

EL DERECHO PÚBLICO A COMIENZOS DEL SIGLO XXI

ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR
ALLAN R. BREWER CARÍAS

TOMO II

TERCERA PARTE: DERECHO ADMINISTRATIVO

Autores del presente volumen:

CARLOS EDUARDO ACEDO SUCRE	ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ
LUBÍN AGUIRRE	RICARDO HOYOS DUQUE
JOSE ARAUJO-JUÁREZ	FRANCISCO HUNG VAILLANT
ENRIQUE ARGULLO MURGADAS	J.A. JOLOWICZ
CATERINA BALASSO	FEDERICO E. LEAÑEZ A.
CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO	MARÍA ELENA LEÓN ÁLVAREZ
ALBERTO BAUMEISTER TOLEDO	AURILIVI LINARES MARTÍNEZ
ALBERTO B. BIANCHI	RAINER LORENZO
JESÚS CABALLERO ORTIZ	BLANCA LOZANO CUTANDA
JUAN PABLO CAJARVILLE PELUFFO	FRANCK MODERNE
CARLOS LUIS CARRILLO ARTILES	JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS
LUIS CORSI	DANIEL OQUENDO
RAFAEL J. CHAVERO GAZDIK	LUIS A. ORTIZ-ÁLVAREZ
JUAN DE STEFANO	JOSÉ RAMÓN PARADA
PIERRE DELVOLVÉ	ALFONSO PÉREZ MORENO
MARGARITA ESCUDERO LEÓN	MANUEL RODRÍGUEZ COSTA
TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ	LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
LUIS FRAGA PITTALUGA	ENRIQUE ROJAS FRANCO
FERNANDO GARRIDO FALLA	HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ
JUAN GARRIDO ROVIRA	FABIO ROVERSI MONACO
ALBERTO J. GIL IBÁÑEZ	JAIMÉ ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT	ONORATO SEPE
JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	JOSÉ GREGORIO SILVA BOCANEY
SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ	DANIEL FERNANDO SORIA
AGUSTÍN GORDILLO	JAIMÉ VIDAL PERDOMO

Coordinadores:

ALFREDO ARISMENDI A., JESÚS CABALLERO ORTIZ

Instituto de Derecho Público – Universidad Central de Venezuela



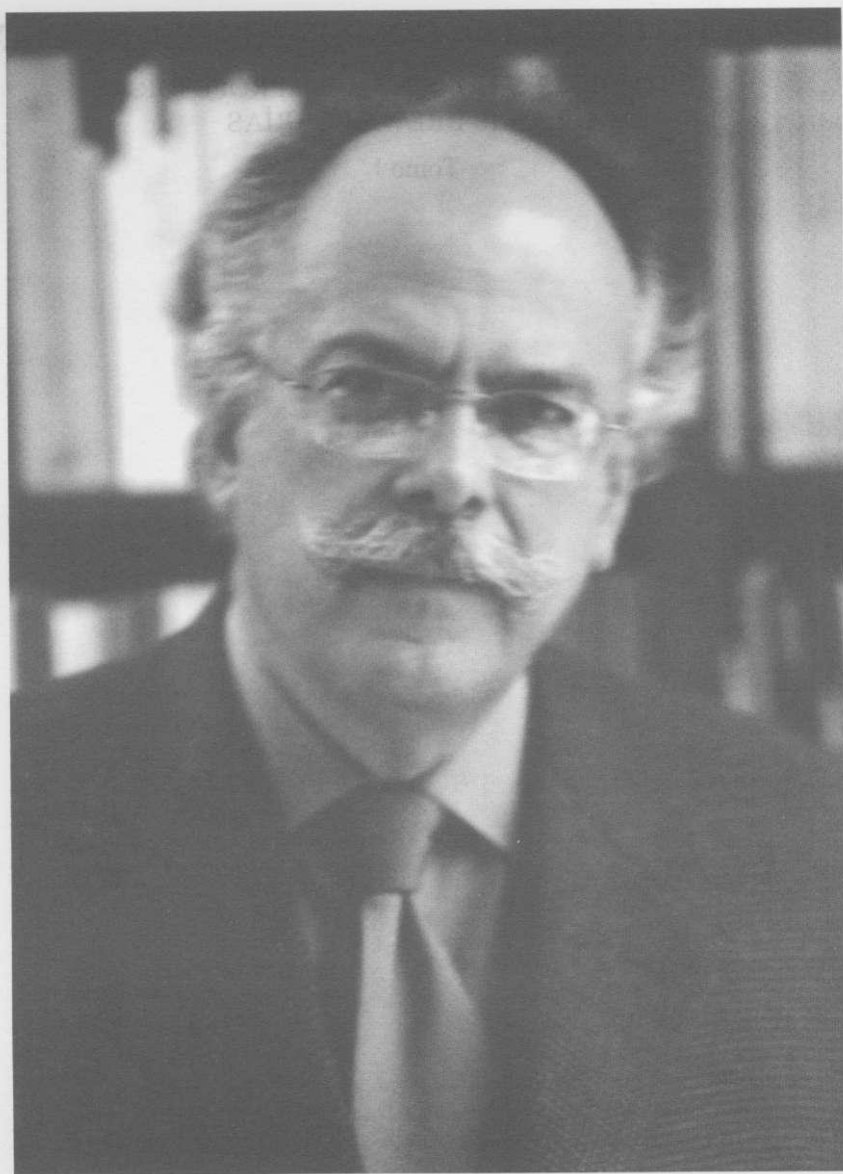
THOMSON
CIVITAS

EL DERECHO PÚBLICO A COMIENZOS DEL SIGLO XXI

ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR

ALLAN R. BREWER CARÍAS

Tomo II



Profesor *Allan R. Brewer Carías*

Instituto de Derecho Público – Universidad Central de Venezuela

EL DERECHO PÚBLICO A COMIENZOS DEL SIGLO XXI ESTUDIOS EN HOMENAJE AL PROFESOR ALLAN R. BREWER CARÍAS

TOMO II

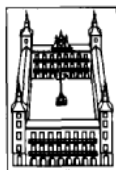
TERCERA PARTE: DERECHO ADMINISTRATIVO

Autores del presente volumen

CARLOS EDUARDO ACEDO SUCRE	ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ
LUBÍN AGUIRRE	RICARDO HOYOS DUQUE
JOSÉ ARAUJO-JUÁREZ	FRANCISCO HUNG VAILLANT
ENRIQUE ARGULLOL MURGADAS	J.A. JOLOWICZ
CATERINA BALASSO	FEDERICO E. LEAÑEZ A.
CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO	MARÍA ELENA LEÓN ÁLVAREZ
ALBERTO BAUMEISTER TOLEDO	AURILIVI LINARES MARTÍNEZ
ALBERTO B. BIANCHI	RAINER LORENZO
JESÚS CABALLERO ORTIZ	BLANCA LOZANO CUTANDA
JUAN PABLO CAJARVILLE PELUFFO	FRANCK MODERNE
CARLOS LUIS CARRILLO ARTILES	JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS
LUIS CORSI	DANIEL OQUENDO
RAFAEL J. CHAVERO GAZDIK	LUIS A. ORTIZ-ÁLVAREZ
JUAN DE STEFANO	JOSÉ RAMÓN PARADA
PIERRE DELVOLVÉ	ALFONSO PÉREZ MORENO
MARGARITA ESCUDERO LEÓN	MANUEL RODRÍGUEZ COSTA
TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ	LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
LUIS FRAGA PITTALUGA	ENRIQUE ROJAS FRANCO
FERNANDO GARRIDO FALLA	HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ
JUAN GARRIDO ROVIRA	FABIO ROVERSI MONACO
ALBERTO J. GIL IBÁÑEZ	JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT	ONORATO SEPE
JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	JOSÉ GREGORIO SILVA BOCANEY
SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ	DANIEL FERNANDO SORIA
AGUSTÍN GORDILLO	JAIME VIDAL PERDOMO

Coordinadores

ALFREDO ARISMENDI A., JESÚS CABALLERO ORTIZ



EDITORIAL CIVITAS, S.A.
MADRID, 2003

Primera edición, 2003

EL INSTITUTO DE DERECHO PÚBLICO Y LA CÁTEDRA DE DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA; LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID; EL CENTRO IBEROAMERICANO DE ESTUDIOS PROVINCIALES Y LOCALES (CIEPROL) DE LA UNIVERSIDAD DE LOS ANDES; LA FUNDACIÓN EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA; LA FUNDACIÓN DE DERECHO PÚBLICO; LA FUNDACIÓN DE ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO (FUNEDA); LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO (AVEDA); LA FUNDACIÓN INSTITUTO REGIONAL DE ESTUDIOS URBANOS (IREU) Y LA FUNDACIÓN ARQUITECTURA Y DISEÑO URBANO, han contribuido a la edición de esta obra.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Copyright © 2003, by Instituto de Derecho Público, UCV
Editorial Civitas, S.A
Bárbara de Braganza, 10.28004 Madrid (España)
ISBN: 84-470-2094-0 (Obra completa)
ISBN: 84-470-2092-4 (Tomo II)
Depósito legal: M-45.134-2003
Compuesto por Francis Gil y Mirna Pinto
Printed in Spain – Impreso en España
Por Closas-Orcoyen, S. L.
Paracuellos del Jarama (Madrid)

PLAN GENERAL
DE LA OBRA

PLAN GENERAL DE LA OBRA *

PROEMIO

ALFREDO ARISMENDI A.

PRESENTACIÓN

JESÚS CABALLERO ORTIZ

DISCURSO

EDUARDO ROCA ROCA

PRÓLOGO

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

DISCURSO

PEDRO NIKKEN

PREFACIO

LUCIANO PAREJO ALFONSO

APRECIACIÓN

WILBURG JIMÉNEZ CASTRO

TOMO I

PRIMERA PARTE

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

- § 1. CODIFICACIÓN, DESCODIFICACIÓN Y RECODIFICACIÓN
FERNANDO HINESTROSA
Rector de la Universidad Externado de Colombia
- § 2. LATIN AMERICA AND THE CIVIL LAW TRADITION
ROGELIO PÉREZ PERDOMO
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 3. EL FUNDAMENTO EPISTEMOLÓGICO DE LA IDEOLOGÍA
DEL DERECHO PÚBLICO
IGNACIO DE LEÓN
Ex Superintendente de Promoción y Protección de la Libre Competencia
de Venezuela

* Al final de cada tomo se incluye un índice detallado del mismo. El último tomo incluye el índice general de toda la obra.

SEGUNDA PARTE

DERECHO CONSTITUCIONAL

I. EL PODER CONSTITUYENTE Y LA CONSTITUCIÓN

- § 4. EL PODER CONSTITUYENTE COMO PRINCIPIO LEGITIMADOR DE LA CONSTITUCIÓN
LOLYMAR HERNÁNDEZ CAMARGO
Profesora de la Universidad Católica del Táchira, Venezuela
- § 5. PROCESO CONSTITUYENTE Y CONSTITUCIÓN DE 1811
IRENE LORETO GONZÁLEZ
Profesora de la Universidad Central de Venezuela
- § 6. FILOSOFÍA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY
AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ
Profesor de la Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Uruguay
- § 7. LA CONSTITUCIÓN: UNA NORMA ABIERTA
JORGE VÉLEZ GARCÍA
Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia
- § 8. SOBRE LA INVALIDEZ DE UNA CONSTITUCIÓN
CLAUDIA NIKKEN
Profesora de la Universidad Central de Venezuela
- § 9. INICIATIVA DE REFERENDO CONSTITUCIONAL
SANDRA MORELLI
Profesora de la Universidad Externado de Colombia

II. EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO

- § 10. LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA Y EL DERECHO COMUNITARIO
JORGE LUIS SUÁREZ
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 11. LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO COMUNITARIO Y SU SOPORTE CONSTITUCIONAL: LA EXPERIENCIA EUROPEA Y ANDINA
MARIANELA ZUBILLAGA
Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 12. LA CAUSA AUSTRIA, LAS SANCIONES DE LOS UE-14 CONTRA AUSTRIA
HEINZ SCHÄFFER
Profesor de las Universidades de Salzburgo, Austria

III. EL RÉGIMEN POLÍTICO

1. *Los tipos de gobierno democráticos*

- § 13. TÓPICOS SOBRE CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS DE GOBIERNO CONSTITUCIONALES DEMOCRÁTICOS
HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ
Profesor y Décano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Chile

2. *El régimen electoral*

- § 14. EL DESAFÍO PENDIENTE: ¿REFORMA POLÍTICA O CAMBIO ELECTORAL?
JORGE REINALDO VANOSSI
Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Argentina
- § 15. RÉGIMEN MEXICANO DE LAS NULIDADES EN MATERIA ELECTORAL
JESÚS OROZCO HENRÍQUEZ
Magistrado del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México
- § 16. DISEÑO INSTITUCIONAL Y EVALUACIÓN DE LOS SISTEMAS ELECTORALES
DIETER NOHLEN
Profesor de la Universidad de Heidelberg, Alemania

3. *La participación política*

- § 17. LA PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL EN EL PROCESO DE GESTIÓN PÚBLICA. RETOS Y DESAFÍOS
MANUEL FEO LA CRUZ
Profesor y Director del Centro de Estudios Políticos y Administrativos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo, Venezuela
- § 18. LA OBLIGACIÓN CIUDADANA DE PARTICIPAR EN LOS ASUNTOS PÚBLICOS, COMO EXPRESIÓN DE LA CULTURA DEMOCRÁTICA (UNA BREVE REFLEXIÓN)
YUSBY S. MÉNDEZ-APOLINAR
Investigadora de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Venezuela
- § 19. UNA INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL REFERENDO COMO MECANISMO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999
COSIMINA G. PELLEGRINO PACERA
Profesora de la Universidad Central de Venezuela
- § 20. EL ESTADO DEMOCRÁTICO PARTICIPATIVO Y EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA
MANRIQUE JIMÉNEZ MEZA
Profesor de la Universidad de Costa Rica
- § 21. LA PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO ARGENTINO
DANIEL ALBERTO SABSAY
Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Argentina

PLAN GENERAL DE LA OBRA

4. *La desobediencia civil*

- § 22. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL
COMO INSTRUMENTO DE LA DEMOCRACIA
MARIE PICARD DE ORSINI
Profesora de la Universidad de Carabobo, Venezuela
- § 23. EL ARTÍCULO 350 DE LA CONSTITUCIÓN: DERECHO DE
REBELIÓN, DERECHO RESISTENCIA O DERECHO A LA
DESOBEDIENCIA CIVIL?
ELOÍSA AVELLANEDA y LUIS SALAMANCA
Profesores de la Universidad Central de Venezuela

IV. LA FORMA DEL ESTADO

1. *El Federalismo*

- § 24. REFLEXIONES CRÍTICAS EN TORNO AL FEDERALISMO
EN AMÉRICA LATINA
FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO
Profesor de la Universidad Santiago de Compostela, España
- § 25. EL FEDERALISMO, UNA SALIDA AL CONFLICTO DE VIOLENCIA
COLOMBIANO
JORGE LONDOÑO
Vicerrector Académico de la Fundación Universitaria de Boyacá,
Colombia
- § 26. AUTONOMIE IN ITALIA ED IN ALTRE ESPERIENZE DELL
AMERICA LATINA
EDUARDO ROZO ACUÑA
Profesor de la Università degli Studi di Urbino, Italia
- § 27. SOBRE UNIFICACIÓN, DESCENTRALIZACIÓN Y
EUROPEIZACIÓN: RECIENTES DESARROLLOS DEL ESTADO
FEDERAL EN ALEMANIA
CHRISTIAN PIELOW
Profesor de la Universidad de Ruhr, Bochum, Alemania
- § 28. EL SISTEMA VENEZOLANO DE REPARTICIÓN DE
COMPETENCIAS
GUSTAVO LINARES BENZO
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

2. *El régimen local y municipal*

- § 29. LA AUTONOMÍA LOCAL Y SU CONFIGURACIÓN EN LA
CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999
JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO
Profesor de la Universidad Católica del Táchira, Venezuela
- § 30. EL PODER PÚBLICO MUNICIPAL EN EL ESTADO FEDERAL
DESCENTRALIZADO
ARGENIS URDANETA
Directivo de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional

PLAN GENERAL DE LA OBRA

- § 31. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL EN ESPAÑA: ARTICULACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS
ENRIQUE ORDUÑA REBOLLO
Secretario General de la Organización Iberoamericana Cooperación Intermunicipal (OICI), España
- § 32. EL FUTURO DEL RÉGIMEN LOCAL EN ESPAÑA
JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ
Profesor de la Universidad de la Coruña, España
- § 33. LUGARIZACIÓN, GLOBALIZACIÓN Y GESTIÓN LOCAL
FRANCISCO GONZÁLEZ CRUZ
Rector de la Universidad Valle del Momboy, Venezuela
- § 34. BREWER Y CARACAS
DOLORES AGUERREVERE VALERO
Profesora de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

V. LA SEPARACIÓN DE PODERES Y SISTEMA DE GOBIERNO

1. *El sistema presidencial de gobierno*

- § 35. EL SISTEMA PRESIDENCIAL Y LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999
DONATO LUPIDII
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 36. EL FORTALECIMIENTO DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999
ALFREDO ARISMENDI A.
Director del Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela
- § 37. LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA, LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y LA DOCTRINA JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA
RICARDO HARO
Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional
- § 38. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE EN EUROPE DU SUD
PIERRE BON
Directeur del'Institut d'Études Juridiques Ibériques et Ibérico-Américaines, Université de Pau et des Pays de l'Adour, Francia

2. *El poder judicial*

- § 39. EL PODER JUDICIAL Y LA CONSTITUCIÓN DE 1999 CON ESPECIAL REFERENCIA A SU RÉGIMEN TRANSITORIO
ASTRID HERNÁNDEZ ZAMBRANO
Profesora de la Universidad Central de Venezuela
- § 40. LOS CONSEJOS DE LA JUDICATURA: DESARROLLO INSTITUCIONAL Y CAMBIO CULTURAL
DIEGO VALADÉS
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

PLAN GENERAL DE LA OBRA

3. *El poder ciudadano*

- § 41. EL NUEVO PODER CIUDADANO
ROXANA ORIHUELA GONZATTI
Profesora de la Universidad Central de Venezuela
- § 42. EL PODER CIUDADANO Y EL PODER ELECTORAL EN LA
CONSTITUCIÓN DE 1999
MARÍA ALEJANDRA CORREA DE BAUMEISTER
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

VI. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *El control de la constitucionalidad*

- § 43. SOBRE LA SEPARACIÓN DE LO POLÍTICO Y LO
CONSTITUCIONAL
CLAUDE GOYARD
Profesor Emérito de las Facultades de Derecho de la
Universidad Panthéon-Assas París II, Francia
- § 44. EL SENTIDO Y ALCANCE DEL CONTROL DIFUSO DE LA
CONSTITUCIONALIDAD: ¿CONTROL ABSTRACTO O
CONTROL CONCRETO?
JOSÉ VICENTE HARO
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 45. LOS ORÍGENES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES
EN AMÉRICA LATINA
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO
Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, Perú
- § 46. LA JURISDICCIÓN NORMATIVA Y LOS ARTÍCULOS 335 Y 336
DE LA CONSTITUCIÓN
MARIO PESCI FELTRI MARTÍNEZ
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 47. EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y
SOCIALES DE CUBA 1940-1952
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, Perú
- § 48. EL REGLAMENTO PARLAMENTARIO COMO CANON DE
CONTROL EN LA ACCIÓN ABSTRACTA DE INCONSTITU-
CIONALIDAD
EDGAR CARPIO MARCOS
Asociación Peruana de Derecho Constitucional
- § 49. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA
NORMA IMPORTADA
NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS
Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Argentina

PLAN GENERAL DE LA OBRA

2. *El derecho de amparo*

- § 50. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN LOS PAÍSES DE IBEROAMÉRICA
ANTONIO CANOVA GONZÁLEZ
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 51. LA TEORÍA DE ALLAN R. BREWER CARÍAS SOBRE EL DERECHO DE AMPARO LATINOAMERICANO Y EL JUICIO DE AMPARO MEXICANO
HÉCTOR FIX ZAMUDIO
Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México
- § 52. LAS DISTORSIONES EN LA UTILIZACIÓN DEL AMPARO Y SU EFECTO EN LA VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO: ¿CABE EL AMPARO CONTRA OTRO AMPARO?
FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI
Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú
- § 53. APUNTES SOBRE EL RECURSO DE HÁBEAS DATA EN EL DERECHO COSTARRICENSE Y EN EL DERECHO COMPARADO
JORGE CÓRDOBA ORTEGA
Profesor de la Universidad de Costa Rica
- § 54. EL AMPARO CONSTITUCIONAL DESDE LA PERSPECTIVA CAUTELAR
VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello

VII. LA REFORMA DEL ESTADO

- § 55. LAS DIFICULTADES DE LA INNOVACIÓN GUBERNAMENTAL
ALEJANDRO CARRILLO CASTRO
Ex Presidente de la Comisión de Administración Pública, México

TOMO II

TERCERA PARTE

DERECHO ADMINISTRATIVO

I. PRINCIPIOS GENERALES

- § 56. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO OBSTÁCULO O COMO FACILITADOR EN UN CONTEXTO DE INNOVACIÓN Y COMPLEJIDAD
ALBERTO J. GIL IBÁÑEZ
Secretario de Estado, España

PLAN GENERAL DE LA OBRA

- § 57. UN SIGLO DE DERECHO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA
LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Ex Consejero de Estado de Colombia
- § 58. LA AMPLIACIÓN CUANTITATIVA DEL PRINCIPIO DE
LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999
CARLOS LUIS CARRILLO ARTILES
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 59. EL STATUS CONSTITUCIONAL DEL CIUDADANO Y LA
RELACIÓN JURÍDICO - ADMINISTRATIVA
ENRIQUE ARGULLOL MURGADAS
Profesor de la Universidad Pompeu Fabra, España
- § 60. LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES
LUBÍN AGUIRRE
Profesor de la Universidad de Carabobo, Venezuela

II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

- § 61. LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.
LA EFICACIA COMO DESIDERÁTUM DE LA GESTIÓN
PÚBLICA EN VENEZUELA
MARÍA ELENA LEÓN ÁLVAREZ
Profesora de la Universidad del Zulia, Venezuela
- § 62. LAS COMISIONES DE REGULACIÓN EN COLOMBIA
RICARDO HOYOS DUQUE
Consejero de Estado, Colombia
- § 63. TEORÍA DE LA NUEVA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA
NACIONAL EN COLOMBIA
JAIME VIDAL PERDOMO
Director de la Maestría de Derecho Administrativo de la
Universidad del Rosario, Bogotá
- § 64. LAS COMPETENCIAS SOBRE EL PATRIMONIO DOCUMENTAL
DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL
ALFONSO PÉREZ MORENO
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla, España
- § 65. COMENTARIOS A LA LEY SOBRE EL ESTATUTO DE LA
FUNCIÓN PÚBLICA
HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ
Profesora de la Universidad Central de Venezuela
- § 66. DERECHO DE ACCESO A LOS ARCHIVOS Y REGISTROS DE LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
MANUEL RODRÍGUEZ COSTA
Abogado de la Universidad Central de Venezuela

PLAN GENERAL DE LA OBRA

III. LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

- § 67. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN AMÉRICA LATINA
JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
Catedrático de Derecho Administrativo, España
- § 68. LES NOUVEAUX ASPECTS DE LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE NON CONTENTIEUSE EN FRANCE
PIERRE DELVOLVÉ
Profesor de la Universidad de París II, Francia
- § 69. LA PROHIBICIÓN DE LA REFORMA EN PERJUICIO (NON REFORMATIO IN PEIUS) EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE SEGUNDO GRADO
LUIS FRAGA PITTALUGA
Profesor de la Universidad Católica del Táchira, Venezuela
- § 70. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEY DE TIERRAS Y DESARROLLO AGRARIO
ALBERTO BAUMEISTER TOLEDO
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello
- § 71. EL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD DE LA ACCIÓN SANCIONADORA ADMINISTRATIVA Y LAS CONDICIONES NECESARIAS PARA GARANTIZAR SU EFECTIVIDAD
BLANCA LOZANO CUTANDA
Profesora de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, España
- § 72. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA
CATERINA BALASSO
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

IV. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

- § 73. EL PRINCIPIO DE EJECUTORIEDAD DE LAS PROVIDENCIAS ADMINISTRATIVAS DICTADAS POR LAS INSPECTORÍAS DEL TRABAJO Y LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO
JOSÉ GREGORIO SILVA BOCANEY
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Univesidad Santa María
- § 74. LA PROBLEMÁTICA DE LAS VALIDACIONES LEGISLATIVAS EN FRANCIA Y EN ESPAÑA: ESTUDIO COMPARATIVO
FRANCK MODERNE
Catedrático de Derecho Público de la Universidad París I, Francia
- § 75. LAS RENUNCIAS, LAS DISPENSAS Y LAS EXENCIONES
JUAN DE STEFANO
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

PLAN GENERAL DE LA OBRA

- § 76. CONSIDERACIONES SOBRE LA CADUCIDAD COMO MEDIO DE EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO
DANIEL FERNANDO SORIA
Profesor de la Universidad Católica Argentina y Universidad Austral

V. LOS CONTRATOS DEL ESTADO

- § 77. LA MUTABILIDAD DE LA FIGURA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO
RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT
Catedrático de Derecho Administrativo, España
- § 78. ¿DEBEN SUBSISTIR LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN UNA FUTURA LEGISLACIÓN?
JESÚS CABALLERO ORTIZ
Jefe de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela
- § 79. ALTERACIONES ECONÓMICAS Y OBLIGACIONES CONTRACTUALES: LAS CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
LUIS CORSI
Profesor de la Universidad Santa María y de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 80. LAS NEGOCIACIONES Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO: TRANSACCIONES, CONVENIOS, ARBITRAJE
SANTIAGO GONZÁLEZ VARAS IBÁÑEZ
Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de León, España
- § 81. SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE LA LICITACIÓN Y DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO
JUAN PABLO CAJARVILLE PELUFFO
Profesor de la Universidad de la República del Uruguay

VI. LOS SERVICIOS PÚBLICOS

- § 82. LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN ESPAÑA
JOSÉ RAMÓN PARADA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Nacional a Distancia, España
- § 83. SERVIÇO PÚBLICO E PODER DE POLÍCIA: CONCESSÃO E DELEGAÇÃO
CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO
Profesor de la Universidad de Sao Paulo, Brasil
- § 84. LOS SERVICIOS PÚBLICOS: VICISITUDES Y FUNDAMENTOS DE UN TEMA JURÍDICO INCONCLUSO E IMPRECISO
JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Profesor de la Universidad Externado de Colombia

PLAN GENERAL DE LA OBRA

- § 85. LUCI ED OMBRE DELLA LEGGE QUADRO 8 NOVEMBRE 2000,
N.328. IN ATTESA DELLA REALIZZAZIONE DEL SISTEMA
INTEGRATO DI INTERVENTI E SERVIZI SOCIALI.
LA NUOVA DISCIPLINA DEI SERVIZI SOCIALI IN ITALIA
ONORATO SEPE
Profesor de la Universidad de Roma, Italia
- § 86. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS ECONÓMICOS
DE INTERÉS GENERAL
JOSÉ ARAUJO-JUÁREZ
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 87. EL ENTE REGULADOR EN LA REFORMA DEL SECTOR
ELÉCTRICO VENEZOLANO
JUAN GARRIDO ROVIRA
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 88. RÉGIMEN AUTORIZATORIO DE LOS SERVICIOS PRESTADOS
CON TECNOLOGÍA VOIP EN VENEZUELA
DANIEL OQUENDO
Profesor de la Universidad Monte Ávila, Venezuela
- § 89. VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO
DE LAS TELECOMUNICACIONES
RAINER LORENZO
Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

VII. EL DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

- § 90. LA DENOMINADA “DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL
VELO” POR ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA
FRANCISCO HUNG VAILLANT
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 91. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE LAS
OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA EN
VENEZUELA
FEDERICO E. LEÁÑEZ A.
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 92. LA EMERGENCIA ECONÓMICA ARGENTINA: LA INCONSTI-
TUCIONALIDAD DE LA INDISPONIBILIDAD DE LOS
DEPÓSITOS FINANCIEROS Y BANCARIOS
ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ
Profesor de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina
- § 93. LE FONDAZIONI BANCARIE DERIVANTI DALLE CASSE DI
RISPARMIO NELL’ORDINAMENTO ITALIANO
FABIO ROVERSI MONACO
Rector de la Universidad de Bologna, Italia
- § 94. DECRETO CON FUERZA DE LEY DE EMPRESAS DE SEGUROS
Y REASEGUROS
CARLOS EDUARDO ACEDO SUCRE
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

VIII. EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

- § 95. LA ACTIVIDAD CONTROLADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN COSTA RICA
ENRIQUE ROJAS FRANCO
Profesor de la Universidad de Costa Rica
- § 96. LOS PODERES DEL JUEZ ADMINISTRATIVO. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y CONTROL INTEGRAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA
JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 97. EL PROCESO DE LESIVIDAD: ¿UNA VÍA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN MANOS DE LA ADMINISTRACIÓN?
AURILIVI LINARES MARTÍNEZ
Profesora de la Universidad Central de Venezuela
- § 98. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA BAJO LA LLAMADA DOCTRINA DE LA DEFERENCIA
ALBERTO B. BIANCHI
Profesor de la Universidad Austral, Argentina
- § 99. REFLEXIONES SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS QUE CONDENAN AL ESTADO VENEZOLANO AL PAGO DE SUMAS DE DINERO
MARGARITA ESCUDERO LEÓN
Profesora de la Universidad Central de Venezuela
- § 100. BASES ESENCIALES PARA UNA REFORMA RADICAL DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
RAFAEL J. CHAVERO GAZDIK
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello
- § 101. EL RECURSO CONTENCIOSO-ELECTORAL
TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ
Profesor de la Universidad Complutense de Madrid, España
- § 102. LAS RELACIONES ENTRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA
FERNANDO GARRIDO FALLA
Magistrado del Tribunal Constitucional, España
- § 103. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (UNA CONTRARREFORMA INCONSTITUCIONAL)
AGUSTÍN GORDILLO
Profesor de la Universidad Buenos Aires, Argentina
- § 104. EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÉS Y SU INCESANTE RENOVACIÓN
LUIS A. ORTIZ ÁLVAREZ
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello
- § 105. ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN ENGLISH LAW
J.A. JOLOWICZ
Profesor de la Universidad de Cambridge, Inglaterra

TOMO III

CUARTA PARTE

DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS

- I. LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS
- § 106. EL DEBER DE GARANTIZAR EL LIBRE Y PLENO EJERCICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS HASTA LAS FRONTERAS DEL PACTO DE SAN JOSÉ
PEDRO NIKKEN
Consejero Permanente del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, y Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- II. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
- § 107. ¿LA INCORPORACIÓN CONSTITUCIONAL DE UN SISTEMA DE DERECHOS ES UNA RESPUESTA IUSNATURALISTA O POSITIVISTA?
GERMÁN J. BIDART CAMPOS
Director Universitas S.R.L., Argentina
- § 108. NOTAS SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN VENEZUELA
JOSEFINA CALCAÑO DE TEMELTAS
Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Venezuela
- § 109. CONDICIONES PARA LA LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES
JESÚS MARÍA CASAL H.
Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 110. SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS: UN DESAFÍO AL DERECHO CONSTITUCIONAL
ROBERTO CUELLAR M.
Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos
- III. LOS DERECHOS INDIVIDUALES
1. *Los derechos de las personas*
- § 111. ARISTAS JURÍDICAS DEL GENOMA HUMANO
LUIS MOISSET y MARÍA DEL PILAR HIRUELA DE FERNÁNDEZ
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina
2. *Principios de igualdad*
- § 112. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD: SIGNIFICADO Y PROBLEMAS DE APLICABILIDAD
MIGUEL CARBONELL
Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México

PLAN GENERAL DE LA OBRA

3. *Libertad de expresión*

- § 113. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA DECLARACIÓN DE CHAPULTEPEC
ASDRÚBAL AGUIAR
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 114. LAS CONDICIONES DE LAS RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN
HÉCTOR FAÚNDEZ LEDESMA
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

4. *Acceso a la justicia y debido proceso*

- § 115. ESTADO DE DIREITO E DEVIDO PROCESSO LEGAL
LUCIA VALLE FIGUEIREDO
Professora Titular de Direito Administrativo da PUC, São Paulo, Brasil
- § 116. EL ACCESO A LA JUSTICIA VERSUS UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS
SALVADOR LEAL WILHELM
Profesor de la Universidad del Zulia, Venezuela
- § 117. EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE ACCEDER A LAS PRUEBAS Y DE DISPONER DEL TIEMPO Y DE LOS MEDIOS ADECUADOS PARA EJERCER LA DEFENSA
LEÓN HENRIQUE COTTIN
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 118. EL PRINCIPIO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS
ANA ELVIRA ARAUJO GARCÍA
Profesora de la Universidad Central de Venezuela
- § 119. LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA DE 1999
FLOR MARÍA ÁVILA HERNÁNDEZ
Profesora de la Universidad del Zulia, Venezuela
- § 120. LA DEFENSA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS Y DE LOS DE GRUPO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO EN EL DERECHO COLOMBIANO Y FRANCÉS
JUAN CARLOS HENAO
Profesor de la Universidad Externado de Colombia
- § 121. DEL ABUSO DEL PROCESO Y DE LA PRIORIDAD DE LOS DEBERES
MARIOLGA QUINTERO TIRADO
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

5. *La libertad de cultos*

- § 122. ESTADO Y LIBERTAD DE CULTO EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y VENEZUELA
HUMBERTO BRICEÑO LEÓN
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

PLAN GENERAL DE LA OBRA

IV. LOS DERECHOS SOCIALES

- § 123. SANCIONES APLICABLES A LOS ADOLESCENTES EN EL DERECHO PENAL JUVENIL VENEZOLANO
ASDRÚBAL GRILLET CORREA
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 124. LA VIGENCIA DEL DERECHO A LA SALUD
JESÚS OLLARVES IRAZÁBAL
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 125. EL DERECHO DE LOS EXTRANJEROS A LA SALUD Y A LA EDUCACIÓN
LUIS PAULINO MORA MORA
Presidente de la Sala Constitucional,
Corte Suprema de Justicia de Costa Rica
- § 126. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y CRITERIOS BÁSICOS DE LA LEGISLACIÓN DEL DEPORTE EN ESPAÑA
JOSÉ BERMEJO VERA
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza, España

