las demás cuestiones atinentes al cumplimiento de la Ley N° 2.627; y (xvii) consultar a las Juntas Comunales respectivas las políticas del sector que involucren la promoción de sitios o atractivos turísticos ubicados en su territorio.

Las funciones mencionadas en los puntos i, ii, iii, iv, vi, vii, viii, xv y xvii del párrafo precedente fueron añadidas y/o modificadas por la Ley N° 4.685; en tanto que las restantes ya estaban en la redacción anterior de la norma.

2.3.1. Su autonomía y especialidad.

A propósito de la composición del directorio del ENTUR, se ha destacado la importancia de garantizar formalmente tanto la idoneidad técnica de sus cuadros como su independencia funcional¹⁰.

Pero, previo a desarrollar estos aspectos, conviene hacer notar que dichas garantías tampoco aseguran necesariamente la autonomía, pues ésta puede concurrir con o sin aquellas. Ello por cuanto, es de nuestro entendimiento que, la ausencia de injerencia responde más a la importancia que atribuye la sociedad al respeto de ciertas instituciones que a soluciones formales.

En este sentido, podemos decir, a modo de ejemplo y sin temor a equivocarnos que – como apunta el Dr. Tawil- *“instituciones tales como el Concejo de Estado francés se han mostrado tradicionalmente más independientes que algunos de nuestros magistrados a pesar de no reconocerse durante años en los integrantes de aquel la existencia de garantías tales como las reconocidas constitucionalmente a nuestros jueces”*¹¹.

Hecha la correspondiente mención, en relación a la especialización técnica, el artículo 7° de la norma de creación de la antedicha repartición autárquica prevé que la elección de los miembros del directorio solo puede recaer en personas con antecedentes técnicos y profesionales en turismo, cultura, medio ambiente, deporte y disciplinas conexas. En tanto que, la independencia de los funcionarios superiores del ente local ante la indebida influencia política¹² se puede asegurar mediante su inamovilidad, así como lo concerniente a los mecanismos de designación.

En tal sentido, pensamos que -como es lógico- la mayor o menor estabilidad de estos dirigentes en sus puestos tiene que ver con las causas que justifican el cese de sus mandatos. Así, en el caso del ENTUR, tales causales se enuncian en el artículo 9° y son

¹⁰ Cassagne, Juan Carlos, “Los nuevos Entes Regulatorios”, en “Revista de Derecho Administrativo”, n° 14, Pág. 495 y ss; y Comadira, Julio Rodolfo, “Derecho Administrativo”, Lexis-Nexis, Abeledo Perrot, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2003, pág. 647 y ss.

¹¹ Tawil, Guido Santiago, “El procedimiento administrativo ante los entes reguladores”, en “Procedimiento Administrativo”, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, pág. 256.

¹² Nos referimos solo a la partidaria y no a la electoral, ya que –en el caso del ENTUR (como en la mayoría de las reparticiones autárquicas)- el nombramiento es efectuado por el Poder Ejecutivo y no por los administrados (como sucede en algunas Universidades Nacionales).

las siguientes: (i) Renuncia; (ii) incapacidad sobreviniente declarada en sede judicial; (iii) condena por sentencia firme por delito doloso contra la Administración Pública; y (iv) remoción debidamente fundada. Por su parte, en lo que atañe al nombramiento de los directores del ente de control, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley N° 2.627, los mismos son designados por el Jefe de Gobierno Porteño.

Es decir que, en resumen, los “Directores Vocales” del organismo (como los denomina la ley), no solo son nombrados por el poder central, sino que también pueden ser separados por actos fundados de dicho poder. Por lo que, siendo que los nombramientos dependen exclusivamente del órgano ejecutor, será difícil que el ENTUR actúe con la mentalidad requerida en las entidades independientes. Máxime, cuando: (i) Tal mecanismo se aplica también a la designación de su Presidente (art. 10°)¹³; y (ii) se ha consagrado una potestad de remoción demasiado amplia de los referidos directores y, por lo tanto, insuficiente para garantizar su permanencia en los cargos¹⁴.

Con respecto a ésta última cuestión, cabe destacar que, si bien el juzgamiento del desempeño funcional de la organización parece estar librado a la discrecionalidad del organismo ejecutivo, un eventual decreto que disponga el cese de funciones de un integrante del directorio no puede carecer de todo fundamento, ya que podría llegar a convertirse -por una inadecuada o maliciosa actuación de la Administración- en arbitrario y, en tales condiciones, el acto sería inválido por no cumplir acabadamente con “el principio de claridad del acto administrativo”, que exige su adecuada y suficiente motivación a los fines de su perfeccionamiento.

Lo afirmado deriva, no tan solo de lo explícitamente establecido en la ley (art. 9°, inc. d), de conformidad con la cual el despido debe estar cabalmente explicado, y de que la motivación constituye un elemento esencial del acto administrativo según lo dispuesto en artículo 7°, inciso e, del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1.510/97 -aprobatorio de las disposiciones de procedimiento administrativo de la CABA-, que establece que estos instrumentos deben ser motivados “*expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto*”; sino también y particularmente por la regla según la cual “a mayor discrecionalidad, mayor es el deber de fundamentación”¹⁵.

¹³ Artículo 10 de la Ley N° 2.627 modificado por la Ley N° 4.685: “[E]l Presidente del Ente es designado por el Jefe de Gobierno y tendrá rango y jerarquía de Secretario”.

¹⁴ En tal sentido, Comadira, Julio Rodolfo, “Derecho...”, cit. pág. 649.

¹⁵ Conf. Suprema Corte de Justicia de Mendoza (1984), “Aguilar” (J.A. 1985-I-601). Doctrina del voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci.

Ahora bien, también es cierto que, por tratarse de una entidad autárquica bajo la tutela de la SGRI, no sería posible alcanzar la plena autonomía, ya que, en virtud de esta relación existente entre ambas personalidades jurídicas, el ENTUR tiene el deber de coordinar sus actividades y planes con los generales del Poder Central¹⁶ y queda sometido a su correspondiente contralor administrativo.

A su vez, la independencia de los funcionarios superiores del ente administrativo también debe ser protegida del influjo de la propia área regulada. Para garantizar la inmunidad respecto de este fenómeno, denominado de “la captura”, se han implementado las exigencias de la dedicación exclusiva de los empleados y el sistema de las incompatibilidades¹⁷.

Al respecto, si bien ambas cuestiones no están previstas expresamente en la ley, entendemos que, en virtud de lo enunciado en los incisos a) e i) del artículo 6° de la Ley N° 4.895 de Etica en el ejercicio de la Función Pública¹⁸, los agentes en cuestión se encuentran sometidos al régimen de incompatibilidades y de conflicto de intereses allí establecido.

2.3.2. La extinguida figura de otro de los integrantes del directorio: El Director Ejecutivo.

La redacción original de la Ley N° 2.627, en tanto preveía que el Presidente del ENTUR era el Señor Ministro de Cultura del GCABA (quien ejercía dicha función en forma *ad honorem*), significó, a nuestro juicio, -en los hechos- una habilitación tácita del órgano legislativo al control amplio de los actos del ente regulatorio por parte del ejecutivo, es decir, aquel que abarca tanto al de legitimidad como a la oportunidad, merito o conveniencia.

¹⁶ En igual sentido, PTN. Dictamen 9/93, publicado en revista del alto organismo asesor N° 20, pág. 443.

¹⁷ Comadira, Julio Rodolfo, “Derecho...”, pág. 649.

¹⁸ Artículo 6° de la Ley N° 4.895: “*Sujetos Comprendidos.- Quedan comprendidos dentro de las disposiciones del presente capítulo: a) El Jefe/a y Vice-Jefe/a de Gobierno, los Ministros, Secretarios, Subsecretarios, Directores Generales o equivalentes del Poder Ejecutivo y los titulares de los entes descentralizados; (...) i) Los directivos, síndicos e integrantes de los directorios de los organismos descentralizados, entidades autárquicas, organismos de seguridad social, las empresas y sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones, donde el Estado de la Ciudad tenga participación en el capital o en la formación de las decisiones societarias*”.

Por eso, más allá de la obvia afectación de la real y efectiva autarquía del organismo que ello representa y no obstante la deficiente técnica legislativa observada en tal redacción, toda vez que el mismo marco regulatorio, por un lado, encuadra al ENTUR como entidad autárquica (art. 1º) –conceptualización que implica dotar al sujeto administrativo de mayor autonomía respecto de la autoridad central- y, por el otro, autoriza tácitamente a dicha autoridad a fiscalizarlo con amplitud (art. 10, en su versión originaria); corresponde poner de relieve que semejante permisión otorgada por la Legislatura porteña conduce en la práctica a desnaturalizar y tornar inoperante el recurso de alzada contemplado en la disposición N° 113 de la LPA (de aplicación al ENTUR, conforme lo expresado más arriba), lo cual, a nuestro entender, contraria los principios éticos y jurídicos básicos para asegurar el buen funcionamiento de la Administración.

Sin embargo, el legislador de la CABA parece haber tomado nota de lo precedentemente enunciado y, casi seis años después de la creación del ente, sancionó la Ley N° 4.685¹⁹, con la cual se propuso fortalecer y acentuar el proceso de descentralización de la Administración Central del área de turismo, en miras a perfeccionar el marco de abordaje de las políticas públicas en la materia. Para ello, intentó corregir la mencionada deficiencia en la fiscalización del organismo mediante la modificación de la forma de designación de su titular, el que ahora es nombrado por el gobernador local (art. 10 de la Ley N° 2.627 modificado por la Ley N° 4.685).

Asimismo, en dicha oportunidad y a fin de evitar la superposición de funciones que se venía verificando entre el órgano ubicado en la cúspide de la organización y el de rango inmediatamente inferior a éste, así como el dispendio de recursos que ello provocaba, el nuevo plexo normativo ordenó la fusión de las mismas y la supresión de este último cargo, cuyas misiones pasaron a ser cumplidas por el primero.

En tal sentido y a título simplemente enunciativo, cabe mencionar que dichas facultades eran las siguientes: (i) Actuar como organismo de aplicación de las Leyes de Turismo de la CABA y de creación del ENTUR y de las normas que en consecuencia se dicten; (ii) establecer y aprobar la estructura orgánico-funcional del ente de control, en los niveles inferiores a Dirección General, y asignar responsabilidades; (iii) establecer la dotación de personal y trasladar a los agentes de planta permanente dentro de la esfera

¹⁹ La Ley N° 4.685 fue sancionada con fecha 19 de septiembre de 2013 y publicada el 5 de diciembre del mismo año.

del organismo, así como también promover, sancionar y disponer bajas con sujeción a la normativa vigente; (iv) presidir, convocar y preparar las reuniones del directorio del ENTUR; (v) requerir la intervención del Consejo Asesor de Turismo; (vi) realizar las acciones administrativas que permitan el funcionamiento adecuado del PPP; (vii) asistir al Presidente del ente en el cumplimiento de sus cometidos; (viii) entender en toda otra cuestión que el funcionario mencionado en el punto precedente le delegue; (ix) reemplazar en caso de impedimento o ausencia transitoria al titular de la organización; y, por último, (x) entender en todas las cuestiones administrativas atinentes al cumplimiento de la Ley N° 2.627.

2.3.3. El comportamiento del ENTUR posterior a la sanción de la Ley N° 4.685.

A continuación desarrollaremos cómo se ha conducido la Administración desde la reforma legislativa operada por la nueva ley, es decir, se repasarán las actuaciones del ENTUR con posterioridad a la sanción de la Ley N° 4.685:

Con fecha 31 de enero de 2014, el mencionado organismo emitió la Resolución N° 17/14, a través de la cual modificó su organización interna con efecto retroactivo al primer día de aquel año.

A pesar que a través de tal reestructuración se afirmaba que se daría respuesta a las modificaciones efectuadas por la precitada ley, se ordenó también la creación de una nueva Dirección Ejecutiva con igual rango jerárquico que su homónima anterior (es decir, equivalente al de subsecretaría), a la que se denominó “Dirección Ejecutiva de Comunicación Turística” (de aquí en más, “DECT) y se otorgó facultades –como su nombre lo indica- relativas a la materia comunicacional de la repartición autárquica, a saber: (i) Coordinar la definición de los contenidos de las acciones de comunicación desarrolladas desde el ente regulador, y supervisar su implementación; (ii) desarrollar un esquema de posicionamiento de la CABA como destino turístico, de convenciones y reuniones, y supervisar su implementación; (iii) coordinar y supervisar el diseño de las estrategias de la comunicación del organismo en medios masivos, digitales, y de contacto directo; (iv) entender en la planificación y estrategia comunicacional de las actividades llevadas a cabo en el interior y en el exterior del país vinculadas al sector turístico; (v) entender en los estudios y análisis que se realicen respecto de los tipos de audiencias turísticas, en miras a desarrollar esquemas de comunicación estratégica de los productos turísticos que ofrece Buenos Aires; (vi) coordinar el diseño y supervisar la implementación de las acciones de comunicación de los productos desarrollados por la

organización destinados a incentivar la demanda turística durante los fines de semana largo y periodos vacacionales; (vii) coordinar el desarrollo de acciones conjuntas con medios de comunicación del interior del país a fin de promocionar actividades culturales y turísticas en la ciudad; y (viii) proponer al titular del ENTUR el diseño de estrategias de comunicación para ser desarrolladas con otros organismos públicos y/o privados de orden municipal, provincial, nacional y/o internacional en aquellos asuntos vinculados a la actividad turística.

Los hechos demostraron que los cambios fueron meramente aparentes, se decidió cambiar todo para que nada cambie²⁰, ya que -aún cuando se le hayan asignado diferentes responsabilidades-, el nuevo órgano continuó funcionando de igual manera que su predecesor. Propiciando así la creación de una administración paralela a la formalmente establecida.

Prueba de ello constituye el hecho de que, en oportunidad de ser consultada por la forma en la que mide los resultados de su área de competencia durante una entrevista efectuada en el marco de la realización del proyecto de auditoría N° 01/17²¹, la Directora General de Investigación y Observatorio Turístico del ente de control manifestó que los mismos se evaluaban en función de los objetivos planteados por la DECT, a pesar de que la dependencia administrativa a su cargo, de conformidad con el organigrama formal vigente en aquel entonces, no estaba subordinada a esta última unidad de organización.

Asimismo, dicha conducta, permitió que se sigan llevando a cabo designaciones *ad honorem* en el cargo de Presidente de la organización. Tal fue el caso del otorgamiento, a través del Decreto N° 235/16, de la titularidad del ente local al -por entonces- ministro a cargo de la cartera bajo cuya órbita funcionaba el organismo (El ex Ministerio de Modernización, Innovación y Tecnología del GCABA). Razón por la cual, aún cuando una de las ideas fuerza de la Ley N° 4.685 había sido otorgar al ENTUR un mayor grado de independencia respecto del Poder Administrador, este último continuó efectuando una fiscalización amplia de la legalidad y del aspecto técnico de sus actos y decisiones.

²⁰ Paradoja expuesta por Giuseppe Tomasi di Lampedusa (1896-1957) en su célebre novela “El gatopardo”.

²¹ Dicha entrevista se llevó a cabo el día 9 de marzo de 2017.

Por lo que el dictado de la Resolución N° 116-ENTUR/17²², mediante la cual se procedió a modificar tanto las atribuciones como la denominación de esta Dirección Ejecutiva de Comunicación Turística, terminó siendo una especie de sinceramiento acerca de la existencia de un funcionamiento que -si bien se había arraigado en la práctica- no se encontraba formalizado. Tal es así que la mencionada repartición volvió a llamarse simplemente “Dirección Ejecutiva” (en adelante, “DEJ”) y tanto su supremacía jerárquica como sus facultades se extendieron a todas las Direcciones Generales del ENTUR.

En efecto, dichas funciones pasaron a ser las siguientes: (i) Coordinar la definición de las acciones desarrolladas desde el ENTUR y supervisar su implementación; (ii) desarrollar un esquema de posicionamiento de la ciudad como destino turístico, de convenciones y reuniones, y supervisar su implementación; (iii) coordinar y supervisar las acciones de las Direcciones Generales del ente regulatorio; (iv) entender en la planificación y estrategia de las actividades llevadas a cabo en el interior y en el exterior del país vinculadas al sector turístico; (v) coordinar el diseño y supervisar la implementación de los productos desarrollados por el organismo destinados a incentivar la demanda turística; y (vi) proponer al Presidente de la organización el diseño de estrategias y acciones para ser desarrolladas con otros organismos públicos y/o privados de orden municipal, provincial, nacional y/o internacional en aquellos asuntos vinculados a la actividad turística.

Nótese el carácter más general y, por ende, menos específico (como lo eran las misiones del Director Ejecutivo de Comunicación Turística, relativas a lo comunicacional) de estas nuevas responsabilidades.

Finalmente, con fecha 29 de septiembre de 2017 y por Resolución N° 165-ENTUR/17, se procedió a eliminar la DEJ de la estructura orgánico funcional del organismo, estableciendo los efectos de la mentada decisión a partir del 1° de septiembre del mismo año y culminando con casi cuatro años de apartamiento por parte de la Administración de la política legislativa.

²² Emitida el 23 de junio de 2017.

2.4. Participación de entidades.

Con la finalidad de propiciar y favorecer la mayor participación de las organizaciones integrantes del Sistema Turístico de la CABA, la norma de creación del ENTUR lo dotó de un Consejo Asesor de Turismo que –como su nombre lo indica- es un órgano de asesoramiento y consulta tanto del ente administrativo como de su Directorio Consultivo, a la vez que garantiza una amplia representación de los actores sociales y económicos que componen dicho sistema.

Para ello en su Anexo I establece la invitación a formar parte del mismo de la más ancha gama de entidades vinculadas al sector, a saber: (i) Universidades e instituciones educativas; (ii) Cámara de Parques Temáticos; (iii) Asociación Femenina de Ejecutivas de Empresas de Turismo (AFEET); (iv) Asociación de Guías Profesionales de Turismo de Buenos Aires (AGUITBA); (v) Junta de Representantes de Compañías Aéreas en Argentinas (JURCA); (vi) Asociación de Productores de Teatro; (vii) Cámaras Argentina de Shoppings Centers; (viii) Cámara Argentina de Comercio; (ix) Asociaciones de Amigos de Barrios, Calles y Avenidas (San Telmo, Av. Corrientes, Santa Fe, etc.); (x) Asociación Argentina de Agencias de Publicidad; (xi) Colectividades Extranjeras; (xii) Automóvil Club Argentino (ACA); (xiii) Cámara Argentina de Tiempo Compartido; (xiv) Empresas Concesionarias de Terminales de Transportes Aéreos, Terrestres y Fluviales; (xv) SKAL Club de Buenos Aires; (xvi) F.I.J.E.T- Prensa Turística - Capítulo Argentina; (xvii) Asociación Foro de Profesionales en Turismo; (xviii) Asociación Argentina de Derecho del Turismo (AADETUR); (xix) Asociación del Fútbol Argentino (AFA); (xx) Unión Argentina de Rugby (UAR); (xxi) Hipódromo de Palermo; (xxii) Confederación Argentina de Básquetbol; (xxiii) Asociación Argentina de Tenis; (xxiv) Asociación Argentina de Polo; (xxv) Centros de Gestión y Participación (CGP); (xxvi) Corporación Antiquo Puerto Madero; (xxvii) Corporación Buenos Aires Sur; (xxviii) Banco Ciudad de Buenos Aires; y (xxix) Organismos con personería gremial vinculados a actividades de esparcimiento, entretenimiento y ocio.

No obstante, el Directorio del ente de control se encuentra facultado para adicionar instituciones a dicha nómina *“cuando se produzcan situaciones que así lo indiquen conveniente y referido a personas o entidades, cuyos méritos, representación, capacidades, experiencias o innovaciones, signifiquen beneficio para el desarrollo turístico de la Ciudad”* (art. 19º, segundo párr.).

2.5. Su contralor administrativo y judicial.

2.5.1. El control administrativo propio de la relación de tutela que une al ENTUR con el GCABA.

Si bien el concepto de entidad autárquica implica el desprendimiento de una actividad estatal de su tronco común, ello –como dijimos- no significa su independencia absoluta frente al Poder Administrador Central, él que –de todos modos- conserva cierta y determinada facultad de fiscalización sobre sus actos y decisiones²³. Ello, en virtud de lo establecido en la Constitución de la CABA, que en su artículo 102 pone en cabeza del Jefe de Gobierno porteño la administración de la ciudad.

Aunque, en lugar de un control jerárquico propiamente dicho, el órgano ejecutor ejerce sobre este tipo de organismos un contralor atenuado. Por tal motivo se instauró en la LPA el recurso dealzada que seguidamente estudiaremos.

2.5.2. Los diversos mecanismos dispuestos por la legislación para anular la actividad desplegada por el ENTUR.

El ENTUR dicta tanto actos de alcance particular como general, de modo que si se pretendiese impugnar alguno de ellos, corresponderá la utilización de la vía impugnatoria o la reclamatoria, respectivamente.

A tal fin, el particular podrá interponer: (i) En el primer caso y dependiendo de si se trata de una disposición o de una resolución del organismo, un recurso de reconsideración con el jerárquico en subsidio (o solamente éste último) o el de alzada, correspondientemente; y (ii) en el segundo, el reclamo llamado “impropio” previsto en el artículo 91 de la LPA para la impugnación de los reglamentos en forma directa, es decir, siempre que no se le haya dado aplicación a través de un acto administrativo de alcance individual.

²³ PTN, Dictamen N° 263 de 23 de junio de 2004.

El pedido de revisión, que puede basarse tanto en la legalidad como en la conveniencia del acto atacado²⁴ o –inclusive- en razones de interés general, se presenta ante el mismo funcionario que lo dictó y dentro de los diez días hábiles administrativos de notificado.

A partir de dicha presentación, el órgano competente tiene treinta días para resolver la cuestión (art. 105 LPA), al cabo de los cuales y en función la respuesta que brindare –o bien de la falta de esta-, corresponderá su elevación en el plazo de cinco días a requerimiento de parte en el primer caso o de oficio en el segundo (art. 107 LPA).

Por su parte, de incoarse tanto un recurso de alzada como un jerárquico (este último de manera directa) contra el acto administrativo²⁵ impugnado, el mismo deberá inicializarse dentro de los quince días de notificados ante la autoridad que lo emitió, la cual deberá elevar las actuaciones a la SGRI o al Presidente del ENTUR –según corresponda- en el término de cinco días para que lo resuelva en los siguientes treinta y, de transcurrir dicho lapso sin que se haya producido el pronunciamiento correspondiente, se habrá configurado de manera automática (es decir, sin necesidad de requerir pronto despacho) la denegatoria por silencio de la Administración.

La diferencia entre los medios impugnatorios mencionados en el párrafo precedente radica en que, mientras que el control jerárquico es amplio y puede referirse tanto al *test* de legalidad como al de oportunidad, en el de tutela solo se revisan las cuestiones vinculadas a la legitimidad (art. 116 LPA). Además, este último puede incitarse o no por el interesado, quien podrá optar por acudir a la justicia sin necesidad de articular el recurso de alzada o incluso abandonarlo aún después de haberlo promovido²⁶ (art. 113 LPA); en cambio el jerárquico debe deducirse a los fines de tener por finiquitada la etapa administrativa y expedita la vía judicial.

Por último y dentro de la vía reclamatoria, el reclamo impropio es procedente contra todo acto de alcance general en los términos del citado artículo 91 LPA y su interposición no se encuentra alcanzada por plazo de caducidad alguno. Esto último, de conformidad con la doctrina sentada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (CNACAF) en la causa “Distribuidora de Gas del

²⁴ Dicho acto puede ser tanto uno meramente interlocutorio que lesione un derecho subjetivo o interés legítimo como un acto administrativo propiamente dicho.

²⁵ Ya sea definitivo o asimilable al mismo.

²⁶ En sentido concordante, Cassagne, Juan Carlos, ob. cit., pág. 496.

Centro S.A.”²⁷, según la cual “[e]l mecanismo común para la impugnación administrativa de actos de alcance general es el reclamo impropio (...); y no el recurso y por ello no existe plazo alguno ni para la interposición (...)”, debiendo interponerse por ante el órgano que emitió el reglamento -en este caso el ENTUR- requiriendo su modificación.

Finalmente, cabe recordar que (i) el objetivo de los reclamos en sede administrativa es producir una etapa conciliatoria anterior al pleito²⁸, esto significa que procura dar a la Administración la posibilidad de revisar el caso con anterioridad a la controversia judicial²⁹; y (ii) lo que se resuelva mediante este reclamo es irrecurrible, por lo que agota la instancia administrativa y –consecuentemente- habilita la deducción de la acción judicial pertinente.

2.5.3. Control Judicial.

De conformidad con el sistema judicial adoptado por la Carta Magna local, la antedicha actividad administrativa y reglamentaria del ENTUR se encuentra asimismo sometida a la fiscalización de los jueces.

Ello, sin otra condición que la existencia de causa y el cumplimiento de los requisitos procesales que establece la legislación para el acceso a la jurisdicción.

En tal sentido, se trata de un contralor pleno -con amplitud de debate y prueba-, que otorga a los litigantes todas las garantías que debe brindar un proceso judicial y contribuye a su tutela efectiva³⁰.

²⁷ CNACAF, Causa N° 40.093/94 in re “Distribuidora de Gas del Centro S.A. c/ M° de Economía Y O.S.P. -Resol.1063/94- (ENERGAS 5/93, 16/93)”, sentencia del 25 de octubre de 1995.

²⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), causa: “Gasparri y Cía. S. A.”. Fallos: 314:725, del 30 de julio de 1991.

²⁹ CNACAF, Sala II, “Bullo Daniel Emilio y otros c/ EN -M° Defensa- s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg”, del 30 de mayo de 2006.

³⁰ En sentido similar, Cassagne, Juan Carlos, ob. cit., pág. 497 y ss.

III. PROBLEMÁTICAS DERIVADAS DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ENTUR.

A continuación, mencionaremos y explicaremos, algunos de los problemas surgidos del propio accionar del ENTUR y que derivan de la condición jurídica de esa organización y, por lo tanto, su análisis provoca interés desde la perspectiva del Derecho Administrativo.

3.1. Nombramiento de funcionarios públicos del ENTUR.

3.1.1. Problemática.

Del análisis de la forma en que fueron dispuestos los nombramientos de los funcionarios públicos del ENTUR, es decir, mediante un acto administrativo emanado del Presidente del ente, resulta que los mismos podrían ser cuestionados por no ajustarse cabalmente a la manda legal ni a los principios jurídicos que rigen la organización administrativa.

3.1.1.1. Omisión ilegal.

Desde ya advertimos que el Poder Ejecutivo (y, en general, -como veremos- la Administración Pública) estaría incurriendo en una omisión reglamentaria respecto de la forma en la que deben llevarse a cabo los respectivos concursos públicos y abiertos de antecedentes y oposición para la designación de los Directores Generales del ente de control. Ello, de conformidad con lo previsto en la primera cláusula transitoria de la ley de creación del ENTUR.

En efecto, según lo dispuesto en la última parte del precepto mencionado en el párrafo precedente “(...) [t]ranscurridos dos (2) años desde la creación del Ente, dichos cargos deberán ser ocupados por quienes surjan de concurso público convocado con la antelación suficiente, conforme se establezca en la reglamentación de esta ley”.

Por lo que, encontrándose largamente superado el plazo allí establecido³¹ y no habiéndose producido la correspondiente regulación siendo que –como vimos- la propia ley así lo dispone, se ha configurado lo que la doctrina a dado en llamar “Omisión ilegal”, que es aquella según la cual, al no proceder a reglamentar una ley, la Administración Pública impide llevar a la práctica lo decidido por el Poder Legislativo.

³¹ La Ley N° 2.627 de creación del ENTUR fue sancionada con fecha 13 de diciembre de 2007.

Decimos Administración Pública y no simplemente Poder Ejecutivo porque la potestad de emitir un reglamento ejecutivo de una ley también puede ser ejercida por otros organismos administrativos distintos del órgano ejecutor cuando el Poder Legislativo se la confiere de manera directa. Por lo que, en este caso, siendo el Presidente del ENTUR la autoridad de aplicación de la Ley N° 2.627 (art. 11, inc. g) –definición legal que, para una parte de la doctrina³², conlleva de forma inherente la potestad normativa-, dicho funcionario se encontraría habilitado por vía de delegación legislativa para emitir la regulación de la norma precitada a través de una resolución.

Esta postura jurídica que la doctrina ha calificado como “Facultad reglamentaria de segundo grado”³³, ha sido amparada por la jurisprudencia de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en el caso Czerniecki sostuvo que “*no existe óbice constitucional para que el órgano legislativo confiera al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo cierta autoridad a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de la ley*”³⁴.

Ahora bien, aun cuando –como dijimos- la norma legal haga referencia a la necesidad de su regulación, lo que parecería indicar la condición programática de la misma, hay cierto sector de la doctrina que admite la operatividad de todo derecho reconocido legalmente³⁵ (esto, en consonancia con el carácter operativo que nuestro máximo tribunal ha reconocido a los derechos constitucionales a partir del caso Siri³⁶ y, desde el caso Ekmekdjian³⁷, a los derechos consagrados en un tratado internacional³⁸). Carácter este último que, por lo demás, armoniza con lo prescripto en el artículo 10° *in fine* de la ley suprema local, de conformidad con el cual: “(...) *Los derechos y garantías no*

³² Santiago, Alfonso, “Régimen constitucional de los reglamentos ejecutivos”, en Estudios de Derecho Administrativo, Vol. XIII: Fuentes del Derecho Administrativo, I.E.D.A., Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2007, pág. 19; y Barra, Rodolfo, Tratado de Derecho Administrativo, Ed. Abaco, Buenos Aires, 2003, pág. 565 y ss.

³³ Santiago, Alfonso, ob. cit., pág. 19.

³⁴ CSJN, Fallos, 318:137 (1995).