V. LOS DERECHOS AMBIENTALES

- § 127. EL AMBIENTE EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA
FORTUNATO GONZÁLEZ CRUZ
Director del Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales,
Universidad de los Andes, Venezuela
- § 128. LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA DE 1999 Y LOS DENOMINADOS “DERECHOS AMBIENTALES”
GERMÁN ACEDO PAYAREZ
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 129. EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE Y LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
LUCIANO PAREJO ALFONSO
Vicerrector Académico de la Universidad Carlos III de Madrid, España
- § 130. EL CIUDADANO FRENTE A LA DEFENSA JURÍDICA DEL AMBIENTE EN VENEZUELA
ALBERTO BLANCO-URIBE QUINTERO
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 131. LA NECESIDAD DE UNA POLÍTICA, LEGISLACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DEL AGUA
DANTE CAPONERA
Asociación Internacional de Derecho de Aguas, Italia

VI. LOS DERECHOS ECONÓMICOS: PROPIEDAD

- § 132. DERECHOS DEL HOMBRE Y PROPIEDAD EN MÉXICO.
ESTUDIO COMPARATIVO Y PROPUESTA DE REFORMA
GERARDO PUERTAS GÓMEZ
Profesor de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey, México
- § 133. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL PATRIMONIO DE LOS
CIUDADANOS: EXPROPIACIÓN FORZOSA Y RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL DEL LEGISLADOR EN EL DERECHO COMPA-
RADO
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad Complutense de Madrid, España
- § 134. LA PROPIEDAD DE LOS YACIMIENTOS DE LOS
HIDROCARBUROS. EVOLUCIÓN HISTÓRICA
ISABEL BOSCÁN DE RUESTA
Asociación Venezolana de Derecho Administrativo
- § 135. BREVES NOTAS SOBRE DERECHO URBANÍSTICO
GIUSEPPE ROSITO ARBIA
Asociación Venezolana de Derecho Administrativo
- § 136. LAS INCONSTITUCIONALIDADES DEL RÉGIMEN JURÍDICO
DE LAS ZONAS DE SEGURIDAD DECRETADAS EN CARACAS
CARLOS M. AYALA CORAO
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

QUINTA PARTE

DERECHO TRIBUTARIO Y FINANCIERO

- § 137. EL PODER TRIBUTARIO Y LOS DERECHOS Y GARANTÍAS
CONSTITUCIONALES COMO LÍMITES A SU EJERCICIO
JUAN DOMINGO ALFONZO PARADISI
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 138. LOS TRATADOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES SOBRE
DERECHOS HUMANOS Y SU PREEMINENCIA EN EL DERECHO
INTERNO. LOS DERECHOS HUMANOS COMO LÍMITES EN LAS
POLÍTICAS DE LA RACIONALIZACIÓN DEL SISTEMA TRIBU-
TARIO
LEONARDO PALACIOS MÁRQUEZ
Profesor de la Universidad Central de Venezuela
- § 139. INCONSTITUCIONALIDAD DEL LLAMADO “IMPUESTO” AL
DÉBITO BANCARIO
JOSÉ MUCI-ABRAHAM
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

PLAN GENERAL DE LA OBRA

- § 140. LA NOCIÓN DE “DESVALORIZACIÓN POR INFLACIÓN” COMO ELEMENTO INTEGRADOR DE LA BASE DE CÁLCULO DEL IMPUESTO AL ACTIVO EMPRESARIAL
HUMBERTO ROMERO MUCI
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello
- § 141. ¿DISTRITO CAPITAL O DISTRITO METROPOLITANO?
MANUEL RACHADELL
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

SEXTA PARTE

VARIA

- § 142. LA CONCEPCIÓN GEOPOLÍTICA DE LAS MISIONES ORINOQUENSES Y SU ORDENAMIENTO POBLACIONAL
JOSÉ DEL REY FAJARDO
Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela
- § 143. DE LAS PRIMERAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN DEL PUEBLO VENEZOLANO A LA CREACIÓN DE LA PRIMERA REPÚBLICA
JACQUELINE LEJARZA A.
Profesora de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica del Táchira, Venezuela
- § 144. LA UNIVERSIDAD COMO ESPÍRITU DE UN PUEBLO
CARLOS A. CASANOVA
Profesor de la Universidad Simón Bolívar, Venezuela
- § 145. ÉTICA PÚBLICA Y CORRUPCIÓN
SONIA PICADO
Presidenta del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica

CURRICULUM VITAE
ALLAN R. BREWER-CARÍAS

TERCERA PARTE
DERECHO ADMINISTRATIVO

I. PRINCIPIOS GENERALES

§ 56. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO OBSTÁCULO O COMO FACILITADOR EN UN CONTEXTO DE INNOVACIÓN Y COMPLEJIDAD

*Alberto J. Gil Ibáñez*¹

Vocal Asesor en el Ministerio de Economía, España

I. CENTRANDO EL OBJETO DE ESTE ESTUDIO

Tradicionalmente, la Administración pública ha tratado, al menos en nuestro país, de hacer frente a las mayores presiones de eficacia, eficiencia y economía, trasladando fuera de la órbita del Derecho administrativo las parcelas de la actuación pública que se han mostrado susceptibles a dicho *movimiento*. Esta actuación ha escondido en ocasiones un cierto prejuicio ideológico, consistente en pensar que para ser más eficaces y eficientes y poder competir, en el fondo, con el sector privado había que ser como ellos, eliminando todas las posibles diferencias. Este fenómeno se ha dado, por ejemplo, en algunos procesos de privatización, aunque no sólo, ya que las fórmulas de *huída* del Derecho administrativo ha alcanzado niveles imaginativos a veces difícilmente emulables.

Lo que en este artículo vamos a analizar es de qué manera el *núcleo duro* administrativo, formado por los Ministerios (o Consejerías en el ámbito autonómico), y sus organismos autónomos, está todavía imposibilitado o no para competir con otras organizaciones de características similares (por ejemplo, en cuanto a tamaño y tipo de función), del sector privado. Las fronteras entre *lo público* y *lo privado* en sociedades complejas y en permanente cambio, son cada vez más difusas y la Administración pública encuentra cada vez menos excusas para rehuir posibles comparaciones y competencias, al menos en términos de eficacia o calidad, con otras organizaciones privadas de características similares. Es más, podríamos vaticinar que si la Administración no es capaz de competir eficazmente corre serios riesgos de desaparecer o, al menos, de toparse con crecientes dificultades para mantener un correcto desempeño de su función que sea percibido como legítimo y necesario por el ciudadano.

En este sentido, un elemento que caracteriza a la Administración pública, todavía en nuestro país, es la pervivencia, con todos los matices que se quiera, de un conjunto normativo peculiar y de gran tradición: el Derecho administrativo. Son muchos los autores que han señalado la evolución del concepto y ámbito del Derecho administrativo y, sin embargo, todavía pervive la percepción dentro y fuera de la Administración de que precisamente la existencia de ese Derecho peculiar se convierte en uno de los principales lastres y obstáculos para la necesaria adaptación de la Administración pública a los tiempos que vivimos.

1. Las opiniones vertidas en este artículo obviamente *corresponden* al autor y en modo alguno comprometen a la institución donde trabaja.

En las líneas que siguen trataremos de indagar cuál es la realidad que se oculta tras esos temores, y de qué manera se encuentra hoy en día el Derecho preparado para comunicarse y permitir una eficaz convivencia, dentro del ámbito que representa la Administración pública, con conceptos e instrumentos aparentemente tan dispares y distantes como las doctrinas de la Gestión Pública, las nuevas tendencias que implica la *Gobernanza* y los procesos de mejora de la calidad. De este análisis podremos deducir en qué situación se encuentra la Administración pública para competir, salvando la especificidad que representa su objeto, con otras organizaciones privadas.

II. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, DERECHO ADMINISTRATIVO Y GESTIÓN PÚBLICA: ALGUNAS OBSERVACIONES PREVIAS

1. Éxito y crisis del Derecho administrativo

Existen muchas definiciones del Derecho administrativo y de Administración pública, tanto en Derecho español como en Derecho comparado. Como punto de partida tomaremos un concepto amplio, entendiendo por Derecho administrativo el conjunto de normas que gobierna la organización, actividad y funcionamiento del sector público, así como las relaciones entre la Administración pública, sociedad y ciudadanos, y entre las distintas entidades públicas².

El siglo XX ha sido quizás el momento del mayor éxito del Derecho administrativo, sobre todo como consecuencia del modelo del Estado de bienestar, pero también probablemente el de una de sus mayores crisis.

En efecto, en especial durante la primera parte de la segunda mitad del siglo XX, paralelamente al florecimiento del Estado Welfare, tanto el ámbito como el volumen del Derecho administrativo aumentó de forma muy notable, hasta el punto de que incluso en los Estados Unidos, un país donde el estudio de la Administración tradicionalmente se había concentrado en los problemas de funcionamiento y organización y no tanto en las normas que producía, esta situación experimentaría un cambio de dirección³.

De hecho, en la actualidad, a pesar de algunas resistencias, la disciplina Derecho administrativo puede encontrarse en numerosas Universidades de los países llamados, de manera quizás un tanto simplista, del common-law, tal vez porque también es cada vez más globalmente aceptado que el Gobierno no puede ser considerado en todos los extremos igual a los ciudadanos ya que la función de aquél es la de *gobernar*⁴.

2. Para un resumen de las posiciones doctrinales respecto a la definición del Derecho administrativo, principalmente en nuestro país, ver ORTEGA, Luis, *La concepción subjetiva del Derecho administrativo tras la Constitución española de 1978*, ed. Bomarzo, Albacete 1989. Este autor se decanta por la siguiente definición más específica: "El Derecho administrativo, sería aquel sector del ordenamiento derivado caracterizado por sus técnicas de exorbitación del Derecho común en beneficio de aquellas personas jurídico públicas constituidas por las Administraciones públicas en cuanto están directamente llamadas por el ordenamiento constitucional a intervenir en la sociedad para servir con objetividad los intereses generales reclamados por los principios del Estado social y democrático de Derecho que preside la Constitución", p. 74.

3. En este sentido, V., ROSENBLUM, David, *Public Administration and Law*, ed. Marcel Dekker, Nueva York 1983.

4. Cf., FRIEDMANN, W., citado por HARLOW, Carol y RAWLINGS, R., *Law and Administration*, ed. Weidenfeld and Nicolson, Londres 1984, p. 17.

No obstante, también puede observarse que el Derecho administrativo entró al final del mismo siglo, en un proceso en el que puede correr el peligro de *morir de éxito*⁵. La primera amenaza en este sentido fue el incremento peligroso del déficit público que puso en cuestión la supervivencia del propio Estado de bienestar que había permitido su éxito precedente. Pero resultaría ingenuo pensar que ésta es la única o la más importante razón para considerar una crisis del Derecho administrativo. Entre otros factores importantes podemos plantear un (al menos) cuádruple proceso paralelo de privatización:

a) La privatización económica, de una sustancial parte del sector público económico que ha traído como consecuencia un paralelo incremento de un tipo de reglamentación administrativa, extraordinariamente compleja, de contenido económico, social y tecnológico, sacando al Derecho administrativo de su ámbito tradicional⁶.

b) La privatización de instrumentos jurídicos, que ha producido una importación en el sector público de formas e instrumentos provenientes del Derecho privado, tales como nuevos tipos de contratos, convenios, fundaciones, derecho negociado, etc...⁷ Incluso, podría afirmarse que el actual contexto en que se mueve *lo público* se hace difícil poder hablar ya de una nítida separación entre Derecho público y privado⁸.

c) La privatización de naturaleza *política*, consecuencia de una crisis de legitimación en la actuación del Estado en Europa y Estados Unidos, que tiene a superar o completar la democracia representativa, por medio, entre otros, de la fuerza que ejercen nuevas formas de organizaciones cooperativas (de las que las ONGs, serían sólo un limitado ejemplo), grupos de afectados (asociaciones de consumidores), asociaciones privadas detentadoras del conocimiento científico o tecnológico, etc..., presionando para crear fórmulas innovadoras de co-participación tanto en la toma de decisiones, elaboración de las normas (*Derecho negociado*) como en su ejecución. Todo esto conlleva una creciente complejidad a la hora de definir hoy en día qué debe entenderse por *interés público*.

d) La privatización de la gestión, actualmente, servicios de titularidad pública, se prestan o gestionan, con naturalidad, a través de empresas privadas, por ejemplo, en el terreno de la salud o de la prestación de servicios municipales (basuras, grúa, etc.).

No obstante, a pesar de este cuádruple proceso de privatización, o tal vez a causa de él, la regulación administrativa ha invadido amplias capas de la actuación social, “el Derecho está en todas partes”⁹, identificándose igualmente una proliferación de sujetos reguladores, algunos a caballo de lo público y lo privado (Comisiones Reguladoras de ciertos mercados, Quangos, etc). Todo ello, sin embargo, al coste de ganar en complejidad y convirtiendo la aplicación del Derecho en un desafío más difícil de superar.

5. Para un análisis más profundo de la crisis del Derecho administrativo, V., CHITI, Mario, “Monismo o Dualismo in Diritto Amministrativo: Vero o Falso Dilemma?”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico* n° 2, 2000, pp. 2301-320.

6. V., MORAN, Michael y PROSSER, Tony, *Privatization and Regulatory Change in Europe*, ed. Open University Press, Buckingham 1994.

7. Igualmente se han producido transferencias del Derecho administrativo al civil, V., sobre este tema, MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus Instituciones*, ed. Civitas, Madrid 1996.

8. V., en general, el interesante estudio de GONZÁLEZ-VARAS, Santiago, *El Derecho administrativo privado*, ed. Montecorvo, Madrid 1996. También del mismo autor, para una visión global del estado actual de la doctrina, V., “Derecho público y Derecho privado, (Reseña de publicaciones y doctrinas recientes sobre el tema”, *Cuadernos de Derecho Público* n° 8, septiembre-diciembre 1999.

9. SCHUCK, Peter, “The Limits of Law”, en SCHUCK, P., *The Limits of Law. Essays on Democratic Governance*, ed. Westview Press, Colorado 2000, p. 419.

Mientras que resulta relativamente fácil proponer nuevas normas y aprobarlas (sobre todo si son reglamentos, pero incluso si son leyes y se cuenta con una cómoda mayoría en el Parlamento), su aplicación y ejecución es a menudo mucho más costosa (tanto desde el punto de vista económico como social, tecnológico, administrativo o práctico), de lo que normalmente se pensó al hacerla.

Ante esta situación, la Administración pública, los gestores públicos, el Derecho administrativo y los juristas que lo construyen y lo aplican han tenido que reaccionar, a veces de manera inconsciente, cambiando o matizando muchos de los presupuestos que durante años han servido de base a su actuación. Este proceso de cambio es todavía mayor si tomamos Europa como punto de referencia.

2. La evolución del concepto de Administración pública: de la claridad de *lo público* a la imitación de *lo privado* para llegar a la complejidad de *lo público-privado*

El Derecho administrativo se relaciona implícita o explícitamente con un concepto determinado de Administración, y por ende de Estado y de gobierno, ya que estos conceptos aparecen en la opinión pública, y a veces históricamente, tan próximos que a menudo se corre el riesgo de confundirlos¹⁰. De hecho, podemos añadir que todas las instituciones (y el Derecho y la Administración no son excepciones) se desarrollan en un contexto histórico que con el tiempo cambia y es sustituido por otro, lo que fuerza a modificar también conceptos, métodos y conclusiones¹¹.

La Administración pública surge cuando el Estado necesita para gobernar un importante y creciente *aparato administrativo*, como ocurrió por ejemplo en la Francia de la segunda mitad del siglo XVII¹². No es casualidad, por tanto, que el Derecho administrativo tuviera originariamente un mayor éxito en aquellos países donde prevalecía el poder ejecutivo, la mayoría de la Europa continental, que en aquéllos donde se daba un predominio del Parlamento, como sucedía en el área anglosajona¹³. Por su parte, el siglo XX ha visto pasar al Estado de un concepto *liberal*, que suponía un ámbito limitado de actuación, a uno intervencionista, donde el Estado asumía directamente la provisión de determinados servicios considerados *públicos* y una participación importante en la economía como empresario, para volver en los últimos años del siglo a una concepción neo-liberal que, aunque todavía está a la búsqueda de una definición definitiva, presenta un carácter más o menos intermedio entre las dos anteriores figuras (por lo que tampoco sería un error llamarlo *neo-social*).

Sin embargo, contrariamente a las expectativas de algunos, el Estado neo-liberal no ha supuesto una disminución drástica del peso e importancia de la Administración

10. KÖNIG, Klaus, "Entrepreneurial Management or Executive Administration, The Perspective of Classical Public Administration" en KICKERT, Walter (coord.), *Public Management and Administrative Reform in Western Europe*, ed. Edward Elgar, Cheltenham 1997, pp. 213-232.

11. Sobre las dificultades de definir el concepto de Administración pública en Europa desde una perspectiva histórica, V. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1988, pp. 33-41. Este autor nos recuerda, citando a NIETZSCHE, que "lo que tiene historia no puede ser definido".

12. Respecto al análisis histórico de la situación en España, V., el excelente estudio de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Administración española*, ed. Alianza Editorial, 1964.

13. En este sentido, CASSESE, Sabino, "La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito", en CASSESE, S. (coord.), *Trattato di Diritto Amministrativo*, vol. I, ed. Giuffrè, Milán 2000, pp. 1-88.

pública, aunque sí un cambio en su función, áreas de actuación y métodos de trabajo. En una primera etapa, se produjo un periodo de imitación y hasta casi adulación a lo privado como sinónimo de calidad y eficiencia, concretado, por ejemplo en los procesos de privatización que hemos visto anteriormente. No obstante, a pesar de diversos procesos de tal naturaleza en marcha, el papel de la Administración en sus diversas formas y de la reglamentación administrativa, en particular, se ha extendido y profundizado en ámbitos precisamente cercanos al ciudadano: medio ambiente, protección de los consumidores, seguridad y salubridad de los productos..., y ha fortalecido su presencia y función en otros, tales como: planeamiento urbanístico, derecho de la competencia, etc...

Por otra parte, esta tendencia ha afectado profundamente a la estructura y métodos de trabajo con los que la Administración despliega sus funciones. Así, en la actualidad, podemos observar la proliferación de Agencias, entidades reguladoras independientes (sobre todo en áreas del llamado nuevo mercado, como es el caso de las telecomunicaciones), y una amplia variedad de fórmulas que permiten al sector privado participar directamente en la prestación de servicios considerados todavía públicos. Si el prof. M. Giannini ya identificó en su día un fenómeno del paso de Estado *monoclase* (propio de regímenes de sufragio censitario) a Estado *pluriclase* (cuando el cuerpo electoral cubre todas clases sociales) y los efectos que ese cambio tuvo para el Derecho administrativo, podríamos añadir aquí que se está produciendo también hoy un paso de la Administración *monorganizacional* a una *pluriorganizacional*, formada por organizaciones diversas y complejas, cuya coordinación dista de ser jerarquizada y que requiere por el contrario capacidades cada día más sofisticadas de Gestión pública¹⁴. Podríamos concluir que el futuro, que ya es presente, nos depara una Administración formada por una compleja red de estructuras en la que la pueden convivir entidades de naturaleza pública con otras de naturaleza privada o cuasi-privada. Profundizaremos en esta complejidad en las páginas siguientes.

3. La interrelación público-privado: la irrupción de la cultura managerial en lo público versus la responsabilidad público-social de las organizaciones privadas

A. Gestión pública y Derecho administrativo

Cuando las técnicas de Gestión pública comenzaron a aplicarse en los proyectos de reforma administrativa (técnicas que incluyen, entre otras, un mayor énfasis en una política eficaz de recursos humanos, la satisfacción del cliente, el binomio autonomía/responsabilidad, la utilización del Presupuesto de gastos como instrumento de gestión y los procesos de calidad), un importante grupo de juristas, por una parte, y de los defensores de dichas técnicas, por otra, reaccionaron defendiendo que el Derecho y la Gestión pública no se necesitaban, y que podían convivir sin encontrarse, arguyendo para ello que el Derecho no entraba en los problemas de gestión diaria presentes en las oficinas públicas y que las técnicas de Gestión no entrañaban problemas jurídicos ya que no implicaban ningún cambio en la situación jurídica del ciudadano ni comportaban nuevas competencias para la Administración.

14. GIANNINI, Massimo S., *Il Pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche* Ed. Il Mulino, Bologna 1986.

Sin embargo, lo cierto es que el Derecho no sólo fija las líneas principales de la organización, estructura de las entidades públicas, los derechos y deberes de sus empleados, directivos y altos cargos, sino que desarrolla importantes principios procedimentales que afectan directamente a cómo la Administración y sus funcionarios trabajan. Así, principios como el de *buena administración*, el de *proporcionalidad*, el *derecho de audiencia* y el *derecho de acceso a los documentos*, no sólo influyen la mentalidad y actitudes de los funcionarios sino que presiden las relaciones entre la Administración y sus *clientes*. No se podría hablar, por tanto, de valoración de resultados y eficiencia sin conocer o tener en cuenta estos principios.

Entonces, ¿si no pueden funcionar de forma paralela, tenemos que aceptar una imagen de conflicto? Se ha sostenido en ocasiones, incluso en el mundo anglosajón, que propuestas lanzadas desde el mundo de la Gestión como: otorgar una mayor autonomía de decisión a los gestores públicos, promover la iniciativa emprendedora de los directivos, y evaluar la responsabilidad de la Administración por rendimientos y resultados, iría contra la esencia del Derecho¹⁵.

De hecho, un grupo de autores y actores públicos han tomado partido por la descalificación, de forma clara o matizada, de las opciones representadas por *el otro*. Entre este grupo encontramos los que menosprecian la importancia del Derecho y la jurisprudencia para la actuación administrativa o simplemente la reconocen pero la consideran negativa¹⁶. En uno de los libros clásicos en el área de la Gestión pública, se da la siguiente opinión sobre las normas jurídicas: “...*whenever things go wrong, politicians respond with a blizzard of new rules. A business would fire the individuals responsible, but governments keep the offenders on and punish everyone else by wrapping them up in a red tape...we embrace our rules and red tape to prevent bad things from happening, of course. But those same rules prevent good things from happening*”¹⁷. Esta postura de que las normas constituyen una *fácil* respuesta en manos del poder ejecutivo que cierran la puerta a otras posibles opciones mejores, podría ser suscrita también por muchos politólogos, si bien se fundamenta en un concepto algo confuso de *normas jurídicas*.

Pero el ataque por parte de los juristas a las teorías y técnicas de Gestión pública no ha sido menos directo y firme, considerándolas pura y simplemente algo inútil, “muchas palabras para simplemente decir que los gestores públicos deben utilizar su sentido común”. Desde dichas posiciones muchas veces se ha esperado, cuando no deseado, el fracaso de cualquier intento de reformar la Administración que no tomase el Derecho y la jurisprudencia en serio. En otras palabras, del lado del *sistema* jurídico, se haría hincapié en la necesidad de someter toda acción administrativa al Estado de Derecho, a la Constitución y a las normas, mientras que del lado de la Gestión pública el énfasis se pondría en objetivos, resultados, eficiencia, calidad. No obstante, este conflicto no siempre aparece claramente justificado pues, aunque existe una desconfianza mutua respecto a recetas y propuestas entre ambos, ésta en ocasiones tiene un carácter más nominal que sustantivo ya que está basada fundamentalmente en el rechazo que provoca la utilización de ciertos términos. Entre los puntos de hostilidad podríamos destacar los siguientes:

15. Cf., MACLAUCHLAN, Wade, “Public Service Law and the New Public Management” en TAGGART, M. (cord.), *The Province of Administrative Law*, ed. Hart, Oxford 1997, pp. 118-133, p. 129.

16. Para un resumen de posturas negativas por parte de los teóricos de la Gestión Pública al Derecho, V., en francés: CAILLOSSE, Jacques, “Le manager dénégation et dramatisation du droit” *Revue Politiques et Management Public* n° 11/4, 1993, pp. 85-110.

17. OSBORNE, David, y GAEBLER, Ted, *Reinventing Government*, ed. Addison-Wesley, Massachusetts 1992, p. 111.

a) Los conceptos de *cliente* y *producto* siempre han tenido una difícil aceptación por parte del mundo del Derecho, que ha contrapuesto en ocasiones otros, aparentemente distintos, como *ciudadanos* (sujetos de derechos y obligaciones), *contribuyentes*, *usuarios* y *servicios públicos* (que deben prestarse de forma universal a un nivel de calidad equivalente). Sin embargo, existe unanimidad en dejar para el pasado conceptos como *administrado*, que lleva implícita una connotación pasiva y de sujeción jerarquizada.

b) Mientras el jurista está más interesado en articular la *responsabilidad patrimonial* de la Administración por acciones perjudiciales para un tercero, la Gestión pública se concentra más en la *rendición de cuentas* (traducción no siempre fácil del término inglés *accountability*) por los resultados de la acción administrativa en comparación con estándares y objetivos fijados de antemano, así como en la imputación de una actuación poco eficiente.

c) Mientras el Derecho se preocupa preferentemente de la lucha por la *equidad* y la *ética* de comportamientos, la Gestión pública se relaciona con asegurar la *calidad*, al consecución de *resultados*, y un buen *rendimiento*.

En cualquier caso, la cuestionada importación de técnicas de gestión privada al mundo de lo público aparece lo suficientemente matizada para que no deba entenderse como un peligro para nadie y menos para el Derecho administrativo. De hecho, como se ha destacado, hoy en día *lo managerial* se conoce como *Gestión pública* dándose de esta forma carta de naturaleza a su especificidad.

B. La olvidada responsabilidad social de las organizaciones privadas¹⁸

La especialización del trabajo, el desarrollo tecnológico, la vertiginosa expansión de los transportes y las comunicaciones, han contribuido sobremanera a completar el protagonismo de las Organizaciones como agentes de primer orden en la conformación del desarrollo capitalista.

El término Organizaciones aquí empleado bien podría ser sinónimo de Corporaciones: empresas o posibles agrupaciones de varias empresas derivadas de iniciales sociedades financieras, comerciales o industriales desarrolladas al amparo de las sociedades anónimas o sociedades por acciones a finales del siglo XIX y principios del XX.

En los últimos años, se ha defendido que la función de estas Corporaciones iría bastante más allá de la de un supuesto *agente ciego* privado, sino que más bien a través de su enorme capacidad para establecer políticas innovadoras contribuyen de forma directa a fijar las condiciones de funcionamiento del mercado¹⁹.

Por otra parte, no sólo las organizaciones públicas se han visto sometidas a la *invasión* de técnicas de gestión privadas, también las organizaciones privadas de entidad y tamaño importante se presentan como co-responsables de muchas políticas públicas, como por ejemplo, el medio ambiente, la seguridad social, la calidad del empleo, protección de consumidores, la formación ocupacional, etc... En todos estos sectores exis-

18. Agradezco sobre manera para este punto las reflexiones y comentarios aportados por CASAMAYOR, Serafín, uno de esos funcionarios enormemente valiosos que no se resignan ante los obstáculos administrativos y siguen dedicando sus mejores esfuerzos a reflexionar sobre posibles vías para su mejora y tratar de ponerlas en práctica.

19. LAZONIK, William, "Public and Corporate Governance: the Institutional Foundations of the Market Economy", *Economic Survey of Europe*, ed. Comisión Europea para Europa, Naciones Unidas. Nueva York y Ginebra 2001, n° 2.

ten normas aprobadas por las autoridades públicas, ineficaces, sin embargo, sin la asunción de su responsabilidad por parte de las empresas, incluso la propia OCDE, ha adoptado unas líneas directrices a este respecto (www.oecd.org/daf/investment). Como decía Peter Drücker, las organizaciones poseen una responsabilidad social que ejercitan: ayudan a desarrollarse a los individuos, crean una identidad de objetivos y también vertebran en cierta medida la sociedad. Dicho planteamiento, sin embargo, responde a una visión optimista del mercado: a largo plazo, en una sociedad con economía de mercado las variables reales como son empleo, renta y producción siempre crecen.

En cualquier caso, podemos concluir que tampoco en el mundo privado el criterio de racionalidad económica y el de eficiencia agotan todo el discurso ya que las empresas, en función de su tamaño, desarrollan actividades con potencial gran impacto sobre los ciudadanos y no sólo sus clientes directos (vecinos, niños, etc...), cuyos intereses deberán tener en cuenta y cuyas necesidades deberán prever en orden a adelantarse a sus posibles reclamaciones. Su *cliente* de esta manera se extiende también a los afectados *indirectos* de sus modos de producción; una vez más *lo público* y *lo privado* se interrelacionan y se fuerzan a aprender uno del otro y viceversa.

III. LA IMBRICACIÓN DE *LO PÚBLICO* Y *LO PRIVADO* A TRAVÉS DEL DERECHO

1. Los principios de buena gestión económica en la Administración pública

Como es de sobra conocido, las famosas tres *es* (economía, eficacia y la eficiencia) han servido de base conceptual a la Gestión pública durante años, y han sido también el fundamento de sus críticos que consideran estos principios “excesivamente simplificadores y de carácter economicista”, y que no abarcan la complejidad intrínseca del fenómeno *Administración*. Otro de los problemas que plantean esos principios es el de su definición, porque ¿qué significan realmente conceptos como *eficiente*, *eficaz*, *exitoso*, en el ámbito público? La Administración pública forma parte de una estructura política y social, pero ¿cuáles son los indicadores que miden la gestión, éxito y rendimiento de una sociedad? ¿La felicidad de sus ciudadanos (objetivo que aparece por ejemplo en la Constitución de los Estados Unidos)? ¿La seguridad de los consumidores? ¿La contribución del país a la paz mundial? ¿El número de delitos y personas en la cárcel? ¿El producto interior bruto? ¿El nivel de educación? ¿La tasa de desempleo? ¿El coste sanitario? ¿La justicia social? ¿El nivel de corrupción? ¿La calidad del medio ambiente? ¿El número de empresas con beneficios? ¿La creatividad de la población e instituciones? ¿El número de ONGs? ¿La solidaridad entre sus miembros? ¿El grado de participación política? ¿La participación real de los ciudadanos? ¿El número de personas que necesitan asistencia física y psicológica? ¿El número de suicidios por mil habitantes? ¿Todo junto?

Un profesor belga de Gestión pública ha definido de forma más neutral y científica *eficiencia* como la relación entre *inputs* y *outputs*, mientras que *eficacia* sería la relación entre los *outputs* y sus efectos²⁰. Cada definición que tomemos esconde, no obstante,

20. BOUCKAERT, Geert, “Governance between Legitimacy and Efficiency: Citizen Participation in the Belgian Fire Services” en KOOIMAN, J., (coord.), *Modern Governance. New Government-Society Interactions*, ed. SAGE, Londres 1993, pp.145-157, p. 146.

problemas profundos de tipo social así como potenciales valoraciones diversas de políticas públicas, además de influenciar y determinar el modelo teórico que podamos utilizar. Sin embargo, a los efectos que nos hemos planteado en este artículo, podemos partir de un concepto lo suficiente amplio y a la vez preciso para establecer comunicación con otras disciplinas. Para ello, utilizaremos como punto de referencia el famoso modelo de John Rawls, profesor de Harvard, que presentó en su libro *Theory of Justice*: una Administración eficaz y eficiente sería aquella que permanece siendo considerada como tal para cualquier observador situado en una posición original de ignorancia respecto al papel y función que le tocará desempeñar en el sistema social²¹. Aunque no deja de ser una propuesta conceptual tiene el valor potencial de servir de base de comparación objetiva para cualquier otra definición realizada dentro de cualquier otra rama del conocimiento.

2. La economía, eficacia y efectividad desde el punto de vista del Derecho

¿Qué se considera, en la actualidad, una Administración eficaz y eficiente desde un punto de vista jurídico? ¿Seguir todos los requisitos procedimentales establecidos por las normas para garantizar la equidad y objetividad de un proceso de contratación pública? ¿O seleccionar de manera rápida y diligente una conocida y reputada empresa dispuesta a hacer el trabajo a un precio razonable según mercado? Desde el mundo jurídico se ha presentado a veces a la eficacia como un objetivo ilusorio que tan sólo serviría para esconder un deseo permanente de escapar de los controles rígidos de gestión que implica en la actualidad todavía el Derecho público²². Así, podría colegirse que eficacia y legalidad se contraponen, al menos en ese sentido. Sin embargo, tampoco podemos perder de vista que los principios de economía, eficacia y efectividad, están hoy en día integrados en el ordenamiento jurídico e incluso son tenidos en cuenta por los jueces en algunas de sus sentencias.

No obstante, al ser traducidos al lenguaje jurídico, aparecen a veces bajo otras denominaciones o bien con un concepto algo distinto, como luego veremos.

El principio de eficacia viene reconocido por la Constitución española como directamente aplicable a la Administración pública (art. 103 CE), ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias²³ y aceptado por el propio Tribunal Supremo como criterio de interpretación, aunque en un ámbito limitado²⁴. Asimismo, ha quedado reconocido en dos de las más importantes leyes que afectan al funcionamiento de la Administración española: art. 3.2 a) de la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante LOFAGE), y art. 3.1. de la Ley 30/92 de 26 de noviembre (modificada por la Ley 4/99) sobre Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En otras palabras, hoy en día nadie duda de que cualquier actividad que deba o pueda desarrollar la Administración, de acuerdo a sus competencias y poderes, tenga que hacerlo con eficacia.

21. Cf., RAWLS, John, *Theory of Justice*, ed. Harvard University Press, Cambridge 1971; *The Law of Peoples*, ed. Harvard University Press, Cambridge 1999.

22. V., MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, *El Derecho civil en la génesis...*, op. cit., pp. 212 y ss.

23. V., por ejemplo, SSTC 22/1984, de 17 de febrero; 27/1987, de 27 de febrero; 178/1989 de 2 de noviembre.

24. V., por ejemplo, SSTs de: 30 de enero de 1991, RAZ 616; 20 de octubre de 1992, RAZ 8036.

De igual modo, tampoco existe ningún obstáculo para reconocer, desde un punto de vista legal, que el gasto público debe programarse y emplearse de acuerdo a los principios de economía y eficiencia, según reza el artículo 31.2 de nuestra Constitución dentro de la Sección segunda (*De los derechos y deberes de los ciudadanos*), Capítulo II, del Título I: *De los derechos y deberes fundamentales*. Paralelamente, desde el punto de vista procedimental, puede observarse que estos principios provenientes de la doctrina de Gestión pública y de contenido fundamentalmente económico en origen, aparecen hoy en día integrados en principios procedimentales, legalmente reconocidos y que los propios Tribunales tratan de aplicar. En este sentido, los principios de economía y eficacia quedarían traducidos como *de buena administración* y el de eficiencia en el de *proporcionalidad*, aunque es verdad que los Tribunales encuentran a menudo dificultades a la hora de interpretar estos principios. Finalmente, la propia LOFAGE, reconoce a la economía y a la eficiencia como principios, respectivamente, de organización y funcionamiento (art. 3).

Por tanto no existe a primera vista contradicción entre economía, eficacia, eficiencia, por una parte, y de Derecho, por otra. De hecho, sólo una acción que respetase el principio de legalidad puede considerarse eficaz, pues de otro modo, lo más probable es que fuera rechazada por los Tribunales, con las consecuencias que ello implica. La otra cara de la moneda es que, sólo una acción eficaz, que hace un adecuado uso de medios y gasto público, puede considerarse en realidad legítima. Con todo, es verdad que, como reconoce parte del doctrina jurídica, el Derecho se muestra insuficiente para asegurar la eficacia administrativa, para lo que, inevitablemente habrá que acudir a técnicas como la *Calidad Total*²⁵, técnicas que, podemos añadir, caen fuera del conocimiento y razonamiento habitual en los Tribunales de lo contencioso. Dicha situación, lo único que de muestra una vez más es la necesidad imperiosa de una comunicación fluida entre Gestión pública y Derecho²⁶.

3. Otros principios complementarios: hacia un compromiso

En el caso de la contratación pública de una empresa, ¿qué pasaría si se descubre que un directivo público que participaba en el proceso de selección tenía intereses económicos en la empresa finalmente elegida? ¿Podría una sociedad moderna apoyar a un gobierno que muestra gran eficacia en proveer transporte rápido y de alta calidad a zonas ricas y cercanas a los centros económicos del país, mientras deja a otras con medios antiguos y lentos y carreteras estrechas y en mal estado? En otras palabras, ¿son los principios clásicos de las tres *es* suficientes para la Administración pública? La respuesta es obviamente no.

La Administración no opera en el vacío sino que es parte de un contexto político-social, cuyas actuaciones afectan a más sujetos que sus eventuales clientes directos.

25. PAREJO, Luciano, "La eficacia administrativa y la calidad total de los servicios públicos" en SOSA WAGNER, F. (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*, vol. II, ed. Tirant lo blanch, Valencia 2000, pp. 1949-1989.

26. Que este diálogo entre eficacia y legalidad debe ser posible también ha sido defendido desde el mundo de la Gestión pública, V., SUBIRATS, Joan, "Poder, Organización y Evaluación de Eficacia en las Administraciones Públicas. Reglas de juego y palancas de cambio" en *Evaluación de la Eficacia en las Administraciones Públicas, Jornadas Técnicas*, X Aniversario del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, pp. 93-100.

Lo que algunos parecen ignorar es que esta insuficiencia es también aceptada sin rodeos por los propios teóricos de la Gestión pública²⁷. Así, Rodhes complementa dichos principios con la necesidad de tener en cuenta la conducta de los funcionarios, un código de ética y la cultura imperante²⁸. Carter, señalaba en los noventa el surgimiento de un énfasis hacia la calidad y le servicio al cliente²⁹. Les Metcalfe defiende la necesidad de hablar de *innovación*³⁰. March y Olsen sostienen que junto a economía y eficiencia, debe analizarse también *la capacidad de sobrevivir* y *la flexibilidad*, como valores claves para valorar y comparar diversas formas organizacionales³¹. La propia *calidad* de los servicios públicos se presenta como un complemento o superación de los principios de eficacia y eficiencia³².

Desde el mundo del Derecho, también se han propuesto listas alternativas o, cuando menos, complementarias. Otra terna podría resumir estas propuestas: ética pública, equidad e igualdad (o no discriminación). También diversas Instituciones han tratado de confeccionar listas más omnicomprendivas. Así, la LOFAGE (art. 3) contempla una larga lista: desconcentración, descentralización, simplificación, programación, racionalización, responsabilidad, etc... La Comisión europea, por su parte, en su Libro blanco de reforma administrativa, coordinado por el Comisario británico Neil Kinnock, subraya como principios-guía los de: eficiencia, vocación de servicio, responsabilidad (en el sentido de rendición de cuentas) y transparencia³³.

En resumen, las famosas tres *es* de la Gestión pública no son hoy en día ningún obstáculo para la comunicación con el Derecho, sino que, por el contrario, deben considerarse como valores que debe asumir cualquier acción administrativa. Se trata de hacerlos compatibles con otros principios, igualmente importantes para la Administración pública.

IV. LAS NUEVAS TENDENCIAS: LA GOBERNANZA Y EL DERECHO

1. En busca de una definición de Gobernanza

Hace ya bastantes años, John Stuart Mill consideraba, entre los criterios que debía reunir una buena forma de gobierno, el de contar con la “más pura y eficiente judicatura y la más ilustrada Administración”³⁴. En un periodo en el que la justicia no se muestra

27. V., también ELCOCK, Howard, “The Three E's: Necessary but not Sufficient Conditions for Good Government” *Public Policy and Administration* n° 56, 1989.

28. RHODES R.A.W., “Reinventing Whitehall 1979-1995” en KICKERT, Water (coord.), *Public Management and Administrative Reform in Western Europe*, ob.cit., pp. 41-57.

29. CARTER, N., “Learning to Measure Performance: The Use of Indicators in Organizations”, *Public Administration* n° 69, 1991, p. 91.

30. METCALFE, Les, “Public Management: From Imitation to Innovation” en KOOIMAN, J. (coord.), *Modern Governance. New Government-Society Interactions*, ed. SAGE, Londres 1993, pp. 173-189, p. 174.

31. MARCH, J.G. y OLSEN, J.P., *Rediscovering Institutions. The Organizational Basis of Politics*, ed. The Free Press, Nueva York 1989, p. 115.

32. BELTRÁN, Miguel, “El problema de la Calidad en los Servicios públicos”, en REQUENA, Antonio Trinidad (coord.), *Evaluación...*, ob. cit., pp. 33 y ss.

33. COM (2000) 200. Existe versión en español publicada por el INAP (Ministerio de Administraciones Públicas): “La Reforma de la Comisión. Libro Blanco. Abril de 2000”, Documento INAP n° 22, 2001, con Prólogo de GIL IBÁÑEZ, A.

34. MORALES LAMUÑO MILL, J.S., “Representative Government”, en MILL, J.S., *Utilitarianism Liberty Representative Government*, recopilado por ACTON, H.B., ed. Dent & Sons, Londres 1972, p. 196 (*la traducción es mía*).

eficaz, y en el que la Administración encuentra notables dificultades para reunir el conocimiento necesario para tomar las mejores decisiones, surgen las teorías de la *Gobernanza* como una posible ayuda.

Como todos los términos nuevos, una primera dificultad es la de encontrar una definición que pueda ser pacífica y universalmente aceptada. A ello se añade la difícil traducción a varios idiomas y el hecho de que se haya convertido en una especie de moda³⁵. Un autor británico, Rhodes, ha identificado hasta siete posibles puntos de vista desde los que se puede abordar la *Gobernanza* en relación con el estudio de la Administración pública (entre ellas, la corporativa, la Nueva Gestión pública, *el buen gobierno*, las organizaciones-redes...)³⁶. De hecho, el mismo término ha sido empleado también para referirse a todas las formas posibles de entender la construcción europea: supranacionalismo, funcionalismo, integración positiva y negativa, integracionismo, etc³⁷. Pero también diversos aspectos del propio ejercicio de poder en la Unión Europea, tales como: *gobernanza sin gobierno* o *buen gobierno/buena gobernanza* (reflejando en este caso la dimensión legitimadora de las formas de organización transnacionales)³⁸. En el documento de la Comisión europea titulado *Libro blanco sobre la gobernanza europea*, se la define como el conjunto de normas, procesos y comportamientos que afectan a la calidad del ejercicio de los poderes a nivel europeo, en particular, la responsabilidad, la legibilidad, la transparencia, la coherencia, la eficiencia y la eficacia³⁹.

Incluso, en los últimos tiempos ha surgido en ámbitos europeos el *método abierto* como un posible nuevo tipo de *gobernanza*⁴⁰.

No obstante, sin perjuicio de estas u otras definiciones de corte amplio, aquí tomaremos un concepto más restringido, que responde, a su sentido original y a cómo surgió. Así, su origen vendría de la presión de ciertos grupos representativos de intereses e individuos, poseedores de conocimiento técnico y capacidad de organización para participar en las decisiones públicas y en su ejecución. Dicha presión sería paralela al creciente recíproco interés que se produce por parte de la propia Administración para incorporarlos a su procedimiento decisorio con objeto de conseguir una mayor calidad y eficacia. En efecto, la *Gobernanza* hace especial referencia a la interrelación e interac-

35. En un interesante estudio llevado a cabo por los servicios de la Comisión europea, se analizaron las diversas traducciones del término *Governance* a las lenguas oficiales en la Unión Europea, aceptando la dificultad de la empresa y sugiriendo *Gobernanza* en castellano. V., página web de la Comisión, proyecto de Libro Blanco sobre *Governance*. Más tarde la propia Real Academia de la Lengua ha cerrado el debate optando, en noviembre del año 2000, por la acepción *Gobernanza*, aunque admitiendo el uso como sinónimo de *governabilidad*, abarcando también este nuevo significado (Cf. Departamento del Español al día, RAE). Hemos optado en este estudio por el término *Gobernanza* ya que por tratarse de un vocablo antiguo y de escaso uso no se confunde con otros significados, si bien para notar su novedad y por la cierta extrañeza que todavía provoca su uso lo mantendremos entrecomillado.

36. RHODES, R.A.W., "Governance and Public Administration" en PIERRE, Jon (coord.), *Debating Governance: Authority, Steering and Democracy*, ed. University Press, Oxford 2000, pp. 54-90.

37. V., en este sentido, por ejemplo: MARKS, G., SCHARPF, F., SCHMITTER, P., STREECK, W., *Governance in the European Union*, ed. SAGE, Londres 1996.

38. JOERGES, Christian, "The Law's Problems with the Governance of the European Market" en *Good Governance and Administration in Europe's Integrated Market*, ed. Academy of European Law, Florencia, (*pendiente de publicación*). V., también sobre la aplicación de este concepto a la Unión Europea: ORDOÑEZ SOLÍS, David, *La Gobernabilidad en Europa: de cómo repartir el poder y mejorar su ejercicio en la Unión Europea*, Entemu n° 12, 2000.

39. V., Libro Blanco sobre la gobernanza europea: profundizar en la democracia de la Unión Europea, COM, 2001, 428 final, consultable en la página web de la Comisión.

40. HODSON, Dermot y MAHER, Imelda, "The Open Method as a New Mode of Governance: The Case of Soft Economic Policy Co-ordination", *Journal of Common Market Studies*, vol. 39, n° 4, noviembre 2001.

ción entre gobierno y sociedad, actores públicos y privados. El prof. Schmitter la ha definido como un método o un mecanismo para “enfrentarse a un amplio abanico de problemas y/o conflictos en los que los actores implicados llegan regularmente a decisiones mutuamente satisfactorias y obligatorias negociando y reflexionando entre sí y cooperando en su proceso de aplicación”⁴¹.

Este concepto, no queda muy lejos, de la idea expresada por Tocqueville en su día, que el valor y eficacia de las Instituciones dependen siempre de las circunstancias, características y condiciones de la gente a las que se dirigen⁴².

Debe subrayarse, finalmente, que todo este proceso no es independiente de una tendencia creciente a considerar a la democracia formal (que se expresa a través de elecciones convocadas cada cierto período de tiempo) como insuficiente para responder las demandas de unas sociedades modernas y complejas, donde cada vez más amplias de ciudadanos organizados, con amplios conocimientos teóricos y técnicos, y con acceso a instrumentos muy sofisticados de información, reclaman su derecho a contribuir más eficaz y directamente. En esta línea de pensamiento, la legitimación democrática tiene que ser completada con la participación efectiva y directa de los afectados por las decisiones públicas (los llamados en inglés *stakeholders*), participación que podría tomar diversas formas.

No se trataría de sustituir a la democracia representativa sino de completarla, entablando algo parecido a un proceso de competencia de legitimidades, que debe producir un incremento de la democracia real y unas políticas públicas de mayor calidad. Como se ha señalado en un informe reciente, los Parlamentos no deben temer este proceso sino reaccionar para aprovechar la potencial riqueza que entraña⁴³. Por otra parte, si el Estado y la Administración pública no se abren a esta realidad y la integran para mejorar la calidad de sus políticas y el grado de voluntariedad en su aplicación, corren el peligro de ser devorados por aquella, como el movimiento anti-globalización, aún teniendo todavía de carácter marginal, está demostrando.

2. De la relación entre *Gobernanza* y Derecho: la participación de sujetos privados como *marca de presentación*

Durante mucho tiempo la participación de los ciudadanos se detuvo a las puertas de la Administración. Los titulares de la soberanía, y decisores con su voto de quiénes debían ser los miembros del Parlamento, eran llamados, sin embargo, *administrados*, mostrando con ello la imagen de sujetos pasivos de la acción de los poderes públicos⁴⁴. Sin embargo, la participación de los ciudadanos en los procedimientos administrativos no es nada nuevo en el campo del Derecho administrativo⁴⁵. La participación aparece regulada en diversos textos legales, incluidas algunas Constituciones nacionales (*cfr.* artículo

41. SCHMITTER, Philippe, “What is There to Legitimize in the European Union... And How might this be Accomplished?”, *Documento de trabajo, pendiente de publicación (la traducción es mía)*.

42. TOCQUEVILLE, Alexis, *De la démocratie en Amérique*, ed. Flammarion, París 1981, p. 1831.

43. *Libro verde preparado para la Conferencia de la Unión Europea de Presidentes de Parlamentos*, 9 de noviembre de 2000, documento AS/d, 2000, p. 3.

44. V., sobre la evolución de este concepto, DELPÉREE, Francis y MOLITOR, A., *Citoyén et administration*, ed. Bruylant, Bruselas 1985, pp. 21-25.

45. V., por ejemplo, en este sentido, GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, “Principes et modalités de la participation à la vie administrative” en DELPEREE, F., (coord.), *La participation directe des citoyens à la vie politique et administrative*, ed. Bruylant, Bruselas 1986, pp. 257 y ss.

268 de Constitución portuguesa, artículos 9 y 105 de la Constitución española, y artículo 3.2 de la Constitución italiana de 1947), y, en ocasiones, se conecta con el derecho procedimental *a ser oído* e incluso con el de tutela judicial efectiva.

Igualmente, en Estados Unidos, podemos destacar la Ley para la Regulación Negociada (Negotiated Rulemaking Act de 1990), que se diseñó para involucrar a las partes afectadas en las fases iniciales del proceso de toma de decisiones y de adopción de normas reglamentarias⁴⁶. Este proceso se está ampliando en cada vez un número más amplio de sectores, llegando a hablarse de la *co-reglamentación* o, en términos más generales, *co-legislación*, donde la responsabilidad de elaborar nuevas normas aparece compartida entre autoridades públicas y sector privado⁴⁷.

Hoy en día, las teorías de democracia deliberativa y participativa, no sólo forman parte de los movimientos surgidos entorno a la idea de *Gobernanza*, sino que son crecientemente aceptadas incluso por parte de la doctrina jurídica (especialmente, pero no sólo, la alemana). Así, se ha llegado a proponer al *procedimiento* como la forma jurídica donde pueden encontrar su acomodo nuevas demandas de participación⁴⁸. Como se ha señalado anteriormente, del mismo modo que el principio de transparencia ya ha encontrado, parcialmente al menos, su réplica *procedimental en el derecho al acceso a documentos públicos, el derecho a ser oído y la fase de información pública* darían una cobertura, al menos parcial, al objetivo de la participación. Igualmente, comienza a ser considerado que, en un contexto de cambio rápido y continuo, la legitimación de la actuación administrativa no puede agotarse en el respecto a la Ley, sino que debe ser combinada con los instrumentos legitimadores más concretos, tales como: la participación directa, la información y el apoyo de los destinatarios y afectados por dicha acción⁴⁹.

Sin embargo, no todo son parabienes desde el mundo político-jurídico hacia este proceso de *Gobernanza*, ya que ha sido criticada por privilegiar a ciertas elites y determinados grupos de presión, llamando la atención al posibilidad de que permita posibles abusos de poder y nuevas formas de corrupción⁵⁰, paralelamente a la potencial exclusión de los grupos más pobres y peor organizados. En cualquier caso, la *Gobernanza* se la juega, como cualquier nuevo proceso, en la tarea de demostrar una eficacia y utilidad para todos los actores, al menos un poco mayor que la situación a la que pretende sustituir⁵¹. Es en estos aspectos donde el Derecho puede encontrar su lugar, regulando dichos posibles excesos y desigualdades. En resumen, el Derecho siempre ha existido y no hay muchas dudas de que seguirá haciéndolo por muchos años, lo que cambia es su función, sus formas, así como su proceso de diseño y ejecución.

46. Sobre esta Ley, V., AMAN, Alfred, "Administrative Law for a New Century" en TAGGART, Michael (coord.), *The Province of Administrative Law*, ed. Hart, Oxford 1997, pp. 90-117, p. 106.

47. Por ejemplo, respecto a la sociedad de la información a nivel europeo, V., FENOULHET, Partimothy, "La co-régulation: une piste pour la régulation de la société de l'information?", *Revue du Marché commun et de l'UE* n° 452, 2001.

48. LADEUR, K. H., "Towards a Legal Theory of Supranationality. The Validity of the Network Concept" *European Law Journal* n° 3, 1997, p. 33.

49. PAREJO, Luciano, "Introducción: surgimiento, desarrollo, consolidación y situación del Derecho Administrativo" en PAREJO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A., ORTEGA, L., *Manual de Derecho Administrativo*, vol. I, ed. Ariel, Barcelona 1998, p. 16.

50. *Libro verde preparado para la Conferencia de la Unión Europea de Presidentes de Parlamentos*, ya citado, p. 3.

51. V., en este sentido, CRAM, Laura, "Governance 'to Go': Domestic Actors, Institutions and the Boundaries of the Possible", *Journal of Common Market Studies*, vol. 39, n° 4, 2001, p. 614.

Estos procesos aparecen hoy, de manera creciente, compartidos entre los reguladores y regulados, ya que el Estado no puede fabricar nuevas normas ni proceder a su aplicación sin tener en cuenta, los intereses, opiniones y conocimientos de sujetos privados.

Esta necesidad de dar voz a sujetos privados en el proceso de toma de decisiones públicas se constituye en una necesidad y en un elemento diferenciador y al mismo tiempo comunicador entre lo *público* y lo *privado*. Por un lado, pone a lo *público* en contacto con el mundo productivo, ciudadanos, organizaciones de consumidores, etc..., por otra parte lo singulariza y lo carga con nuevas obligaciones que a la larga, sin duda, harán su acción más eficaz, aunque a corto plazo su actuación se resiente y, necesariamente, se ralentiza. Y ello, porque la confianza del cliente o del ciudadano, la Administración no sólo la gana por la mayor calidad de sus servicios, sino también por la mayor legitimidad de sus decisiones.

V. EL DESAFÍO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. De obstáculo a facilitador y garante

Todo lo dicho hasta ahora nos demuestra que el Derecho administrativo y la Administración han cambiado y están cambiando, tal vez más de lo que normalmente parece, para adaptarse a la nueva realidad sobre la que operan. Esta situación no es nueva ya que el Derecho siempre ha tenido que responder a las demandas provenientes, primero del liberalismo, ofreciendo mayores garantías a los ciudadanos para la protección de su esfera particular, y después de la socialdemocracia, permitiendo una mayor intervención del Estado en la economía y en la prestación directa de servicios. El Derecho, por tanto, ha conseguido ofrecer a los distintos modelos sociales lo que se pedía de él, sin constituir por sí mismo un obstáculo al cambio, sino consiguiendo instrumentar dicho proceso en una forma jurídicamente correcta.

Sin embargo, como ha señalado el Profesor Parejo, el Derecho Administrativo correspondiente al Estado moderno todavía está pendiente de ser elaborado⁵², probablemente porque el propio Estado está pendiente de una definición clara, o más bien, de una redefinición que reubique sus límites y actores. Efectivamente, los procesos de globalización, la integración en estructuras supranacionales originales (UE), la dispersión del conocimiento y las nuevas tecnologías, entre otros sucesos, han producido un cambio profundo del contexto en el que estaba acostumbrado a actuar el Estado. Términos tales como: democracia plural y participativa, diversidad cultural, prevención de riesgos cambiantes, sistemas jurídicos que compiten entre sí, velocidad variable en la integración jurídica, etc..., empiezan a ser utilizados para tratar de definir lo que está pasando. Esta situación puede resumirse en tres ideas claves: *complejidad*, *cambio continuo* e *interdependencia*⁵³, las cuales suponen, de alguna manera, un importante ataque a la

52. PAREJO, Luciano, "Introducción: surgimiento, desarrollo, consolidación y situación del Derecho Administrativo" en PAREJO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A., ORTEGA, L., *Manual de Derecho Administrativo*, vol. I, ed. Ariel, Barcelona 1998, pp. 17 y ss.

53. No entraremos aquí, por exigir un estudio especializado, en el interesante desafío que representan también Internet y las nuevas tecnologías en general al modo tradicional de entender al Derecho.

forma tradicional de entender el Derecho administrativo y a su esencia⁵⁴. Por ejemplo, al tratar de enfrentarse a la creciente complejidad con fórmulas jurídicas pensadas para otras épocas, lo que ha conseguido el Derecho es absorber en sí mismo la complejidad que trataba de manejar, haciéndose difícil de compilar, casi incomprensible (aún para especialistas) y prácticamente imposible de aplicar.

Lo que se defiende aquí no es que la nueva situación deba enfrentarse dejando al Derecho de lado, sino que si éste quiere ser parte de la solución y no parte del problema debe abrirse e incorporar técnicas, ideas y procesos que están ya presentes en otras disciplinas.

2. El Derecho como instrumento generador de confianza hacia *lo público*

El problema de la confianza hacia las Instituciones públicas por parte de la ciudadanía es complejo y no puede sino ser analizado desde una variedad de puntos de vista. En el pasado la confianza estaba conectada, más que con la realidad cercana, con actitudes cercanas a una fe irracional, y con la creación de mitos alrededor del poder y las instituciones y personas que lo ejercían o representaban.

En tiempos más modernos, por el contrario, tanto las expectativas como las demandas de los ciudadanos han experimentado un notable incremento, siendo dichas expectativas un elemento a tener muy en cuenta cuando se analiza el modo en que la opinión pública percibe las Instituciones. Finalmente, como se ha señalado, la creciente desconfianza hacia el Gobierno, la Administración y la política, no es nada más, ni nada menos, que un reflejo de la desconfianza general existente dentro de la propia sociedad, entre los individuos que la componen⁵⁵. Aunque quizás haya influido, también, un papel cada vez más activo de los medios de comunicación, así como la forma en que seleccionan las noticias que se dan acerca de lo público en general y de la Administración en particular⁵⁶.

No obstante, y paradójicamente, puede señalarse que no ha habido otra época en la historia, con mayor número de controles, transparencia y protección de derechos y libertades públicas. Incluso, el rendimiento, celeridad, eficacia y resultados de la Administración pública han mejorado notablemente en las últimas décadas. Y justo en esa época y a pesar de ello, la desconfianza de la sociedad no ha hecho sino incrementarse.

En cualquier caso, una de las funciones del Derecho es precisamente hacer frente a esa falta de confianza que existe en la sociedad, por lo que él mismo se convierte también en una de las consecuencias de esa situación. Las personas, empresas, organizaciones, países, etc... que no confían entre sí, sólo aceptarán cooperar y trabajar con otros por medio de un sistema de reglas previamente negociadas o aceptadas, y cuyo cumplimiento puede ser de uno u otro modo forzado en caso de incumplimiento por una de

54. V., entre otros: LADEUR, Karl-Heinz, "Proceduralization and the Management of Complexity in Public Organizations: The Case of the European Environment Agency" en KREHER Alexander (coord.), *The EC Agencies between Community Institutions and Constituents*, ed. Instituto Universitario Europeo, Florencia 1998, pp. 143-163; SCHUCK, Peter, "The Limits of Law", *op. cit.*, pp. 419-479.

55. ORREN, Gary, "Fall from Grace: The Public's Loss of Faith in Government" en NYE, J., ZELIKOW, P. y KING, D. (coords.), *Why People don't Trust Government*, ed. Harvard U.P., Cambridge 1997, pp. 77-108.

56. V., NYE, J. y ZELIKOW, P., "Conclusion: Reflections, Conjectures, and Puzzles" en NYE, J., ZELIKOW, P., KING, D. (coords.), *Why People don't Trust Government*, *op. cit.*, pp. 253-281, p. 269.

las partes. Como se ha sostenido: “las jerarquías son necesarias porque no todo el mundo dentro de una comunidad determinada es digno de confianza para vivir tan sólo de acuerdo a normas morales tácitas”⁵⁷. Conviene que el mundo de la Gestión pública sea consciente de este hecho.

Sin embargo, la falta de confianza, si se mantiene a lo largo del tiempo o se profundiza, provoca conjuntos de normas cada vez más detalladas, intrincadas y complejas, lo que a la postre las hace ineficaces y las convierte en fuente de desconfianza hacia el propio sistema jurídico. Por ejemplo, en el caso de la Unión Europea puede decirse que la desconfianza está en la base de su estructura de funcionamiento y al mismo tiempo puede convertirse en su mayor problema para conseguir un funcionamiento eficaz: el Consejo desconfía de la Comisión (y por eso crea el modelo de Comités o Comitología), ésta hace lo propio con los Estados miembros (y por ello acude a las *quejas* de sujetos privados para vigilar el grado de cumplimiento del Derecho comunitario en su territorio, *cf.* procedimiento del art. 226 del Tratado CE) y éstos desconfían entre sí (lo que permite, entre otras cosas, que la Comisión incremente sus poderes de control)⁵⁸.

Por ello, una vez más, para que el Derecho sirva para aumentar el nivel de confianza hacia lo *público*, requiere prestar mucha atención a su calidad interna, a su precisión y a su grado de eficacia, en definitiva debe abrirse y comunicarse con otras disciplinas que le obliguen a no cerrarse en exceso sobre sí mismo, perdiendo el objetivo real que persigue.

VI. FINALMENTE ALGUNOS PUNTOS DE REFLEXIÓN: ¿HACIA UN NUEVO PARADIGMA DE LA ADMINISTRACIÓN Y SU DERECHO?

Un Administración cada vez más compleja y abierta necesita de un Derecho *facilitador* que no se convierta nunca en obstáculo para que aquélla pueda ser cada vez más eficaz y competir mejor en términos de calidad de sus servicios con otras entidades privadas. Veremos seguidamente algunas ideas y puntos de vista que tienden a demostrar que el Derecho en sí mismo puede y debe ser fuente de eficacia y modernidad:

1. Hacia una nueva concepción del Derecho administrativo: El Derecho como marco y como instrumento

Existen muchas concepciones del Derecho, pero la dificultad de la mayoría, a veces de enorme entidad, es que van dirigidas a que sean entendidas y valoradas fundamentalmente por juristas⁵⁹. Por ejemplo, en ocasiones el Derecho se presenta, de forma muy radical, como mera combinación de sentencias judiciales y normas jurídicas.

57. FUKUYAMA, F., *Trust: The Social Virtues and the Creation of Prosperity*, ed. Hamish Hamilton, Londres 1995, p. 25.

58. V., sobre este problema: GIL IBÁÑEZ, Alberto, *El control y la ejecución del Derecho Comunitario: el papel de las Administraciones nacionales y europea*, ed. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1998.

59. Conviene recordar los elementos que debe contemplar una definición del Derecho según ALEXY, Robert: legalidad conforme, eficacia social y corrección material, V., ALEXY, R., *El concepto y validez del Derecho*, ed. Gedisa, Barcelona 1994, p. 21.

Para que el Derecho no se convierta en obstáculo, lo primero que debemos acometer es presentar un modelo claro que pueda ser comprendido y utilizado por las disciplinas *no jurídicas* y sobre todo abierto a la comunicación con ellas; en otras palabras un nuevo paradigma integrador, comunicativo y multidisciplinar.

La relación entre el Derecho y otras disciplinas, como la Gestión pública y la *Gobernanza*, sería más fácil si distinguiéramos claramente entre *Derecho-marco e instrumento de intervención normativa*⁶⁰. Nadie duda que un Estado democrático necesita tener una Constitución, considerada como norma fundamental que *enmarca* la actuación de los poderes públicos y la relación entre estos y los ciudadanos. De hecho, el discurso jurídico ha sido definido como un discurso social central que “fija las reglas del juego esencial de una sociedad, se ofrece como la esencia de la cultura común y de un sistema de valores y resume en sí los grandes principios del orden social”⁶¹. Este *marco* refleja también la conexión entre Derecho y Política. En este sentido, podría decirse que, tanto en nuestro país como en otros, la Constitución no se agota en el texto que lleva ese nombre (en aquellos países que poseen un texto escrito), sino que también incluye otras Leyes importantes o claves, derivadas directamente de aquélla y que forman el *bloque constitucional* o la llamada *Constitución total*⁶². Dicho *bloque*, puede ser interpretado de forma más amplia, a los efectos que aquí interesa, incluyendo también, los principios jurídicos que dan cobertura y unidad al sistema y la jurisprudencia del Tribunal que los interpreta y aplica (Constitucional y, eventualmente, el Tribunal Supremo en ciertos países) que conforma y aclara la manera en qué debemos interpretar todo el conjunto.

En este nivel normativo, un importante valor es la estabilidad dado que aquí el Derecho representa, entre otras cosas, la manera de entender la democracia y también su mayor protector. Este Derecho-marco difiere del Derecho instrumental incluso en el tipo de lenguaje que utiliza. Así, en aquél encontramos numerosos juicios de valor, declaraciones emotivas (al menos en el Preámbulo), términos que intentan dibujar el común denominador de un país, tales como: principios, soberanía, nación, justicia, derechos humanos, libertad, pueblo, ciudadano, etc... En definitiva, constituye las reglas del juego, fuente y organización del propio *sistema*, como diferente del o de los *otros*, regulando también los posibles conflictos internos (dentro del sistema) y externos (con otros sistemas). En definitiva, ningún sujeto público o privado, material o intelectual (y la Gestión pública y la *Gobernanza* no son excepción) podría ignorar este *Derecho*.

En un segundo enfoque, el Derecho también puede entenderse como *instrumento*, con el que se actúa en el diseño de políticas públicas y en su aplicación, pero que convive con otras potenciales opciones de carácter *no-normativo*. En este nivel, el Derecho puede adoptar la *forma* de reglamento, pero también de Convenio, de contrato, de circu-

60. Aunque en una primera impresión pudiera parecerlo, esta definición difiere bastante, aunque no totalmente de la que ofrece ALEXY, distinguiendo entre Derecho como principios y como normas, entre mandatos de optimización y mandatos definitivos, V., ALEXY, R., *op. cit.*, pp. 159 y ss. Más cercana se encuentra nuestra propuesta de la distinción que realiza CONSTANTINESCO, L. J., con el fin de establecer una tipología de ordenamientos jurídicos, entre *elementos determinantes* y *elementos fungibles*, cf. *Introduction au droit comparé*, ed. LGDJ, París 1972, pp. 213-217. También recuerda, aunque sea vagamente, la distinción que el prof. GARCÍA DE ENTERRÍA hace entre principios estructuradores y normas jurídicas particulares, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho administrativo*, t 1, ed. Cívitas, Madrid 1993, pp. 60 y ss.

61. HENRY, Jean-Robert, “Le changement juridique dans le monde arabe ou le droit comme enjeu culturel”, *Droit et Societé* n° 15, 1990.

62. Aunque dicho concepto ha sido utilizado para referirse a las normas que distribuyen territorialmente el poder, puede sugerirse también una interpretación más amplia. V., sobre este concepto: RUBIO LLORENTE, Francisco, *La Forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, p. 113 y ss.

lar..., incluso de sentencia. Su función es más bien la de intervenir, transformar, controlar..., y sus valores más importantes los de flexibilidad y adaptación.

Estas dos formas de entender el Derecho están muy presentes en la actuación de la Administración, pero a veces se confunden, sobre todo cuando una persona que no es jurista analiza el peso e importancia de *lo jurídico* en el ámbito de lo público. El Derecho *enmarca* la actuación administrativa, pero al mismo tiempo la Administración puede utilizar diversos instrumentos, entre ellos algunos de naturaleza jurídica, para dar contenido a su acción. En este sentido, podríamos sostener que no sólo la Constitución, sino Leyes importantes (al menos, gran parte de ellas), como la LOFAGE y la Ley 30/92, y la jurisprudencia interpretativa clave, constituirían el marco que la Administración debe respetar, sus propias *reglas del juego*, pero fuera de ese ámbito, la Administración va adquiriendo día tras día una mayor capacidad (*de facto o de iure*) para elegir entre diversas opciones y medios para llevar a efecto sus políticas; aquí, el Derecho en muchas ocasiones figura como una posibilidad entre otras, que van adquiriendo (en unos países más que en otros) mayor relevancia.