³⁵ Señala Cassagne que las leyes “*entran en vigencia y deben ser aplicadas a los casos particulares, aun cuando el órgano administrativo no hubiera hecho uso de la competencia atribuida para reglamentarla*” (Cassagne, Juan Carlos, “El diseño de la potestad reglamentaria”, en Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2003, pág. 291). En el mismo sentido, las constituciones de San Luis y Jujuy señalan que en ningún caso la falta de reglamentación de las leyes puede privar a los habitantes de los derechos reconocidos en las leyes (Santiago, Alfonso, ob. cit., pág. 40).

³⁶ CSJN, Fallos, 239:459 (1957).

³⁷ CSJN, Fallos, 315:1492 (1992); LL 1992-C-540, ED 148-338.

³⁸ Santiago, Alfonso, ob. cit., pág. 39.

pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos”.

Por lo que, ante un eventual planteo por la falta de operatividad de esta norma en sede judicial y dependiendo del carácter programático u operativo que el magistrado asigne a la misma, éste podrá optar por: (i) Intimar al Jefe de Gobierno porteño para que, en su carácter de titular del poder normativo secundario³⁹ (art. 102 de la Constitución de la CABA) y -por lo tanto- responsable por su ejercicio, dicte la regulación de la Ley N° 2.627 en el plazo que determine⁴⁰; u (ii) ordenar directamente lo que corresponda para llevar a cabo la decisión legislativa, como sería –por ejemplo- declarar la aplicabilidad al caso de la Ley N° 471 de Relaciones Laborales en la Administración Pública de la CABA; respectivamente⁴¹.

Por último, cabe señalar que es de nuestra consideración que la designación de los Directores Generales del ente regulador mediante el procedimiento de selección previsto en la Disposición Transitoria Primera de la norma de creación del ENTUR tendría la particularidad de convertir a dichos funcionarios, que hoy son políticos, en administrativos. Lo que implicaría, desde luego, un cambio en su régimen legal.

3.1.1.2. Vulneración de los principios que rigen la organización administrativa.

Consideramos que -igualmente- la forma en la que se está nombrando a los funcionarios públicos del ENTUR, como se dijo, no resulta del todo ajustada a los principios de la organización administrativa.

En efecto, si bien la Constitución de la CABA no contiene cláusulas expresas vinculadas a dichos principios, varias normas del Procedimiento Administrativo de dicha ciudad se refieren a ellos.

Así, el artículo 2 de la Ley de Procedimientos Administrativos local -aprobada por Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1.510/97 (texto consolidado por Ley N° 5.666)-, en relación específica a uno de ellos –la competencia-, establece que la misma *“será la que resulte, según los casos, de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia. Su ejercicio constituye una*

³⁹ El poder normativo primario corresponde a la Legislatura Porteña.

⁴⁰ En la causa Hotel Internacional Iguazú, CSJN, Fallos 310:2653 (1987), la Corte Suprema ha señalado que el carácter programático de una ley *“no es causa que por sí sola justifique una inacción sine die del Estado en hacer efectivas sus disposiciones, pues, de otro modo (...) habría que admitir que fue dictada para satisfacer inquietudes puramente literarias, conclusión ésta que no puede aceptarse”* (Santiago, Alfonso, ob. cit., pág. 39).

⁴¹ Santiago, Alfonso, ob. cit., pág. 40.

obligación de la autoridad o del órgano correspondiente y es improrrogable, a menos que la delegación o sustitución estuvieran expresamente autorizadas (...)”.

Asimismo, el artículo 7 inciso a) del citado cuerpo normativo exige, con carácter esencial, que el acto administrativo sea “*dictado por autoridad competente*”. Y, para completar el círculo, el artículo 14 inciso b) califica como nulo de nulidad absoluta e insanable al acto administrativo emitido mediando incompetencia en razón de la materia, del territorio, del tiempo o del grado⁴².

Como vemos, de conformidad con las disposiciones anteriormente enunciadas, la competencia reúne los siguientes caracteres jurídicos: (i) Es atribuida en forma previa por la ley (Principio de legalidad); (ii) su ejercicio constituye una obligación para su titular; (iii) es un elemento esencial del acto administrativo⁴³; y (iv) es, por principio general, improrrogable, es decir, intransferible. En tanto que la delegación configura

⁴² Albertsen, Jorge, “La delegación, la sustitución y la avocación en la legislación nacional”, Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho. Ediciones RAP; y Monti, Laura M., “La jerarquía y la competencia como principios de la organización administrativa”, Revista jurídica de la Universidad Austral. Si bien la incompetencia de grado da lugar a una nulidad que –como regla general- será absoluta, es el único caso de incompetencia subsanable según los artículos 14, inciso b), y 19, inciso a), de la Ley de Procedimientos Administrativos local (en igual sentido, Cassagne, Juan Carlos. ob. cit., págs. 489 y 490). En sentido contrario, el Dr. Comadira sostiene que este tipo de incompetencia solo genera, en principio, una nulidad relativa, en tanto que será absoluta cuando la avocación, delegación o sustitución fueran improcedentes (Comadira, Julio Rodolfo, “*El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*”, La Ley, Buenos Aires, 2009, pág. 131). Discrepamos con el criterio sentado por el citado autor, aún cuando el mismo se apoya –fundamentalmente- en cierta jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“S.A. Duperial” del 25/10/79. Fallos: 301:953; y “Austral Líneas Aéreas S.A.” del 12/06/80. Fallos: 302:535) y en la presunción de legitimidad y ejecutoriedad de que gozan los actos administrativos, toda vez que, no solo contraría lo explícitamente establecido en la ley (art. 14, inc. b), sino que también soslaya el principio por el cual la competencia no se presume (Sammartino, Patricio M. E., “El Principio de Competencia en el Estado Constitucional de Derecho Contemporáneo. Alcance y límites”, Revista jurídica de la Universidad Austral). Por lo expuesto, entendemos que el acto administrativo emitido por un funcionario incompetente en razón del grado es portador de una invalidez manifiesta (en tanto surgiría de la simple yuxtaposición o confrontación del documento con la normativa aplicable o los antecedentes que le sirvieron de base, respectivamente) y, por lo tanto, carente de los antedichos caracteres del acto administrativo. Todo lo cual produce una inversión de la carga de la prueba en favor del interesado, quien en tal caso no se vería obligado a probar el vicio que alega para que su impugnación prospere. Lo contrario, importaría tanto como exigir al particular la producción de una prueba diabólica, en tanto y en cuanto se le estaría requiriendo la comprobación de la inexistencia de los recaudos previstos para la subsanación del acto emitido en tales condiciones.

⁴³ CSJN “Cima c. Telám S.A.”. Fallos t. 298, p.172 (Rev. LA LEY, t. 1978-D, p. 815 fallo 34.822-S). En dicho fallo, la Corte Suprema califica de esencial el elemento competencia.

una excepción a ese carácter intransmisible de los cometidos⁴⁴ y, para que proceda, debe estar expresamente autorizada.

Del análisis de las resoluciones a través de las cuales se designó a varios de los directores generales del ente de control⁴⁵ y de sus respectivos dictámenes jurídicos, se observa que tales documentos podrían ser tachados de inconstitucionales por violentar dos preceptos de la Constitución de la CABA: (i) El que dispone que el Jefe de Gobierno Porteño nombra los funcionarios y agentes de la Administración (art. 104, inc. 9); y (ii) el que prevé que dicho funcionario tiene a su cargo la administración de la ciudad (art. 102, 1º párr.).

Asimismo, al sustentarse en las facultades emanadas de la ley de creación del ENTUR, entendemos que tales nombramientos vulnerarían -además de los preceptos mencionados precedentemente- el principio republicano de la separación de los poderes del Estado, al pretender delegar a través de una ley dictada por la Legislatura Porteña una competencia que corresponde con exclusividad a otro poder (Poder Ejecutivo).

Por lo que, teniendo en cuenta la vital importancia que posee el principio de legalidad en materia de atribución de poderes en nuestro régimen constitucional, pareciera haberse producido, si no su quiebre, al menos la elisión de la naturaleza objetiva de las potestades⁴⁶, ya que -de conformidad a lo prescripto- la designación de los mencionados empleados municipales debió ser efectuada por el Gobernador de la CABA.

3.1.2. Soluciones propuestas.

A continuación desarrollaremos técnicas dirigidas a viabilizar la utilización del procedimiento de designación implementado hasta la fecha. Ellas son:

- (i) Que el Jefe de Gobierno, como titular de la competencia consistente en el nombramiento de los agentes de la Administración Pública, delegue expresamente dicha misión en la Autoridad Superior del ENTUR.

Sin embargo, cabe destacar la existencia de un sector de la doctrina para el cual tal delegación es innecesaria. Ello por cuanto, en su opinión, el titular del ejecutivo local

⁴⁴ Las potestades públicas son inalienables a consecuencia de su origen legal y no derivado de situación o relación jurídica concreta alguna (hablamos de negocios, pactos, actos o hechos singulares y determinados) (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomas Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, Civitas, Madrid, 2000, pág. 431 y ss.).

⁴⁵ Resoluciones Nº 2/16, 3/16 y 24/16 del ENTUR.

⁴⁶ Sobre el carácter objetivo de la competencia, véase Cassagne, Juan Carlos, ob. cit., pág. 489 y ss.

habría consentido tácitamente la misma en oportunidad de efectuar la designación de los funcionarios directivos del ente regulador (es decir, Presidente y demás miembros del Directorio Consultivo)⁴⁷. De suerte que se ha visto en este régimen híbrido una especie de delegación tácita efectuada por el Poder Ejecutivo⁴⁸.

Sin importar la posición jurídica que se adopte, de conformidad con lo previsto en el artículo 2 de la Ley de Procedimientos Administrativos local, la utilización legítima de este instituto requiere imprescindiblemente de su autorización explícita. Aunque dicha disposición abre una serie de interrogantes en torno al rango que debe tener la norma habilitante respecto de la que atribuyo la competencia.

Así, de la literalidad del precepto citado pareciera surgir la suficiencia de cualquier norma –incluso un reglamento– para efectuar tal habilitación. Aunque una parte de los doctrinarios del derecho⁴⁹ entiende que, por el principio del paralelismo de las formas y las competencias, la función atribuida a un órgano solo puede modificarse o dejarse sin efecto por una norma de igual jerarquía y procedencia que aquella por la cual se le concedió.

Adherimos a esta última teoría puesto que entendemos que la delegación no podría surgir de la mera voluntad (expresa o tácita) del órgano titular de la competencia. Máxime, si tenemos en cuenta que esta última no ha sido establecida en interés de aquel sino en el de la comunidad (interés público)⁵⁰. Lo contrario importaría tanto como permitir al primer mandatario llevar a cabo una inadmisibles renuncia a ejercer una facultad que es, al mismo tiempo, un deber puesto a su cargo por la Constitución de la CABA.

⁴⁷ De conformidad con lo dispuesto en los artículos 7° y 10° de la Ley N° 2.627 de creación del ENTUR, tanto el Presidente como los Directores Vocales son designados por el Jefe del Gobierno Porteño.

⁴⁸ Bielsa, Rafael, “La Función Pública”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1960, pág. 63 y ss. Este autor critica el argumento de la “Delegación tácita” por considerarla de mero orden práctico y carente de consistencia jurídica.

⁴⁹ Monti, Laura M., ob. cit. y Albertsen, Jorge, ob. cit.

⁵⁰ En igual sentido, Cassagne, Juan Carlos, ob. cit., pág. 491 y ss. También se ha denominado a la competencia como “Poder Fiduciario” (*Fiduciary Power* en el constitucionalismo anglosajón). Ello por cuanto, es una potestad que se confiere en beneficio de una persona diferente a la de su titular, como son los intereses comunes de las personas (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomas Ramón, ob. cit., pág. 436).

No obstante, del análisis de la mencionada Carta Fundamental y de las resoluciones de nombramientos en crisis, no surge la presencia de tal norma autorizante. Por lo que, en ausencia de la misma, cabría concluir forzosamente en la imposibilidad jurídica de que el Jefe de Gobierno efectúe alguna de las delegaciones propuestas (delegación expresa o tácita).

Aunque la cuestión es ciertamente opinable, ya que hay cierto sector de la doctrina⁵¹ que –apoyada en la jurisprudencia administrativa de la PTN⁵²- distingue entre facultades de gobierno o políticas y facultades de administración, admitiendo que estas últimas pueden –en principio- delegarse. Por lo que, siendo la potestad de nombramiento de los funcionarios y empleados de la Administración de carácter eminentemente administrativo, resultaría admisible su delegación⁵³.

Lo expuesto encuentra su fundamento en el hecho de que, como es sabido, tal atribución constitucional (contemplada en el art. 104, inc. 9) deriva de la misión más general de administración de la ciudad que el Jefe de Gobierno titulariza (art. 102, 1º párr.). Razón por la cual, existiendo otras potestades que también se hallan implícitas en aquel poder general y que sin embargo han sido reconocidas como delegables, creemos que no hay impedimento alguno para que la mentada delegación de cometidos se pueda llevar a cabo. Ello, toda vez que la función de que se trata no es de aquellas que puedan considerarse como indelegables en razón de su naturaleza y finalidad⁵⁴.

Distinto es el caso, por ejemplo, de la designación del Procurador General (art. 104, inc. 7, de la Constitución local). La cual, al hallarse dirigida a la salvaguardia de una de las instituciones creadas por la propia ley suprema, excede el campo de lo meramente administrativo para convertirse en un poder de índole netamente gubernativo o político y, por lo tanto, indelegable. En tal sentido, debe remarcarse que no en vano el constituyente ha requerido –para su perfeccionamiento- el acuerdo de la Legislatura.

⁵¹ Dromi, Roberto y Menem, Eduardo.

⁵² Dictámenes 174-52, con remisión a 40-372.

⁵³ Comadira, Julio Rodolfo y Canda, Fabián Omar, “Administración General del país y delegaciones administrativas en la reforma constitucional”, Revista jurídica de la Universidad Austral.

⁵⁴ CSJN, doctrina de Fallos, 269:19.

Tal exégesis jurídica acerca de los precitados preceptos constitucionales cobra mayor relevancia aún si se tiene en cuenta que sería poco menos que absurdo exigir al primer magistrado de la ciudad que lleve a cabo de forma personal la suscripción de todos los decretos de nombramientos que se efectúen en el ámbito de la Administración local, ya que -debido a las dimensiones actuales de su estructura gubernamental- no dispondría de tiempo suficiente para ello.

A lo dicho se suma que, por los mismos motivos, dicha tarea se tornaría mecánica para el Gobernador de la CABA y -en los hechos- igualmente desplazada hacia los funcionarios inferiores, cuyas propuestas serían automáticamente refrendadas por aquel.

A su vez, resulta pertinente señalar que en los nombramientos objeto del presente capítulo tampoco se menciona la existencia de una norma delegante. Ello, claro está, en el supuesto de que se haya efectuado una delegación expresa.

Respecto de este tipo de delegación administrativa⁵⁵ en particular (la expresa), conviene hacer notar lo que podría considerarse una ventaja comparativa respecto de la tácita. Así, en la causa “Pfizer”⁵⁶, la Sala II de la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal consideró que la delegación no se opera de hecho por la mera existencia de una norma que lo autorice, sino que la misma debe estar expresamente decretada para permitir así al particular determinar la competencia del funcionario que, en definitiva, dicta el acto administrativo.