Por tanto, aunque uno logre *escapar* del Derecho como instrumento, no puede dejar de caer bajo la órbita del Derecho como marco, que siempre debe ser respetado, como las reglas del juego o den funcionamiento del sistema. Existen, por otra parte, diversos niveles de Derecho-marco (el horizontal de carácter constitucional, el más concreto exigido por una organización o área concreta) y diversos contenidos de instrumentos. El problema se plantea, sobre todo para los no juristas, cuando el Derecho-marco excede de su ámbito natural, fijar las reglas del juego y la protección de los derechos de los ciudadanos afectados, y se dedica a establecer rigideces innecesarias en el sistema, limitando, por ejemplo en exceso, las opciones posibles del legislador, o en general del diseñador de políticas públicas, e imponiendo al Derecho como instrumento único de actuación, sin una justificación suficiente. Es en este momento cuando el Derecho se le presenta al no jurista como un obstáculo a la innovación o eficacia, pues lo invade todo y lo llena, al mismo tiempo, de conceptos y medidas, a menudo innecesarios o irreales, que provienen del propio mundo jurídico. Por tanto, el problema no es tanto acerca de la cantidad de normas que resultan necesarias o de si debe huirse o no del Derecho administrativo, como de diseñar un sistema que pueda valorar cuándo es más justo y eficaz utilizar instrumentos jurídicos y qué tipo de normas resulta la más apropiada.

Sin embargo, los criterios que determinan cuándo resulta apropiado utilizar normas jurídicas no pueden definirse en abstracto sino que requieren un estudio de las circunstancias concretas de cada caso o supuesto⁶³. Optar por una regulación jurídica de todo o parte de una política pública, dependerá de las características y contexto de los sectores y áreas, del grado de discrecionalidad con que se cuente, de la calidad de las normas, de sus posibles alternativas y del grado en que éstas hayan probado su eficacia con anterioridad.

Así, algunos programas sociales resultan más adecuados que otros para ser regulados jurídicamente, dependiendo, por ejemplo, del grado de consenso que exista en torno a la equidad y justicia de los criterios empleados para distribuir los recursos financieros entre los afectados.

Igualmente, las normas jurídicas pueden ser efectivas cuando afectan a casos suficientemente trabajados, no implican difíciles negociaciones con otras áreas y no entran en

63. Cf. JOWELL, Jeffrey L., *Law and Bureaucracy. Administrative Discretion and the Limits of Legal Action*, ed. Dunellen, Nueva York 1975.

conflicto con los incentivos naturales de los gestores públicos encargados de su aplicación⁶⁴.

Por otra parte, la necesidad de reglas jurídicas también está relacionada con la cultura predominante en un país. Así, Geert Hofstede ha sostenido que existen países donde sus gentes (políticos, funcionarios, empresarios, trabajadores...) han sido educados a vivir confortablemente en ambientes estructurados jurídicamente, mientras otros parecen sentir un cierto horror hacia las normas formales⁶⁵. Tal vez esta diferenciación sea un tanto simplista, pues también es cierto que las normas existen porque un determinado Parlamento así lo exige y porque las expectativas de la sociedad respecto a la Administración son muy elevadas desde el punto de vista moral (que sea justa, honesta, equitativa, ética, objetiva, no discriminatoria...). Sin embargo, una sociedad también demanda a la Administración que sea eficaz, que cueste lo menos posible y que actúe con prontitud, y existen otros medios, como hemos visto, para controlar que la Administración actúe *correctamente*.

En todo caso, tanto en Estados Unidos como en Europa, parece cada vez más ampliamente aceptado que antes de ponerse a redactar una nueva norma, debe comprobarse que: realmente es necesaria, no existe un medio menos restrictivo para llevar a cabo el mismo objetivo, y que se fundamenta en un análisis previo de los costes que va a entrañar y sus ventajas.

En este sentido pueden citarse los debates surgidos en Europa, en torno a la aplicación del los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y en Estados Unidos, alrededor de la aplicación de la Orden Ejecutiva de 1981⁶⁶.

2. El Derecho como instrumento

A. ¿Por qué una norma de calidad adecuada no resulta aplicada en la práctica? El problema de las capacidades administrativas

La *urgencia* u *oportunidad* del *marketing* político introducen a menudo una presión excesiva al aparato administrativo para que apruebe normas en tiempo record con objeto de, al menos en apariencia, poder presentar soluciones rápidas y a veces novedosas a problemas sociales o a demandas de sectores potencialmente sensibles o con capacidad para influenciar el curso político. No obstante, esas mismas prisas hacen que el proceso de redacción de la norma no pueda dar entrada a opiniones que pudieran ser relevantes o a una reflexión sosegada sobre las consecuencias prácticas de un texto u otro. Todo ello, hará en ocasiones que la norma no resuelva el problema que la motivó o incluso que produzca consecuencias no previstas y contraproducentes.

Igualmente, pueden diseñarse nuevos objetivos, nuevas políticas públicas, pero si no se crean nuevos medios y métodos, es muy probable que la Administración no consiga llevarlos a efecto. El problema no es siempre una cuestión de fines sino de con qué

64. WILSON, James, *Bureaucracy, What Government Agencies Do and Why They Do it*, ed. Basic Books, 1989, p. 336.

65. HOFSTEDÉ, Geert, *Cultures and Organizations. Software of the Mind*, ed. McGraw-Hill, Nueva York 1991, p. 121.

66. Cf., CHEVALLIER, Jacques, "La juridicisation des precepts manageriaux", *Revue Politiques et management public* n° 11/4, 1993, p. 140.

capacidades se cuenta para hacerlos realidad⁶⁷. Por supuesto, pueden existir otras razones que justifiquen o expliquen una deficiente aplicación de una norma que cuente con una *calidad* adecuada⁶⁸, pero una muy importante, donde de nuevo el Derecho se confronta con la Gestión pública, son los límites a ciertas capacidades de la Administración.

¿En qué sentido empleamos el término *capacidades*? Por capacidades administrativas entendemos: el conocimiento, los medios materiales y financieros, los recursos humanos adecuados en número y formación, unas estructuras organizativas eficaces, así como unas técnicas efectivas de gestión pública. Y es que tratar el problema de las *capacidades* como referidas tan sólo a medios materiales, personales y financieros supone un enfoque cuando menos incompleto. Más frecuentemente de lo que normalmente se piensa, un cambio en la gestión o en las técnicas de dirección de las políticas públicas puede ser mucho más eficaz que cualquier incremento cuantitativo de medios materiales y, lo que es tal vez más relevante, constituir la única o mejor solución para llevar a la práctica la aplicación de una norma o un conjunto de normas.

Sin embargo, el Derecho ha venido ignorando la limitada o falta de capacidad administrativa para aplicar y asegurar la ejecución de sus normas, probablemente por considerar dicho problema más propio de la Ciencia de la Administración o incluso de la Gestión pública, con la presunción implícita de que era una cuestión que debían arreglar otros⁶⁹. Pero, y es aquí donde de nuevo se demuestra lo difícil que es separar sistemas o disciplinas, si cuando se diseña la norma no se tienen en mente sus problemas de aplicación difícilmente será posible enfrentarse a ellos en una fase posterior. Incluso, volviendo al caso de la Unión europea, y como he tenido ocasión de sostener, el diverso grado de integración de los Estados miembros vendrá y viene dado, más allá de declaraciones o compromisos políticos, ratificados o no legalmente, por la capacidad de sus Administraciones para llevarlos a efecto⁷⁰.

B. El *rendimiento* de las normas: garantías procedimentales como indicadores de resultados

Tampoco el Derecho resulta ajeno a la presión actualmente existente para producir buenos resultados. En otras palabras, el *Derecho publicado* se convierte en una empresa fracasada si no es capaz de rendir adecuadamente, una vez que se convierte en *Derecho aplicado*.

Por otra parte, aunque es verdad que el rendimiento de la propia Administración está condicionado por bastantes más factores que el Derecho, también lo es que tanto el contenido como lo calidad de las normas influyen en la motivación y resultados de los agentes públicos encargados de su ejecución.

67. En este sentido, por ejemplo, OSBORNE, David y GAEBLER, Ted, *Reinventing Government*, ed. Addison-Wesley, Massachusetts 1992, p. xxi.

68. V., también MAYNTZ, Renate, "Governing Failures and the Problem of Governability: Some Comments on a Theoretical Paradigm" en KOOIMAN, Jan (coord.), *Modern Governance*, op. cit., pp. 9-20.

69. Conviene precisar, sin embargo, que algunos juristas sí han tratado el problema de los *medios* personales y materiales, aunque principalmente desde el punto de vista de su regulación jurídica, con que cuenta la Administración, ver por todos, GIANNINI, M.S., *Diritto Administrativo*, vol. I, ed. Giuffrè editore, Milán 1970, pp. 355 y ss.

70. GIL IBÁÑEZ, Alberto, *El control y la ejecución del Derecho Comunitario: el papel de las Administraciones nacionales y europea*, op. cit., pp. 181-190.

El objetivo de conseguir una aplicación voluntaria del Derecho puede beneficiarse de las teorías de la *Gobernanza* y de la participación de *organizaciones-red*. Sin embargo, si antes se requería una mayor calidad, tanto en términos de contenido como de forma, de las normas, ahora se trata de aspirar a una mayor calidad en la fase de aplicación y ejecución. A estos efectos, es importante referirse a las capacidades actuales de la Administración pública, así como a la posibilidad de incluir *indicadores de resultados* a la hora de valorar el proceso de aplicación de una norma.

En la fase de ejecución y aplicación, las garantías de participación de los afectados aparecen legalmente más claras que en la de elaboración de las normas. Podríamos ir más lejos y afirmar que estas garantías, verdaderos derechos de carácter procedimental, reflejan a su vez y son el resultado de intentar traducir jurídicamente principios e ideas provenientes del mundo de la Gestión pública e incluso de la *Gobernanza*.

Si tomamos, por ejemplo, el caso del Derecho comunitario, los derechos de *acceso a los documentos* y *de ser oído*, pueden reflejar respectivamente, los objetivos de transparencia y participación. Existen, por otra parte, otros principios procedimentales, legal o judicialmente reconocidos, como el de *buena administración* o *de diligencia*, que si son utilizados con rigor, incluso como guías de actuación, pueden significar el derecho del ciudadano a contar con una Administración eficaz y eficiente donde los recursos económicos y materiales con adecuadamente empleados y no derrochados⁷¹.

Por otra parte, las garantías procedimentales y el procedimiento en general están llamados a asegurar también la equidad de la actuación administrativa. En este sentido, puede señalarse que las garantías y principios procedimentales aparecen precisamente para contrarrestar la discrecionalidad de la que goza en principio la Administración⁷².

Volviendo de nuevo al supuesto de la Unión Europea, el TJCE ha precisado que justamente cuando la Comisión actúa con un amplio grado de discrecionalidad el respeto a derechos procedimentales asegurados por el ordenamientos jurídico comunitario, debe garantizarse con mayor pulcritud. Entre dichos derechos estarían: la obligación por parte de las autoridades competentes de examinar atenta e imparcialmente todos los aspectos relevantes del caso, la necesidad de motivar adecuadamente las decisiones administrativas, así como el derecho de audiencia al afectado para manifestar su opinión⁷³.

Pues bien, podría afirmarse sin temor que las distintas garantías procedimentales pueden funcionar como verdaderos indicadores de una buena actividad jurídica. Pero ¿cabría también incluir dentro del propio procedimiento otros indicadores complementarios que permitan evaluar la eficacia y *éxito* global de la norma? En efecto, sin negar la importancia de estas garantías y derechos, no debemos perder nunca de vista el objetivo de que el resultado final sea lo más satisfactorio posible desde todos los puntos de vista (aunque es cierto que principios jurídicos, como el de buena administración y diligencia pueden ayudar a una mejor gestión, muchas veces no resultan suficientes).

71. V., NEHL, Peter, *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, ed. Hart, Oxford 1999; ISAAC, Guy, *La procédure administrative ...*, *op. cit.*, p. 177.

72. V., en este sentido, las Resoluciones del Consejo de Europa: (77) 31 sobre la Protección del individuo en relación con los actos de las autoridades administrativas de fecha 28 de septiembre de 1977, y la (80) 2 sobre el Ejercicio de los poderes discrecionales por las autoridades administrativas de fecha 11 de marzo de 1980.

73. Asunto C-269/90 *Technische Universität München*, 1991, Rec. pp. I-5469 a I-5503, consider. 14, p. 5499. También puede verse el comentario sobre este caso publicado en la *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitari* n° 2, 1992, pp. 1029-1031.

En este sentido, no podemos quedarnos en asegurar ciertos principios si la consecuencia es un procedimiento demasiado lento o que impide, dificulta o simplemente llena de obstáculos imposibles de superar la actuación administrativa.

Por ejemplo, deben concretarse qué tipo de indicadores pueden ser introducidos, susceptibles de ser medidos, valorados y comparados con otras posibles soluciones procedimentales, u otras técnicas de procesos de *calidad*, aplicados a las Administraciones públicas; la duración del procedimiento, el número de organizaciones consultadas, el grado de aplicación voluntaria de la norma..., podrían figurar entre ellos.

En definitiva, sólo una evaluación permanente de la eficacia de los procedimientos y su comparación con posibles experiencias más exitosas, las mejores prácticas, pueden garantizar un rendimiento óptimo de la Administración y su Derecho.

En conclusión, todo lo aquí expuesto demuestra que, tanto la Administración como el Derecho, permiten aproximaciones que pueden superar los prejuicios ideológicos y el aislamiento que planean sobre una Administración pretendida e intrínsecamente ineficaz o un Derecho supuesta y sustancialmente obstaculizador.

§ 57. UN SIGLO DE DERECHO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA

Libardo Rodríguez Rodríguez
Ex-Consejero de Estado de Colombia

La reflexión a la cual hemos sido invitados algunos administrativos de diversos países para rendir homenaje a uno de los más destacados durante las últimas décadas en el ámbito latinoamericano, como lo es el profesor Allan Randolph Brewer-Carías, constituye una oportunidad para hacer un análisis retrospectivo de uno de los derechos administrativos más desarrollados en esta parte del mundo y que, como lo indica el título de este trabajo, presenta una evolución de aproximadamente un siglo, que coincide, en términos generales, con el siglo XX.

En efecto, si bien el derecho administrativo en Colombia ha estado estrechamente ligado a la existencia de la jurisdicción especializada de lo contencioso administrativo, y de esta última podemos encontrar antecedentes que se remontan a otro siglo hacia atrás, es decir, al transcurso del siglo XIX, en la medida en que el Consejo de Estado de Colombia, máximo tribunal de dicha jurisdicción actualmente, fue creado desde 1817, pero solo tuvo una existencia precaria y apenas como órgano asesor o consultivo durante ese siglo, como puede consultarse en otros estudios que hemos realizado sobre la mencionada jurisdicción¹, fue realmente con ocasión de la Constitución de 1886 que comenzó a introducirse en el derecho público colombiano la idea de un derecho especial y autónomo, diferente del derecho constitucional, para regular con mayor precisión y detalle que este último la actividad del Estado, específicamente en lo relacionado con el ejercicio de la función administrativa.

A partir de la citada Constitución de 1886 podemos identificar diversas etapas en la configuración y el desarrollo del derecho administrativo en nuestro país, no solo desde la perspectiva de la jurisdicción especializada, sino, aunque ligada a ella, como ya lo indicamos, desde el punto de vista de fondo, es decir, del contenido mismo del derecho especial aplicable a la administración del Estado.

I. APARICIÓN Y FRACASO DE LA IDEA DE UN RÉGIMEN JURÍDICO ESPECIAL PARA LA ADMINISTRACIÓN 1886-1905

Como antecedente fundamental de la aparición del derecho administrativo en Colombia debe citarse necesariamente la Constitución Política de 1886, por varias razones:

1. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, “Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Colombia”, en *Revista Universitas* n° 101, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá junio de 2001, pp. 603 y ss., y especialmente “El Consejo de Estado de Colombia: una institución bolivariana”, en *Estudio, Órgano de la Academia de Historia de Santander*, año LXVI, n° 327, Bucaramanga enero de 2002, pp. 7 y ss.

En primer lugar, porque revivió la institución del Consejo de Estado después de más de cuarenta años de haber desaparecido con la Constitución Política de la República de la Nueva Granada, de 1843.

En segundo lugar, porque previó, por primera vez en nuestro país, al Consejo de Estado no sólo como órgano consultivo del gobierno y con la función de preparar los proyectos de ley y de códigos, sino como máximo juez de la administración, es decir, como órgano supremo de lo contencioso administrativo, “*si la ley estableciere esta jurisdicción*” (arts. 136 a 141). Esta previsión fue reiterada en el artículo 164 de la misma Carta, al manifestar que “*la ley podrá establecer la jurisdicción contencioso-administrativa, instituyendo tribunales para conocer de las cuestiones litigiosas ocasionadas por las providencias de las autoridades administrativas de los departamentos, y atribuyendo al Consejo de Estado la resolución de las promovidas por los centros superiores de administración*”.

Lo anterior quiere decir que en ese momento, por primera vez el Constituyente, máxima expresión de la voluntad de la Nación y expresión originaria del régimen político y jurídico de una sociedad organizada, *previó* que podría existir un juez especial para controlar el ejercicio de la función administrativa del Estado, previsión cuya posible aplicación efectiva, no obstante, dejó en manos y voluntad del legislador.

Dada la precaria evolución de nuestro derecho público durante el siglo XIX, caracterizada por cambios muy frecuentes de los Estatutos Constitucionales, originados la mayoría de las veces en los resultados de las guerras civiles y generalmente basadas en el tipo de organización, federal o unitaria, que se quería para nuestro naciente Estado por parte de las facciones en pugna, puede afirmarse, con bastante grado de certeza, que la idea de que eventualmente existiera una jurisdicción especial para los asuntos contenciosos de la administración pública, obedecía a la consideración de que dichos asuntos y, en general, la actividad de la administración del Estado, estuviera regida por normas y principios especiales diferentes de los que regían la actividad de los particulares.

La afirmación anterior encuentra respaldo en el contexto histórico de derecho comparado de la época, que permite constatar fácilmente que esa idea estaba de moda en Francia, donde se había originado y donde, por razones históricas diferentes, a finales del siglo XVIII se había creado un Consejo de Estado con carácter consultivo del gobierno, el cual, por virtud del ejercicio de su propio poder, había venido creando una serie de principios y reglas especiales para regular la administración del Estado, hasta llegar a obtener, a finales del siglo XIX, el reconocimiento de juez de esa misma administración².

Sin embargo, esa previsión de la Constitución de 1886 no se concretó en la práctica en esta etapa, pues la ley no organizó la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de tal manera que si bien el Consejo de Estado funcionó efectivamente, lo hizo solo en ejercicio de sus funciones consultivas, de acuerdo con las disposiciones constitucionales citadas y con algunas leyes que se expidieron sobre su organización y funcionamiento, como fueron las leyes 149 de 1888, 50 de 1894 y 18 de 1896.

2. Para mayores detalles sobre el caso francés, V., MODERNE, Franck, “Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Francia” en *Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina*, Memorias del coloquio conmemorativo del bicentenario del Consejo de Estado francés, Edit. Temis, Santa Fe de Bogotá 1999, pp. 29 y ss.

No obstante, debe advertirse que, aunque de manera excepcional, por lo cual no puede hablarse de la existencia de una jurisdicción ni de un nuevo régimen jurídico, mediante dos leyes específicas se le otorgaron al Consejo de Estado funciones decisorias, que constituyen antecedentes inmediatos de la transformación del Consejo de Estado colombiano, de órgano simplemente consultivo a órgano decisorio y juez de la administración.

De una parte, mediante la ley 163 de 1896 se le otorgó la función de fallar el recurso de alzada o la consulta contra las decisiones de una comisión encargada de reconocer los créditos del tesoro nacional originados en suministros, empréstitos y expropiaciones durante la guerra de 1895, cuya cuantía fuera superior a determinado valor.

De otra parte, mediante la ley 27 de 1904 se le otorgó competencia al Consejo de Estado para pronunciarse sobre la validez o nulidad de las ordenanzas de las asambleas departamentales, que fueran acusadas por incompetencia o por ser violatorias de la Constitución o las leyes.

Lo anterior, sin que la ley hubiera creado la jurisdicción administrativa. Por el contrario, mediante el acto reformativo 10 de 1905 se suprimió expresamente el Consejo de Estado, se derogaron las normas de la Constitución que se referían a ese órgano y con ello la previsión constitucional de que la ley podría establecer dicha jurisdicción.

Concordantemente con la situación anterior, la presencia doctrinal en materia de derecho administrativo durante esta etapa fue prácticamente nula. En efecto, el libro más importante y más cercano al tema que puede identificarse es el de *Derecho Público Interno de Colombia*, de José María Samper, el cual, no obstante, se limita básicamente a presentar comentarios a las diversas constituciones colombianas del siglo XIX y especialmente a la de 1886, artículo por artículo, sin descender a los desarrollos legales, reglamentarios y jurisprudenciales de los temas constitucionales, que constituyen hoy el objeto del derecho administrativo³. Otra publicación de la época, cuyo contenido se acerca más al objeto propio del derecho administrativo, solo es, como su título lo indica, una *Recopilación de leyes y disposiciones administrativas*, sin siquiera incluir comentarios sobre ellas⁴.

II. CREACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA Y CONSOLIDACIÓN DE UN RÉGIMEN ESPECIAL PARA LA ADMINISTRACIÓN. EL PRIMER CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 1910-1941

Apenas unos años después de la supresión del Consejo de Estado en la Carta Fundamental, según lo hemos referenciado, el Acto Legislativo 3 de 1910, reformativo de la Constitución Política, ordenó, en su artículo 42, que “*la ley establecerá la jurisdicción contencioso administrativa*”, con lo cual se pasó de la previsión que había contemplado la Constitución de 1886 sobre la posible existencia de esa jurisdicción, si la ley así lo decidía y que no tuvo efectos prácticos, a una voluntad constitucional perentoria en el sentido de que la ley debía proceder a establecerla.

3. SAMPER, José María, *Derecho público interno de Colombia*, 2 ts., Imprenta de La Luz, Bogotá 1886.

4. OLARTE CAMACHO, Vicente, *Recopilación de leyes y disposiciones administrativas*, 2 ts., Imprenta de La Luz, Bogotá 1901-1902.

Esta orden del Constituyente tuvo cumplimiento mediante la ley 130 de 1913, que creó efectivamente la jurisdicción contencioso administrativa, conformada por un Tribunal Supremo y tribunales seccionales de lo contencioso administrativo, cuyo objeto, de acuerdo con el artículo 1º era

...la revisión de los actos de las corporaciones o empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas, a petición del ministerio público, de los ciudadanos en general, o de las personas que se crean vulneradas en sus derechos, en los casos y dentro de los límites señalados en la presente ley.

Esta ley, en consecuencia, puso en práctica, por primera vez en Colombia, el sistema de dualidad de jurisdicciones y, en cuanto contiene las normas necesarias sobre distribución de competencias y procedimientos para su ejercicio, constituyó el primer Código Contencioso Administrativo en nuestro medio.

Además de la creación de la organización de la jurisdicción contencioso administrativa, del primer Código Contencioso Administrativo (ley 130 de 1913) podemos destacar los siguientes aspectos, que en su conjunto implican no solo la voluntad de que las actuaciones de la administración estén controladas por un juez especial, sino que a la misma se aplique un régimen jurídico también especial:

a) Como funciones contenciosas específicas del Tribunal Supremo y de los tribunales seccionales de lo contencioso-administrativo establece las referentes a suministros, empréstitos y expropiaciones en tiempo de guerra; reclamaciones sobre recompensas militares; reconocimiento de pensiones; navegación marítima o fluvial de los ríos navegables en que se ventilen cuestiones de mero derecho administrativo; presas marítimas; conflictos de competencias administrativas entre el Estado, los departamentos y los municipios; bienes ocultos; resoluciones de los ministerios, con excepción de los que se originen en contratos del Estado; apelaciones contra decisiones de los recaudadores, jueces de ejecuciones fiscales y Cortes de Cuentas; impuestos; nulidad de los actos de las autoridades departamentales y municipales, con excepción de los que se originen en contratos; nulidad de las votaciones o actas de escrutinio (arts. 18 a 21 y 38 a 41).

b) En cuanto a las acciones procedentes, si bien no se identifican claramente, de las normas respectivas se concluye que procedían la acción pública de nulidad, a petición de cualquier ciudadano (arts. 52, 72 y 79) y la acción subjetiva o privada por lesión de derechos civiles, precedente solo por petición de la persona o personas agraviadas (arts. 71, 77 y 80).

Casi simultáneamente, el acto reformativo de la Constitución de 10 de septiembre de 1914 restableció el Consejo de Estado al nivel de la Carta Política, como “*cuero supremo consultivo del gobierno, en asuntos de administración*” y como “*tribunal supremo de lo contencioso administrativo*”. Además, le estableció como función la de “*preparar los proyectos de ley y de códigos que deban presentarse a las cámaras legislativas, y proponer las reformas convenientes en todos los ramos de la legislación*”.

Al mismo tiempo, por medio de la ley 60 de 1914 y en desarrollo del acto reformativo de la Constitución de ese mismo año, se organizó el Consejo de Estado, se le dividió en dos salas: la de negocios generales y la de lo contencioso administrativo, y se le adscribieron las funciones que la Ley 130 de 1913 había atribuido al Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo.

Por la misma época se había expedido la ley 4ª de 1913 o Código de Régimen Político y Municipal, que contenía normas generales sobre el Congreso, y especialmente, para nuestro interés, sobre el presidente de la República, los ministerios, las asambleas departamentales, los gobernadores, los concejos municipales, las alcaldías y la administración pública en general, incluyendo normas sobre los empleados, la cual constituyó una especie de Código Administrativo, aunque incompleto, que contenía las principales normas, muchas de ellas sustantivas, reguladoras de la actividad administrativa.

En este momento histórico puede ubicarse el nacimiento del derecho administrativo en Colombia, por varias razones:

1ª. Como se desprende de la reseña anterior, se creó efectivamente la jurisdicción administrativa en Colombia, como juez especial de los asuntos propios de la administración pública, la cual, a partir de entonces, ha permanecido vigente en nuestra vida institucional, sin interrupción.

2ª. Puede afirmarse que la creación de la jurisdicción especializada obedeció, precisamente, a la consideración de que era necesaria la creación y existencia de ese régimen especial, no solo desde el punto de vista procesal sino desde el punto de vista de fondo, dadas las diferencias existentes entre las controversias que se pueden presentar entre particulares y los conflictos que surgen entre la administración y el administrado, como puede concluirse de la lectura de los antecedentes de la ley 130 de 1913, en los cuales se reconoce el origen francés de esta solución y se cita, como sustento doctrinario, la obra sobre *Droit Administratif*, de H. Berthélémy⁵.

3ª. Esta conclusión también puede sustentarse en las primeras jurisprudencias del Consejo de Estado colombiano, en una de las cuales se hace referencia, inclusive, a los primeros aportes de la jurisprudencia nacional, en los siguientes términos:

En el ejercicio de estas diversas atribuciones, la Sala de lo Contencioso-Administrativo ha venido sentando las bases del derecho administrativo patrio, labor en la cual, al desatar importantes problemas de índole tributaria, como son, por ejemplo, los relacionados con impuestos directos e indirectos, libertad de industria, facultades de las Asambleas en materia rentística, etc., ha fijado el límite preciso del derecho del Estado como entidad económica; en lo relativo al interés municipal, sus derechos y prerrogativas constitucionales por lo que hace a sus rentas y a la integridad de su territorio, más de una vez amenazados por las intrigas electorales o la rivalidad de otros Municipios, asuntos éstos dominados ya por una jurisprudencia uniforme y precisa. Merced a esta labor ha sido posible saber, en efecto, entre otras muchas, estas verdades importantes: que el principio de la libertad de industria no es garantía ilimitada, sino que está sujeto al derecho prevalente del Estado a imponer contribuciones para su existencia; que la teoría legal del sistema tributario implica acatamiento a todos aquellos principios de orden constitucional protectores de la libertad civil, los cuales no pueden violarse por el legislador, las Asambleas Departamentales o los Concejos Municipales, sin provocar el desconcierto en las industrias y los derechos individuales; que los preceptos generales de policía, en sus distintas manifestaciones, no implican, cuando estos servicios están centralizados, cercenamiento de las facultades de los Departamentos ni de los Municipios para impulsarlos por su propia cuenta; y, en fin, gracias a la jurisdicción que nos ocupa, ha sido fácil corregir prácticas inveteradas y corruptelas contrarias a un sistema constitucional bien organizado, en lo que se refiere a las providencias ministeriales, comoquiera que un interés privado está comprometido.

5. Estos antecedentes pueden consultarse en ARGÜELLO, Alcibiades y BUENAHORA, Luis, *Derecho administrativo colombiano*, Talleres de Ediciones Colombia, Bogotá 1927, pp. 45 y ss.

Cierto es que muchas de estas cuestiones venían estudiándose y siendo resueltas por la justicia ordinaria, pero precisamente esta circunstancia constituía el mayor escollo para el conocimiento de la doctrina administrativa en cuerpo específicamente distinto al de la común, en la cual venía refundida y dispersa. Tal la razón para que, en nuestro humilde sentir, todavía hoy distinguidos abogados, honra del foro nacional, anden un tanto confundidos acerca del verdadero carácter de la jurisdicción contencioso-administrativa y así sea frecuente el caso de que vengan a alegar allí cuestiones de orden meramente civil, que chocan abiertamente con la naturaleza de aquella institución, según hemos podido observarlo en la labor que nos hemos impuesto⁶.

4ª. En esta etapa aparecen las primeras obras de doctrina sobre derecho administrativo, como las de los autores Francisco de Paula Pérez Tamayo⁷, Alcibiades Argüello y Luis Buenahora⁸, Pedro M. Carreño⁹, Luis Becerra López¹⁰, Carlos H. Pareja¹¹, y Diego Tobón Arbeláez¹². De estas obras podemos destacar por su contenido la de Diego Tobón Arbeláez, que fue una tesis laureada para obtener el título en derecho y ciencias políticas y sociales de la Universidad de Antioquia, y especialmente la del profesor Carlos H. Pareja, no solo por estar conformada por dos tomos, y por haber tenido una segunda edición¹³, sino por ser la de contenido más amplio y sistemático y la única de esa época que continúa siendo citada algunas veces por los autores actuales. De la presencia de la doctrina en esta etapa, vale la pena destacar que después de analizar los rasgos característicos del régimen administrativo colombiano, el profesor Pareja concluye lo siguiente:

Estos rasgos del régimen administrativo colombiano lo hacen muy semejante al francés, del cual ha recibido la inspiración, según lo observó el constituyente señor Samper; pero poseemos leyes administrativas inspiradas en las de los Estados Unidos, leyes que han funcionado bien por la asimilación que hemos hecho de ellas y la adaptación perfecta de sus principios a las peculiaridades de nuestro país¹⁴.

5ª. Igualmente en esta etapa comienza a aparecer el interés por la divulgación de la jurisprudencia del Consejo de Estado, aparte de la publicación oficial en los *Anales del Consejo de Estado*, como es el caso de una recopilación de José Antonio Archila, en cuatro volúmenes¹⁵.

6. Citada por ARGÜELLO, Alcibiades y BUENAHORA, Luis, *ob. cit.*, pp. 52 a 55.

7. PÉREZ TAMAYO, Francisco de Paula, *Elementos de derecho administrativo*, Librería de A. J. Cano, Medellín 1926.

8. ARGÜELLO, Alcibiades y BUENAHORA, Luis, *ob. cit.*

9. CARREÑO, Pedro María, *Apuntes sobre derecho administrativo*, Editorial Cromos, Bogotá 1934.

10. BECERRA LÓPEZ, Luis, *Apuntamientos de derecho administrativo colombiano*, Tipografía Bonivento Torres, Santa Marta 1934.

11. PAREJA, Carlos H., *Curso de derecho administrativo teórico y práctico*, t. I, Teoría del derecho administrativo, t II, Universidad Libre, Bogotá 1936; *Derecho administrativo colombiano*, Editorial ABC, Bogotá 1937.

12. TOBÓN ARBELÁEZ, Diego, *Principios fundamentales del derecho administrativo*, Tipografía Industrial, Medellín 1939.

13. PAREJA, Carlos H., *ob. cit.*, T. I, Editorial El Escolar, Bogotá 1939; T. II, Editorial Andes, Bogotá 1940.

14. PAREJA, Carlos H., *ob. cit.*, T. I, p. 24.

15. ARCHILA, José Antonio, *Jurisprudencia del Consejo de Estado*, vol. 1, marzo 1 de 1915 a diciembre 31 de 1916, Editorial Minerva, 1918; vol. 2, enero 1 de 1917 a junio 30 de 1921, Editorial Minerva, 1922; vol. 3, julio 1 de 1921 a diciembre 31 de 1932, Editorial Cromos, 1933; y vol. 4, enero 1 de 1933 a diciembre 31 de 1939, Editorial Cromos, 1940.

III. EL SEGUNDO CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 1941-1964

Mediante la ley 167 de 1941 se expidió un nuevo estatuto general sobre la organización y funcionamiento de la jurisdicción contencioso administrativa, que constituyó en la práctica el segundo código sobre la materia.

Ratificando nuestro planteamiento de que el nacimiento y desarrollo del derecho administrativo en Colombia ha estado estrechamente ligado a la creación y evolución de la jurisdicción contencioso administrativa, la expedición de este nuevo código identifica una nueva etapa en la evolución de esta rama del derecho.

En efecto, del código aquí comentado pueden destacarse los siguientes aspectos:

1. Conservó la estructura de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conformada por el Consejo de Estado y los tribunales administrativos, estos últimos de carácter departamental.

2. Mantuvo igualmente al Consejo de Estado las funciones consultivas, de preparación de proyectos de ley y códigos y como tribunal supremo de lo contencioso administrativo.

3. Como objeto general de la jurisdicción contencioso administrativa, en materia de actos de la administración, establece que podrán ser acusados ante ella los decretos, resoluciones y demás actos del gobierno, los ministros y demás funcionarios, empleados, órganos o personas administrativas, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad o, en general, por violación de las normas superiores a la autoridad u órgano que los dicta (arts. 62 a 65).

4. Además de lo anterior, precisa la competencia del Consejo de Estado y de los tribunales para dirimir los conflictos relativos a suministros, empréstitos y expropiaciones en caso de guerra; indemnizaciones por trabajos públicos; navegación marítima y fluvial que no sean de la competencia de la Corte Suprema de Justicia; empresas marítimas; conflictos entre el Estado, los departamentos y los municipios; bienes ocultos; baldíos nacionales; revisión de cartas de naturaleza; actos de la Contraloría General de la República y superintendencias; juicios electorales; impuestos; recompensas o pensiones. (arts. 33 a 36 y 52 a 57).

5. Como instrumentos judiciales para el ejercicio de las competencias anteriores identifica y define la acción de nulidad, que corresponde al contencioso objetivo; la llamada en esa época acción de plena jurisdicción, que equivale al contencioso subjetivo; y la de restablecimiento del derecho por causa de un hecho o una operación administrativa, llamada indemnizatoria o de reparación directa (arts. 66 a 72).

6. No obstante lo anterior, de manera expresa excluye de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa los asuntos originados en los contratos de la administración; las resoluciones que se dictan en los juicios de policía de naturaleza penal o civil; las sentencias por fraude a las rentas; las correcciones disciplinarias impuestas a los funcionarios públicos, con excepción de las que impliquen suspensión o separación del cargo de empleados inamovibles; y, obviamente, las atribuidas a otra jurisdicción, entre las cuales la jurisprudencia de la época entendió que se encontraban las referentes a la responsabilidad del Estado.

Vale la pena hacer notar que tanto en la jurisprudencia como en la doctrina de la época se reconoce que este código tuvo su inspiración en el desarrollo del derecho administrativo francés.

En efecto, en sentencia del 30 de julio de 1959, dijo el Consejo de Estado:

Nuestro Código Contencioso Administrativo de 1941, fue proyectado por ilustrados juristas que se inspiraron principalmente en las doctrinas que han tenido por fuente la jurisprudencia del Consejo de Estado de Francia. Y el artículo 66 de ese Código viene a ser una síntesis muy bien lograda de las causales de nulidad instituidas a través de sus fallos por el Consejo de Estado francés, el cual ha gozado de la más amplia libertad para decidir si se ajustan o no a derecho los actos de la administración sometidos a su control jurisdiccional¹⁶.

Desde el punto de vista de la doctrina, esta época estuvo caracterizada por la presencia doctrinal del profesor y magistrado Eustorgio Sarría, a través de su *Tratado de derecho administrativo*, que si bien no fue propiamente un tratado sino un manual y cuya primera edición apareció en 1948¹⁷, se mantuvo vigente hasta 1984, año en que apareció su novena y última edición¹⁸. Además, el mismo autor publicó una obra sobre derecho procesal administrativo¹⁹. En esta etapa también aparecieron obras de José Joaquín Castro Martínez²⁰ y la primera edición del *Derecho administrativo general*, del profesor Jaime Vidal Perdomo²¹, que ha continuado actualizándose hasta hoy, pero que en esa primera versión era básicamente una comparación del derecho administrativo francés con el colombiano en relación con los principales temas de esta rama del derecho, para mostrar sus estrechos nexos o, como lo decía el autor, “*para medir el grado de evolución del derecho nuestro al compararlo con un modelo superior*”²².

Precisamente, de esta obra vale la pena citar los siguientes comentarios extraídos de su nota introductoria:

En Colombia, el conocimiento del derecho administrativo francés nos es de especial utilidad por dos razones: la primera, porque es el derecho administrativo más conformado, esto es, el más armónico; la segunda, porque el derecho administrativo francés ha sido la fuente de donde se ha tomado principalmente la organización contencioso-administrativa que existe en Colombia, y las doctrinas de los tratadistas franceses han iluminado nuestra jurisprudencia y las opiniones de los pocos que en el país se han preocupado de esta disciplina.

La obra de Laferriere, *Traité de la jurisdiction administrative*, influyó notablemente en la redacción de la ley 130 de 1913, primer Código Contencioso Administrativo colombiano. La ley 167 de 1941, actual código de la materia, también se inspiró en el derecho francés.

En cuanto a su influjo en la jurisprudencia y en las obras de quienes en Colombia han escrito sobre estos temas, basta ojear las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado y dichas obras, para encontrar numerosas citas de Duguit, Jeze, Bonnard, etc.

16. Citada por PEÑA ALZATE, Oscar, *Código administrativo*, 2ª ed., Editorial Bedout, Medellín 1965, p. 100.

17. SARRÍA, Eustorgio, “Tratado de derecho administrativo”, *Publicaciones Crítica Jurídica*, Bogotá 1948.

18. SARRÍA, Eustorgio y SARRÍA BARRAGÁN, Mauricio, *Derecho administrativo colombiano*, 9ª ed., Colección Pequeño Foro, Bogotá 1984.

19. SARRÍA, Eustorgio, *Derecho procesal administrativo*, Editorial Temis, Bogotá 1963.

20. CASTRO MARTÍNEZ, José Joaquín, *Tratado de derecho administrativo*, 2ª ed., Editorial Centro, Bogotá 1942, Editorial Argra, Bogotá 1950.

21. VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho administrativo general*, Editorial Temis, Bogotá 1961.

22. *Ibidem*, p. VIII.

Muchas veces en forma contraproducente, forzando las instituciones y el derecho colombianos, sin el debido proceso de *aclimatación*, que es indispensable cuando se invoca el derecho extranjero²³.

Igualmente, también en esta etapa aparece una publicación, en cuatro ediciones, sobre *Derecho contencioso administrativo*, del profesor y Consejero de Estado Tulio Enrique Tascón, que está constituida fundamentalmente, como su mismo subtítulo lo reconoce, por *comentarios al código de la materia*²⁴.

IV. AMPLIACIÓN DEL CAMPO DE ACCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO 1964-1984

Aún en vigencia del Código Contencioso Administrativo de 1941, se produjo una reforma legal que implicó una ampliación importante del campo de acción del derecho administrativo en Colombia, que amerita su identificación como una de las etapas que caracterizan el desarrollo de esta rama del derecho.

En efecto, como lo hemos indicado en el análisis de las etapas anteriores, a pesar de que el desarrollo del derecho administrativo en nuestro país se había venido dando a la sombra e imagen del derecho administrativo francés, dos de los temas más importantes que en la actualidad hacen parte del contenido del derecho administrativo, como son los de los contratos administrativos y la responsabilidad del Estado, continuaban excluidos de la competencia de nuestra jurisdicción administrativa y, por tanto, del régimen administrativo de fondo, en la medida en que esa exclusión obedecía, en gran parte, a la consideración de que en esos temas la actuación de la administración se asimilaba a la de las particulares, por lo cual no ameritaba ser sometida a un régimen especial.

Frente a lo anterior, el cambio normativo, que reflejó el resultado de una controversia tanto doctrinal como jurisprudencial sobre estos temas, se produjo a través del decreto-ley 528 de 1964.

Fue así como, mediante el artículo 20 del citado decreto, se eliminó la excepción que estaba consagrada en el ordinal 1° del artículo 73 de la ley 167 de 1941, en el sentido de que no eran acusables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo las resoluciones de los funcionarios o autoridades administrativas que tuvieran origen en un contrato, excepción con base en la cual se había entendido excluidas de la jurisdicción administrativa todas las controversias contractuales en que fueran parte las entidades públicas. En concordancia con lo anterior, en los artículos 30 y 32 del mismo decreto se estableció que la jurisdicción contencioso administrativa era la competente para conocer de las controversias relativas a *contratos administrativos* celebrados por las personas públicas, con lo cual se aceptó tácitamente que existían contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración.

No obstante, debe tenerse en cuenta que las normas citadas no definieron el concepto de contrato administrativo, por lo cual la definición de ese concepto quedó en manos de la doctrina y la jurisprudencia, quienes trasladaron a Colombia, una vez más,

23. *Ibidem*, p. VII.

24. TASCÓN, Tulio Enrique, *Derecho contencioso administrativo colombiano. Comentarios al código de la materia*, Librería Colombiana, Bogotá 1942; 4ª ed., Editorial Minerva, Bogotá 1954.

el concepto del derecho francés, aunque dando prelación a la existencia de cláusulas exorbitantes dentro del contrato, y especialmente a la inclusión de la cláusula de caducidad, como criterio diferenciador de los contratos administrativos, concepción que se mantuvo aún con la expedición de los decretos 1670 de 1975 y 150 de 1976, que reglamentaron por primera vez la mayor parte de la actividad contractual de la administración, constituyendo en su época lo que puede denominarse el *estatuto contractual de la administración*.

En todo caso, lo anterior quiere decir que con la reforma introducida con el citado decreto-ley 528 de 1964, el objeto del régimen administrativo en Colombia se amplió a los *contratos administrativos*, los cuales, hasta entonces, estaban sometidos a la jurisdicción común y, en lo sustantivo, salvo aspectos expresamente regulados por la ley, se consideraban sometidos al mismo régimen de los contratos privados.

De otra parte, también el tema de la responsabilidad del Estado se constituyó, con ocasión de la expedición del citado decreto, en otra ampliación del objeto o campo de acción del derecho administrativo, en la medida en que este tema estaba igualmente sometido a la jurisdicción ordinaria y regido, en cuanto al régimen sustantivo, al derecho civil, salvo algún grado de controversia que se había venido dando tanto en la doctrina como en la jurisprudencia con anterioridad a la expedición del decreto que vino, precisamente, a poner fin a esa controversia.

En efecto, mediante los principios generales sobre competencias, contenidos en los artículos 6° (ord. 1°) y 20, pero, sobre todo, en virtud de las competencias expresas otorgadas al Consejo de Estado y a los tribunales administrativos en los artículos 30 y 32 del citado decreto, se atribuyó a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de las controversias sobre responsabilidad de la administración, salvo los asuntos en que se ventilen cuestiones de mero derecho privado, con lo cual se configuró otra ampliación del campo de acción del régimen administrativo en Colombia, pues este tema, hasta entonces, había venido siendo sometido a la jurisdicción y al derecho comunes, a pesar de las controversias planteadas por algunos doctrinantes y en los años anteriores por algunos pronunciamientos jurisprudenciales.

Precisamente, desde la perspectiva jurisprudencial vale la pena citar los siguientes apartes de una sentencia del Consejo de Estado del 2 de noviembre de 1960:

Es tan evidente en nuestro derecho positivo la tesis de la inaplicabilidad de esas normas civiles a los casos de responsabilidad administrativa del Estado, y tan forzadas las doctrinas predominantes en Colombia hasta hace poco tiempo, que aún esa misma jurisprudencia, dirigida con férreo criterio civilista, se ha visto obligada a aceptar la teoría de la falta de servicio, de definida estirpe administrativa, como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado, acogiendo así a una concepción más objetiva y científica del fenómeno jurídico, y relegando a segundo término la idea de culpa, tal como se concibe en nuestro estatuto civil.

Ese nuevo sistema jurídico está regido por normas sustantivas de derecho público, por reglas adjetivas de derecho público y sometido al control de una jurisdicción especial de derecho público, porque parte del principio básico de que la actividad del Estado es de naturaleza jurídica distinta de la actividad de los particulares y debe estar, por consiguiente, reglamentada por normas diferentes.

Por otra parte, los estatutos constitucionales y legales analizados, como disposiciones posteriores a las contenidas en el código civil, y como normas especiales que reglamentan íntegramente una materia, hacen inaplicables al Estado las reglas del antiguo sistema sobre responsabilidad patrimonial. Si las enmiendas constitucionales de 1936 y de 1945 y la Ley 167 de 1941 consagraron un sistema jurídico especial para la responsabilidad de las entidades de dere-

cho público que da soluciones adecuadas a todas las hipótesis que se pudieran forjar sobre la materia, y si tales estatutos son posteriores al régimen establecido en el derecho privado, para deducir la responsabilidad entre particulares no parece lógico ni jurídico que aún se siguiera aplicando el sistema desueto²⁵.

Debe tenerse en cuenta, además, que en esta etapa se produjo la reforma constitucional de 1968 y en desarrollo de ella una reforma administrativa fundamentada en la preocupación de tecnificar y modernizar el régimen de la administración pública, para lo cual se expidieron, entre otros, los decretos-leyes 1050 y 3130 de 1968 que, junto con el decreto-ley 130 de 1976, constituyeron el estatuto básico de la administración pública durante varias décadas²⁶.

En esta etapa se consolida la presencia de la doctrina en materia de derecho administrativo, con la aparición de nuevas obras, como las de los profesores J. Herney Ramírez Zapata²⁷, Miguel Lindo Ortiz²⁸, Francisco Eladio Gómez Mejía²⁹, Gabriel Rojas Arbeláez³⁰, y Gustavo Humberto Rodríguez³¹, las cuales no tuvieron continuidad, así como las de Oscar Aníbal Giraldo Castaño³², Gustavo Penagos³³, y la del autor de este trabajo³⁴, que continúan actualizándose hasta hoy. Igualmente, se actualiza la obra del profesor Jaime Vidal Perdomo³⁵ que, sin duda alguna, domina el panorama doctrinal de esta etapa.

En esta misma etapa aparecen obras sobre derecho procesal administrativo de Francisco Sierra Jaramillo³⁶ y Luis Alberto Luna Benítez³⁷, así como las de los profesores Miguel González Rodríguez³⁸ y Carlos Betancur Jaramillo³⁹, de las cuales las dos últimas se encuentran actualizadas hasta la fecha.

25. Citada por PEÑA ALZATE, Oscar, *ob. cit.*, p. 107.

26. Sobre esta reforma puede verse a VIDAL PERDOMO, Jaime, *Historia de la reforma constitucional de 1968 y sus alcances jurídicos*, Biblioteca Jurídica Contemporánea, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1970.

27. RAMÍREZ ZAPATA, Herney, *Curso de derecho administrativo general*, Imprenta Departamental, Cali 1968, 2ª ed., Imprenta Departamental, Cali 1973.

28. ORTIZ, Miguel Lindo, *Derecho administrativo general*, Gráficas Lubegar, Bogotá 1968.

29. GÓMEZ MEJÍA, Francisco Eladio, *Fundamentos de derecho administrativo colombiano*, Editorial Kelly, Bogotá 1969.

30. ROJAS ARBELÁEZ, Gabriel, *El espíritu del derecho administrativo*, Editorial Temis, Bogotá 1972, 2ª ed., Editorial Temis, Bogotá 1985.

31. RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto, *Derecho administrativo general*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1981, 2ª ed., Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá 1995.

32. GIRALDO CASTAÑO, Oscar Aníbal, *Derecho administrativo general*, Unaula, Medellín 1980, 7ª ed., Ediciones Abogados Librería, 1997.

33. PENAGOS, Gustavo, *Curso de derecho administrativo*, 2 ts., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1982; últimas ediciones, Ediciones Librería del Profesional, t. I, Parte general, Bogotá 2000, t. II, Parte especial, Bogotá 1996.

34. RODRÍGUEZ R., Libardo, *Derecho administrativo-General y colombiano*, Editorial Temis, Bogotá 1981; 2ª ed., Editorial Temis, Bogotá 1984.

35. VIDAL PERDOMO, Jaime, *ob. cit.*, 2ª ed., Editorial Temis, Bogotá 1966; 7ª ed., Banco Popular, 1980.

36. SIERRA JARAMILLO, Francisco, *Derecho contencioso administrativo*, Editorial Temis, Bogotá 1978, 2ª ed., Editorial Temis, Bogotá 1980.

37. LUNA BENÍTEZ, Luis Alberto, *Lo contencioso administrativo*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1981.

38. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel, *Derecho contencioso administrativo*, Sociedad Colombiana de Abogados, Bogotá 1973; *Derecho procesal administrativo*, 10ª ed., Librería Jurídica Gustavo Ibáñez, Bogotá 2002.

39. BETANCUR JARAMILLO, Carlos, *Derecho procesal administrativo*, Señal Editora, Medellín 1981, 6ª ed., Señal Editora, Medellín 2002.

Así mismo, en esta etapa comienzan a aparecer obras sobre temas especializados del derecho administrativo, como el acto administrativo⁴⁰, contratación administrativa⁴¹, organización administrativa⁴², patrimonio público⁴³, control fiscal⁴⁴ y derecho administrativo laboral⁴⁵.

V. EL TERCER CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 1984-1991

En 1984, a través del decreto-ley 01 de ese año, se expidió un nuevo Código Contencioso Administrativo, que vino a modernizar y a poner al día la organización y funcionamiento de la jurisdicción administrativa y, por lo mismo, a precisar el objeto y campo de acción del derecho administrativo en nuestro país, en la medida en que la jurisprudencia y la doctrina habían venido señalando fallas y vacíos en el Código de 1941.

Como grandes rasgos de este Código, algunos de los cuales son simplemente procesales pero otros inciden en el contenido y campo de acción del derecho administrativo, podemos destacar los siguientes:

1. A pesar de su identificación como Código *Contencioso* Administrativo, el estatuto está dividido en dos grandes partes: la primera sobre *los procedimientos administrativos*, que comprende, en términos generales, las actuaciones, la vía gubernativa y la revocación directa de los actos administrativos y que, por lo mismo, realmente no constituye parte de *lo contencioso administrativo*; y una segunda parte, sobre el control jurisdiccional de la actividad administrativa, que comprende propiamente los aspectos contenciosos.

2. En relación con el campo de aplicación de los procedimientos administrativos, el artículo 1º establece que los mismos se aplican “a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del poder público en todos los órdenes, a las entidades descentralizadas, a la Procuraduría General de la Nación y ministerio público, a la Contraloría General de la República y contralorías regionales, a la Corte Electoral (hoy Consejo Nacional Electoral) y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como a las entidades privadas, cuando unos y otras cumplen funciones administrativas”.

40. TAFUR GALVIS, Álvaro, *Teoría del acto administrativo*, Ediciones Rosaristas, Bogotá 1975; PENAGOS, Gustavo, *El acto administrativo*, 2 ts. Armenia Quingráficas, Bogotá 1975; 7ª ed., 3 ts. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 2001.

41. LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro, *Contratos administrativos, Tratado teórico y práctico*, Fondo de Cultura Jurídica, Bogotá 1979; VIDAL PERDOMO, Jaime, *El contrato de obras públicas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1979.

42. RODRÍGUEZ R., Libardo, *Estructura del poder público en Colombia*, Editorial Temis, Bogotá 1983, 8ª ed., Editorial Temis, Bogotá 2001.

43. CASTRO DE ULLOA, Ana Lucía y BURITICÁ RUIZ, Francisco, *De los bienes del Estado y especialmente de los bienes de uso público*, tesis, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 1980.

44. PENAGOS, Gustavo, *Curso de control fiscal*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1979; DUQUE ESCOBAR, Iván, *El control fiscal en Colombia*, Editora L. Canal y Asociados, Bogotá 1980.

45. YOUNES MORENO, Diego, *Derecho administrativo laboral*, Editorial Temis, Bogotá 1978; 9ª ed., Editorial Temis, Bogotá 2001.

Sólo se excluyen de esta regla general los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales, los procedimientos militares o de policía que requieren decisiones de aplicación inmediata y el ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción de los servidores públicos.

3. Respecto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el artículo 82, con algunas modificaciones introducidas por el decreto 2304 de 1989, identifica como su objeto “*juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñan funciones administrativas*”.

Advierte la disposición que esta jurisdicción podrá juzgar, “*inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno*” y solo se excluyen de su conocimiento las decisiones proferidas en juicios civiles o penales de policía regulados especialmente por la ley.

4. En cuanto a la extensión del control, el artículo 83 del Código, también con algunas reformas introducidas por el decreto 2304 de 1989, expresa que la jurisdicción de lo contencioso administrativo juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas.

5. En lo referente a las acciones o medios de control, el Código identifica y define la acción de nulidad (art. 84), que corresponde al contencioso objetivo; la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85), que corresponde al contencioso subjetivo; la acción de reparación directa (art. 86), que corresponde al contencioso indemnizatorio; la acción contractual (art. 87), para resolver las controversias originadas en los contratos administrativos o privados con cláusula de caducidad (hoy contratos estatales en virtud de la ley 80 de 1993); y la acción de definición de competencias administrativas (art. 88), para dirimir los conflictos de competencia que se presenten entre diversas entidades, órganos o autoridades administrativas.

6. En materia de competencias se encuentran precisadas en este Código, en cabeza del Consejo de Estado y de los tribunales administrativos según la distribución allí mismo prevista, igualmente con algunas modificaciones introducidas por el decreto-ley 2304 de 1989, las referentes a la nulidad de los actos administrativos, incluyendo los expedidos por entidades privadas cuando cumplan funciones públicas; la nulidad de los contratos administrativos, inter-administrativos y de derecho privado de la administración con cláusula de caducidad y de los laudos arbitrales originados en los mismos contratos; las acciones de restablecimiento del derecho; nulidad de elecciones y nombramientos; navegación marítima, fluvial o aérea en que se ventilen cuestiones de derecho administrativo; bienes ocultos; baldíos nacionales; extinción de dominio o propiedad; nacionalidad y ciudadanía; asuntos petroleros o mineros; incidentes y apelaciones en los procesos por jurisdicción coactiva; propiedad industrial; definición de competencias administrativas entre autoridades; impuestos, tasas y contribuciones; acciones de reparación directa o indemnizatorias.

Puede afirmarse que con la expedición de este código se consolidó el campo de aplicación del derecho administrativo en Colombia, pues no solamente se confirmó la aplicación del régimen propio a temas como los de los contratos administrativos y la responsabilidad, que habían ingresado en 1964, como lo vimos en el análisis de la etapa anterior, sino que con ocasión de este nuevo estatuto pueden identificarse dos nuevos aspectos importantes:

De una parte, se extendió de manera expresa la aplicación del régimen administrativo a la actividad de las personas privadas cuando actúan en ejercicio de funciones administrativas, lo cual, si bien venía insinuándose en la doctrina y en la jurisprudencia, solo en este momento se adoptó como un criterio claro y definido.

De otra parte, vale la pena hacer notar que el código comentado no solo advirtió que la jurisprudencia administrativa puede juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno, sino que, con ocasión de esa advertencia, la jurisprudencia tuvo la oportunidad de pronunciarse para ratificar esa solución, que es contraria a la concepción sobre el tema en derecho francés, pero, además, para declarar inconstitucional la limitación que consagraba la norma del código, en el sentido de que ese juzgamiento solo era posible por vicios de forma.

Al respecto, dijo la Corte Suprema de Justicia, como juez de constitucionalidad de las leyes en ese momento:

Frecuentemente la doctrina y ocasionalmente la jurisprudencia han tratado de otorgarles una entidad autónoma a determinados actos del gobierno o de la administración, que singularizados por ciertas circunstancias, pero mayormente por los móviles que los inspiran, se califican como actos políticos o de gobierno.

Se trata empero de una distinción teórica que inclusive puede llegar a tener en ciertos casos alguna utilidad conceptual, pero que dentro del sistema constitucional colombiano carece de apoyo normativo, como quiera que ninguna cláusula de aquella permite hacer dicha diferenciación; diferenciación que, por mayor que sea el refinamiento a que se llegue, a lo sumo permitirá concluir que dichos actos de gobierno, constituyen apenas una modalidad de los actos administrativos.

La Constitución, pues, no establece diferencia alguna entre actos políticos o de gobierno, y menos aún para excluir tales actos del control jurisdiccional [...] tanto el acto político o de gobierno como el acto administrativo discrecional, por ser actos jurídicos, son juzgables en cuanto a su constitucionalidad y legalidad y no solo por vicios de forma, sino también por razones materiales...⁴⁶.

A su vez, el Consejo de Estado, al declarar la nulidad de una comunicación del Ministerio de Relaciones Exteriores que podría tener la naturaleza de acto político o de gobierno, expresó lo siguiente:

En lo tocante a la excepción de falta de competencia de esta Corporación para juzgar el acto acusado por ser un acto jurídico de carácter internacional que trasciende el ordenamiento jurídico interno, la Sala considera que no es atendible tal argumento ya que, en primer término, el artículo 82 del Decreto Ley 01 de 1984 que inicialmente señaló como objeto de la jurisdicción Contencioso Administrativa el juzgamiento de las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno pero sólo por vicios de forma, fue declarado inexecutable en cuanto a la frase *pero sólo por vicios de forma*, en sentencia de 15 de noviembre de 1984 de la Corte Suprema de Justicia ...

46. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de 15 de noviembre de 1984, Magistrado Ponente: MEDINA MOYANO, Ricardo.

De otra parte, esta corporación en providencia de 14 de septiembre de 1989, expediente 1144, con fundamento en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia anteriormente citada, y que la Sala comparte, sostuvo que los actos jurídicos internacionales de la administración pública no son más que modalidades teóricas de los actos políticos o de gobierno y que la misma ley colombiana los acepta como sujetos al control jurisdiccional contencioso administrativo, lo que conduce a deducir que entre los actos administrativos puedan existir algunos que merezcan el calificativo de actos de gobierno, circunstancia que no excluye su calidad de actos administrativos con todas las consecuencias que se derivan, una de ellas, la posibilidad de ser impugnados mediante recursos administrativos o jurisdiccionales⁴⁷.

En esta etapa aparecen nuevas obras sobre derecho administrativo, como la del profesor Diego Younes Moreno, que continúa actualizándose hasta hoy⁴⁸, además de que continuaron apareciendo los manuales del profesor Jaime Vidal Perdomo⁴⁹ y del autor de estas líneas⁵⁰.

Igualmente en esta época aparece una publicación sobre derecho procesal del profesor Gustavo Humberto Rodríguez⁵¹, y continúan apareciendo obras sobre temas especializados, como acto administrativo⁵², contratación administrativa⁵³, régimen de las finanzas públicas⁵⁴, derecho urbanístico⁵⁵, control fiscal⁵⁶, responsabilidad del Estado⁵⁷, actos políticos⁵⁸ y función pública⁵⁹.

47. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Primera, sentencia de 23 de octubre de 1992, Expediente n° 325, Consejero Ponente: ARIZA MUÑOZ, Ernesto Rafael.

48. YOUNES MORENO Diego, *Curso de derecho administrativo*, Editorial Temis, Bogotá 1984; 6ª ed., Editorial Temis, Bogotá 1997.

49. VIDAL PERDOMO, Jaime, *ob. cit.*, 8ª ed., Editorial Temis, Bogotá 1985; 9ª ed., Editorial Temis, Bogotá 1987.

50. RODRÍGUEZ R., Libardo, *ob. cit.*, 3ª ed., Editorial Temis, Bogotá 1985; 6ª ed., Editorial Temis, Bogotá 1990.

51. RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto, *Procesos contencioso administrativos*, 2 ts., Librería Jurídica Wilches, Bogotá 1986, 3ª ed., Librería Jurídica Wilches, Bogotá 1994.

52. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El acto administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1986.

53. RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto, *Contratos administrativos y de derecho privado de la administración*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1983; edición actualizada *Nuevos contratos estatales*, Librería Jurídica Wilches, Bogotá 1994; BAUTISTA MÖLLER, Pedro José, *El contrato de obra pública arquetipo del contrato administrativo*, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá 1988; GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel, *La contratación administrativa en Colombia*, Librería Jurídica Wilches, Bogotá 1990.

54. MIRANDA TALERÓ, Alfonso, *El derecho de las finanzas públicas*, Agora Editores, Bogotá 1990, 2ª ed., Legis Editores, Bogotá 1999.

55. ROTHER, Hans, *Derecho urbanístico colombiano*, Editorial Temis, Bogotá 1990.

56. YOUNES MORENO, Diego, *Régimen del control fiscal*, Editorial Temis, Bogotá 1987, 4ª ed., Legis Editores, Bogotá 2000.

57. HOYOS DUQUE, Ricardo, *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*, Editorial Temis, Bogotá 1984; HENAO PÉREZ, Juan Carlos, *La responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia-Evolución jurisprudencial*, 2 ts., Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1991.

58. PENAGOS, Gustavo, *Los actos políticos*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1985.

59. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel, *La función pública en Colombia*, Ediciones Rosaristas, Bogotá 1985, 2ª ed., Librería Jurídica Wilches, Bogotá 1987.

VI. A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

La Constitución Política de 1991 introdujo importantes cambios en los principios básicos que regulan el derecho público colombiano, los cuales, como es lógico, se reflejan en modificaciones específicas en diversos temas propios del derecho administrativo, en unos casos introducidos directamente por la Constitución y, en otros, mediante las normas legales que la han desarrollado.

Así, en lo referente a la organización administrativa nacional, el cambio en la estructura general del Estado introducido por la Constitución Política, que pasó del reconocimiento tradicional y simple de las tres ramas del poder público al de otros sectores del Estado con su propia autonomía, como los órganos de control y la organización electoral, así como el reconocimiento de otros órganos autónomos, como el Banco de la República y la Comisión Nacional de Televisión, se tradujo en importantes modificaciones a la rama ejecutiva. Este cambio constitucional ha traído diversos desarrollos legales para adaptar las regulaciones de las entidades y las relaciones entre ellas a las nuevas disposiciones constitucionales. Entre esos desarrollos, además de los cambios específicos producidos en el número, denominación y estatutos orgánicos de las diferentes entidades como ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, entidades descentralizadas y otras entidades especiales, la modificación fundamental consistió en la expedición de un nuevo estatuto básico de la administración pública, contenido en la ley 489 de 1998, que derogó los decretos extraordinarios 1050 y 3130 de 1968 y 130 de 1976, que regularon la administración nacional durante treinta años.

En el orden seccional y local, debe anotarse que la organización territorial fue precisamente uno de los principales temas de preocupación del Constituyente de 1991. Fue así como en el texto mismo de la Constitución se introdujo una nueva estructura de esa organización territorial, al eliminar antiguas entidades como las intendencias y comisarías, consolidar los tradicionales departamentos y municipios, consagrar otras nuevas como las regiones, las provincias y los territorios indígenas, y transformar el antiguo distrito especial de Bogotá en distrito capital. Desde el punto de vista legal, en desarrollo de la Constitución se han expedido nuevos estatutos para el Distrito Capital de Bogotá, y para las áreas metropolitanas, mientras que las regiones, las provincias y los territorios indígenas no han tenido aplicación por falta de su reglamentación legal. Finalmente, debe tenerse en cuenta que el actual estatuto básico de la administración pública, contenido en la ley 489 de 1998, también es aplicable a la administración seccional y local en algunos aspectos.

En el tema de la función pública, la Constitución de 1991 introdujo una innovación importante en el sentido de reconocer la calidad de servidores públicos a los miembros de las diferentes corporaciones públicas de representación popular.

El tema de las actuaciones administrativas ha continuado siendo objeto de especial preocupación tanto desde el punto de vista normativo como jurisprudencial y doctrinal. En ese sentido, en la Constitución Política de 1991 se crearon nuevos mecanismos de control jurisdiccional que en muchos casos comprenden dentro de su objeto a dichas actuaciones, como son la acción de tutela, la acción de cumplimiento, las acciones populares y las acciones colectivas o de grupo, las cuales han tenido una importante utilización por parte de los ciudadanos, traducida en el aumento de demanda de justicia en las diferentes jurisdicciones, especialmente en la contencioso-

administrativa. De otra parte, también la Constitución de 1991 introdujo importantes modificaciones al régimen de los actos del presidente de a República con categoría de ley, especialmente en lo referente a los actos derivados de crisis o estados de excepción. Asimismo, los diferentes cambios introducidos en los órdenes seccional y local implicaron reformas importantes en el régimen de los actos administrativos departamentales, distritales y municipales.

En relación con los contratos, el artículo 150 de la Constitución de 1991 estableció que compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública, en desarrollo de lo cual se expidió la ley 80 de 1993, que contiene dicho estatuto general, cuya principal particularidad es la de eliminar la dualidad tradicional de *contratos administrativos* y *contratos de derecho privado de la administración*, para introducir el concepto novedoso de *contrato estatal*, que comprende a la generalidad de los contratos celebrados por las entidades públicas.

En materia de responsabilidad del Estado, la Constitución de 1991 consagró el concepto de daño antijurídico como fundamento general de la responsabilidad administrativa, el cual, sin desconocer la evolución jurisprudencial sobre el tema, implica un paso más sólido hacia una responsabilidad objetiva.

Además, en esta etapa se han producido avances importantes en lo relacionado con la responsabilidad de los servidores públicos, tanto desde el punto de vista jurisprudencial como normativo.

El tema de la policía administrativa también se ha visto influenciado por la Constitución de 1991, en la medida en que ella quiso hacer especial énfasis en el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales, cuya regulación legal y reglamentaria constituye, precisamente, el campo de acción del poder de policía.

La Constitución de 1991 también hizo especial énfasis en el tema del servicio público y, con fundamento en ella, se ha expedido estatutos legales muy importantes para algunos servicios, como los llamados servicios públicos domiciliarios y los servicios públicos de educación y salud entre otros.

Desde la perspectiva jurisprudencial, debe destacarse que el mayor cambio producido en esta última etapa está dado por la importancia que, con ocasión de la nueva Constitución, ha adquirido la jurisprudencia constitucional en todos los órdenes, incluidos, lógicamente, los temas propios del derecho administrativo.

Esta nueva situación es efecto, de una parte, de la llamada constitucionalización del derecho y, de otra, del carácter reglamentarista de nuestra Constitución, que implica que un buen número de sus disposiciones no se limitan a consagrar los principios propios de una Carta Política, sino que descienden hasta cierto grado de reglamentación, tradicionalmente más propio del derecho administrativo que del derecho constitucional. En todo caso, la consecuencia de lo anterior en el contenido del derecho administrativo, desde el punto de vista jurisprudencial, se traduce en que para el estudio del mismo ya no es suficiente, como era lo tradicional, el análisis de la jurisprudencia administrativa, emanada especialmente del Consejo de Estado, sino que es necesario recurrir con mucha frecuencia a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como puede constatarse en las obras más recientes.

Igualmente, también debe advertirse en esta etapa las incidencias que la aplicación del llamado neoliberalismo puede tener sobre el campo de acción del derecho administrativo, en la medida en que la Constitución de 1991 se expidió en un momento

histórico especialmente favorable a esa filosofía. Sin embargo, hoy podemos afirmar que, contrariamente a lo que se temía, el contenido y el campo de acción del derecho administrativo colombiano no se vieron fundamentalmente afectados por esa tendencia neoliberal, por varias razones: de una parte, porque esa corriente político-económica no ha logrado imponerse ante las grandes preocupaciones sociales que se plantean en países como el nuestro; de otra parte, porque ante los procesos de privatización de actividades públicas que se han producido en aplicación de esa tendencia, el Estado ha venido reforzando los instrumentos de regulación, control y vigilancia de las actividades privatizadas, como en el caso de los servicios públicos domiciliarios, instrumentos que constituyen nuevos temas del derecho administrativo o reforzamiento de los ya existentes.