A todas luces, en dicho fallo, el tribunal consideró la explicitación de la delegación como condición *sine qua non* de su existencia. Por lo que cabe concluir que, ante una eventual impugnación de los nombramientos efectuados por el Presidente del ENTUR y sin un acto delegante expreso de dicho cometido por parte del Gobernador de la CABA, no habría delegación y –por ende- tampoco existiría la posibilidad de saneamiento del acto viciado por incompetencia en razón del grado (art. 19, inc. a, de la Ley de Procedimientos Administrativos de la CABA).

Aunque, por su parte y a *contrario sensu* de lo declarado por la Sala II en el caso precedentemente citado, la Sala III del mismo fuero, en el fallo “Zaratiegui” del 14

⁵⁵ Tradicionalmente se diferencian dos especies de delegación: la legislativa y la administrativa.

⁵⁶ “Pfizer S.A.C.I. c. Administración Nacional de Aduanas” del 16 de febrero de 1980.

de octubre de 1986, decidió que el decreto por el que el Poder Ejecutivo desestimó el recurso jerárquico deducido con fundamento en la incompetencia por razón del grado del Ministro que dictó la resolución impugnada y ordenó, en consecuencia, que debía estarse a lo dispuesto en dicha resolución, importó una ratificación retroactiva del acto para el caso de haber padecido el vicio alegado. De lo que parece surgir, en contraposición a lo expresado en el párrafo anterior, la innecesariedad de la explicitación de la voluntad delegatoria para considerar habilitada la posibilidad ratificatoria anteriormente aludida.

Por su parte, cabe destacar que, en virtud de una característica típica de la delegación, cual es su transitoriedad, pensamos que la delegación expresa generaría la necesidad de su renovación de forma periódica. En tanto que, en el caso de la delegación tácita, entendemos que tal renovación se debería considerar efectuada automáticamente, salvo manifestación en contrario por parte del órgano titular de la competencia.

Finalmente, corresponde poner de relieve que, en ambos supuestos (sea que se trate de una delegación expresa o tácita), en virtud de la naturaleza jurídica del ENTUR – en tanto entidad autárquica bajo la órbita de la SGRI, al cual se vincula mediante una relación de jerarquía atenuada-, por tratarse de una delegación operada entre dos organismos con personalidad jurídica propia (Poder Ejecutivo y ENTUR), estaríamos en presencia de lo que se ha dado en llamar “Delegación Intersubjetiva o Interadministrativa”⁵⁷. La cual, como toda delegación, responsabiliza por su ejercicio al titular de la función delegada y lo faculta a proceder a su revocación y reasumir el ejercicio del cometido en pos de ratificar los nombramientos efectuados por el Presidente del ente de control⁵⁸.

(ii) Que haya sido el propio legislador quien, a través de la Ley N° 2.627 de creación del ENTUR, delegó tal potestad directamente en dicha organización, más precisamente

⁵⁷ Esta clase particular de delegación tiene sus propios matices y características. Así, mientras que la Delegación Administrativa, en el plano de las relaciones interorgánicas, supone la jerarquía; esto no se da en el ámbito de la Delegación Intersubjetiva o Interadministrativa.

⁵⁸ Decimos revocación de la delegación y no avocación porque, en este supuesto, al no tratarse de la competencia en cuestión de una potestad propia del titular del ENTUR, sino de una delegada, procede dejar sin efecto la delegación y no la avocación, pues esta última solo es referible a las facultades propias del inferior y no a las delegadas (Comadira, Julio Rodolfo y Canda, Fabián Omar, ob. cit.).

en el órgano ubicado en la cúspide de la misma⁵⁹. Configurándose lo que recibe el nombre de “Delegación impropia”, que es aquella delegación por medio de la cual un órgano o ente administrativo al cual la facultad no le pertenece legalmente decide transferir su ejercicio de manera permanente⁶⁰.

En efecto, el artículo 11 de dicho cuerpo normativo prevé en su inciso h) que compete al titular del ENTUR “[e]stablecer de la dotación de personal (...) así como también promover, sancionar y disponer bajas con sujeción a la normativa vigente”. Lo cual, a la luz del alcance que el inciso k) de la misma disposición legal otorga a la definición “Personal del ente”, comprensiva del personal político, administrativo, permanente, transitorio, de gabinete y contratado⁶¹, parecería implicar lo que podríamos denominar una “Facultad de nombramiento de segundo grado”⁶², según la cual dicha potestad también podría ser ejercida por otros sujetos administrativos distintos del Poder Ejecutivo cuando el órgano legislativo se la confiere de manera directa. Es decir que, de acuerdo a este criterio, el ENTUR se encontraría habilitado por vía de delegación legislativa⁶³ para designar a sus funcionarios públicos a través de una resolución de su presidente.

⁵⁹ Situación que, como dijimos en el anteúltimo párrafo del punto 3.1.1.2., parece violentar el principio de la división de los poderes del Estado. No obstante, al respecto, creemos que resultaría conveniente ver lo indicado en el séptimo párrafo y ss. del acápite (i) del punto 3.1.2.

⁶⁰ Comadira, Julio Rodolfo y Canda, Fabián Omar, ob. cit. El Dr. García Trevijano Fos se ha ocupado de este tipo de delegaciones, señalando que se encuentran a mitad de camino entre la desconcentración y la delegación propiamente dicha. Aclara el jurista español que “*No es verdadera delegación porque viene establecida en la norma, pero tampoco desconcentración interna, porque le falta la existencia de competencias exclusivas*” (García Trevijano Fos, José Antonio, “Tratado de Derecho Administrativo”, Madrid, 1971, t. II, Vol. I, pág. 422).

⁶¹ Cabe advertir que, aunque en otro capítulo (Capítulo IV, “Administración y recursos del Ente de Turismo”), el artículo 15 de la Ley N° 2627 da un alcance restringido del término “Personal del ente”, puntualizando que el mismo se encuentra “*integrado por el personal de planta permanente que se desempeña en las unidades de organización previstas en el artículo 2° de la presente Ley y por el personal que reviste presupuestariamente con carácter transitorio en las referidas reparticiones conforme la normativa vigente*”.

⁶² Trazando un paralelismo con lo que el Dr. Alfonso Santiago denomina “Facultad reglamentaria de segundo grado” (Santiago, Alfonso, ob. cit., pág. 19). Ello, en razón de las similares características que, para lo que aquí interesa, exhiben las atribuciones de nombramiento y reglamentaria, como ser: la condición administrativa de ambas.

⁶³ En rigor de verdad, como expusimos en el último párrafo del acápite (i) del punto 3.1.2. (al cual nos remitimos en honor a la brevedad), la delegación es Interobjetiva o Interadministrativa; pero –como propone el Dr. Bianchi– puede también ser denominada “Legislativa” por tener su fuente de habilitación en una ley en sentido formal (Bianchi, Alberto, “La potestad reglamentaria de los entes reguladores”, en AAVV, Acto y Reglamento Administrativo, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2002).

Entendemos que esta peculiar forma de atribución de facultades sería procedente tratándose de una materia que –como se dijo- es de naturaleza administrativa⁶⁴ y toda vez que, aun cuando el precepto constitucional que atribuye al Jefe de Gobierno la misión de nombrar a los funcionarios y agentes de la Administración es claro, ella es susceptible de ser reglamentada -tanto por una ley en sentido formal como material- ya que no existen potestades indeterminadas ni absolutas⁶⁵. Por lo que, siguiendo este razonamiento y siendo que la Legislatura porteña tiene competencia para crear entidades autárquicas y legislar en materia de empleo público (art. 80, incisos 17 y 2 de la Constitución de la CABA, respectivamente), podría considerarse que las disposiciones mencionadas en el párrafo precedente reglan tal atribución de índole constitucional⁶⁶.

Aunque, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la carta magna nacional y 10° de la local⁶⁷, para que dicha reglamentación sea legítima, no debe alterar la subsistencia de la propia atribución que viene a reglamentar, es decir, no debe privar al órgano ejecutor de su poder de nombramiento⁶⁸.

Y esto es así, no tan solo por la citada regla constitucional; sino también porque, si extremamos las posiciones, mediante este tipo de atribuciones se podría confinar al Jefe de Gobierno a la designación de los funcionarios de la Administración Centralizada, lo que afectaría su facultad de administración de la ciudad (art. 102, 1° párr., de la Constitución de la CABA)⁶⁹.

Por eso, creemos que esta delegación da lugar a la configuración de una competencia solidaria en la materia entre el Poder Ejecutivo y el órgano a quien se le ha delegado

⁶⁴ Véase lo señalado en el séptimo párrafo y ss. del acápite (i) del punto 3.1.2.

⁶⁵ Cassagne, Juan Carlos. ob. cit., pág. 492.

⁶⁶ En idéntico sentido, Bielsa, Rafael. ob. cit., pág. 59 y ss.

⁶⁷ La disposición mencionada en primer término establece que los principios, derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional no podrán ser desnaturalizados por las leyes que reglamenten su ejercicio; en tanto que la segunda reza “*Rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Estos y la presente constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos*”.

⁶⁸ Bielsa, Rafael, ob. cit., págs. 10 y ss. y 65 y ss.

⁶⁹ Bielsa, Rafael, ob. cit., pág. 62 y ss.

el ejercicio de la función en cuestión (Presidencia del ENTUR)⁷⁰. Ello, sin perjuicio de la responsabilidad que con exclusividad corresponde al primero, en su carácter de titular de la antedicha potestad⁷¹.

Por último, cabe puntualizar que, si entendemos que se ha operado este tipo de delegación, por la cual se ha transferido el ejercicio de la facultad de nombramiento de los agentes públicos al Presidente del ENTUR de un modo impropio, no solamente resultaría innecesaria una posterior manifestación de voluntad delegatoria de tal potestad por parte del Gobernador de la Ciudad en los términos del artículo 2 de la Ley de Procedimientos Administrativos local, sino que además, dicho funcionario podría revocar tal delegación a los fines de su convalidación⁷².

- (iii) Y, en último lugar (sin que ello signifique una valoración acerca de su procedencia), aquella que, sin propiciar la extensión al campo del Derecho Público de lo que la Teoría Ecológica dio en llamar “Axioma ontológico de la libertad”⁷³, se sustenta en “la especialidad” del ENTUR para inferir, a través un proceso deductivo

⁷⁰ Comadira, Julio Rodolfo y Canda, Fabián Omar, ob. cit.

⁷¹ Comadira, Julio Rodolfo y Canda, Fabián Omar, ob. cit. Mientras que, en el régimen propio de una competencia desconcentrada, el responsable por su ejercicio es su titular y el superior lo será solo en lo referente a su deber de supervisión; cuando se trata de una atribución delegada, el delegante es plenamente responsable por lo actuado por el órgano inferior delegado. En sentido contrario opina la Dra. Ivanega, para quien: *“El delegante no es responsable de los actos y decisiones adoptados por el delegado, dado que este actúa en ejercicio de una competencia que le ha sido válidamente atribuida”* (Ivanega, Miriam Mabel. “Los principios de la organización administrativa”, Revista jurídica de la Universidad Austral). Aunque, en esta hipótesis, por tratarse de una delegación impropia, el delegante no es la persona a cargo de la función transmitida.

⁷² Comadira, Julio Rodolfo y Canda, Fabián Omar, ob. cit.

⁷³ Comadira, Julio Rodolfo, “Derecho...”, cit., pág. 656. La aplicación a los órganos y entes estatales de la misma regla básica de la libertad que regula el accionar de las personas físicas, es decir aquella por la cual está permitido todo aquello que no está expresamente prohibido, en la actualidad se encuentra superada por la tesis de la “vinculación positiva de la Administración con el ordenamiento jurídico”, de conformidad con la cual el Estado tan solo puede hacer aquello que le está permitido en forma explícita o razonablemente derivada. Tal evolución hermenéutica, en nuestro medio, encuentra su fundamento: (i) No solo en el beneficio que ella reporta para las garantías del ciudadano frente al poder; (ii) sino también y particularmente en el hecho de que la antedicha regla ha sido concebida en el artículo 19º de la Constitución Nacional solo respecto de los habitantes y no parece admisible pensar en el Estado como habitante de su propio territorio. Por lo expuesto cabe concluir que, como afirma el Dr. García Pullés, la pretendida *“asimilación del poder estatal con la libertad individual a los efectos de predicar una relación con el principio de legalidad no resiste el análisis, pues es evidente que es justamente aquel el que limita la plena expresión de ésta, de cara la posibilidad de la convivencia social, de modo que no podría predicarse con validez la vigencia de dos reglas contradictorias vigentes de manera concurrente”* (García Pullés, Fernando, ob. cit., pág. 20 y ss).

que parte de dicha pauta, la existencia de la potestad en cuestión de manera inherente o implícita en su norma de creación.

En efecto, la Ley N° 2.627 parece haber adherido a este criterio, ya que establece, entre los cometidos del ente, el de “*Efectuar todo acto que sea necesario para el mejor cumplimiento de sus funciones y de los fines de esta ley, su reglamentación y disposiciones complementarias*” (art. 3°).

Por lo que, en el marco de las restantes misiones y funciones de la organización – enunciadas en el mismo artículo⁷⁴ y teniendo en cuenta que su objeto es “*diseñar y ejecutar políticas y programas de promoción, desarrollo y fomento del turismo como actividad económica estratégica de la Ciudad*” (art. 1°), podría considerarse implícito en el precepto citado en el párrafo precedente el poder del titular del ENTUR para designar a sus funcionarios.

Ello, toda vez que para realizar sus finalidades parece indubitable que el organismo local requiere de la idoneidad técnica de todos sus cuadros (y no solo de los integrantes del directorio). Aspecto éste que se verá más resguardado si el régimen de designaciones está a cargo de un agente con menor influencia política⁷⁵ y mayor capacidad técnica específica en la materia que el propio Poder Ejecutivo, que -como órgano político- en no pocas ocasiones se verá tentado a sacrificar los antedichos objetivos (muchas veces de largo plazo) para satisfacer otros coyunturales de índole política.

Como vemos, el referido aspecto de la especialización técnica de los empleados de la organización sirve para asegurar su independencia funcional (al menos respecto del poder político⁷⁶), que –como aquel- hacen al propósito mismo de la descentralización autárquica llevada a cabo mediante la creación del ente regulatorio⁷⁷. Razón por la cual también podría considerarse que la facultad del funcionario a cargo del ENTUR de nombrar a sus agentes es inherente a la propia existencia y naturaleza del organismo y

⁷⁴ Véase el punto 2.2 del presente trabajo.

⁷⁵ Para Bielsa, las entidades autárquicas –como el ENTUR- tampoco están exentas de la influencia política (Bielsa, Rafael, ob. cit., pág. 75 y ss).

⁷⁶ Ya que el organismo también puede ser cooptado por el mismo sector regulado. Ver el punto 2.3.1. de la presente tesina.

⁷⁷ En igual sentido, Gusman, Alfredo Silverio, “Autarquía y descentralización”, Revista jurídica de la Universidad Austral.

que, por ello, está siempre, aún cuando la misma no tenga soporte expreso en la literalidad de la norma de creación⁷⁸.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe advertir que ésta amplia pauta competencial debe interpretarse con prudencia. Lo que implica la aplicación de un criterio hermenéutico sujeto a la regla de la especialidad y a sus limitaciones, encontrando allí -a nuestro juicio- un obstáculo infranqueable: Cuál es el hecho de tratarse de una potestad atribuida a otro órgano del Estado (Poder Ejecutivo).