En lo que tiene que ver con la jurisdicción contencioso administrativa, no hay duda de que la Constitución de 1991, además de ratificarla como jurisdicción especializada, con sus funciones tradicionales, produjo un fortalecimiento de la misma al adscribirle nuevas funciones, ya no solo consultivas y jurisdiccionales, sino como colaboradora en la función electoral respecto de varias autoridades de los primeros niveles del Estado, adicionalmente a la función tradicional de juez electoral, como en lo referente a la competencia para decretar la pérdida de la investidura de los congresistas y la participación en la elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de la Corte Constitucional, así como del Procurador General de la Nación, del Contralor General de la República y de los contralores departamentales, distritales y municipales y del auditor de la Contraloría General de la República, como lo explicamos en otro escrito de nuestra autoría⁶⁰.

Igualmente, en desarrollo de la Constitución de 1991, se expidió la ley estatutaria de la administración de justicia (ley 270 de 1996), en la cual se previó la creación de los jueces administrativos como un tercer nivel de la jurisdicción administrativa, después del Consejo de Estado y de los tribunales administrativos departamentales, y que si bien aún no han sido puestos en funcionamiento, vendrán a reforzar el control jurisdiccional de la administración pública.

Finalmente, en relación con la doctrina en materia derecho administrativo, en esta etapa han aparecido algunas nuevas obras, como las de los profesores Jaime Orlando Santofimio Gamboa⁶¹ y Efraín Gómez Cardona⁶², y han continuado actualizándose otras de las aparecidas en etapas anteriores, como la del profesor Jaime Vidal Perdomo⁶³ y la del autor del presente escrito⁶⁴.

60. RODRÍGUEZ R., Libardo, "Origen y evolución de la jurisdicción administrativa en Colombia", *ob. cit.*

61. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1996; 2ª ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2002, t. II, 3ª ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1998 (publicado en dos ediciones anteriores bajo el título de *El acto administrativo*).

62. GÓMEZ CARDONA, Efraín, *Nuevo derecho administrativo colombiano*, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín 1995.

63. VIDAL PERDOMO, Jaime, *ob. cit.*, 10ª ed., Editorial Temis, Bogotá 1994; 11ª ed., Editorial Temis, Bogotá 1997.

64. RODRÍGUEZ R., Libardo, *ob. cit.*, 7ª ed., Editorial Temis, Bogotá 1994; 13ª ed., Editorial Temis, Bogotá 2002.

Además, en esta etapa puede destacarse la continuación de la aparición de nuevas obras sobre derecho procesal administrativo⁶⁵ y sobre temas especializados como derecho administrativo laboral⁶⁶, control fiscal⁶⁷, derecho ambiental⁶⁸, hacienda pública⁶⁹, acto administrativo⁷⁰, contratación administrativa⁷¹, responsabilidad del Estado⁷², derecho de policía⁷³ y servicios públicos⁷⁴, las cuales contribuyen de manera muy importante a fortalecer y consolidar la presencia del derecho administrativo en Colombia.

VII. REFLEXIONES Y CONCLUSIONES

Con fundamento en las reseñas y análisis presentados en el curso de este escrito, así como en las demás experiencias académicas e investigativas del autor, pueden expresarse las siguientes reflexiones y conclusiones:

1. El nacimiento y la evolución del derecho administrativo en Colombia han estado estrechamente ligados a la creación y desarrollo de la jurisdicción contencioso administrativa en nuestro país, pues la idea de un régimen jurídico especial para regular la actividad administrativa ha estado íntimamente relacionada con la existencia de un juez especializado en el control de la administración.

2. Si bien puede identificarse como antecedente remoto de la jurisdicción administrativa la creación del Consejo de Estado en 1817, y como antecedente próximo la previsión incluida en la Constitución de 1886 en el sentido de que la ley podría crear

65. PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, *Derecho procesal administrativo*, Librería Jurídica Sánchez R., Medellín 1999; 3ª ed., Librería Jurídica Sánchez R., Medellín 2002.

66. VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo, *Derecho administrativo laboral*, 2 ts., Rodríguez Quito Editores, Bogotá 1993; 4ª ed., Legis Editores, Bogotá 2000; PARRA GUTIÉRREZ, William René, *Derecho administrativo laboral y seguridad social*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1996; 2ª ed., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1999.

67. AMAYA OLAYA, Uriel Alberto, *Fundamentos constitucionales del control fiscal*, Umbral Ediciones, Bogotá 1996; MAZO GIRALDO, Hernán Alonso, *Apuntes para una teoría del control fiscal en Colombia*, Contraloría departamental, Medellín 1996; 2ª ed., Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín 1997.

68. MACÍAS GÓMEZ, Luis Fernando, *Introducción al derecho ambiental*, Legis Editores, Bogotá 1998.

69. PLAZAS VEGA, Mauricio, *Derecho de la hacienda pública y derecho tributario*, Editorial Temis, Bogotá 2000.

70. SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel, *Teoría general del acto administrativo*, Librería Jurídica Díké, Medellín 1995; 2ª ed., Legis Editores, Bogotá 1999.

71. SOLANO SIERRA, Jairo Enrique, *Contratación administrativa*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1993; 3ª ed., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1999; PARRA GUTIÉRREZ, William René, *Los contratos estatales*, Ediciones Jurídicas Gustavo IBÁÑEZ, Bogotá 1994; 4ª ed., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1999; PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, *La contratación de las entidades estatales*, Librería Jurídica Sánchez R., Medellín 1997; 3ª ed., Librería Jurídica Sánchez R., Medellín 2001; ESCOBAR GIL, Rodrigo, *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Legis Editores, Bogotá 1999; DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, *Régimen jurídico de la contratación estatal*, Legis Editores, Bogotá 2001; QUINTERO MÚNERA, Andrés y MUTIS VARGAS, Andrés, *La contratación estatal: análisis y perspectivas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá 2001.

72. HENAO PÉREZ, Juan Carlos, *El daño*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1998; TAMAYO JARAMILLO, Javier, *La responsabilidad del Estado*, Editorial Temis, Bogotá 2001.

73. TORRES ZULETA, Gonzalo, *Curso de derecho de policía*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1995; TORRES RICO, Remberto, *Derecho de policía*, 2 ts., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1999-2001.

74. MOLINA TORRES, José Antonio, *Régimen de los servicios públicos domiciliarios*, Ediciones Jurídicas Gustavo IBÁÑEZ, Bogotá 1998; 2ª ed., Ediciones Jurídicas Gustavo IBÁÑEZ, Bogotá 2001; PALACIOS MEJÍA, Hugo, *El derecho de los servicios públicos*, Derecho Vigente, Bogotá 1999.

dicha jurisdicción, la creación de la misma solo vino a producirse, a nivel constitucional, en 1910 y, a nivel práctico, con la expedición de las leyes 130 de 1913 y 60 de 1914, mediante la primera de las cuales se dio cumplimiento al mandato constitucional de crearla y se expidió el primer Código Contencioso Administrativo y, mediante la segunda, se organizó el Consejo de Estado como tribunal supremo de la misma jurisdicción. Por consiguiente, en esta época, que va de 1910 a 1914, puede ubicarse el nacimiento del derecho administrativo en Colombia.

3. Tanto del contenido del primer Código Contencioso Administrativo, como de los antecedentes que dieron lugar a la creación del Consejo de Estado y de la jurisdicción administrativa, así como de las expresiones de la jurisprudencia administrativa colombiana y de los primeros doctrinantes en la materia, se concluye fácilmente que el régimen administrativo colombiano se creó bajo la inspiración del régimen administrativo francés.

4. Igualmente, la evolución del derecho administrativo colombiano ha estado influenciada en gran medida por el desarrollo del derecho administrativo francés, especialmente por su jurisprudencia, dada la importancia de esta última en aquel régimen. Así se desprende tanto del contenido de los Códigos Contencioso Administrativos de 1941 y 1984, como de la jurisprudencia colombiana y los comentarios de los autores.

5. No obstante lo anterior, no se ha tratado exclusiva y simplemente de una imitación pasiva, ciega e inconsciente, como a veces se trata de presentar. En efecto, si bien podrían identificarse principios y soluciones traídos del derecho francés sin ningún proceso de adaptación, son también múltiples los ejemplos en los cuales dichos principios y soluciones se han traído de otros derechos, como el español o el norteamericano, o, en tratándose del derecho francés, han tenido un proceso de adaptación a la realidad nacional y, aún otros que otorgan rasgos propios al derecho administrativo colombiano.

6. Entre los rasgos propios que caracterizan al derecho administrativo colombiano podemos identificar, en primer lugar, que, a diferencia del francés, y a pesar de la influencia de este último, el colombiano es fundamentalmente de carácter legislado, manteniendo así el rasgo que caracteriza, en general, al derecho latino.

Lo anterior se traduce en que tanto los principios como las reglas, y aún múltiples soluciones de detalle, están generalmente contenidos en normas de naturaleza constitucional, legal o reglamentaria, de tal manera que aún en los casos en que los principios y reglas son importados del derecho francés, su adopción es objeto del trámite y discusión propio de las reformas constitucionales y de las leyes, por lo menos cuando la adopción se hace a través de estos instrumentos jurídicos. Por la misma razón, el estudio, análisis y conocimiento del derecho administrativo colombiano requieren, ante todo, el conocimiento y análisis de las normas legales vigentes sobre cada tema, antes que el examen de la jurisprudencia.

7. Lo anterior no quiere decir que la jurisprudencia no juegue papel alguno en el derecho administrativo colombiano, pues de todas maneras su importancia se refleja en varios aspectos. De una parte, algunas teorías, como la de la culpa o falla del servicio para fundamentar la responsabilidad del Estado, que estuvo vigente durante un buen tiempo, fue importada del derecho francés por la jurisprudencia colombiana sin que existiera norma legal expresa al respecto, aunque también en este caso se advierte la influencia del derecho legislado, en cuanto la misma jurisprudencia se preocupó de buscar normas legales que le dieran sustento a la aplicación de esa teoría. Pero, en

todo caso, no puede negarse que en este tema de la responsabilidad del Estado la jurisprudencia ha jugado un papel muy importante al aplicar diversas fuentes de responsabilidad, hasta llegar últimamente, por las particularidades propias de nuestro país, a comenzar a diseñar una responsabilidad estatal por los daños causados por actos de terrorismo⁷⁵.

8. En muchos otros casos, la jurisprudencia juega un papel esencial en el ejercicio de su función natural de interpretación de la ley, pues dado el gran dinamismo de la actividad del Estado, la capacidad legislativa de este último deja con frecuencia importantes márgenes a la interpretación, ya sea porque la ley no cubre todos los aspectos del tema regulado, o por que las leyes se desactualizan frente a los fenómenos cambiantes de la actividad administrativa o, en otros casos, porque su contenido no es de fácil comprensión. Puede afirmarse, como conclusión de este aspecto, que a pesar de predominar en Colombia un régimen administrativo legislado, la jurisprudencia juega un papel más importante en el derecho administrativo que en las otras ramas del derecho.

9. En relación con la concepción de la jurisdicción administrativa también puede concluirse, de una parte, que su origen, estructura y funcionamiento se han inspirado en la jurisdicción administrativa francesa.

Así lo atestiguan la jurisprudencia, la doctrina y el examen de las normas que crearon y han regulado esa jurisdicción en Colombia. Sin embargo, aquí también aparecen rasgos y características especiales que le dan fisonomía propia a esa institución en nuestro país.

10. En efecto, de una parte, la evolución de la jurisdicción administrativa en Colombia muestra una especial preocupación por fortalecer su carácter jurisdiccional, lo cual se traduce en varios aspectos.

En primer lugar, casi desde su comienzo se ha considerado a esta jurisdicción como parte integrante de la rama judicial del poder público, lo cual ha sido formalmente reconocido por la Constitución de 1991, a diferencia del régimen francés en el cual, aún hoy, se considera como un cuerpo especial con funciones jurisdiccionales, entre otras, pero con nexos estructurales y de funcionamiento muy estrechos con la administración.

En segundo lugar, las funciones jurisdiccionales se han venido fortaleciendo, tanto desde el punto de vista práctico, en virtud de una creciente demanda de justicia en los asuntos del Estado, como desde el punto de vista de sus competencias, ejemplos de lo cual son la ampliación de su objeto a los contratos de la administración y a la responsabilidad del Estado, que estuvieron excluidos durante un buen tiempo, y especialmente la extensión de su campo de acción al juzgamiento de las actividades de los particulares cuando ejercen funciones administrativas y a los actos políticos o de gobierno, aún por razones de fondo, bajo la consideración de que toda la actividad administrativa, sin exclusión, está sometida a su control.

En tercer lugar, otra expresión del fortalecimiento del carácter jurisdiccional podemos encontrarla en la decisión de crear juzgados administrativos como un tercer orden jerárquico dentro de la jurisdicción, inferiores a los tribunales administrativos

75. V., por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, Expediente n° 9550; y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, sentencia de 22 de enero de 1996, Expediente n° 10648.

departamentales, los cuales, además, conllevan otra diferencia con el régimen francés, en cuanto en este último la preocupación por ampliar la organización de la jurisdicción se tradujo en la creación de las cortes administrativas de apelación, a nivel regional, con ubicación intermedia entre el Consejo de Estado y los tribunales administrativos seccionales.

11. Infortunadamente, tal vez la especial preocupación por la función propiamente jurisdiccional, a la que acabamos de hacer referencia, se ha producido en desmedro de las funciones consultivas y de preparación de proyectos de ley por parte del Consejo de Estado, órgano supremo de esta jurisdicción, que fueron precisamente las funciones que dieron origen a esta institución.

Esta situación se ha presentado, no solo porque las reformas introducidas últimamente han venido reduciendo los casos de consulta obligatoria, sino porque el gobierno no hace suficiente uso de la posibilidad de consultar al Consejo, aún sin carácter obligatorio, ni de solicitarle la preparación de proyectos de ley, así como tampoco el Consejo hace uso regularmente de la iniciativa propia que tiene para presentar proyectos de ley y de reformas constitucionales.

12. De otra parte, también desde hace varias décadas se ha presentado en nuestro país una especial preocupación por la autonomía de la jurisdicción administrativa, como de todas las jurisdicciones, que ha llevado al Constituyente y al legislador a garantizar una total independencia de los magistrados y consejeros respecto de las otras ramas del poder, hasta el punto de que ni el gobierno ni el congreso intervienen en su designación, así como tampoco aquellos pueden ejercer funciones propias de la administración, lo cual constituye otro rasgo diferenciador de nuestra jurisdicción frente a la francesa.

13. Las funciones del Consejo de Estado y aún de los tribunales administrativos se han visto incrementadas, por fuera de las de carácter consultivo y jurisdiccional, por la participación que la Constitución de 1991 les ha entregado en la designación de altos funcionarios del Estado y por la competencia atribuida para conocer de las solicitudes de pérdida de investidura de los congresistas, diputados y concejales, lo cual también diferencia esta jurisdicción de la francesa, que ha sido su fuente de inspiración.

14. Finalmente, debemos hacer notar que las características de la jurisdicción administrativa colombiana, tanto las que han sido adoptadas del régimen francés como las propias, han sido en algunos casos afectadas por la importación al sistema jurídico colombiano de elementos e instituciones de otros regímenes extraños a nuestro carácter y mentalidad latinos, sin suficiente y riguroso análisis sobre sus consecuencias y su armonización con las instituciones propias y con nuestra mentalidad, lo cual ha traído dificultades e incoherencias en la aplicación práctica de nuestro sistema jurídico en general y del régimen administrativo en particular.

Tal es el caso de las acciones de tutela, de cumplimiento, populares y de grupo que la Constitución de 1991 introdujo como novedad, pero cuya aplicación exitosa requiere un esfuerzo de adaptación y articulación con las instituciones judiciales tradicionales que la misma Constitución decidió conservar.

De todo lo anterior puede concluirse que tanto en el caso de importaciones, imitaciones o adaptaciones de soluciones o instituciones de regímenes semejantes, como, con mayor razón, en el caso de que dichas importaciones o imitaciones provengan de sistemas extraños a las peculiaridades y características propias, ello debe hacerse con

el mayor cuidado, prudencia y rigor, a fin de garantizar la mejor articulación posible de las instituciones importadas con las realidades nacionales, como lo advertía el profesor Jean Rivero desde hace varias décadas, al analizar, precisamente, lo que él identificaba como “*fenómenos de imitación de modelos extranjeros en derecho administrativo*”⁷⁶, los cuales ya consideraba naturales desde esa época y que hoy son más evidentes y necesarios en una sociedad que tiende a la globalización en todos los órdenes, incluido el jurídico.

76. RIVERO, Jean, “Los fenómenos de imitación de modelos extranjeros en derecho administrativo” en *Páginas de derecho administrativo*, Editorial Temis, Bogotá 2002, pp. 135 y ss.

§ 58. LA AMPLIACIÓN CUANTITATIVA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

Carlos Luis Carrillo Artiles
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. LA NOCIÓN DE ESTADO DE DERECHO Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Cada vez que aludimos a la noción del Principio de Legalidad resulta imperativo referirnos previamente al concepto de Estado de Derecho, ya que la existencia y tangibilidad de dicho Estado de Derecho es el punto de partida para la existencia y garantía misma de la Legalidad en cualquier estructura estatal moderna.

En principio, “todo poder pretende ser *legítimo* (ningún poder se presenta como usurpador e ilegítimo, todos pretenden *tener derecho* al mando), todo poder es un poder jurídico, o en términos más categóricos, toda forma histórica de Estado es un Estado de Derecho”¹. Sin embargo, basados en la idea que el Estado de Derecho es un presupuesto de existencia y condicionante del Principio de Legalidad, se impone atisbar en la génesis histórica de dicha noción o concepto.

II. LA GÉNESIS HISTÓRICA DE LA NOCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO

Así pues, el establecimiento de la noción de Estado de Derecho surge a partir del advenimiento del Estado Moderno, a finales del siglo XVIII y albores del siglo XIX, como reacción al ejercicio del Absolutismo típico del Estado Autoritario y Despótico, en el cual la voluntad del Monarca constituía el centro de la esfera normativa, jurisdiccional y gubernamental del Estado, pues “la fuente de todo Derecho era la persona subjetiva del Rey”² quien concentraba en sí mismo el Poder Global, fundamentada dicha legitimidad del Poder en una presunta conexión con la Divinidad, ya que la detentación y ejercicio de ese Poder Tradicional era transmitido de generación en generación por sus antecesores y antepasados, los cuales en algún momento de su árbol genealógico tenían una conexión con Dios, lo cual acarrearía la insoslayable sumisión o subordinación de toda la población en su condición de súbditos, y “la inexistencia de límites para la voluntad del monarca, de tal suerte que sus actos eran totalmente inimpugnables, razón por la cual los súbditos no tenían ningún tipo de derechos subjetivos públicos”³.

1. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t I, Editorial Civitas, Madrid 1977, p. 247.

2. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t I, *ob. cit.*, p. 248.

3. PEÑA SOLIS, José, *El principio de legalidad y la discrecionalidad administrativa en Venezuela*, Fondo Editorial 60 años de la Contraloría General de la República, Caracas 1998, p. 14.

III. LA TESIS DE LA VINCULACIÓN POSITIVA

Esta formulación fue radicalmente atacada por los ideólogos de la revolución Francesa, quienes consideraban que la fuente de todo Derecho no estaba en ninguna instancia supuestamente religiosa, divina o trascendental a la comunidad, sino que proviene de la voluntad general, cuya exclusiva forma legítima de expresión es a través de la Ley General, por ende la Ley es la encargada de determinar y justificar expresa y previamente todos los actos singulares de Poder, o lo que se denomina la tesis de la *vinculación positiva de los órganos públicos a la Ley*; situación que ubica al individuo y su *status libertatis* como centro de la esfera normativa del Estado, a través del establecimiento de un orden transpersonal, lo cual explica la esencia y razón de ser del Estado mismo cuya legitimidad proviene de la voluntad general.

De manera que, “la esencia del proceso del poder consiste en un intento de establecer un equilibrio entre las diferentes fuerzas pluralistas que se encuentran compitiendo dentro de la sociedad estatal, siendo garantizada la debida esfera para el libre desenvolvimiento de la personalidad humana”⁴. Como consecuencia se erige la tesis del Poder Racional Individual, donde el Estado como ente lequía jurídica, se eleva sobre las voluntades individuales por la existencia y justificación del Poder Político, como un elemento constitutivo del Estado junto con la Población y el Territorio; por lo que, dicho Poder Político se presenta como la potestad que tiene el órgano público de hacerse obedecer y enunciar mandatos válidos dirigidos a destinatarios que aceptan e interiorizan dichas ordenes.

De allí que con el establecimiento del Estado Moderno, todo Poder Legítimo orbita en torno al concepto de la Competencia del ente público, como atribución expresa de Ley, por cuanto se identifica al Poder como la medula sustancial del Estado y se afirma que todo Poder se reduce estrictamente a un Poder Jurídico de Obrar por el cual el hombre esta sometido al imperio de las normas⁵, por lo que haciendo una actualización del principio de la Constitución Francesa de 1791, “no hay autoridad superior a la Ley, y el Gobernante no ordena ni gobierna más que por ella, y sólo en nombre de la Ley puede exigir obediencia de los particulares”. Ante lo cual emergería un correlativo lógico, que data desde la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la cual exalta la existencia de una “libertad plena de acción en el obrar del particular quien no podrá ser impedido de realizar su voluntad salvo expresa limitación en Ley”, en virtud de lo cual, nadie podrá ser forzado a hacer lo que ella no ordena imperativamente.

IV. LA TESIS DE LA VINCULACIÓN NEGATIVA

Sin embargo, paralelamente en latitudes germanas se erigió una contratesis como fue la de la vinculación negativa, que afirmaba un paralelismo de potestades entre el Monarca y el Parlamento, sólo detentando éste último, el monopolio “de sancionar aquellas leyes que incidían sobre los derechos de libertad y propiedad de sus súbditos, lo cual conduciría a que el Gobierno y la Administración (Monarca) -a diferencia de lo que ocurría en Francia- no fueran meros ejecutores de Ley, la cual funcionaba más

4. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ediciones Ariel, Barcelona 1965, p. 27.

5. KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, Editorial Nacional, México DF. 1979.

bien como un límite externo de actuación”⁶, por lo que en ejercicio de esa actividad administrativa se podría realizar con toda libertad cualquier actuación válida siempre que se efectuase dentro de ese espacio dejado por el límite externo de prohibición constituido por la Ley.

Con el devenir del tiempo, esta tesis de la vinculación negativa en los países germánicos ha sufrido un cambio en sentido inverso, dirigido hacia un acercamiento a la tesis de la vinculación positiva, generándose una especie de convergencia entre tales tesis que originalmente nacieron contrapuestas en una posición actual, la cual sin lugar a dudas reconoce la vigencia de la tesis de la vinculación positiva con ciertas atenuaciones, como es que en la actualidad, ya no existe una radical supeditación al monopolio del Parlamento como productor de normas jurídicas, sino que se reconocen como *proprias* y se justifican un cúmulo de facultades ínsitas a todos los órganos que integran el Poder Público, cuando ejercen actividad de naturaleza administrativa siempre que pretendan la consecución de fines públicos dirigidos a la obtención del interés general.

Esta flexibilidad o laxitud ínsita, operará sólo cuando con dicha actividad administrativa, no se genere ninguna afectación a la esfera jurídica subjetiva de los particulares por la confección de un acto de naturaleza ablatoria mediante el cual se comprima, conculque, cercene o modifique negativamente el espectro subjetivo del particular, ya que en esos supuestos específicos, siempre deberá mediar una norma de rango legal que otorgue de manera expresa dicha atribución de competencia ablatoria a los órganos del Poder Público, por cuanto tal facultad sólo es concebible en un Estado de Derecho, como producto o resultado del estricto seguimiento de las pautas previstas en el orden constitucional-legal, y que están restringidas al campo de la llamada Reserva Legal.

V. LA NOCIÓN FORMAL DE ESTADO DE DERECHO

Por ello se evidencia la importancia del concepto de Estado de Derecho, el cual podemos identificar como aquél principio de organización estatal en el cual existe un conjunto de normas jurídicas jerarquizadas en un orden prelativo, denominado como bloque de legalidad, las cuales se imponen y obligan no sólo a sus destinatarios sino que también son acatadas por los gobernantes, pues sin excepción son aplicadas a todos los integrantes por igual de dicho ente estatal, sin importar si su contenido es justo o injusto, pues lo determinante es exclusivamente el respeto al mandato normativo imperativo que se suprapone inclusive a las voluntades individuales.

De manera que desde el punto de vista meramente formal, aunque parezca extraño para algunos doctrinarios, en Estados como el Nazista, Fascista o Comunista, siempre que se acate el mandato normativo por todos sus componentes, habría un Estado de Derecho, aún cuando no compartamos ni filosófica ni ideológicamente el contenido de sus normas por considerarlas erradas, injustas o reprobables.

Justamente con la asunción del régimen constitucional Liberal y el auge del positivismo jurídico formal, se produjo un verdadero sometimiento del Estado al Derecho, bajo el espectro de una específica regla fundamental, que contrastaba la existencia de

6. PEÑA SOLIS, José, *ob. cit.*, p. 16.

la libertad individual ilimitada del particular frente a una facultad limitada del Estado de actuar circunscrita siempre a una norma atributiva de competencia, lo cual conduciría a todo un sistema organizativo de capacidades de acción atribuidas por texto expreso de la Ley a todos los entes públicos, bajo la denominación de competencias formales, las cuales generarían una diversificación del Poder Público en una pluralidad de órganos que ejercerían funciones públicas específicas.

Por ende todo se reduce a un engranaje de reglas que edifican unas garantías de respeto, obediencia y acatamiento de la Ley, de allí la Supremacía Constitucional, la Primacía de la Ley, de la Reserva Legal, y el denominado Principio de Paralelismo de las Formas, de lo que se deriva la existencia y tangibilidad del Principio de Legalidad, y su eventual tutela judicial efectiva ante cualquier quebrantamiento o vulneración a dicho principio, pues todos los elementos enunciados son condicionantes de la efectividad y vigencia de la Legalidad.

VI. CARACTERES QUE DEFINEN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Existen unos caracteres concurrentes que reiteradamente han sido favorables para que florezca en un sistema jurídico de cualquier Estado, la tangibilidad del Principio de Legalidad. Su significación y alcance es de la más variada índole, pero su concurrencia resulta vital e inevitable al objeto de tal demostración.

En primer lugar ese Estado debe establecer en su ordenamiento fundamental, el reconocimiento de la existencia de Derechos Públicos Subjetivos, e inclusive también de una gama de cualidades subjetivas, como son los intereses calificados, difusos e inclusive fragmentarios.

Frente a tal reconocimiento de situaciones subjetivas por el Estado, debe existir como premisa fundamental, el principio basado en que toda conducta imputable a cualquier órgano del Poder Público es susceptible de revisión y que no existe acto o conducta excluida de control, lo que se ha denominado como el principio de 'Universalidad del Control de los Actos dictados en ejercicio del Poder Público'. Como es fácil observar, hemos hecho mucho énfasis en la denominación conductas ya que a nuestra manera de ver no sólo es susceptible de control los actos positivos de los órganos públicos en el sentido de actividades realizadas, sino también las inercias, inactividades o conductas negativas o de no hacer por tales entes⁷.

Asimismo dicho Estado debe necesariamente estatuir una verdadera garantía de defensa, la cual se verificaría en un fluido acceso a una protección y goce de una real Tutela Jurisdiccional Efectiva ante cualquier quebrantamiento a tales esferas personales, atendiendo justamente a esa amplitud del elenco plurisubjetivo de actos susceptibles de ser controlados, sin importar su naturaleza o procedencia.

Ahora bien esa posibilidad de tutelarse judicialmente debe ser canalizada esencialmente a través de dos importantes competencias jurisdiccionales específicas que permitan el control de todas las conductas estatales, edificando por una parte, todo un conjunto de órganos con la singular competencia de control y respecto de la Constitucionalidad, al mismo tiempo que paralelamente exista toda una estructuración jurisdiccional.

7. Al respecto ver CARRILLO ARTILES, Carlos Luis, *El recurso jurisdiccional contra las abstenciones u omisiones de los Funcionarios Públicos*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1999.

diccional con competencia específica de control sobre las conductas y actos de los órganos públicos, cuando actúen en ejercicio de una actividad sustancial y orgánicamente administrativa como sería el Contencioso Administrativo.

Por último ese ordenamiento jurídico estatal debe consagrar que el Estado sea Responsable Patrimonialmente por sus conductas y actuaciones, de manera que en caso que sea improbable resarcir o restablecer directamente la situación jurídica infringida por el actuar público, en las instancias judiciales a las cuales recurrió como afectado, ante lo cual, a dicho afectado le quedaría la opción de solicitar un equivalente o sucedáneo que condene al órgano público al pago de sumas de dinero por concepto de daños y perjuicios ocasionados por la conducta administrativa lesiva, irreparable por vía directa, la cual fue sufrida particularmente por ese exclusivo ciudadano en su esfera patrimonial.

Dicha responsabilidad patrimonial debe ser independiente de “la responsabilidad personal de las autoridades, funcionarios y sus agentes (responsabilidad directa)”⁸.

VII. ACERCAMIENTO A LA NOCIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Consideramos oportuno efectuar un primer intento de construir una noción legalista del Principio de Legalidad, el cual emerge como un verdadero principio garantístico de rango constitucional que otorga seguridad y certeza jurídica, y protege la libertad de los individuos gobernados que componen una sociedad frente a la actuación de los entes públicos y gobernantes, entidades que se presentan como una variedad de entelequias o ficciones intangibles creadas por el pacto social, para acometer funciones de interés público y general, y que supone básicamente la sumisión absoluta e irrestricta de todo órgano y funcionario del Poder Público a la Ley. Esto se verifica en primer lugar, a través del respeto del mandato de competencia contenido en la Ley, la cual unge con capacidad de acción a tales entes públicos, pero que obliga al mismo tiempo, a una absoluta y plena conformidad y apego de todas sus actuaciones, normas y actos a todo un sistema de jerarquización de normas denominadas Bloque de Legalidad.

“Como lo advierte la doctrina, el principio de legalidad constituye una limitación del poder administrativo y tiene inspiración liberal; estará mejor asegurado, por otra parte, en la medida en que resulte más expedito controvertir judicialmente las decisiones”⁹.

8. MOLES CAUBET, Antonio, *El principio de legalidad y sus implicaciones*, Publicaciones del Instituto de Derecho Público UCV, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1974, p. 8.

9. VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Administrativo*, Undécima Edición, Editorial Temis, Bogotá 1997, p. 331

VIII. LA NOCIÓN DEL ESTADO SOCIAL Y DE DERECHO. EL ACTIVISMO SOCIAL

Sin embargo, frente a dicha tesis legalista y en atención a “los excesos a que condujeron el positivismo y el formalismo jurídico, pagados a un alto precio con el segundo conflicto bélico mundial, determinan -de forma paralela a la progresiva penetración y consolidación de la idea del activismo social del Estado- la recuperación del plano sustantivo o material en el concepto del Estado de Derecho. Éste no significaría ya tan sólo garantía de principios y reglas formales de producción, vigencia y aplicación del ordenamiento jurídico, sino también y sobre todo salvaguardia y realización de determinados bienes y valores históricos y reales”¹⁰.

Bajo esta óptica se afirma que existiría una insuficiencia en la visión puramente formalista del Estado de Derecho de la tesis legalista, ya que según su criterio, sería necesario la existencia e inclusión de una variedad de garantías y situaciones, que permitan efectivamente el reconocimiento de una serie de derechos públicos subjetivos para que se verifique la tangibilidad de un Estado de Derecho. Entre estos elementos estaría la necesidad de una Constitución “aprobada por el pueblo, democracia política, gobernantes electos, separación de poderes y garantía de los derechos humanos frente al legislador y, más aún hasta frente al constituyente, que no puede atender contra los derechos naturales *inherentes a la persona humana*”¹¹. A la luz de esta posición, se negaría el carácter de Estado de Derecho a “las tiranías de partido único que constituyen su más radical negación, como el nazismo, el fascismo y el comunismo soviético y similares, que a veces pretendieron ser Estado de Derecho o poseer la llamada *legalidad socialista*, que no pasa de ser una disciplina impuesta por el partido a funcionarios y súbditos, pero no limita a los gobernantes ni confiere verdaderos derechos subjetivos a los gobernados”¹².

IX. LA NOCIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD A LA LUZ DEL ACTIVISMO SOCIAL

En tal orden de ideas, el Principio de Legalidad, es mucho más profundo y sustancial que una noción puramente formal, que “supone la conformidad del orden jurídico, no sólo con un escalonamiento normativo formal, sino la posibilidad de su control por jueces independientes y ciertos valores sustanciales, de fondo, metajurídicos, sin cuyo respeto integral no existe Estado de Derecho en el sentido auténtico de la expresión. Si a pretexto de la soberanía, o de la usurpación, mejor dicho, de la soberanía nacional, por supuestos constituyentes originarios, autocalificados como revolucionarios, se instituyesen normas supremas tiránicas, no cabría calificar como un Estado de Derecho al que se instituyese o desarrollase sobre tales bases”¹³.

10. PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Manual de derecho administrativo*, vol. I, 5ta Edición, Editorial Ariel, Madrid 1998, p. 60.

11. REAL, Alberto Ramón, “Principio de legalidad y validez del acto administrativo en el Estado de derecho”. En el Curso Internacional de *El Derecho Administrativo en Latinoamérica*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá 27 de julio de 1978, p. 46.

12. REAL, Alberto Ramón, *ob. cit.*, p. 47.

13. REAL, Alberto Ramón, *ob. cit.*, p. 47.

Es justamente inserto en esta visión donde se circunscribe la formulación de nuestra Constitución recientemente dimanada por la Asamblea Nacional Constituyente, la cual fue sujeta a un referendo aprobatorio en fecha 15 de diciembre de 1999, publicada en fecha 30 de diciembre de 1999 en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela N° 36.860, y re-publicada en fecha 24 de marzo de 2000 en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela, N° 5.453 Extraordinario, al aducir expresamente que Venezuela es un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, por lo que pareciera anteponerse el carácter social al cual se da preeminencia antes del elemento jurídico formal.