Ahora bien, si no obstante lo señalado en el párrafo precedente, igualmente se escogiera esta alternativa para continuar con el método de designaciones implementado hasta la fecha, corresponde poner de relieve que, en los supuestos contemplados en el presente acápite, la competencia en cuestión habría sido conferida de manera permanente y exclusiva al ENTUR en virtud de una descentralización autárquica⁷⁹. Por lo que sería el ente quien la titulariza y ejerce, asumiendo plena responsabilidad por su conducta y quedando en cabeza del organismo ejecutor solo la facultad de contralor del mismo a través del denominado “Control administrativo”⁸⁰.

La referida fiscalización, en el caso del ENTUR, se encauza procesalmente mediante un recurso de alzada ante la SGRI que es de carácter optativo para el particular (en la medida en que puede promover la pertinente acción judicial)⁸¹. Es por ello que, a fin de ratificar una designación de la Autoridad Superior de la organización que fuere objetada, parecería lógico y oportuno que el Jefe de Gobierno no esperase la interposición de dicho recurso para avocarse al asunto, sino que lo haga en la oportunidad en que el administrado presenta su pedido de revisión con el jerárquico en subsidio (o directamente éste último).

Aunque la cuestión no es sencilla, ya que la doctrina no es pacífica respecto de la procedencia de este tipo de avocaciones, es decir, las que se producirían en el marco de una relación intersubjetiva o interadministrativa.

⁷⁸ Comadira, Julio Rodolfo, *“El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos”*, La Ley, Buenos Aires, 2009, pág. 27.

⁷⁹ Supuesto de máxima subjetivación orgánica según el Dr. Comadira (Comadira, Julio Rodolfo, “La responsabilidad del Estado por las obligaciones de sus entes descentralizados”, E.D., 145-383), en tanto que Barra la llama “*máxima atribución de competencia en un orden dado*” (Barra, Rodolfo C., “Principios de Derecho Administrativo”, Buenos Aires, 1980, pág. 175).

⁸⁰ PTN, Dictámenes: 204:28; 239:26 y 115.

⁸¹ Ver el punto 2.5.1. de esta tesis.

Así, mientras un sector de la misma considera que, por no existir una relación jerárquica entre la Administración Central y la Descentralizada, no procede la avocación entre órganos de ellas⁸². La otra entiende que frente a la existencia de un recurso ante el superior, ha desaparecido toda limitación a la avocación por parte de este⁸³.

Al respecto, si bien coincidimos con quienes diferencian la esencia de la competencia para resolver un recurso de la potestad para dictar un acto administrativo, ya que, en definitiva, el Poder Judicial tiene la facultad para anular los actos de la Administración Pública y no por ello procede la avocación⁸⁴, ni existe supremacía o subordinación de un poder sobre otro; advertimos que entre el ENTUR y Gobernador de la CABA hay jerarquía por cuanto aquel se halla compelido a obedecer y acatar las directivas generales y particulares relativas al planeamiento estatal impartidas por el poder central⁸⁵. Por lo tanto, dicha relación participaría de las facultades derivadas de la jerarquía, entre ellas la del órgano superior de avocarse a los cometidos propios del inferior jerárquico.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que la avocación procede como regla y que las excepciones legales a la misma⁸⁶ se encontrarían excluidas de las que ejerciere el Jefe de Gobierno, creemos que no existe óbice para la procedencia de la avocación de aquel ante la presentación de una contingencia como la planteada en el presente capítulo.

3.1.3. Conclusiones.

En síntesis, con respecto a los problemas detectados en los nombramientos de los agentes de la repartición autárquica, cabe concluir que –a la luz de lo expuesto en el presente análisis y en el punto 2.3.- los mismos derivarían del hecho de que el Jefe de Gobierno de la CABA se encuentra realizando las designaciones que no debería (o, al menos, no de la forma en la que lo hace), puesto que resultarían incompatibles con la condición jurídica de la organización (es decir, la del Presidente y los Directores Vocales); al tiempo que no efectúa aquellas a las que se encontraría compelido por el ordenamiento jurídico (nos referimos a los Directores Generales). Esto último, sin perjuicio de la efectiva concreción de los concursos públicos que, aunque consagrados

⁸² Albertsen, Jorge, ob. cit.

⁸³ González Arzac, Rafael M., “*La competencia de los órganos administrativos*”, El Derecho.

⁸⁴ Albertsen, Jorge, ob. cit.

⁸⁵ PTN, Dictámenes: 207:317.

⁸⁶ Exclusividad y especialidad de la competencia (art. 2 de la Ley de Procedimientos Administrativos de la CABA).

legislativamente, han sido eludidos sistemática y patológicamente por la Administración Pública.

En tal sentido y en lo que se refiere a los nombramientos mencionados en primer lugar, corresponde indicar que somos partidarios de la participación en ellos del órgano parlamentario de la ciudad, ya sea otorgando su consejo o acuerdo (o, incluso, ambos). Ello, con la finalidad de mediatizar el poder del primer mandatario local sobre la institución que estudiamos. Logrando de esta forma aminorar su potestad discrecional, la cual –cuando es ejercida en este aspecto sin el correspondiente sentido de la responsabilidad- degenera en favoritismo que normalmente es retribuido con actos de la misma factura⁸⁷.

A tal fin, será necesaria también la instrumentación de un mecanismo de remoción que sustraiga el desempeño de los funcionarios directivos del ENTUR del juzgamiento subjetivo y/o arbitrario del Poder Central. Para lo cual proponemos la adopción de un sistema similar al jurado de enjuiciamiento.

Finalmente, en relación con la falta de reglamentación observada en la Ley N° 2.627, cabe indicar que –al no ser el único caso en el que el titular del ENTUR, como autoridad de aplicación (y, por lo tanto, con potestad normativa inherente según vimos), incurre en este tipo de inacciones, ya que también se ha verificado tal omisión en la Ley N° 4.631 de Alojamientos Turísticos de la CABA en oportunidad de realizar el proyecto de auditoría N° 11/17- resultaría útil que: (i) O bien la propia ley, más allá de fijar un plazo para su regulación (como es el caso de las normas citadas, en sus respectivas cláusulas transitorias), disponga que, vencido el mismo, tal actividad legislativa deberá ser efectuada por la propia Legislatura porteña (sin posibilidad de veto o nueva reglamentación por parte del Poder Ejecutivo); o (ii) directamente, en una futura y eventual reforma de la constitución local se incorporen provisiones similares a éstas⁸⁸.

⁸⁷ En sentido similar, Bielsa, Rafael, ob. cit., pág. 53.

⁸⁸ Este fue el camino que siguió la Provincia de San Luis (Santiago, Alfonso, ob. cit., pág. 28).

3.2. Técnicas Delegativas: Problemática.

3.2.1. Antecedentes: El Decreto N° 34-GCABA/16, su implementación en entidades que integran la Administración Pública Descentralizada.

Atento a que (i) por el Expediente Electrónico N° 15.855.112/17 de la Dirección General Técnica, Administrativa y Legal del Ministerio de Modernización, Innovación y Tecnología del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tramitaba su solicitud de licencia por el periodo comprendido entre los días 14 de julio y 13 de agosto de 2017 (ambos inclusive) y (ii) el antiguo artículo N° 13 de la Ley N° 2.627 de creación del ENTUR, que establecía –entre las misiones del Director Ejecutivo- la de reemplazarlo en caso de impedimento o ausencia transitoria, fue derogado por el precepto N° 7 de la Ley N° 4.685; el Presidente *ad honorem* del organismo solicitó analizar el Decreto N° 34-GCABA/16, referido al régimen de reemplazos en caso de ausencia o vacancia de los Ministros, Secretarios y Subsecretarios del órgano ejecutivo, a los efectos de determinar su aplicabilidad o no al organismo que preside.

Ello, en el entendimiento que, de resultar aplicable dicho régimen y siendo que (i) es un supuesto no contemplado en el mismo y (ii) el Presidente del ente tiene rango y jerarquía de Secretario (art. 10° de la Ley N° 2.627), correspondería dar aviso de la ausencia al Jefe de Gabinete de Ministros del poder central a fin de que éste determine y formalice su reemplazo (art. 4° del Decreto N° 34-GCABA/16).

En un primer análisis, tanto de lo expresamente dispuesto en el referido decreto, así como de la interpretación razonada de las normas que motivaron su emisión, surge que su ámbito de aplicación estaría comprendido por la Administración Pública Centralizada de la CABA. Por lo que, tratándose de un ente autárquico comprendido dentro de la denominada Administración Descentralizada, el ENTUR no se encontraría alcanzado por el mismo.

Descartada su aplicación directa al asunto en cuestión, cabía la consideración de una analógica, lo cual desaconsejamos por los siguientes motivos: (i) La existencia de un cuerpo normativo de aplicación directa (cuál es la Ley de Procedimientos Administrativos local, aprobada por Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1.510/97 - texto consolidado por Ley N° 5.666-) que ofrece instrumentos idóneos para la atención de supuestos como el contemplado en el presente análisis (como por ejemplo la delegación administrativa propiamente dicha y la de firma, ya sean interorgánicas o

intersubjetivas⁸⁹); y (ii) la solución que el Decreto N° 34-GCABA/16 propone para este caso, es decir la determinación del remplazo por el Jefe ministerial para los supuestos no previstos expresamente, tiene sentido para aquellos órganos sobre los cuales éste funcionario ejerce, o bien supremacía jerárquica o un rol de coordinación, más no para el caso del titular del ENTUR sobre el cual –para la mayoría de la doctrina- no posee ninguna de dichas atribuciones.

Sin perjuicio de todo lo hasta aquí expuesto sobre el Decreto N° 34-GCABA/16, como se verá, más adelante retomaremos su desarrollo y análisis, aunque desde otro enfoque.

3.2.2. La Resolución N° 128-ENTUR/17 de encomienda de firma: Vicios que la afectan y desentrañamiento de su naturaleza jurídica. Consecuencias.

Posteriormente y como corolario de lo expuesto en el acápite precedente, se dictó la Resolución N° 128-ENTUR/17, mediante la cual el Presidente *ad honorem*⁹⁰ encomendó en forma transitoria la atención y firma del despacho diario de la repartición a su cargo al Director Ejecutivo durante el período de licencia precitado.

Al respecto, corresponde poner de relieve que, de la simple lectura de tal resolución, resulta evidente que la misma se encuentra viciada en varios de los requisitos esenciales de validez del acto administrativo dispuestos por la Ley de Procedimientos Administrativos de la CABA: (i) La causa, en su vertiente normativa; (ii) el objeto; y (iii) la motivación (art. 7, incisos b, c y e, respectivamente).

En tal sentido, teniendo en cuenta que la motivación consiste en la explicitación de la causa, esto es, la declaración de cuáles son las razones y circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a dictar el acto, cabe advertir que en los considerandos de la resolución en cuestión únicamente se menciona que la encomienda se produciría con motivo de la “*licencia efectuada (...) por el periodo comprendido entre el 14 de julio y 13 de agosto del año en curso*” y “*a los efectos de mantener el normal funcionamiento de las actividades desarrolladas por esta Presidencia*” (considerandos 5° y 6°), es decir que se enuncian las circunstancias fácticas que justificarían la encomienda efectuada,

⁸⁹ La Delegación Interorgánica deriva de la jerarquía, en tanto que la Delegación Intersubjetiva o Interadministrativa es ajena al poder jerárquico.

⁹⁰ El Lic. Andrés Freire, además de titularizar el ENTUR, era el ministro a cargo de la cartera bajo cuya órbita funcionaba el mencionado organismo (el ex Ministerio de Modernización, Innovación y Tecnología del GCABA).

más no los fundamentos jurídicos que le darían sustento. Todo lo cual configura un acto administrativo ilegítimo y lo torna nulo de nulidad absoluta e insanable por carecer de fundamento legal válido (art. 14, inc. b, de la LPA).

Al respecto, se ha dicho que *“más allá de las denominaciones, se requiere que el acto no sea producto de la simple voluntad del funcionario sino que tenga su razón jurídica, basada en los hechos y en la norma aplicable”*⁹¹. Por su parte, la Procuración del Tesoro de la Nación ha puntualizado que la circunstancia que determina la validez de un acto administrativo individual consiste en la correspondencia de este con el derecho objetivo vigente al momento de su dictado y que ello constituye la esencia del principio de legalidad de la actividad administrativa⁹².

Asimismo, resulta importante destacar que la motivación aparece como una necesidad tendiente, precisamente, a la observancia del antedicho principio en la actuación de órganos estatales y constituye un requisito referido a la razonabilidad. Es por ello que la ausencia de cierta enunciación o explicación respecto de la existencia de alguna causa jurídica valedera que justifique la medida administrativa adoptada, conduce a la certeza de su inexistencia, y en tales condiciones el acto es inválido⁹³.

Por último, en lo que respecta al vicio en el objeto de la resolución en crisis, se debe tener presente que toda declaración que efectúa la administración debe adaptarse al marco general normativo y al mencionado principio de legalidad (pero entendido éste en su acepción más vasta o genérica).

En efecto, al decir del Dr. Julio Rodolfo Comadira, siendo que el bien común es el conjunto de condiciones de la vida social que hace posible a asociaciones e individuos el logro más fácil y más pleno de su propia perfección, no es dudoso que una de esas condiciones sea la vigencia irrestricta del orden jurídico. Y si la Administración, dentro del Estado, tiene a su cargo la gestión directa e inmediata de aquel bien, no es tampoco dubitable que ella deba actuar incondicionalmente sujeta al ordenamiento jurídico⁹⁴.

⁹¹ Coviello, Pedro José Jorge, “La causa y el objeto del acto administrativo”, Acto administrativo y Reglamento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, pág. 46.

⁹² Dictamen 221:124.

⁹³ CNCiv, Sala L, 20/2/89, “Soulignac, M. c. Municipalidad de Buenos Aires”, LL, 1989-D, 516.

⁹⁴ Comadira, Julio Rodolfo, Derecho Administrativo, Acto Administrativo, Procedimiento Administrativo, otros estudios. Capítulo XI “Algunos aspectos de la licitación pública”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, Segunda edición actualizada y ampliada, pág. 279 y ss. El criterio sentado por el

Esto implica que el acto administrativo debe ser lícito, es decir que debe estar permitido por el orden normativo. Ello, de conformidad con el “Postulado de la Vinculación Positiva de la Administración con el Derecho”, según el cual el Estado solo puede hacer aquello que le está permitido en forma expresa o razonablemente implícita.

En tal sentido, señala el Dr. Cassagne que *“Lo esencial del objeto es su conformidad con el derecho objetivo, tanto es así que en algunos países como Francia se denomina al vicio que afecta este elemento como violación de la ley. La ilegalidad puede consistir tanto en la violación de la ley formal, como en la de la Constitución o un reglamento (...)”*⁹⁵.

Ahora bien, más allá del *nomen iuris* utilizado en la Resolución N° 128-ENTUR/17 (“Encomienda de firma”), lo cierto es que este tipo de actos administrativos han sido denominados en doctrina “delegaciones de firma”.

En tal sentido, siendo que en la delegación de firma no se produce ninguna alteración de la titularidad de la competencia ni de su ejercicio, sino que ella solo afecta la forma de exteriorizar la manifestación de la voluntad del órgano y/o funcionario que tiene atribuido el cometido y que en virtud de la delegación de firma, encomienda dicha exteriorización a un órgano y/o funcionario inferior, entendemos que la Resolución N° 128-ENTUR/17 no configura una verdadera delegación de facultades. Ello, toda vez que -conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, hace largo tiempo sentada (caso Delfino, de 1927. Fallos 148:432)- *“(…) no existe propiamente delegación sino cuando una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona descargándolo sobre ella”* (Considerando 6°).

citado autor es el denominado “Principio de Juridicidad”, según el cual el accionar administrativo (siempre dirigido al bien común) supone, necesariamente, el respeto de todo el sistema normativo. Lo que implica que las autoridades administrativas deben actuar con sujeción, no solo a la letra de la ley en sentido formal y material, sino también a la Constitución Nacional, a los tratados internacionales, a los precedentes administrativos (en la medida en que en su seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad), a ciertos contratos administrativos y, principalmente, dentro del campo del derecho administrativo por su naturaleza eminentemente mutable, a los principios generales del derecho, ya que estos le dan al intérprete de esas normas sometidas a un proceso de cambio incesante, un esqueleto en el cual orientarse a lo que es justo.

⁹⁵ Cassagne, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, Buenos Aires, 1993, T. II, pág. 201, Séptima Edición Actualizada, Lexis Nexis Abeledo Perrot.

Sin perjuicio de ello y más allá de estimar que, en virtud del anteriormente enunciado “Postulado de la Vinculación Positiva”, cuando la delegación de firma no ha sido recogida explícitamente por la norma –como ocurre en nuestra legislación-, debería aplicarse de forma supletoria la LPA⁹⁶ y considerársela incluida en el régimen legal allí establecido para la delegación administrativa, no solo por aplicación de la regla según la cual quien puede lo más (delegación administrativa de competencias) puede lo menos (delegación de firma), sino también porque, a causa de la similitud entre ambas, tradicionalmente la doctrina ha tratado esta última como una modalidad de la primera; creemos que en este caso particular se ha configurado, a través de la Resolución N° 15-DEJ/17, el desplazamiento del ejercicio de la facultad de organización administrativa que titulariza el Presidente del ENTUR (art. 11, inc. d, de la Ley N° 2.627) en el Director Ejecutivo del mismo ente, sin que tal delegación haya sido contemplada en la Resolución N° 128-ENTUR/17. Todo lo cual torna la Resolución N°15-DEJ/17 en nula de nulidad absoluta por carecer de un presupuesto básico que confiere validez a la actividad administrativa: La competencia (art. 7, inc. a, de la LPA)⁹⁷.

Lo expuesto encuentra su fundamento, no solamente en el hecho de que –como explica la doctrina⁹⁸- para que la delegación de firma no implique una transferencia de la competencia debe estar sujeta a ciertas condiciones, como por ejemplo tratarse de actos producidos en serie o cantidad considerable, requisito que no se condice con las características de un acto administrativo como la Resolución N° 15-DEJ/17 por tratarse de un acto de aplicación muy esporádica, recordemos que el último de este tipo fue la Resolución N° 17 del ENTUR del año 2014; sino también porque –más allá de que la emisión de cualquier acto administrativo es una forma de ejercer la función administrativa- es la propia Resolución N° 15-DEJ/17 la que expresa de forma clara que ella se emite “*en uso de las facultades otorgadas por el Artículo 11° inc. d) de la Ley N° 2.627 y modificatoria*”.

Al respecto y a fin de mensurar los posibles riesgos y consecuencias que podría acarrear el vicio advertido en la Resolución N° 15-DEJ/17, corresponde señalar que el Director Ejecutivo, al exceder los límites y contornos contemplados por la doctrina para la mera

⁹⁶ Criterio hermenéutico éste que, por lo demás, evita incurrir en implicancias vidriosas (siempre sujetas a interpretación) como sería, por ejemplo, la de pretender su encuadramiento en el artículo 3° de Ley N° 2.627, que establece, entre las competencias del ENTUR, la de “[e]fectuar todo acto que sea necesario para el mejor cumplimiento de sus funciones y de los fines de esta ley, su reglamentación y disposiciones complementarias” (inc. u).

⁹⁷ CNFed, Cont. Adm., Sala I, 5 de marzo de 1998.

⁹⁸ Cassagne, Juan Carlos, ob. cit., T. I, pág. 215; y Albertsen, Jorge, ob. cit., pág. 646.

delegación de firma, es plenamente responsable por el modo irregular, anómalo e imprudente en que la ejerció. Máxime, cuando no hubo una instrucción escrita u orden verbal del delegante para que tal exceso se lleve a cabo⁹⁹; sino que, por el contrario, éste se manifestó visiblemente consternado por la situación. Asimismo, no debe soslayarse el hecho de que -como ha propuesto el Dr. Cassagne-, aún cuando se trata de un acto administrativo de organización interna de la Administración, los empleados públicos afectados por la misma pueden ser entendidos como terceros respecto de ésta.

En efecto, en el ámbito de una relación de servicio (como la que vinculaba a los funcionarios cuyos cargos fueron suprimidos o degradados con el ente de control), el agente estatal adquiere sustantividad propia frente al Estado, obteniendo la condición de sujeto distinto y externo a él¹⁰⁰.

En virtud lo expuesto, entendemos que el Director Ejecutivo del ENTUR era incompetente para dictar la Resolución N° 15-DEJ/17 (mediante la cual estableció la nueva estructuración del organismo y atribuyó las misiones de las reparticiones que lo componen), en tanto a través de la Resolución N° 128-ENTUR/17 se efectuó una simple delegación de firma, cuando en su lugar debió realizarse una delegación administrativa *stricto sensu* de la potestad de establecer la estructura orgánico funcional del ente administrativo y asignar responsabilidades atribuida a su Presidente por la Ley N° 2.627 (art. 11, inc. d).

Razón por la cual, consideramos que el delegante podría revocar la delegación efectuada y avocarse –si se nos permite el término técnicamente mal empleado- al asunto a los fines que correspondan (ya sea la convalidación del acto dictado por el órgano inferior delegado o su revocación).

Tal exégesis cobra mayor relevancia aún si se tiene en cuenta que la delegación administrativa configura una excepción al carácter improrrogable de la competencia, por lo que su procedencia debe ser interpretada con criterio restrictivo.

Pero, incluso efectuando una interpretación amplia, la forma en la que fue

⁹⁹ Ivanega, Miriam Mabel, ob. cit. La supremacía jerárquica del delegante sobre el delegado incluye la atribución de expedirle instrucciones escritas sobre el modo de ejercer las atribuciones y darle órdenes verbales concretas para resolver un caso específico de una u otra manera. Ello, a consecuencia de ser una competencia propia del primero.

¹⁰⁰ Gravita aquí el propósito tuitivo que debe acompañar la construcción de la teoría del acto administrativo (Comadira, Julio Rodolfo, “El Acto...”, cit., pág. 21).

instrumentada la encomienda se encuentra reñida con los recaudos legales y características típicas del instituto delegatorio. En efecto, de conformidad con lo previsto en la LPA (art. 2º), el uso legítimo de la delegación administrativa requiere imprescindiblemente de su habilitación expresa¹⁰¹, circunstancia que no surge del contenido de la Resolución N° 15-DEJ/17.

Aunque, en este caso, al (i) proceder la delegación, ya que el artículo 3º de la LPA dispone que “*Los Ministros y demás funcionarios del Poder Ejecutivo y los titulares de los órganos directivos de entes descentralizados podrán dirigir o impulsar la acción de sus inferiores jerárquicos mediante órdenes, instrucciones, circulares y reglamento internos, a fin de asegurar celeridad, economía, sencillez y eficacia de los trámites; delegarles facultades; intervenirlos; (...)*” y (ii) encontrarse el Director Ejecutivo en el estadio inferior inmediato a la Presidencia en la línea jerárquica de la organización¹⁰²; se trata de una incompetencia de grado que solo genera una nulidad relativa y, por lo tanto, saneable según los artículos 14, inciso b), y 19, inciso a), de la LPA¹⁰³.

Finalmente, solo resta decir que, a causa de un informe en el cual se advirtió al flamante presidente del ENTUR¹⁰⁴ acerca de los vicios observados en las resoluciones analizadas, así como de los posibles riesgos y consecuencias que los mismos podrían acarrear para la organización, el mencionado funcionario procedió a enmendarlos mediante la emisión de las resoluciones N° 165 y 225 del año 2017, a través de las cuales se estableció (i) la nueva estructura orgánico-funcional del organismo (por medio de la cual se suprimió la unidad de organización que se había extralimitado en sus funciones), dejando sin efecto la anterior y volviendo abstracta la discusión sobre los precitados

¹⁰¹ Aunque dicha disposición abre una serie de interrogantes en torno al rango que debe tener la norma habilitante respecto de la que atribuyo la potestad. Así, aún cuando de su literalidad no parece surgir la exigencia de un rango normativo específico para efectuar tal habilitación, es de nuestro entendimiento que la delegación no podría surgir de la mera voluntad del órgano titular de la competencia. Máxime, si tenemos en cuenta que esta última no ha sido establecida en interés de aquel sino en el de los ciudadanos (interés colectivo).

¹⁰² La línea jerárquica se forma por el conjunto de órganos en sentido vertical, unidos por relaciones de subordinación y supremacía.

¹⁰³ Se ha constatado la existencia de encomiendas que –pese a contener las mismas deficiencias detectadas en la Resolución N° 128-ENTUR/17- son efectuadas entre funcionarios de igual rango, lo cual en el marco de una relación interorgánica -como la que vincula a las diversas unidades de organización del ENTUR- constituye un equívoco, ya que dicha relación supone el respeto de la jerarquía (Comadira, Julio Rodolfo, “El Acto...”, cit., pág. 31; Cassagne, Juan Carlos, ob.cit., T. I, pág. 245; y Dromi, José Roberto, “Derecho Administrativo”, Buenos Aires, 1994, pág. 31).

¹⁰⁴ Sr. Gonzalo Robredo, designado mediante Decreto N° 334/17 de fecha 6 de septiembre de 2017.

vicios¹⁰⁵; y (ii) un régimen de reemplazos de los titulares de las reparticiones que forman parte del ente regulatorio, respectivamente.

3.2.3. El antecedente de la Resolución N° 225-ENTUR/17: El Decreto N° 34-GCABA/16, su condición jurídica. El alcance de ambas normas.

Respecto del régimen establecido a través de la Resolución N° 225-ENTUR/17, cabe indicar que el mismo encuentra su inspiración en el ya mencionado Decreto N° 34-GCABA/16, emitido casi dos años antes¹⁰⁶ y el cual se haya referido al sistema por el cual se sustituyen los Ministros, Secretarios y Subsecretarios del Poder Ejecutivo de la CABA, en caso de ausencia o vacancia.

Por su parte, en lo que atañe a esta última norma y más allá de advertir que el órgano ejecutor parece haber incurrido en un exceso reglamentario al sancionarla, puesto que, de la remisión legal efectuada, surge únicamente la habilitación para determinar la forma en que se efectuarán los relevos de los ministros, más no la de los Secretarios y Subsecretarios (al menos, de aquellos que no tengan rango ministerial), por lo que dicha parte de la regulación en cuestión carecería de base legal suficiente que la sustente; corresponde destacar que, al ser ella misma la que atribuye su competencia al “(...) *uso de las facultades conferidas (...) por el artículo 6° de la Ley N° 5.460*”, resulta razonable colegir que se trata de un reglamento delegado, ya que es el único acto normativo producido por el poder administrador que requiere de una delegación legislativa previa para su emanación. En los demás casos, o bien se trata de una potestad propia y originaria del Jefe de Gobierno otorgada directamente por la Constitución local y, por lo tanto, su ejercicio no se encuentra supeditado a autorización legal alguna¹⁰⁷ (es el caso de los Reglamentos Ejecutivos y Autónomos), o su validez está condicionada a la posterior aprobación de la Legislatura (nos referimos a los Decretos de Necesidad y Urgencia)¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Ello, por tratarse de un acto administrativo emitido por el superior jerárquico, de manera posterior y sobre el mismo objeto.

¹⁰⁶ Con fecha 29 de diciembre de 2017, el ENTUR dictó la Resolución N° 225-ENTUR/17, mientras que el Decreto N° 34-GCABA/16 está fechado el 7 de enero de 2016.

¹⁰⁷ Que sería lo propio del sistema anglosajón, donde el poder normativo del Ejecutivo es totalmente derivado y solo se concibe bajo la figura de la “Legislación delegada” (*delegated legislation*), pero no del nuestro (Uslenghi, Alejandro Juan, “Régimen Jurídico de la potestad reglamentaria”, en “Acto administrativo y reglamento”, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, pág. 490).

¹⁰⁸ La Carta Magna local autoriza en forma expresa al titular del Poder Ejecutivo a emanar los reglamentos de ejecución (art. 102) y de necesidad y urgencia (art. 103), y hay autores que piensan que su

Ademas, la asignación de cualquier otra naturaleza jurídica a este documento, equivaldría a pretender que el legislador efectuó tal permisión en vano. Lo cual, a todas luces, no correspondería a una buena pauta interpretativa¹⁰⁹.

No obstante lo expuesto y atento a (i) que el Jefe de Gobierno porteño basa también su poder para dictar el Decreto N° 34-GCABA/16 en el artículo 102 de la de la Ley Suprema de la Ciudad de Buenos Aires, a través del cual se lo habilita a sancionar los reglamentos de ejecución de las leyes, (ii) que pese a la taxativa prohibición emanada de la clausula 84 de la aludida Carta Fundamental, por la que “[l]a *Legislatura no puede delegar sus atribuciones*”, la procedencia de tal delegación ha sido admitida doctrinaria y jurisprudencialmente con carácter excepcional, por lo que debería ser tomada con criterio restrictivo¹¹⁰, y (iii) la notable dificultad evidenciada en la práctica para diferenciar los reglamentos delegados de los ejecutivos; podría asimismo presumirse que dicho acto legislativo¹¹¹ encuadra en una potestad normativa secundaria hipertrofiada del Poder Central y, por lo tanto, que el artículo 6° de la Ley de Ministerios del GCABA no sería una norma delegante, ya que no se habría desplazado al gobernador facultad alguna.

Entonces, en cualquiera de los encuadres planteados anteriormente, ya sea que se confiera al Decreto N° 34-GCABA/16 el carácter de reglamento con rango legislativo o meramente administrativo, condiciones éstas que por lógica resultan extensibles a la Resolución N° 225-ENTUR/17; cabe decir que, en lo atinente al alcance de ambos actos administrativos, un correcto criterio hermenéutico conduciría a buscar su respectiva armonización con el resto del ordenamiento jurídico aplicable a los organismos emisores de tales instrumentos y al cual éstos se incorporan¹¹², procurando que todos los cuerpos preceptivos que lo integran conserven su validez y vigencia.

facultad para el dictado de reglamentos autónomos de toda ley deriva del primer párrafo del mencionado artículo 102, según el cual: “*El Jefe de Gobierno tiene a su cargo la administración de la Ciudad, la planificación general de la gestión y la aplicación de las normas*”.