Sin hacer juicio de valor sobre dicha enunciación constitucional, queremos puntualizar que lo más significativo de los ordenamientos jurídicos que propugnan la consolidación del activismo social, es específicamente que “la Ley deja de ser simplemente la expresión de la *razón colectiva*, de la *justicia definida por la voluntad soberana*, para pasar a ser sobre todo el producto de la voluntad parlamentaria mayoritaria en el contexto del pluralismo político y, por tanto, manifestación de un compromiso político en el seno del orden constitucional dado”.

Ahora bien, es importante resaltar que nuestra redacción fundamental se conforma con la simple afirmación que nuestro país se eleva como un Estado Social de Justicia y de Derecho, sin precisar o establecer con claridad su contenido teórico, ya que la Exposición de Motivos sobrevenidamente publicada sólo aduce que:

Se define la organización jurídico política que adopta la Nación venezolana como un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia. De acuerdo con esto, el Estado propugna el bienestar de los venezolanos, creando condiciones necesarias para su desarrollo social y espiritual, y procurando la igualdad de oportunidades para que todos los venezolanos puedan desarrollar libremente su personalidad, dirigir su destino, disfrutar los derechos humanos y buscar su felicidad.

Los principios de la solidaridad social y del bien común conducen al establecimiento de ese Estado social, sometido al imperio de la Constitución y de la ley, convirtiéndolo, entonces, en un Estado de Derecho. Estado social de Derecho que se nutre de la voluntad de los ciudadanos, expresada libremente por los medios de participación política y social para conformar el Estado democrático. Estado Social y democrático de Derecho comprometido con el progreso de integral que los venezolanos aspiran, con el desarrollo humano que permita una calidad de vida digna, aspectos que configuran el concepto de Estado de Justicia¹⁴.

La paternidad de la propuesta de inserción de esa noción de Estado democrático y social de derecho y de justicia, en la Constitución de 1999 se la atribuye al constituyente Allan Brewer Carías, a quien casuísticamente rendimos homenaje en este libro, siendo uno de su más significativo aporte al Debate Constituyente en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, el cual se gestó al discutir el título referido a los principios fundamentales de la República, a través de una comunicación dirigida al presidente y demás miembros de la Comisión Constitucional, en la sesión del 29 de septiembre de 1999, en la cual se efectuaban unas observaciones a la redacción original propuesta para la discusión, que textualmente refería a que, “la República de Venezuela es un Estado de justicia y social de Derecho”.

14. Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, Extraordinario n° 5.453 de fecha 24 de marzo de 2000.

Se pretendía con ello que la norma identificará “los valores superiores del ordenamiento jurídico y los fines esenciales del Estado, de manera que orienten todo el articulado de la Constitución y se eviten repeticiones en otras normas”¹⁵.

Dicha expresión Estado Social de Derecho, “si bien es una incorporación novedosa en el sistema venezolano, no lo es sin embargo en el constitucionalismo contemporáneo, por cuanto ya aparece en la Constitución de la República Federal Alemana de 1949, en la Constitución de la República Española de 1978 y en la Constitución Política de Colombia de 1991.

El Estado Social de Derecho ha sido designado también como *Welfare State* Estado de Bienestar o Estado Social Demócrata, para describir un Estado interesado en el bienestar y opuesto, a todas las formas autoritarias”¹⁶.

El Estado Social es un paso arriba del Estado clásico, individualista y liberal, que evoluciona para convertirse en “organización política y jurídica en la cual se reconoce la estructura grupal de la sociedad y la necesidad de armonizar los intereses de los grupos sociales, económicos, políticos y culturales, cada vez más complejos, a través de los principios de la justicia social”¹⁷.

X. ANTECEDENTES Y DEVENIR CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN VENEZUELA

El antecedente más remoto de la preceptuación venezolana del Principio de Legalidad descansa en nuestra Constitución de 1811, la cual aún cuando no erigía un precepto específico que elevase al rango fundamental dicho Principio, si contenía diversos artículos que indicaban la sujeción de los diversos órganos del Poder Público en su acción a la orden constitucional.

Una excelente evidencia es el contenido de su *Preliminar* especie de Preámbulo el cual establece que: “El ejercicio (sic) de esta autoridad confiada a la Confederación no podrá jamás hallarse reunido en sus diversas funciones. El poder supremo debe estar dividido en Legislativo, Ejecutivo (sic), y Judicial, y confiado a distintos Cuerpos independientes entre sí, en sus respectivas facultades. Los individuos que fueren nombrados para ejercerlas (sic) se sujetarán (sic) inviolablemente al modo, y reglas que en esta constitución se les prescriben para el cumplimiento, y desempeño de sus destinos”¹⁸.

No obstante, en nuestro devenir constitucional, es en el artículo 8 de la Constitución del Estado de Venezuela del 24 de septiembre de 1830, cuando por primera vez, se preceptúa en concreto un verdadero antecedente normativo de ese Principio, al patentizarse que:

15. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, t II, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999.

16. RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Análisis de la Constitución Venezolana de 1999*, Editorial ExLibris, Caracas 2000, p. 45.

17. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Estado Democrático y Social de Derecho”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, Año XXXIII, n° 98, mayo-agosto 2000, p. 604.

18. Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811.

El Poder Supremo se dividirá para su administración en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Cada poder ejercerá las atribuciones que le señala esta Constitución, sin excederse de sus límites respectivos¹⁹.

Luego es en la sucesiva Constitución de los Estados Unidos de Venezuela del 18 de abril de 1857, específicamente en su artículo 6, donde se construye una redacción mucho más adecuada y cercana a la actual, al sustituirse la expresión Poder Supremo por *Poder Público* e incorporarse la obligación del ejercicio de las atribuciones no sólo a lo ordenado por la Constitución sino extendiéndose también a las *Leyes*, al edificarse la siguiente redacción:

El Poder Público se divide para su administración, en Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Municipal. Cada uno de estos poderes ejercerá las atribuciones que le señalan la Constitución y las Leyes sin excederse de sus límites²⁰.

Posteriormente el artículo 84 de la Constitución Nacional de 1947, efectúa un acercamiento a la actual redacción al prever que: “El Poder Público se ejercerá conforme a esta Constitución y a las Leyes que definen sus atribuciones y facultades. Todo acto que extralimite a dicha definición constituye una usurpación de atribuciones”.

Todo esa formulación aterriza finalmente en la consagración constitucional del artículo 117 de la Constitución de la República de Venezuela de 1961, que en una redacción similar a la prevista actualmente por la Constitución de 1999, contenía la siguiente enunciación:

La Constitución y las leyes definen las atribuciones del Poder Público, y a ellas debe sujetarse su ejercicio.

XI. EL ESTABLECIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, invoca en su artículo 137 al denominado Principio de Legalidad Genérico que abarca todo el espectro de novedad pentaorgánica que componen al Poder Público, al afirmar que:

Esta Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a los cuales deben sujetarse las actividades que realicen.

Quizás uno de los aspectos favorables de la Constitución Venezolana de 1999 en relación a la Constitución de 1961, consisten una ampliación significativa en el número de los artículos que refuerzan al Principio de Legalidad, de manera que cuantitativamente es absolutamente comprobable dicha mejoría numérica en el texto fundamental, aún cuando en la realidad práctica se han generado ciertas distensiones a dicho principio, como ya hemos expresado en diversos trabajos precedentes²¹.

Usualmente tenemos la errada creencia que el Principio de Legalidad Constitucional Venezolano, se reduce a la enunciación del precitado artículo 137 de la actual Constitución, lo cual sucedía exactamente igual con el artículo 117 de la Constitución de la

19. Constitución del Estado de Venezuela del 24 de septiembre de 1830.

20. Constitución de los Estados Unidos de Venezuela del 18 de abril de 1857.

21. Al respecto ver nuestra opinión en el artículo denominado “El Desplazamiento del Principio de Supremacía Constitucional por el régimen de los Interregnos Temporales” en la *Revista de Derecho Constitucional* nº 3, Editorial Sherwood, Caracas 2001.

República de Venezuela de 1961, pero la realidad es que el Principio de Legalidad es mucho más extenso y no se trata de un único imperativo insulado en el orden constitucional, por el contrario si fuere así, por sí solo sería insuficiente e ineficaz, ya que para detentar pleno cumplimiento y vigencia se impone el establecimiento de todo un orden normativo mediante la confección de una compleja red o entramado de preceptos constitucionales que garanticen la vigencia y protección de tan cardinal Principio.

Parafraseando al maestro Moles Caubet que argumentaba que: “el principio de legalidad no puede quedar plenamente expresado en una única norma constitucional (sic) por cuanto domina todo el ordenamiento jurídico de cuya coherencia interna es factor decisivo.

Así el principio de legalidad adquiere a rango constitucional cuando la Constitución dispone de una retícula normativa, valga la imagen; es decir, de un entrelazamiento de normas, hecho posible para que el principio tenga una completa y efectiva realización. Puesto que, siendo el principio de legalidad auténtico principio condicionante, no se encuentra, tanto en un solo texto de la Constitución como en todo su contexto”²².

Al efecto de patentizar cual ha sido el incremento cuantitativo de disposiciones de rango fundamental en nuestra novedosa Constitución, dirigidas a reforzar la consagración del Principio de Legalidad en Venezuela, resulta imperativo visualizar una especie de comparación de dicha red o entramado constitucional con la edificada en el precedente reciente texto fundamental de 1961.

XII. EL ENTRAMADO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

De una acuciosa revisión al novel ordenamiento constitucional emergen de acuerdo a nuestro juicio, 21 artículos que vendrían a reforzar al aludido artículo 137.

Afloran así en orden numérico, en primer lugar, el artículo 3 que consagra los fines esenciales Estado Venezolano, entre los cuales esta específicamente el de garantizar el cumplimiento de dicha Constitución.

El artículo 7 que erige específicamente el Principio de Supremacía Constitucional y la sujeción irrestricta funcionarios y órganos Poder Público a dicha Constitución. Consideramos importante resaltar que aún cuando dicho precepto como unidad es novedoso en el régimen constitucional, ya la Constitución de 1961 en su contexto garantizaba dicho principio formalmente.

El artículo 20 como una han redacción idéntica al artículo 43 de la Constitución de 1961, que consagra la garantía de la Libertad de desenvolvimiento Persona Humana, al afirmar que: “Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social”. Según nuestra modesta opinión hubiese sido más afortunada dicha redacción constitucional si hubiese incluido que esa libertad de conducta de los particulares, sólo estuviese liderada por “las limitaciones que se deriven de esta *Constitución y de las Leyes* y del derecho de las demás y del orden público y social”, remarcando en consecuencia, que la esfera de libertad individual sólo puede ser comprimida por el orden fundamental o de rango específicamente legal. Por fortuna existe en el

22. MOLES CAUBET, Antonio, *ob. cit.*, pp. 13 y 14.

mismo orden constitucional, una expresa reserva legal prevista en su artículo 156, a la cual haremos mención que lo sucesivo, y que garantiza dicha formulación expuesta.

El artículo 25 que establece la nulidad de los actos contrarios a la Constitución y la Ley, cuyo correlativo en la Constitución de 1961 era el precepto 46. Este artículo es de significativa importancia al efecto de ilustrar la amplitud del Principio de Legalidad consagrada en la reciente Constitución, mientras en la Constitución del año 61, se aludía a que era nulo cualquier acto contrario específicamente la Constitución, en la del 99 se amplía dicho espectro de nulidad no sólo a la contrariedad y a la norma fundamental sino también a la contrariedad al rango legal, abarcando y robusteciéndose dicho principio.

El artículo 26 que garantiza el acceso a la justicia, con sus caracteres y expectativas de ser, gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita.

El artículo 27 cuyo correlativo de la Constitución del 61 era el artículo 49, que edifica la mal llamada Jurisdicción Constitucional, cuando en realidad lo que se esta consagrando es una verdadera y específica “competencia jurisdiccional de amparo constitucional”, paradójicamente retornando al esquema ya ha superado por vía jurisprudencial del amparo *inaudita alteram parte* o sin contradictorio, el cual había sido preceptuado en el artículo 22 la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, pero había sido declarado nulo por sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia, al considerar que dicha posibilidad quebrantaba otro derecho también de rango fundamental como es el Derecho a la Defensa.

El artículo 49 cuyo símil era el artículo 68 en la Constitución del 61, que establece el Derecho a la Defensa y al Debido Proceso, ahora extendido no sólo a las actuaciones judiciales sino también a las de naturaleza administrativa por expresa revisión constitucional, sin embargo, ya dicho reconocimiento aun cuando no de manera expresa, eran deducible e implementado en base a la Constitución del 61.

El artículo 51 y su correlativo 67 en la constitución de 1961, que erige el Derecho de Petición y Debida Respuesta, ahora introduciéndose el calificativo de oportuna y adecuada respuesta como garantía a la decisión el derecho de petición, abriéndose el ámbito de control más allá de la simple oportunidad de respuesta en el sentido de cronología. También es importante resaltar que dicho artículo extravierte como novedad, la inclusión de una sanción funcional a ser prevista en el régimen legal estatutario inclusive con la destitución del respectivo cargo.

El artículo 131 que impone el deber irrestricto de todo persona de acatarla y hacer cumplir la Constitución y las Leyes, por ciudadanos nacionales o no nacionales, habitantes, transeúntes.

El artículo 138 que tiene una redacción indica al artículo 119 de la Constitución de 1961, el cual establece la ineficacia y nulidad de toda autoridad usurpada, como un vicio de elemento competencia.

El artículo 139 que explana y amplía la responsabilidad individual por el ejercicio del Poder Público, no sólo por abuso de poder o por violación de la ley, como establecía el artículo 121 de la constitución de 1961, sino que también por el vicio de desviación de poder, que ataca al elemento finalidad del acto, y por la violación de la Constitución.

El artículo 140 que establece la Responsabilidad Patrimonial del Estado Venezolano, por los daños sufridos por los particulares en su esfera subjetiva de bienes y de derechos, siempre que tal lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública. Dicha novedosa construcción aun cuando no tiene un correlativo en la Constitución de 1961, era perfectamente viable de su contexto y de la previsión de las potestades que detentaba el juez con competencia en lo contencioso administrativo, en virtud del artículo 206 de aquella Constitución.

Los artículos 156, 164 y 178 que establece las competencias del poder público a nivel nacional, estadual y municipal.

El artículo 236 y su correlativo 190 en la Constitución del 61, que ordena dentro de las atribuciones del Presidente de la República, específicamente en su ordinal primero, el *hacer cumplir la constitución y las leyes*, y en su ordinal el décimo, lo faculta para ejercer una potestad reglamentaria genérica, en ejecución de ley con la limitación de no alterar su propósito espíritu y razón.

El artículo 259 y su fundamento en el artículo 206 de la Constitución del año 61, que instituye a la mal llamada a Jurisdicción Contencioso Administrativa, la cual en el fondo no es más que una verdadera competencia jurisdiccional específica en materia de justicia y control contencioso administrativa, que trae como novedad algo que ya había sido ampliamente reconocido por vía jurisprudencial a la luz de la Constitución de 1961, como es “conocer sobre los reclamos de prestación de servicios públicos”.

El artículo 266 y su par en la Constitución del 61 como sería el artículo 215 que establece las competencias del Tribunal Supremo de Justicia, el cual suplantó a la antigua Corte Suprema de Justicia. Con la especificidad en el artículo 335 que dicho Tribunal Supremo es el protector de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales. Y la exaltación en su artículo 336 de unas variadas competencias a una novedosa Sala Constitucional, encargada de la protección del texto fundamental.

Por último se repite con idéntica redacción en el artículo 333 el denominado un blindaje constitucional previsto en el antiguo artículo 250 la Constitución de la República de Venezuela de 1961, que cimienta le garantía de protección de la Constitución, al aseverar que:

Esta Constitución no perderá su vigencia si dejaré de observarse por acto de fuerza o porque fue derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella.

En tal eventualidad, todo ciudadano investido o ciudadana investida o no de Autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.

XIII. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA NOVÍSIMA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La novedosa Ley Orgánica de Administración Pública, publicada en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.305, de fecha 17 de octubre de 2001, la cual viene a complementar el cuadro de instrumentos normativos que regirán las relaciones procedimentales de índole administrativa conjuntamente con la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, erige en su artículo 4 el denominado principio de legalidad administrativa, el cual aduce que “La Administración Pública

se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a las leyes y a los actos de carácter normativo, dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático a los particulares”.

A la luz de dicha redacción legal es indudable que en Venezuela, la extensión del Principio de Legalidad como principio de imperativo de actuación que rige tanto a los entes de naturaleza orgánica administrativa así como a los otros entes de naturaleza no administrativa que pertenezcan al plurisubjetivo elenco del Poder Público pero que ejerzan funciones sustancial o materialmente administrativas, implica el apego irrestricto no sólo a la norma atributiva de competencia de rango legal sino también a lo que Hauriou denominó el *Bloque de Legalidad* entendido como todo el espectro normativo de toda la extensión del ordenamiento jurídico vigente.

XIV. A MANERA DE EPÍLOGO

Como hemos explanado a través de todo el desarrollo de este trabajo, el Principio de Legalidad es un principio garantístico y fundamental en las sociedades modernas, y en el caso de nuestro ordenamiento constitucional tiene una data histórica desde que tenemos identidad nacional.

En la reciente constitución del año 1999, se extravierte una amplitud en términos cuantitativos de una mayor enunciación de normas dirigidas fortalecer en teoría el Principio de Legalidad, tan vulnerado y conculcado por reiteradas conductas lesivas de los órganos del Poder Público, inclusive por órganos creados por esa misma norma fundamental.

Constituye una profunda preocupación en quien redacta que dicho principio medular sea realmente respetado y vivificado en lo sucesivo, por los órganos del Poder Público encargados de su vigilia y protección, ya que de otra manera sólo se generaría una situación de anarquía y anomía, la cual puede irremisiblemente conducir a la inexistencia del tan aludido y amenazado Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

BREWER-CARÍAS, Allan R., *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo II, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas Venezuela 1999.

BREWER-CARÍAS, Allan R., *Golpe de Estado y Proceso Constituyente*, Universidad Nacional Autónoma de México 2002.

BREWER-CARÍAS, Allan R., *Principios del Procedimiento Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid España 1990.

BREWER-CARÍAS, Allan R., *Reflexiones sobre el Constitucionalismo en America*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas Venezuela 2001.

CARRILLO ARTILES, Carlos Luis, “El recurso jurisdiccional contra las abstenciones u omisiones de los Funcionarios Públicos”, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas Venezuela 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomas Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid España 1977.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Estado Democrático y Social de Derecho”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, Año XXXIII, n° 98, mayo agosto 2000.

JESH, Dietrich, “Ley y Administración” *Estudio y evolución del principio de legalidad*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid España.

KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, Editorial Nacional, México D.F. 1979.

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ediciones Ariel, Barcelona España, 1965.

MOLES CAUBET, Antonio, “El principio de legalidad y sus implicaciones”, *Publicaciones del Instituto de Derecho Público UCV*, Universidad Central de Venezuela, Caracas Venezuela 1974.

PAREJO ALFONSO, Luciano, JIMÉNEZ BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Volumen I, Editorial Ariel, 5ta Edición, Madrid España 1998

PEÑA SOLÍS, José, *El principio de legalidad y la discrecionalidad administrativa en Venezuela*, Fondo Editorial 60 años de la Contraloría General de la República, Caracas Venezuela 1998.

REAL, Alberto Ramón, “Principio de legalidad y validez del acto administrativo en el Estado de Derecho” en el Curso Internacional de *El Derecho Administrativo en Latinoamérica*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá Colombia 27 de julio de 1978.

RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999*, Editorial ExLibris, Caracas Venezuela 2000.

RUAN, SANTOS, Gabriel, *El Principio de legalidad, la discrecionalidad y las medidas administrativas*, Fundación de estudios de Derecho Administrativo Funeda, Editorial Torino, Caracas Venezuela 1998.

VEDEL, Georges, *Derecho Administrativo*, Editorial Aguilar.

Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela (Extraordinario), n° 5453 de fecha 24 de marzo de 2000.

Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811.

Constitución del Estado de Venezuela del 24 de septiembre de 1830.

Constitución de los Estados Unidos de Venezuela del 18 de abril de 1857.

§ 59. EL STATUS CONSTITUCIONAL DEL CIUDADANO Y LA RELACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

Enrique Argullol Murgadas
Profesor de la Universidad Pompeu Fabra, España

I. LA POSICIÓN GENERAL DEL CIUDADANO ANTE LOS PODERES PÚBLICOS

La posición del ciudadano ante los poderes públicos, aunque cimentada en principios de alcance general, se manifiesta en diversos niveles. Por un lado, puede perfilarse una situación como titular de derechos fundamentales y libertades públicas -la gran conquista de nuestra civilización, desgraciadamente demasiado a menudo desconsiderada en la práctica o, peor aún, alejada de la vida real de muchos países-. Por otro, puede ponerse el énfasis en la condición de los ciudadanos como sujetos de derechos cívicos o públicos. En fin, una tercera perspectiva toma en consideración otra dimensión del ciudadano: la de parte o contraparte de una relación con uno de los poderes públicos, la administración pública. Es posiblemente una dimensión menos aparatosa, más discreta. Sin embargo es una parte indiscutible del status del ciudadano como tal, del status constitucional del ciudadano. Si las primeras perspectivas constituyen lo que podríamos denominar la posición política o el estatuto fundamental, la posición del ciudadano en la relación jurídico administrativa exige, para decirlo con palabras del profesor García de Enterría, la definición de un auténtico estatuto ordinario del ciudadano. Esta es la vertiente que principalmente interesa en este trabajo.

Desde la primera declaración de la Revolución Francesa hasta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, el tiempo transcurrido con su carga de contradictorios y difíciles vaivenes, ha favorecido un progresivo afianzamiento y reconocimiento universal de estos valores. Al margen de su real virtualidad y de que, como acabamos de señalar, en demasiadas ocasiones y en demasiados lugares son ignorados, la cultura de los derechos fundamentales y de las libertades públicas y de la primacía del derecho, aunque sujeta a interpretaciones diversas, es globalmente asumida. Hoy puede hablarse, con mayor razón que hace unas décadas, de la universalización de estos principios.

Ahora bien, como su articulación y desarrollo se concreta, con pocas excepciones, a nivel de cada Estado, es inevitable hacer referencia a las soluciones específicas a partir de la regulación de un país. En estas páginas las referencias lo son al derecho español.

Decía antes que el *status* constitucional del ciudadano es complejo y se manifiesta a diversos niveles aunque lógicamente estrechamente interrelacionados. De ahí que sean necesarias unas consideraciones globales o generales que permitan destacar los principios sobre los que habrá que asentar el estatuto ordinario del ciudadano.

La primacía del derecho constituye un elemento esencial e imprescindible del estado democrático. Como, por ejemplo, señala la Constitución Española de 1978 al definir al Estado como democrático y social, todos “los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento”. Es una reafirmación solemne de uno de los principios esenciales de un proyecto de convivencia democrática. La sumisión del poder al derecho constituyó un de los mayores avances en la organización de la sociedad política. Si bien con anterioridad hubo una parcial sumisión de ciertos actos estatales al Derecho, ésta se construyó sobre la base de separar la actividad pública que implicaba ejercicio de poder, y las repercusiones económicas de ésta y la actividad estatal ajena a relaciones de poder, las cuales se referían a una personificación jurídica separada del Estado. Sólo con el triunfo de la ideología liberal, con los postulados de la soberanía nacional, de la primacía de la Ley y de la preeminencia de los derechos fundamentales del ciudadano se establece un sistema de tendencialmente completo sometimiento de los poderes públicos a la ley: y además en los modelos más acabados existe no sólo una supeditación de los poderes ejecutivos a la ley, sino incluso del poder legislativo a la Ley superior que es la Constitución verificable por un órgano jurisdiccional. Aunque en este supuesto la subordinación no se construya con patrones completamente idénticos a la relación entre ley y reglamento pone de relieve una acabada articulación del principio de primacía del derecho.

Así pues, las Constituciones actuales han situado en su frontispicio la afirmación del principio de sumisión de los poderes públicos al ordenamiento jurídico que es una condición indisolublemente unida a la configuración de Estado como Estado democrático de Derecho. Este planteamiento se manifiesta en dos direcciones: por un lado, se concretan las referencias para la efectividad de la sumisión de la administración al ordenamiento; por otro, se destaca, en un sentido beligerante, la finalización de la actividad administrativa en orden al desarrollo de los “valores superiores de su ordenamiento jurídico” que son “la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político” (art. 1.1 de la Constitución española, en adelante CE).

En la primera orientación destacaríamos a su vez una doble dimensión en cuanto se especifican los criterios materiales de sumisión al ordenamiento y se establecen además los procedimientos que pueden asegurarlos. En efecto, en el artículo 9.3 CE se constitucionalizan un conjunto de principios informadores del ordenamiento, que aparte de su significación en orden a poner de relieve la superación de planteamientos positivistas extremados, constituyen principalmente una ratificación de los valores subyacentes acumulados. “El principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos” (art. 9.3 CE), se colocan como contexto de la actividad pública. Este enfoque es expresamente ratificado en el artículo 103 CE al disponer que la Administración pública ha de actuar *con sumisión plena a la Ley y al Derecho*. Ahora bien, la Constitución no se limita a disponer una supeditación de la administración al ordenamiento, sino que asimismo establece los cauces para la efectividad de la misma. Conviene distinguir un doble orden de perspectivas al respecto. Así, en el caso de España con el establecimiento de procedimientos para asegurar la dependencia del gobierno en relación con el poder legislativo (la forma política es parlamentaria y los artículos 99 a 101 CE contienen las disposiciones adecuadas para ello) y la previsión de que “el Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y con las leyes”

(art. 97 CE), se asegura el carácter instrumental de la Administración y su dependencia, evidentemente mediata, y de naturaleza exquisitamente política, respecto del Parlamento, el cual por lo demás puede ejercer determinadas funciones de control directo. Junto a esta vertiente, la Constitución además proclama de forma reiterada la sumisión de la administración y, en cierto sentido, de todos los poderes públicos a los tribunales con lo que los ciudadanos tienen asegurada su protección frente a las actuaciones públicas. El carácter completo y múltiple de esta protección es la mejor conclusión de la exhaustiva regulación constitucional de los derechos y libertades fundamentales y la confirmación de que las libertades públicas constituyen uno de los goznes fundamentales de un ordenamiento constitucional. Nos limitamos a recordar a este respecto, siguiendo las fórmulas de la Constitución española, en primer lugar, la cláusula de tutela judicial efectiva de derechos e intereses legítimos, enunciada con la mayor amplitud (art. 24 CE), que elimina los obstáculos existentes anteriormente para el acceso a los tribunales; en segundo lugar, los procedimientos especiales y de amparo (art. 53.2 CE); o, en fin, la disposición contenida en el artículo 106 CE de acuerdo con la cual “los tribunales controlan la potestad reglamentaria, la legalidad de la actuación administrativa y la sumisión de ésta a los fines que la justifican”, acogiéndose además el sistema de responsabilidad objetiva de la administración pública y de los restantes poderes públicos.

Como decíamos antes, la definición del Estado como democrático y los valores que expresamente se relacionan con esta configuración, exige no sólo el sometimiento de la Administración y de los poderes públicos al ordenamiento, sino además el señalamiento de coordenadas u objetivos para la efectiva implantación de estos valores. Las transformaciones experimentadas en las sociedades políticas actuales más avanzadas, con el agotamiento de las formulaciones neutrales en la definición de las finalidades de un Estado en el que han irrumpido los intereses de los diversos sectores de la realidad, eso es, el Estado pluriclasista para utilizar la expresión de Giannini, es un dato extraordinariamente significativo. Es en este marco que cabe entender por ejemplo el importante segundo párrafo del artículo 9 CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Declaración ésta que trae al recuerdo las palabras de Calamandrei en el sentido de que con una declaración de este tenor una Constitución ya no contiene una polémica con el pasado, como era propio de las viejas constituciones, sino que emprende una auténtica *polémica con el presente* que puede concretarse, incluso en términos más precisos, como sucede en el largo Capítulo III del Título Primero sobre “Principios rectores de la política social y económica”, cuya necesaria instrumentación mediante la Ley no disminuye su valor directivo desde un punto de vista jurídico.

El señalamiento a los poderes públicos de finalidades de transformación de la realidad preexistente pone de nuevo en un primer plano el elemento teleológico esencial de la Administración, en ocasiones oscurecido por la imprescindible perspectiva relacional. Y así lo afirma de forma expresa y clara el artículo 103 CE: “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales”. La búsqueda incesante del interés general, que ya no puede ser algo al margen de las finalidades constitucionalizadas del Estado, ha de ocupar un protagonismo que ciertos viejos planteamientos habían limitado al circunscribir su regulación a la problemática de su cristalización en intereses individuales. Dos palabras pueden centrar la profundización de estas pro-

puestas constitucionales: organización y participación, que van a tener una precisa significación en orden al estatuto ordinario del ciudadano. Es cuestión ya relativamente vieja destacar la significación de los aspectos organizativos, pero su importancia crece con la progresiva multiplicación de las tareas públicas. Incluso el constituyente español consideró necesario recoger algunas indicaciones -la Administración pública... actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación (art. 103.1 CE)- que constituyen elementos imprescindibles para vertebrar una organización social compleja cual es la administración. Debe destacarse, por otra parte, la significación de las fórmulas de participación asociativa o grupal en las tareas administrativas. Posiblemente, ésta pueda tomar un mayor vigor y ser frecuentemente cauce idóneo para realizar los propósitos anunciados en la Constitución, cuyo artículo 9.2 contiene un expreso reconocimiento de las realidades sociales colectivas. En todo caso, ocioso es decirlo, esta participación tiene un carácter necesariamente complementario respecto a las vías exquisitamente políticas.

El mandato constitucional en orden a dar contenido sustancial al principio de igualdad obliga a retomar, evidentemente con una nueva lectura la antigua crítica de Duguit sobre el desequilibrio individualista en la construcción del ordenamiento y otorgar a las instituciones administrativas una dimensión real, que no supone olvidar los planteamientos garantizadores sino precisamente definirles un complemento. Un examen realista de las instituciones y procedimientos de las Administraciones Públicas permitirá completar el análisis habitual con la observación de su parcial funcionalidad. Así, deberán tomarse en consideración fenómenos como la inaplicación del derecho -“el Derecho administrativo no debe limitarse a estudiar la forma legal o ilegal que tiene la Administración de aplicar las normas, sino que debe extender su análisis a la propia inaplicación de tales normas que es una de las formas más refinadas de ilegalidad” (Nieto)-; la persistencia de las infracciones del ordenamiento si no existe iniciativa singular que utilice las correspondientes acciones, la existencia de sectores de la actividad de los poderes públicos exenta, no de derecho pero sí, de hecho, del control jurisdiccional, que se proyecta casi exclusivamente en la vertiente patrimonial; la mediación de los cuerpos burocráticos; los controles sociales preventivos, etc.

De manera resumida, y como colofón de las consideraciones anteriores, podemos señalar que el status constitucional del ciudadano en su relación con la administración trata de asentarse en los siguientes principios:

- a) legalidad y supremacía del Derecho
- b) sometimiento a los tribunales y tutela judicial efectiva
- c) dirección política de la Administración
- d) búsqueda de los intereses generales, objetividad y eficacia y proyección del principio de igualdad
- e) sometimiento a procedimiento y publicidad
- f) imparcialidad y confianza legítima
- g) colaboración y participación
- h) indemnidad y responsabilidad

Un conjunto, pues, de principios y precisiones que constituyen el marco en cuyo seno debe situarse la definición y la articulación del estatuto ordinario del ciudadano.

II. CIUDADANO Y ADMINISTRADO

Dos son los aspectos que han de centrar la atención a continuación. Por un lado, habrá que reflexionar sobre el concepto de ciudadano en la relación jurídico-administrativa. Por otro, de la mano de las soluciones concretas del ordenamiento español, exponer los principales derechos -y deberes- del que hemos denominado estatuto ordinario del ciudadano.

Como hemos destacado, en nuestra época existe, al menos a nivel formal un reconocimiento universal de los derechos fundamentales y las libertades públicas del ciudadano, piedra angular para definir su status. En estas normas internacionales se establece expresamente -dato que se quiere destacar- la prohibición de medidas discriminatorias en el disfrute de los derechos básicos. (art. 2º.1 Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de Naciones Unidas; artículos 1 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Asimismo, la Constitución española (art. 13.1) acoge este criterio, que no comprenden los derechos civiles activos, aunque esta exclusión no afecta a los ciudadanos de la Unión Europea en lo que se refiere a las elecciones locales, todo ello modulado con las precisiones aportadas por leyes y tratados internacionales. Debe tenerse en cuenta además que según el artículo 10.2 de la Constitución española las disposiciones internas sobre derechos fundamentales y libertades públicas deben interpretarse de acuerdo con los tratados y pactos internacionales en la materia. Ahora bien, ¿cómo se refleja esta globalización del status del ciudadano en la más concreta dimensión de la relación jurídico-administrativa?

Hoy puede constatarse que se ha roto una equivalencia directa entre ciudadano y nacional de un Estado. Y no sólo como consecuencia de la generalización de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. Piénsese a este respecto en la significación que se desprende de la creación de la ciudadanía de la Unión Europea (art. 8.1 “será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro”). Entre los derechos y deberes más destacables derivados de esta ciudadanía pueden mencionarse los de circular y residir libremente en los Estados que componen la Unión, la participación en las elecciones municipales y europeas en el país de residencia, el derecho de petición... Hay por tanto en este caso una ruptura de la vieja equivalencia directa entre Estado, nacionalidad y ciudadano aunque se crea otra -parcial en sus manifestaciones- entre Unión Europea y nacionales de los Estados que la componen.