¹⁰⁹ CSJN, Doctrina de Fallos, 300:1060 y sus citas. Dice el Dr. García Pullés, en su ya citada obra “Tratado de lo Contencioso Administrativo”, que “*la inconsecuencia o falta de previsión no puede suponerse en el legislador (...) como base de un método de hermenéutica*” (pág. 21 y 22).

¹¹⁰ Máxime en casos como el presente, en el cual la actividad delegada es regulatoria y, por ende, de índole administrativa. Ya que, en tal supuesto y a diferencia de las de carácter político, resultaría admisible su delegación (Comadira, Julio Rodolfo y Canda, Fabián Omar, ob. cit.).

¹¹¹ En el sentido material del término.

¹¹² En tanto actos de alcance general normativo que, por ello, no se agotan con su sola aplicación, sino que tienen vocación de permanencia (Comadira, Julio Rodolfo, “*El Acto...*”, cit., pág. 21).

Ahora bien, en dicho “bloque de legalidad” debe considerarse incluidas precisamente las disposiciones de la LPA, puesto que ambos (Poder Ejecutivo y ENTUR) se tratan de sujetos comprendidos dentro del campo de aplicación de la misma (art. 1º)¹¹³. Es por ello que, en virtud de lo expuesto, consideramos que los mecanismos de reemplazos dispuestos por el Decreto N° 34-GCABA/16 y la Resolución N° 225-ENTUR/17 no podrían implicar una delegación propiamente dicha, ya que ello los haría incompatibles con lo estipulado en las antedichas disposiciones legales, que prevén la figura de la delegación para la transferencia del ejercicio de facultades que titulariza un órgano administrativo a otro.

Razón por la cual, entendemos que debe darse a los mentados regímenes el alcance propio de la mal llamada delegación de firma¹¹⁴ y considerarlos limitados a actos de objeto reglado producidos en serie o cantidad considerable¹¹⁵. Lo afirmado deriva, no solamente de que ésta se trata de una simple encomienda del hecho material de efectuar el refrendo del documento por el funcionario que tiene atribuida la potestad, manteniendo este la “decisión” de los actos así emitidos; sino también porque este instituto no ha sido contemplado expresamente por la LPA, por lo que los actos analizados vendrían a completar este vacío legal.

Aunque esta última circunstancia, es decir, la laguna del derecho, hace necesario un mayor celo por parte del ENTUR en verificar que mediante la implementación de este mecanismo no se invada la denominada zona de reserva del Poder Legislativo¹¹⁶, ya que en tal caso y a diferencia de lo acontecido con el régimen instrumentado por el órgano

¹¹³ Artículo 1º de la LPA: “Ámbito de aplicación. Las disposiciones de esta Ley se aplicarán a la Administración pública centralizada, desconcentrada y descentralizada y a los órganos legislativo y judicial de la Ciudad de Buenos Aires, en ejercicio de función administrativa; también a los entes públicos no estatales en cuanto ejerzan potestades públicas otorgadas por leyes de la Ciudad de Buenos Aires”. El ENTUR, en cuanto entidad autárquica, debe ser considerado una especie del género descentralización (Barra, Rodolfo C., “Principios...”, cit., pág. 172 y ss.; y Gusman, Alfredo Silverio, ob.cit., T. 179, pág. 760).

¹¹⁴ Decimos mal llamada delegación de firma, ya que esta no supone el traspaso de competencia alguna, que sería lo propio de una delegación en sentido estricto (CSJN, “A.M. Delfino & Cía.”, Fallos 148:432, 1927). En su lugar, creemos más acertado -técnicamente hablando- el uso del término “Encomienda, encargo o atención de firma”.

¹¹⁵ Cassagne, Juan Carlos, ob. cit., T. I, pág. 215; y Albertsen, Jorge, ob. cit., pág. 646.

¹¹⁶ Sostiene el Dr. Rafael Bielsa que la facultad reglamentaria “(...) no se ejerce para (...) colmar las lagunas de la ley, esa es función legislativa”. Estudio de Derecho Público, Buenos Aires, 1952, T. III, pág. 277.

ejecutor, tal ente descentralizado no cuenta con la correspondiente delegación legislativa (o, al menos, no explícitamente).

Por último, corresponde indicar que la asignación de un alcance más amplio que el aquí establecido para sendos sistemas, conduciría a: (i) O bien considerar derogados tácitamente¹¹⁷ los artículos 2° y 3° de la LPA, por ser discordantes con ellos, confiriéndoles el carácter de reglamentos con nivel legislativo (más precisamente, Reglamentos Delegados)¹¹⁸ y, por lo tanto, con aptitud para suprimir una ley¹¹⁹ anterior; o (ii) la hipotética declaración de inconstitucionalidad de los mismos, por considerarlos, en tal supuesto, Reglamentos Ejecutivos que contrarían las disposiciones de una norma de superior jerarquía.

3.2.4. Críticas a la Resolución N° 225-ENTUR/17.

3.2.4.1. El ENTUR podría ser incompetente para su emisión.

De la Resolución N° 225-ENTUR/17 parece surgir que el ENTUR pretende basar su poder para emitirla en una supuesta implicancia en la Ley N° 2.627. Lo cual, teniendo en cuenta que el Decreto N° 34-GCABA/16 funda tal potestad en una habilitación parlamentaria específica¹²⁰, significa tanto como otorgar al antedicho ente autárquico una competencia normativa extraordinaria incluso mayor que la atribuida constitucionalmente al propio Poder Ejecutivo¹²¹.

En efecto, de conformidad con el considerando cuarto de la citada resolución, el referido organismo sustenta su facultad en los poderes de “[e]stablecer y aprobar la estructura orgánico-funcional del Ente y asignar responsabilidades” y “[e]ntender en

¹¹⁷ Ello por cuanto, ni el Decreto N° 34-GCABA/16, ni la Resolución N° 225-ENTUR/17 derogan explícitamente los artículos 2° y 3° de la LPA.

¹¹⁸ Puesto que también ostentan estatus legal los Decretos de Necesidad y Urgencia que emite el Poder Central.

¹¹⁹ Nos referimos a la ley formal, es decir, a la norma jurídica adoptada por el Parlamento y promulgada por el órgano administrador, y no a la ley en sentido material que tiene jerarquía inferior a aquella.

¹²⁰ Enunciada en el considerando 3° del Decreto N° 34-GCABA/16 y efectuada por medio del artículo 6° de la Ley N° 5.460 de Ministerios del Gobierno local que dispone: “*En caso de ausencia transitoria por cualquier motivo, o vacancia; los Ministros son reemplazados en la forma que determine el Poder Ejecutivo*”.

¹²¹ En igual sentido, Cassagne, Juan Carlos, “*La participación pública en el control de los servicios públicos*”, en la obra colectiva “*Estudios de Derecho Administrativo II*”, Buenos Aires, 2000, Ed. Ciencias de la Administración, págs. 197/209.

todas las demás cuestiones atinentes al cumplimiento de la presente ley”, conferidos a su Presidente en los incisos d) y p) del artículo 11 de la ley invocada en el párrafo precedente, respectivamente.

Pero tal inferencia, a nuestro juicio, presenta los siguientes inconvenientes: (i) El hecho de que la producción de un acto administrativo como el analizado no requiera de los conocimientos técnicos especializados del ente local representa una posible vulneración de a la teoría de la especialidad, bajo el prisma de la cual deben ser delimitadas todas las competencias implícitas; (ii) que el titular del órgano ejecutor se haya investido por el constituyente de potestades similares a las precitadas (art. 104, incs. 9° y 32°, de la Carta Magna de la CABA) y sin embargo, como dijimos, no derivó su facultad para dictar el Decreto N° 34-GCABA/16 de tal precepto, estimando necesaria para ello la antedicha autorización legal; (iii) de la “potestad autoorganizativa” de la Administración es razonable esperar el uso de técnicas relativas a la estructura estatal estática tales como la centralización, la descentralización, la concentración y la desconcentración, pero no el establecimiento de sistemas como éste que, por su esencia transitoria, tienen más que ver con la dinámica del Estado que con aquellas; y (iv) que el mecanismo implementado corresponde más a un tema procedimental que organizatorio y, al decir de la Dra. Laura Monti, “(...) *el legislador le dice a la Administración: Organízate como quieras puesto que, en definitiva; habrás de actuar como quiera (procedimiento)* (...)”¹²².

Respecto de este último punto, cabe señalar que, aún aceptándose que la implementación de éste régimen provenga de la ejecución de una técnica organizacional, corresponde sostener lo afirmado en el acápite subsiguiente. Ello por cuanto, sobre tal ejercicio pesa la obligación de la Administración Pública –en tanto “organización servicial de la comunidad”- de justificarlo en orden a la efectiva satisfacción de las necesidades colectivas bajo los principios de eficacia y eficiencia, que se aplican tanto a la actividad administrativa como a su estructuración organizativa¹²³. Tarea ésta específicamente política que no surge del texto de la resolución en crisis.

¹²² Monti, Laura M. Ob. Cit.

¹²³ La eficiencia en la gestión pública fue receptada tanto por la Constitución Nacional en su Preámbulo al promover el “*bienestar general*” y en su artículo 75, inciso 16, que encomienda al Congreso “*proveer lo conducente a la prosperidad del país*”, como en el Preámbulo de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que dispone “*impulsar la prosperidad de sus habitantes*”.

En definitiva, hay que cuidarse de que, en pos de conceder un más amplio poder para hacer norma (*the power to make rules* en el derecho anglosajón) al ENTUR, éste no termine legislando en asuntos de la competencia exclusiva del órgano legislativo, ya que, en tal caso, estaríamos reconociendo una nueva especie de parlamento no contemplado en la constitución¹²⁴. Máxime en supuestos como el estudiado, en los cuales del ejercicio de esa actividad normativa, surgen nuevas formas de actuación concreta para la organización¹²⁵, como son estos encargos de firma, a los que denominaremos “impropios” porque quien designa el reemplazante es la máxima autoridad del organismo y no el propio agente encomendante.

3.2.4.2. Sistema de reemplazos del ENTUR. Cuestionamientos.

Asimismo, es necesario indicar que, si bien es cierto que el legislador a dotado al ENTUR de cierta potestad discrecional mediante una clausula general de apoderamiento¹²⁶ (art. 3º, inc. u, de la Ley N° 2.627¹²⁷), no es menos cierto que el ejercicio de dicho poder no es (ni podría ser) absoluto e ilimitado, sino que está ordenado a un fin específico, como reza la propia norma, y sometido a la verificación de su legitimidad. Valor este último compuesto por la legalidad y la razonabilidad y que categoriza a todos los actos del Estado, los cuales gozan de su presunción siempre y cuando estén debidamente fundados, no bastando para ello la sola invocación de competencias privativas de la Administración, dado que (aún aceptándolas) no cabe admitir que ellas sean ejecutadas en forma contraria a la ley¹²⁸.

En tal sentido y siendo que, como ha expresado la Procuración del Tesoro de la Nación, una decisión administrativa es irrazonable cuando falla en su fundamentación, o no guarda una proporción adecuada entre los medios empleados y el fin de las normas que se aplican¹²⁹, corresponde poner de relieve que, si bien la Resolución N° 225-

¹²⁴ En sentido similar, Cassagne, Juan Carlos, ob. cit.

¹²⁵ En sentido concordante, García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomas Ramón, ob. cit., pág. 437.

¹²⁶ Terminología adoptada de la ya citada obra de García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomas Ramón (pág. 439 y ss). Por su parte, el Dr. Julio Rodolfo Comadira se refiere a este modo particular de atribución de funciones como “apoderamiento expresamente implícito” (Comadira, Julio Rodolfo, “La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial”, ED, 186:603).

¹²⁷ El artículo 3º *in fine* de Ley N° 2.627 prevé, entre las facultades del ente, la de “[e]fectuar todo acto que sea necesario para el mejor cumplimiento de sus funciones y de los fines de esta ley, su reglamentación y disposiciones complementarias”.

¹²⁸ CNACAF, Sala IV, “Santoro”, del 11 de agosto de 1992.

¹²⁹ PTN, Dictámenes: 217;115.

ENTUR/17 expresa con claridad que la razón por la cual se adopta la medida es “(...) *el desplazamiento de las autoridades superiores del organismo en forma usual y permanente*” (considerando sexto), no se procedió a explicitar de la misma manera su razonabilidad, esto es, la adecuada proporcionalidad que debe mediar entre los medios utilizados y la finalidad perseguida. Sobre todo teniendo en cuenta que, como se mencionó *ut supra*, la LPA ofrece instrumentos aptos para la atención de situaciones de hecho como la precitada (por ejemplo: La delegación administrativa por excelencia y la de firma).

Todo lo cual, configura un acto que no cumple acabadamente con “el principio de claridad” del mismo, que exige su adecuada y suficiente motivación a los fines de su perfeccionamiento, vulnerado de esta manera lo dispuesto en el artículo 7º, inc. e), del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1.510/97 (texto consolidado por Ley N° 5.666), que establece que todo acto administrativo –como la Resolución N° 225-ENTUR/17- debe ser motivado “*expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto*”.

Lo precedentemente afirmado cobra mayor relevancia aún si se advierte que, como destaca la jurisprudencia, “*mientras mayor sea la potestad atribuida a una autoridad, mayor debe ser el celo de ésta por demostrar que en el ejercicio de su poder legal obró correctamente y que el acto emitido se adecua a los respectivos antecedentes de hecho y de derecho (...)*”¹³⁰.

El ENTUR no puede, pues, hacer siempre todo aquello que sea necesario, como podría desprenderse de la letra de su norma de creación (art. 3º de la Ley N° 2.627, última parte), porque no todo lo necesario o conveniente es legítimo¹³¹.

3.2.4.3. Violación de uno de los principios más relevantes de la organización administrativa: La jerarquía. Posible producción de actos nulos de nulidad absoluta por hallarse afectados por el vicio de incompetencia en la materia.

Por su parte, con relación a la Resolución N° 225-ENTUR/17 y desde un faz práctica, cabe puntualizar que, con excepción del caso de la Presidencia (el cual, en los hechos,

¹³⁰ Suprema Corte de Justicia de Mendoza (1984), “Aguilar” (J.A. 1985-I-601). Doctrina del voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci.

¹³¹ En igual sentido, Comadira, Julio Rodolfo, “Derecho Administrativo”, Lexis-Nexis, Abeledo Perrot, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2003, pág. 658.

operaría como una verdadera delegación administrativa interorgánica), de existir algún defecto o error en la instrumentación del resto de los reemplazos¹³², es posible que el/los acto/s administrativo/s emitido/s en su consecuencia sea/n portador/es de una invalidez absoluta, respecto de la cual –obviamente– no proceden las posibilidades de saneamiento previstas en el artículo 19º de la LPA.

Lo enunciado encuentra su fundamento en el hecho de que la atribución de funciones realizada por la Autoridad Superior del ente local a través de la Resolución N° 165-ENTUR/17¹³³ en uso de la facultad organizativa que tiene a su cargo (art. 11, inc. d, de la Ley N° 2.627), al efectuarse dentro de la propia entidad autárquica, hace a las relaciones interorgánicas y por lo tanto se ejerce de conformidad con el mencionado fenómeno de “la desconcentración” por el cual tal imputación es de carácter permanente y exclusivo.

Es por ello que, en función de dichos caracteres, consideramos inconveniente la atención de firma entre pares, toda vez que de la misma podrían derivarse actos administrativos afectados del vicio de incompetencia en razón de la materia. Una opinión en contrario, importaría tanto como desconocer la importancia que la división del trabajo y la especialización en la tarea tienen en la organización administrativa moderna debido a su gran complejidad. Además, el mencionado *modus operandi*, es decir, las encomiendas realizadas entre funcionarios de igual rango, al operarse en el marco de una vinculación interorgánica (como la que une a las diversas áreas de la entidad autárquica), vulnera uno de los principios fundamentales de la antedicha organización, cual es el respeto por la línea jerárquica¹³⁴.

En virtud de todo lo expuesto y considerando lo frecuente que es el dictado de tales actos en el ámbito del ENTUR¹³⁵, a punto tal que han llegado a sustituir casi por completo a los instrumentos delegatorios, volviendo virtualmente inexistente el instituto

¹³² Nos referimos a la chance de que los Directores Generales del ENTUR ejerzan la encomienda fuera de los parámetros precitados.

¹³³ Acto administrativo mediante el cual, como se dijo, se estableció la estructura orgánico-funcional del ENTUR.

¹³⁴ Conf. Comadira, Julio Rodolfo, “El Acto...”, cit., pág. 31; Cassagne, Juan Carlos, ob.cit., T. I, pág. 245; y Dromi, José Roberto, “Derecho Administrativo”, Buenos Aires, 1994, pág. 31. Para el Dr. Linares es necesario que haya jefes y subordinados para que la división del trabajo sea eficiente (Linares, Juan Francisco, “Derecho Administrativo”, Buenos Aires, 1986, pág. 221).

¹³⁵ Debido a los viajes de cabotaje e internacionales que realizan sus empleados en cumplimiento de las misiones del ente.

de la delegación en la mentada esfera; es de nuestro entendimiento que el riesgo involucrado en la implementación del régimen establecido a través de la Resolución N° 225-ENTUR/17 es serio y debe ser considerado por la alta dirección del organismo. Ello, a los fines de que, con la mayor premura posible, se disponga alguna de las medidas que a continuación se proponen para su tratamiento y mitigación.

3.2.5. Conclusión y recomendaciones.

A modo de colofón, podría decirse que lo actuado por el Gobierno Central en este aspecto coloca al ENTUR en una situación incómoda, ya que esta última -a diferencia de la primera, que fue empoderada legalmente- pretende auto-atribuirse la facultad de efectuar reemplazos analizada con basamento en su condición jurídica. Lo cual, si consideramos que el objetivo de la autarquía es desvincular a la organización de su dependencia del órgano ejecutor, más no de la potestad regulatoria del legislativo¹³⁶, parece un desacierto.

La diferencia observada en el comportamiento de ambas personas jurídicas estatales es trascendental puesto que, como afirman García de Enterría y Fernández, *“La Administración Pública no es representante de la comunidad, sino una organización puesta a su servicio, lo cual es en esencia distinto. Sus actos no valen por eso como propios de la comunidad –que es lo característico de la ley, lo que presta a ésta su superioridad e irresistibilidad- sino como propios de una organización dependiente y necesitada de justificarse, en cada caso, en el servicio de la comunidad a la que esta ordenada”*¹³⁷.

Por ello, ante la situación fáctica y jurídica descrita precedentemente y siendo que (i) un circunstancial damnificado podría atacar en sede administrativa tanto el acto de aplicación individual como el propio reglamento, a través de la vía impugnatoria o la reclamatoria, respectivamente, y –si se dan las condiciones¹³⁸- hasta incluso en el campo judicial, por medio de la acción expedita del amparo y sin necesidad de transitar el *íter* administrativo previo; y (ii) la eventual declaración de inconstitucionalidad de la Resolución N° 225-ENTUR/17 no sería susceptible de purga ulterior mediante

¹³⁶ Conf. Fallos, 322:842.

¹³⁷ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. “Curso de Derecho Administrativo”. T. I, Civitas. Madrid. 1998. 7ª edición, págs. 30 y 31 y T. II, pág. 18.

¹³⁸ A saber: Manifiesta ilegalidad o arbitrariedad.

ratificación parlamentaria, puesto que no depende de la gracia del cuerpo deliberante la observancia oportuna del ejercicio de funciones legislativas con base legal previa que le sirviera de fundamento por parte de algún órgano o ente administrativo¹³⁹, entendemos que el ENTUR cuenta con las siguientes alternativas:

- (i) Derogar el acto administrativo en crisis y solicitar habilitación expresa a la Legislatura Porteña, ya sea de manera directa a través de la modificación de la ley de creación del ente regulador, o de forma indirecta mediante la ampliación del alcance de la remisión legal operada por el artículo 6° de la Ley de Ministerios del GCABA a los organismos descentralizados, que derive en una sub-delegación intersubjetiva¹⁴⁰ de la potestad reglamentaria en cuestión; ó
- (ii) Prescindir de este régimen y aplicar de forma supletoria la LPA, ya que –aún cuando el encargo de firma no esté específicamente regulado en la misma- podría considerárselo incluido en el régimen legal allí establecido para la delegación administrativa. Ello, como ya fue dicho, no solo por aplicación del postulado por el cual “quien puede lo más puede lo menos” (delegación administrativa de cometidos y encomienda de firma, correspondientemente), sino también porque, a causa del parecido de ambas, habitualmente la doctrina ha tratado esta última como una especie de la primera.

IV. EPÍLOGO.

Entonces, de conformidad con lo expresado a lo largo de esta tesis, se puede concluir que:

- (i) Por un lado, el ENTUR estaría evidenciando deficiencias en el desempeño de su actividad, éstas se producen –en parte- por el influjo de su propia naturaleza jurídica. Tales como el problema en el desplazamiento de las facultades de sus agentes que derivó (por una, a nuestro criterio, incorrecta interpretación de las reglas que gobiernan la asignación de competencias) en el uso de una potestad reglamentaria amplificada, respecto de la cual es conveniente advertir, como señala el Dr. Gordillo, que “cuando la Administración quiere abusar de su poder, dicta normas generales

¹³⁹ CSJN, doctrina de Fallos, 322:1868.

¹⁴⁰ La llamamos sub-delegación intersubjetiva o interadministrativa porque operaría entre dos organismos con personalidad diferenciada (Poder Administrador y ENTUR).

que luego maliciosamente alega limitarse a cumplir, cuando ella misma los ha preparado y emitido”¹⁴¹; y

- (ii) Por el otro, si bien no es dudoso que mediante la creación del ente regulador se ha operado una verdadera descentralización del área de turismo, sí en cambio nos genera dudas que dicha centrifugación haya podido alcanzar el carácter de “autárquica”.

Ello, toda vez que, como es sabido, no toda descentralización lleva implícita la atribución de autarquía, pues esta constituye una especie del género que es aquella¹⁴². En efecto, no obstante haberse conceptualizado a la autarquía de manera simple en la doctrina como la atribución que tienen las personas públicas estatales de administrarse a sí mismas, pero de acuerdo a su norma de creación¹⁴³; es de nuestra inteligencia que dicha idea es en realidad compleja y requiere de ciertas condiciones para su plena vigencia y permanencia en una organización determinada, tales como la especialización técnica y la independencia funcional. Esto, claro, sin perjuicio de los restantes caracteres de la autarquía, que se encuentran ya descriptos en el punto 2.1. del presente trabajo.

Ahora bien, mal podría cualquier órgano estatal alcanzar tal elevado estándar si, aún cuando se le haya otorgado mayor flexibilidad para la adopción de medidas conducentes al logro de sus objetivos, la Autoridad Central continuase revisando sus decisiones ilimitadamente y designando o removiendo a sus funcionarios superiores en base a conveniencias políticas.

Por ello, más allá de (i) la loable finalidad de profundizar el proceso de descentralización del ENTUR que –al menos declarativamente- tuvo la Ley N° 4.685 y (ii) el dictado de la Resolución N° 165-ENTUR/17, por la cual el mencionado organismo erradicó la figura del Director Ejecutivo de su estructura orgánico-funcional, contribuyendo de alguna forma con aquella directriz; a fin de evitar los problemas detectados en la organización que desarrollamos precedentemente y de los cuales pueden derivar grandes costos para el erario público, sería necesario que (i) en lo sucesivo, la repartición en cuestión mantenga la máxima subordinación al marco

¹⁴¹ Uslenghi, Alejandro Juan, ob.cit., pág. 492.

¹⁴² Barra, Rodolfo, “Principios...”, cit., pág. 172 y ss.; y Gusman, Alfredo Silverio, ob. cit.

¹⁴³ Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho administrativo”, t. 1; y Gusman, Alfredo Silverio, ob. cit.

regulatorio vigente y (ii) la Ciudad de Buenos Aires, a través de los organismos competentes, adopte las medidas que propiciamos en este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA.

- Muratorio, Jorge Ignacio, “Centralización, Descentralización, Concentración y Desconcentración (Algunos aspectos del régimen jurídico de los entes descentralizados)”, Revista jurídica de la Universidad Austral.
- Albertsen, Jorge, “La delegación, la sustitución y la avocación en la legislación nacional”, Revista jurídica de la Universidad Austral.
- Tawil, Guido Santiago, “El procedimiento administrativo ante los entes reguladores”, en “Procedimiento Administrativo”, Ed. Ciencias de la Administración, Bs.As., 1998, pág. 253/269.
- Monti, Laura M., “La jerarquía y la competencia como principios de la organización administrativa”, Revista jurídica de la Universidad Austral.
- Sammartino, Patricio M. E., “El Principio de Competencia en el Estado Constitucional de Derecho Contemporáneo. Alcance y límites”, Revista jurídica de la Universidad Austral.
- Comadira, Julio Rodolfo y Canda, Fabián Omar. “Administración General del país y delegaciones administrativas en la reforma constitucional”, Revista jurídica de la Universidad Austral.
- Cassagne, Juan Carlos, “Los nuevos Entes Regulatorios”, Revista jurídica de la Universidad Austral.
- Ivanega, Miriam Mabel, “Los principios de la organización administrativa”, Revista jurídica de la Universidad Austral.
- Gusman, Alfredo Silverio, “Autarquía y descentralización”, T. 179, El Derecho.
- González Arzac, Rafael M., “La competencia de los órganos administrativos”, El Derecho.
- Cassagne, Juan Carlos, “El diseño de la potestad reglamentaria”, en Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2003.
- Comadira, Julio Rodolfo. “El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos”. La Ley. Buenos Aires. 2009.
- Bielsa, Rafael, “La Función Pública”, Ed. Depalma, Bs.As., 1960.
- García Trevijano Fos, José Antonio, “Tratado de Derecho Administrativo”, Madrid, 1971, t. II, Vol. I.
- Santiago, Alfonso, “Régimen constitucional de los reglamentos ejecutivos”, en Estudios de Derecho Administrativo, Vol. XIII: Fuentes del Derecho Administrativo, I.E.D.A., Lexis-Nexis, Bs.As., 2007.
- Comadira, Julio Rodolfo, “Derecho Administrativo”, Lexis-Nexis, Abeledo Perrot, 2ª edición actualizada y ampliada, Bs.As., 2003.
- García Pullés, Fernando, “Tratado de lo Contencioso Administrativo”, Ed. Hamurabbi, Bs.As., 2004.
- Barra, Rodolfo C. “Principios de Derecho Administrativo”, Bs.As., 1980.
- Coviello, Pedro José Jorge, “La causa y el objeto del acto administrativo”, Acto administrativo y Reglamento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP.
- Comadira, Julio Rodolfo, Derecho Administrativo, Acto Administrativo, Procedimiento Administrativo, otros estudios. Capítulo XI “Algunos aspectos de la licitación pública”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, segunda edición actualizada y ampliada.

- Cassagne, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, Buenos Aires, 1993, T. I y II, Lexis Nexis Abeledo Perrot.
- Dromi, José Roberto. “Derecho Administrativo”. Buenos Aires. 1994.
- Barra, Rodolfo, Tratado de Derecho Administrativo, Ed. Abaco, Bs.As., 2003.
- Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho administrativo”, t. 1.
- Uslenghi, Alejandro Juan, “Régimen Jurídico de la potestad reglamentaria”, en “Acto administrativo y reglamento”, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, págs. 487 y ss.
- Bielsa, Rafael, Estudio de Derecho Público, Buenos Aires, 1952, T. III.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomas Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, Civitas, Madrid, 2000.
- Comadira, Julio Rodolfo, “La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial”, ED, 186:600.
- Comadira, Julio Rodolfo, “La responsabilidad del Estado por las obligaciones de sus entes descentralizados (A propósito de un fallo sobre Ferrocarriles Argentinos)”, E.D., 145-380.
- Linares, Juan Francisco, “Derecho Administrativo”, Buenos Aires, 1986.

JURISPRUDENCIA CITADA

❖ **Judicial:**

Corte Suprema de Justicia de la Nación

- ✓ 30/07/91 “Gasparri y Cía. S. A.”, Fallos: 314:725.
- ✓ 25/10/79, “S.A. Duperial”, Fallos: 301:953.
- ✓ 12/06/80, “Austral Líneas Aéreas S.A.”, Fallos: 302:535.
- ✓ 28/06/77, “Cima, María Cristina”. Fallos: 298:172.
- ✓ 1995, “Czerniecki”, Fallos: 318:137.
- ✓ 1957, “Siri”, Fallos: 239:459.
- ✓ 1992, “Ekmekdjian”, Fallos: 315:1492.
- ✓ 1987, “Hotel Internacional Iguazú”, Fallos: 310:2653.
- ✓ 1927, “A.M. Delfino & Cía.”, Fallos: 148:432.

Suprema Corte de Justicia de Mendoza

- ✓ 16/05/84, “Aguilar, Jorge”, (voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci) J.A. 1985-I-607.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal

- ✓ 25/10/95, “Distribuidora de Gas del Centro S.A. c/ M° de Economía Y O.S.P. - Resol.1063/94- (ENERGAS 5/93, 16/93)”.
- ✓ Sala II, 30/05/06, “Bullo Daniel Emilio y otros c/ EN -M° Defensa- s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg”.
- ✓ Sala II, 16/02/80, “Pfizer S.A.C.I. c. Administración Nacional de Aduanas”.
- ✓ Sala III, 14/10/86, “Zaratiegui”.
- ✓ Sala IV, 11/08/92, “Santoro”.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

- ✓ Sala L, 20/2/89, “Soulignac, M. c. Municipalidad de Buenos Aires”.

❖ **Administrativa:**

Procuración del Tesoro de la Nación

- ✓ Dictámenes: 183-121.
- ✓ Dictámenes: 191-105, punto II.2.
- ✓ Dictámenes: 9-93.
- ✓ Dictámenes: 174-52.
- ✓ Dictámenes: 207-317.
- ✓ Dictámenes: 221-124.