Por otra parte, en las propias Constituciones recientes se contienen referencias heterogéneas para referirse a los sujetos de derecho y deberes. Así en la Constitución española de 1978, si bien se utiliza principalmente la expresión ciudadano para aludir al sujeto activo y titular de derechos también aparecen con idéntica finalidad otras expresiones como *españoles*, *personas*, *todos*. En este sentido, puede localizarse en la ley fundamental un concepto amplio de ciudadano que se reflejaría implícitamente en numerosos preceptos. Así en el artículo 24 que consagra el principio de tutela judicial efectiva o en el artículo 105 en relación con el acceso a los archivos. En ocasiones de forma implícita se recoge en el ordenamiento jurídico esta configuración amplia: así el art.19.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para aludir a una norma estructural derivada de la Constitución, alude a los *ciudadanos de nacionalidad española*... Por contra, en otros supuestos la referencia a los ciudadanos tiene un carácter más estricto (artículo 23 CE). Y en otros (art.14 CE). aún cuando la literalidad de la expresión *-los españoles-* podría inducir a pensar en una visión limitada, el mandato de no discrimi-

nación de los pactos internacionales y su valor interpretativo obligan a dar a este texto una significación amplia. De este panorama, brevemente descrito, se deduce una conclusión clara: actualmente, en nuestros ordenamientos se contiene una concepción gradual de ciudadano, coexistiendo supuestos en que con la expresión ciudadano se alude al nacional de un Estado o conjunto de Estados (por ejemplo, Unión Europea), con otros, con creciente significación, particularmente cuando no se está en procesos electivos políticos, en el que va imponiéndose una concepción general de ciudadano como persona titular de derechos y obligaciones al margen de su nacionalidad.

Ahora bien, a pesar de esta ampliación incluso la concepción gradual del ciudadano -se dice- es insuficiente para describir la pluralidad de actores y destinatarios de la relación jurídico-administrativo. A parte de las limitaciones que aún se dan respecto de los extranjeros, la presencia en una relación jurídico-administrativa de las personas jurídicas o de otras administraciones públicas pone de relieve las limitaciones derivadas de la escueta expresión de ciudadano. De ahí que se haya defendido una recuperación del concepto de administrado, una vez eliminada su connotación de carácter pasivo, ya que -se afirma- puede abarcarse con mayor completitud la totalidad de las contrapartes de una administración. Ahora bien, siendo todo ello cierto, no puede no obstante olvidarse el valor que implica realzar la condición de ciudadano al identificar la contraparte de la administración sin personalización jurídica. El sentido político de ciudadano (su reafirmación en la Ley 30/1992, con esta referencia la Ley española de 16 de noviembre de 1992, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común) es un activo que no debe perderse, a pesar de que en determinadas ocasiones, por lo demás perfectamente acotadas, alcance una mayor virtualidad la noción de administrado .

Antes de entrar en la consideración de los derechos y deberes del ciudadano en la relación jurídico-administrativa todavía debe hacerse otra precisión. A la condición de ciudadano en ocasiones ha de añadirse un complemento para ejercitar determinadas facultades: la de interesado. Así se dan posiciones ligadas a esta última condición (art. 35 a) Ley 30/1992, los ciudadanos tienen derecho “a conocer el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados”. En la definición de interesado realizada por la Ley 30/1992 (art. 31) se dan dos novedades importantes: el interesado se define a partir de la noción de interés legítimo (concepto que ha sido asumido en la sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1985: “...el que tienen aquellas personas que por razón de la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de cualquier ciudadano, de que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico...”); en segundo lugar se reconocen los intereses colectivos (los apartados a) y c) del artículo 31 de la Ley 30/1992 prevén la actuación en el procedimiento de “las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales” que serán “titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconoce” -art. 31.2-).

III. EL ESTATUTO ORDINARIO DE LOS CIUDADANOS

Entendemos como *estatuto ordinario* de los ciudadanos el conjunto de los derechos subjetivos y también deberes, definidos por el ordenamiento que los ciudadanos detentan como contraparte de la administración. Estos derechos, a diferencia de los fundamentales, sólo ostentan la protección ordinaria de los tribunales (no puede utilizarse el recurso de amparo ni remedios sumarísimos) y en general, aunque no siempre, se definen en relación con el procedimiento. Entre el estatuto fundamental -los derechos fundamentales y libertades públicas- y el estatuto ordinario existen diferencias claras en cuanto a su regulación y protección (regulación por ley y protección extraordinaria en el primer caso). Sin embargo, algunos derechos ordinarios tienen una conexión directa con los derechos fundamentales y en todo caso todos encuentran su funcionalidad en la concepción global de la relación entre los ciudadanos y los poderes públicos a la que de forma reiterada se ha hecho referencia.

Cabe recordar que el status del ciudadano no comprende tan solo derechos sino que también se definen deberes. Asimismo se puede establecer fácilmente la diferencia entre deberes constitucionales (por ejemplo, los tributos) y los deberes *ordinarios* de los ciudadanos (entre estos, los definidos en los artículos 39 y 40 de la Ley 30/92).

A continuación se exponen los distintos derechos que pueden considerarse parte integrante del *estatuto ordinario* de los ciudadanos. La Ley 30/92 ha realizado una cierta codificación de los mismos, asumiendo previsiones de la propia Constitución o del ordenamiento, o, en otras ocasiones, ha configurado nuevos derechos. Sin ánimo de exhaustividad y en función de los diversos aspectos de la relación jurídico-administrativa estos elementos del estatuto ordinario del ciudadano se estructuran en varios grupos.

En relación a los derechos de los ciudadanos de carácter informativo, la Constitución española ya recogió una previsión concreta sobre un derecho ciudadano de esta naturaleza en relación con las administraciones públicas. El artículo 105.b) CE remite a la ley la regulación del “acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”. El artículo 37 de la Ley 30/92 ha regulado este derecho. Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos de expedientes finalizados que obren en los archivos administrativos, si bien se reserva a las personas concernidas cuando se afecta su intimidad. Por lo demás, de acuerdo con el número 4 de este artículo, el derecho de acceso podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o por disposición legal específica. Asimismo, la Ley 30/92 excluye del derecho de acceso determinados tipos de expedientes (párrafo 5) y señala determinados supuestos en que el derecho de acceso se regirá por disposiciones específicas (párrafo 6).

Por otra parte, los ciudadanos en su relación con la administración pública tienen derecho a “conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y (a) obtener copias de documentos contenidos en ellos”. Es, como vemos, uno de los supuestos en los que a la condición de ciudadano se añade la de interesado para poder ejercer el derecho. La articulación concreta del mismo se encuentra en el artículo 3, particularmente el primer apartado, del R. Decreto 208/1996, de 9 de febrero.

Un tercer derecho de los ciudadanos de carácter informativo está definido en la letra b) del artículo 35 de la Ley 30/92, constituyendo una novedad muy significativa. De acuerdo con este precepto, los ciudadanos tienen derecho a “identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos”. Lógicamente, el alcance de este derecho queda limitado en determinados supuestos.

Otro derecho de carácter informativo está definido en la letra g) del artículo 35 de la Ley 30/92 según el cual los ciudadanos tienen derecho a obtener “información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar”. Por la amplitud de la formulación puede considerarse también una novedad. Se trata de facilitar a los ciudadanos el ejercicio de sus derechos con un apoyo de información y asesoramiento. Ahora bien, las actuaciones de la administración en esta dirección no suponen ni una interpretación normativa de los preceptos que puedan ser objeto de referencia “ni consideración jurídica o económica, sino una simple determinación de conceptos, información de opciones legales o colaboración en los cumplimientos de impresos o solicitudes” según expresamente señala el artículo 4.b) del R. Decreto 208/1996.

En un segundo grupo se incluyen los derechos de los ciudadanos relativos a la tramitación y documentación. En primer lugar, mencionamos el derecho “a obtener copia sellada de los documentos que se presenten, adjuntándola junto con los originales, así como a la devolución de éstos salvo cuando los originales deban obrar en el procedimiento” (artículo 35.c) de la Ley 30/92). Mayor novedad ha representado la precisión de la letra f) del mencionado artículo 35, precepto que declara el derecho del ciudadano a no presentar documentos no exigidos por las normas, o incluso cuando éstas lo exigen si ya están en poder de la administración que instruye el expediente de que se trata.

El artículo 105.a) CE dispone que la ley regulará la audiencia de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten. Este precepto además de su alcance concreto contiene una orientación de significación más general. Y es en el marco de estas directrices que cabe situar la precisión del artículo 35.e) de la Ley 30/92 cuando dispone que los ciudadanos tienen derecho “a formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución”.

En un tercer grupo incluimos los derechos del ciudadano específicamente relativos a su relación con la administración pública. Mencionaremos primeramente el derecho a ser tratado con respeto y deferencia por parte de las autoridades y funcionarios, al que hace referencia la letra i) del tantas veces citado artículo 35. Si la previsión en términos generales puede no constituir una novedad, sí lo es, en cambio, el énfasis que se pone en la definición con la doble mención del respeto y de la deferencia, actitudes orientadas a facilitar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes por parte de los ciudadanos.

Otro derecho del ciudadano en la relación jurídico-administrativa, lógicamente derivado de la pluralidad lingüística reconocida en el artículo 3 de la Constitución, se refiere al uso de las lenguas en los procedimientos administrativos. El artículo 36 de la Ley 30/92 establece las reglas concretas para el ejercicio del derecho -recogido en la letra d) del artículo 35- a utilizar la lengua oficial de preferencia por parte del ciu-

dadano partiendo de la configuración territorial de los derechos lingüísticos. Aunque este planteamiento sólo interesa a los territorios con varias lenguas oficiales no es preciso insistir en la gran relevancia y complejidad de la regulación y de la aplicación de las normas de este tipo.

Incluimos también en este tercer grupo el derecho del ciudadano a exigir responsabilidades de la Administración y del personal a su servicio. El ordenamiento español, ya en su etapa anterior, ha venido recogiendo con la mayor amplitud la institución resarcitoria respecto de las actuaciones de las administraciones públicas y sus agentes. Desde las referencias más directamente relativas a éstos de los artículos 35.b) y 41 hasta la formulación más general de los artículos 139 a 146, la Ley 30/92 ha dado el mayor énfasis al derecho del ciudadano “a exigir las responsabilidades de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio” para decirlo con las palabras de la letra j) del artículo 35. En todo caso, al establecer esta regulación el legislador no hacía sino asumir el mandato y desarrollar la regla expresamente contenida en el artículo 106.2 CE que establece: “Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

En otro grupo incluimos los derechos de los ciudadanos relacionados con la dimensión participativa de su status frente a las administraciones. Así pueden mencionarse el derecho de petición y la acción pública. De forma más precisa puede hacerse referencia a la participación en la elaboración de disposiciones generales, derecho ya enunciado en el artículo 105.a) CE, que habrá de articularse de diversas formas, frecuentemente de forma asociada. Asimismo, pueden mencionarse otras modalidades de participación en la formulación de decisiones administrativas singulares previstas por el ordenamiento.

Aludiremos finalmente a un conjunto heterogéneo de derechos que pueden considerarse incluidos en el estatuto ordinario del ciudadano cuyo denominador común estriba en su condición de correlativa respecto de obligaciones precisas de las Administraciones Públicas. Así, la obligación de resolver y la prohibición de abstenerse por parte de los órganos administrativos o el deber de éstos de realizar los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados en la forma que resulte más cómoda para ellos y sea compatible con sus obligaciones laborales o profesionales, el reconocimiento de la asistencia de los interesados con apoyo de asesoramiento propio y la garantía del principio de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento. O, aunque obviamente en su ámbito específico, el reconocimiento de derechos específicos en situaciones de carácter disciplinario o sancionador.

A lo largo de esta última parte, se han destacado, de la mano del ordenamiento jurídico español y en particular de la Ley 30/92, elementos significativos que han de configurar este estatuto ordinario del ciudadano en su relación con las administraciones públicas. Constituye un dato básico para asegurar la plena irradiación de los valores constitucionales en la relación jurídico-administrativa.

En la Exposición de Motivos de la Ley 30/92 se dice: “La Constitución de 1978 alumbra un nuevo concepto de Administración, sometida a la Ley y al derecho, acorde con la expresión democrática de la voluntad popular. La Constitución consagra el carácter instrumental de la Administración, puesta al servicio de los intereses de los ciudadanos y la responsabilidad política del Gobierno correspondiente, en cuanto es responsable de dirigirla. El régimen jurídico de las Administraciones Públicas debe

establecerse desde este concepto y trascender a las reglas de funcionamiento interno, para integrarse en la sociedad a la que sirve como el instrumento que promueve las condiciones para que los derechos constitucionales del individuo y los grupos que integran la sociedad sean reales y efectivos”. Y más adelante: “La Ley introduce un nuevo concepto sobre la relación de la Administración con el ciudadano...”.

Siguiendo el mismo impulso, el Tribunal Supremo español en una sentencia de 21 de noviembre de 1990 ya había tenido ocasión, aunque sus palabras se refieren a un procedimiento concreto, de asumir y realzar esta visión constitucional de la relación jurídico-administrativa: “esta audiencia corporativa es una más en la constelación de normas que a lo largo y ancho del texto constitucional van diseñando la imagen de una administración pública auténticamente democrática y, en consecuencia, el denominador común de los tres supuestos contemplados en el tan repetido artículo 105 consiste en la participación ciudadana y en la transparencia de la estructura burocrática. Efectivamente, la intervención de los individuos o de los grupos en la formación de la voluntad administrativa para el ejercicio de la potestad reglamentaria no es sino manifestación concreta del derecho que los españoles tienen a participar en los asuntos públicos, directa o indirectamente (artículo 23), como lo son también las modalidades de tal principio con reflejo en la justicia (artículo 125). Se configura así una administración dialogante y la transformación de sus interlocutores en ciudadanos, antes súbditos o *administrados* con una contemplación objetiva, desapasionada y contrapuesta y contrapuesta de los problemas”.

En este horizonte ha de verse, y en un sentido dinámico y abierto, preocupado por su auténtica virtualidad, la posición del ciudadano, reivindicado como tal, en su relación con la Administración Pública.

BIBLIOGRAFÍA

Entre los numerosos estudios publicados en torno a la Ley 30/92, señalamos, en relación con el tema aquí considerado, los siguientes:

EMBID IRUJO, Antonio, *El ciudadano y la administración*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid 1994.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, *REDA* nº 75, julio-septiembre 1992, p. 325

SÁINZ MORENO, Fernando, “Principios y análisis de aplicación de la LAP” (en particular, artículos 1 a 3) en PENDAS GARCÍA, Benigno (Coordinador), *Administraciones públicas y ciudadanos*, Praxis, Barcelona 1993, p. 107 y ss.

SÁNCHEZ BLANCO, Ángel, “Los derechos ciudadanos en la ley de administraciones públicas”, *RAP* nº 132, 1993, p. 41 y ss.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo Común*, Carperi DL, Madrid 1993, pp. 130 y ss.

§ 60. LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Lubín Aguirre

Profesor de la Universidad de Carabobo, Venezuela

No se discute hoy día si los principios de Derecho Penal se aplican o no al Derecho Administrativo Sancionador, pues la Administración pública, cuando ejerce esta actividad, necesita ajustarse al esquema penal de tipificación de la infracción y de la sanción, así como a todos los demás principios generales inspiradores de los ordenamientos penales. Se trata de la aplicación de principios no de normas.

¿Cuáles son esos principios penales aplicables al Derecho Administrativo sancionador y cuál va a ser el alcance de tal aplicación extensiva? Cuando se declara que las mismas garantías observables en la aplicación de las penas se han de respetar cuando se trata de imponer una sanción administrativa, no se hace referencia en realidad a todos y cada uno de los principios o reglas reunidos en la Parte General del Derecho Penal, si no a aquéllas a las que el Derecho Penal debe someterse para satisfacer los postulados del Estado de Derecho que son principios derivados de los declarados en la Constitución como fundamentales.

La doctrina jurisprudencial viene enumerando una serie de principios penales aplicables al Derecho Administrativo Sancionador como son: el de presunción de inocencia, el de legalidad y el de interdicción de arbitrariedad. Queda por resolver el problema fundamental de precisar cuál es el alcance con que tales principios han de aplicarse, y ello sobre todo en el ámbito procedimental. La doctrina viene advirtiendo de manera reiterada que tal aplicación ha de hacerse *con matices* que dimanen de la naturaleza de las sanciones administrativas que atienden al debido cumplimiento de los fines propios de la Administración. Pero hay mucha incertidumbre todavía justamente por la falta en nuestro país de una legislación general sobre el procedimiento administrativo sancionador, a pesar de la cada vez más empeñada orientación de la Administración para imponer sanciones a los administrados.

Con la entrada en vigor de la Constitución de 1999 se despeja un poco el panorama con los postulados del artículo 49, que en su encabezamiento especifica que el debido proceso se dará en *todas las actuaciones judiciales y administrativas*. Con esa norma pareciera avanzarse bastante en orden a perfilar una auténtica identidad en cuanto a su esencia entre las infracciones y las sanciones penales, lo cual supone que los mismos principios imbricados se aplican a todo el Derecho punitivo del Estado. No obstante, muchas cuestiones son todavía dudosas, cuya solución definitiva sólo puede venir por una ley reguladora de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas.

Se ha dicho, por ejemplo, que la parte general común a delitos e infracciones administrativas únicamente puede referirse a las sanciones administrativas de protección del orden general, quedando excluidas las que corresponden a las infracciones llamadas de autoprotección que son las que se aplican en las llamadas relaciones de sujeción especial (de empleo público, carcelarias, de disciplina militar, de colegios, etc...). Alejandro Nieto, el eminente tratadista español, critica fuertemente esta idea y dice que ello supo-

ne privar a los ciudadanos de un repertorio de garantías que la Administración debe respetar en toso caso “si no se quiere admitir una gravísima quiebra y casi un radical falseamiento del Estado de Derecho. (Nieto García, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*. Editorial Tecnos S.A. Segunda edición. Madrid. 1994).

Justamente hemos visto en nuestro país cómo recientemente, a propósito de declaraciones políticas emitidas por algunos militares activos -que sostienen que al suprimirse en la Constitución de 1999 el carácter no deliberante de la Fuerza Armada ellos pueden, en virtud de la garantía de la libertad de expresión, emitir tal tipo de declaración- se ha emprendido un debate sobre la vigencia o no de vetustos reglamentos militares sancionadores que al amparo del viejo régimen imponían sanciones disciplinarias de arresto a militares. Se ha dicho con meridiana precisión que hoy día ese tipo de sanciones son inconstitucionales por violar el principio de la legalidad y porque, además, a tenor de lo establecido en el artículo 44 de la CRBV tampoco es posible la privación de la libertad por vía administrativa.

Así pues, lo que está fuera de dudas es que los principios del Derecho Penal aplicables al Derecho Administrativo Sancionador no van a serlo en forma mecánica, sino con *matices*, es decir, debidamente adaptados al campo que los importe. Ni la legalidad, ni la reserva de ley, ni la tipificación, ni la culpabilidad, ni el *non bis in idem*, ni la prescripción tienen entonces el mismo alcance en el Derecho Penal que en el Derecho Administrativo

I. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y LÍMITES DE LA POTESTAD SANCIONADORA

La potestad sancionadora de la Administración en Venezuela ha sido convalidada con la puesta en vigencia de la Constitución de 1999. En efecto, el artículo 49 establece el principio de la legalidad en materia punitiva tanto penal como administrativa (“El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”).

La Sentencia 77/1983 del Tribunal Constitucional español, ha dejado establecido las condiciones para la imposición de sanciones administrativas en los siguiente términos:

a) Sujeción de la potestad sancionadora al principio de la legalidad, lo que determina la necesaria cobertura de ésta en una norma con rango de Ley.

b) La interdicción de las penas de privación de libertad, a las que pueda llegarse de modo directo o indirecto a partir de las infracciones sancionadas. Si dicho límite se traspasase podría utilizarse el procedimiento del *habeas corpus* previsto en la Ley Orgánica... No obstante, en la Sentencia de 15 de junio de 1981 se matiza que dicho límite no es aplicable al régimen disciplinario militar, pues “del artículo 25.3 se deriva, a *sensu* contrario, que la Administración militar puede imponer sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad”. (Una disposición del mismo tenor no existe en la Constitución venezolana).

c) El respeto de los derechos de defensa reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, que son de aplicación a los procedimientos que la administración siga por imposición de sanciones; y

d) Finalmente, la subordinación de la potestad sancionadora de la Administración a la autoridad judicial, que consiste en el control posterior de los actos sancionadores por la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la preferencia de la jurisdicción penal en el enjuiciamiento y determinación de los hechos susceptibles de ser enjuiciados por el orden administrativo y aquella jurisdicción.

Ha considerado igualmente inexcusable el Tribunal Constitucional español la concurrencia del elemento de la culpabilidad, si bien matizado por la aceptación, a diferencia del Derecho penal, de la responsabilidad de las personas jurídicas.

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SUS MANIFESTACIONES: RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

El artículo 49 de la Constitución bolivariana contempla, como se dijo, el principio de la legalidad en materia punitiva estableciendo de manera general que “ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”. Este precepto implica no sólo la exigencia de una ley habilitante, o de reserva de ley, sino también la traslación a la actividad administrativa sancionadora de los principios de tipicidad, de irretroactividad de la norma sancionadora (art. 24 CRBV) y retroactividad de la más favorable, de prohibición de analogía y del doble castigo (*bis in idem*) y, en general, la aplicación de los principios condicionantes de la potestad punitiva del Estado, como el de culpabilidad.

No hay duda entonces de que la expresión *ley preexistente* alude al de ley formal emanada de los cuerpos legislativos en las materias de su competencia. En algunos países se emplean vocablos que dan lugar a discusiones. Por ejemplo, en España la palabra *legislación* en la Constitución no ha creado problemas en el Derecho penal, porque el Tribunal Constitucional ha dicho que se trata en este campo de una reserva absoluta de ley, que debe ser orgánica cuando se limiten derechos fundamentales. Sin embargo, el mismo término *legislación* tiene para el Tribunal Constitucional un distinto alcance en materia de sanciones administrativas, pues han dicho: “la reserva de ley establecida en el artículo 25.1 no puede ser tan estricta en relación con la regulación de las infracciones y sanciones administrativas como por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto” (S. 42/1987). Se entiende, por ello, que en el ámbito administrativo no es necesaria una reserva absoluta de ley, bastando, se ha dicho, con una *cobertura legal*.

En definitiva, la diferencia entre el principio de reserva absoluta de ley -que opera en materia penal- y de *cobertura legal* -aplicable a las sanciones administrativas- es que, en el primer caso, la ley legitimadora ha de cubrir por entero tanto la previsión de la penalidad como la descripción de la conducta ilícita (tipicidad) sin posibilidades de completar esa descripción por un reglamento de aplicación o desarrollo; mientras que el principio de *cobertura legal* de las sanciones administrativas sólo exige cubrir con ley formal una descripción genérica de las conductas sancionables y las clases y cuantía de las sanciones, pero con posibilidad de remitir a la potestad reglamentaria la descripción pormenorizada de las conductas ilícitas, es decir, la tipicidad.

En nuestro Ordenamiento constitucional, como dijimos, la norma es categórica al usar el término *ley preexistente*, lo cual pareciera no dar lugar a ninguna duda referente a que se trata de una reserva absoluta de ley. Sin embargo, la realidad es otra: que dicha expresión sigue interpretándose de forma genérica como el término *legislación* en España.

Así, las leyes administrativas suelen precisar de ordinario las sanciones y sus cuantías máximas cuando se trata de multas y definen genéricamente como infracción el incumplimiento de los preceptos legales, remitiendo al reglamento de ejecución de la ley la enumeración o tabla de conductas sancionables.

Hay quienes piensan que el principio de la legalidad en materia de sanciones administrativas, al igual que en materia penal, sin equívocos debe entenderse como referido a leyes estatales, es decir, a leyes emanadas de la Asamblea Nacional, negando, en consecuencia, a los parlamentos regionales y municipales toda posibilidad de aprobar normas sancionadoras administrativas, apoyándose en las competencias atribuidas al Poder Nacional (art. 156 ordinal 32 CRBV) a través de la Asamblea Nacional de establecer regulaciones a las condiciones básicas de los venezolanos en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Pero esa no es, sin embargo, la opinión, por ejemplo, del Tribunal Constitucional español, para el que “las Comunidades Autónomas pueden adoptar normas administrativas sancionadoras cuando, teniendo competencia sobre la materia sustantiva de que se trate, tales disposiciones se acomoden a las garantías constitucionales dispuestas en este ámbito del derecho sancionador (art. 25.1 de la CE básicamente) y no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto al régimen jurídico aplicables en otras partes del territorio”.

III. LA CULPABILIDAD Y LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

El proceso de asimilación material de las sanciones administrativas al régimen penal se proyecta también sobre los aspectos subjetivos de la conducta infraccional y sus resultados mediante la exigencia de los elementos subjetivos que permiten un juicio de reprochabilidad sobre los responsables.

En materia penal la culpabilidad es un juicio personal de reprochabilidad dirigido al autor de un hecho típico y antijurídico. Para que este reproche sea posible es necesario previamente que el autor sea causa de la acción u omisión que supone la conducta ilícita a título de autor, cómplice o encubridor de los hechos ilícitos; en segundo lugar, que sea imputable, es decir, que no se den en él circunstancias que alteren su capacidad de obrar, y, en fin, por último, que sea culpable, es decir, que haya tenido consciencia, voluntariedad a título intencional o culposo de los hechos.

Ahora, ¿significa la falta de regulación en leyes administrativas sobre estos temas que no rigen en el Derecho administrativo los mismos elementos incriminadores del Derecho penal y que, en consecuencia, no hay grados en la autoría, castigándose igualmente ésta que la complicidad o el encubrimiento o bien, por el contrario, que no es exigible el elemento culpabilidad en la infracción? ¿Significa igualmente esa omisión que no existe una edad mínima para la imputación de responsabilidad u otras circunstancias que excluyen la imputabilidad, como la enajenación mental, la legítima defensa, el estado de necesidad, etc.? A juicio de la más avanzada doctrina, la igual sustancia entre el Derecho penal y el Derecho sancionador administrativo y la interpretación restrictiva aplicable a todo Derecho punitivo del Estado obliga a entender que las normas penales son aplicables aquí a favor y en beneficio del sancionado. Por ello, a falta de previsión expresa, sólo se puede ser administrativamente incriminado en concepto de autor, no de

cómplice o encubridores, y, por el contrario, siempre serán aplicables las normas penales sobre excepción de responsabilidad criminal previstas en los artículos 62, 65 y 69 del Código Penal, como la enajenación mental, la minoría de edad, la legítima defensa, el estado de necesidad, la obediencia debida, etc.

Sobre la culpabilidad, las leyes administrativas en nuestro país parecen no hacer referencia alguna a la voluntariedad, a la intencionalidad o a la culpa del autor de los hechos infraccionales. Es más, nuestro Código Penal dice: “El que incurre en faltas, responde de su propia acción u omisión, aunque no se demuestre que haya querido cometer una infracción de la ley”, por lo que parece admitir una responsabilidad sin culpa, esto es, a título de simple inobservancia de la ley; y en fin, parece desdeñarse el elemento de la culpabilidad cuando se admite la responsabilidad administrativa de las personas morales o jurídicas. De interpretarse de manera tal que resulte irrelevante tanto la ausencia de intencionalidad como el error, por no ser precisa una conducta dolosa, sino simplemente irregular para castigar la inobservancia de las normas, entonces se conferiría a la responsabilidad en esta rama del Derecho una naturaleza cercana a la responsabilidad objetiva.

Sin embargo, dice Parada, no puede admitirse esa interpretación, diga lo que diga la ley, pues no puede darse infracción alguna, penal o administrativa, sin el elemento subjetivo de la culpabilidad, a título de dolo o negligencia. La culpabilidad tiene que estar siempre presente. Incluso, tal exigencia trasciende el plano substantivo, proyectando sobre el procedimiento sancionador la observancia del derecho a la presunción de inocencia, pues dicha presunción comporta, como ha afirmado la más moderna doctrina jurisprudencial española, que para condenar hace falta la certeza de culpabilidad o bien “que toda resolución sancionadora sea penal o administrativa, requiere a la par certeza de los hechos imputados, obtenidos mediante pruebas de cargo y certeza del juicio de la culpabilidad sobre esos mismos hechos” (S. 55/1982. TC). En contra de esos equívocos -prosigue el mencionado autor- hay que insistir en que es fundamental la consolidación de la doctrina constitucional relativa a la exigencia de culpabilidad en las infracciones administrativas y tributarias.

De otra parte, la culpabilidad como elemento de la infracción administrativa es exigida por las más modernas regulaciones, como la de Alemania Federal de 19 de febrero de 1987: “como ilícito administrativo puede punirse únicamente el hecho doloso, salvo que la Ley conmine expresamente con una pena pecuniaria administrativa al hecho culposo”(art. 10), haciéndose referencia en otros preceptos a circunstancias excluyentes de la culpabilidad, como el error o la edad inferior a catorce años (arts. 12 y 13). Asimismo, la Ley italiana 698/1981 determina que “en las infracciones administrativas cada cual es responsable de su propia acción u omisión, consciente o voluntaria, ya sea ésta dolosa o culposa”, refiriéndose también a las causas de exclusión de la responsabilidad y a la inimputabilidad (arts. 2, 3 y 4).

Una quiebra de la exigencia de culpabilidad es, sin embargo, la admisión de la responsabilidad de las personas jurídica. Ciertamente la culpabilidad está ausente en las infracciones cometidas por las personas jurídicas desde el Derecho romano (*societas delinquere non potest*), aunque lo esté en los titulares de sus órganos de gobierno o en sus empleados. Castigar a la persona jurídica como tal (asociación, sociedad, etc.) y no a los titulares de sus órganos de gobierno (presidentes, consejeros, gerentes) y a sus empleados es, a la vez que una excepción al principio de la necesidad del elemento culpabilidad propio del Derecho punitivo, una singularidad notable del derecho administrativo sancionado con respecto al Derecho penal. El art. 129.1 de la LRJAPPAC estable-

ce: “sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas física o jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple negligencia”.

Precisamente porque falta en este caso la culpabilidad ha sido necesario encontrar una justificación expresa a la admisión de la responsabilidad de las personas jurídicas. El TC español ha dicho que “la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de la ficción jurídica a la que responden esos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y por ende reprochabilidad directa, que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sometida al cumplimiento de dicha norma”. Como se ve es la invocación del principio de eficacia de la represión administrativa, que se concreta en la mayor solvencia económica de las personas jurídicas, frente a la de sus miembros o empleados, lo que ha determinado esta admisión. La LRJAP-PAC cubre con el manto de la culpa in vigilando esa excepción a la exigencia de culpabilidad -aunque sabido es que dicha forma de culpa sólo justifica la responsabilidad civil-, al afirmar que “serán responsables subsidiarios o solidarios, por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley que conlleva el deber de prevenir la infracción cometida por otros, las personas físicas o jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores”(art.130).

Sostiene Parada que la legislación administrativa especial española ha sido muy directa ya que, saltando por encima del principio *societas delinquere non potest*, descarga toda la artillería en la propia sociedad y olvidan sancionar a los dirigentes, lo que no es justo, pues antes que paguen los desconocidos e ignorantes accionistas es menester que la represión administrativa se centre en los *personalmente* responsables, es decir, en los directivos que no salven su responsabilidad.

IV. EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

El principio *non bis in idem* hoy día está reconocido como un principio general de Derecho que supone que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad de sujetos, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionaria, etc.- que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y, a su vez, de la potestad sancionadora de la Administración. Su fundamento va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 49 de la Constitución.

Entonces, el principio *non bis in idem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos, sea cualquiera la autoridad que primeramente la haya impuesto, pero conduce también al resultado de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación “unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado”.

V. EXTINCIÓN DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Conforme al Código Penal (Título X), la responsabilidad penal se extingue por la muerte del procesado, la amnistía, el cumplimiento de la condena, el indulto, el perdón del ofendido en los delitos perseguibles a instancia de parte. Es obvio que todas esas formas de extinción de la responsabilidad se aplicarán a la extinción de las infracciones y sanciones punitivas.

La muerte del infractor tiene sentido ya que, en principio, la personalidad de la sanción propia de toda materia punitiva implica que la pena o sanción no se transmite a los herederos.

La cuestión es más compleja cuando se trata de la disolución de personas jurídicas ya que, precisamente, el desarrollo del poder sancionador de la Administración, se explica en parte, como una forma de compensación ante la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas en cuanto tales, responsabilidad que habría encontrado acomodo en el ámbito administrativo. Pues bien, parece claro que la solución justa es que el patrimonio social, no obstante la disolución, quede afecto al pago de las sanciones impuestas como si de cualquier otra deuda se tratara. Si quedan obligaciones pendientes se transmiten a los socios en proporción a su participación en el haber social. Esta es una forma de evitar que la creación de personas jurídicas se utilice como medio para lograr la transgresión del ordenamiento.

La amnistía equivale a una ley posterior derogatoria de la sanción, y el indulto o condonación de las sanciones administrativas, hay que decirlo, no existe en el Derecho Administrativo una regulación análoga a la materia penal que suponga la condonación de una singular sanción administrativa.

La prescripción, es, por último, la extinción de las infracciones y sanciones administrativas por el transcurso del tiempo, regulada por las leyes que establezcan las respectivas infracciones y sanciones, y en su defecto, por la ley general.

El plazo de prescripción de las infracciones empezará a contarse desde el día en que la infracción se hubiere cometido, interrumpiéndose ésta cuando se inicia el expediente sancionador con conocimiento del interesado.

VI. GARANTÍAS PROCESALES EN LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA

La constitución condiciona el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración a la observancia de determinados procedimientos y garantías judiciales. Así, el artículo 49 establece que “el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas”. Ese debido proceso obviamente supone un trámite de audiencia y reconoce el derecho a revisar los actos sancionadores ante una instancia judicial.

Algunos principios puede decirse que están totalmente proscritos, el *solvet et repete* (pague antes de recurrir) y el *reformatio in peius*, que faculta a la autoridad o Tribunal de alzada a agravar una sanción, lo que en cierto modo puede atemorizar al eventual recurrente, haciéndole desistir de su empeño, y, por último, la regla de la ejecutoriedad inmediata de las sanciones antes de la resolución de los recursos administrativos y jurisdiccionales.

La primera garantía en el ejercicio de la potestad sancionadora es, sin duda, la de la exigencia de un procedimiento sancionador. Se ha dicho que la actividad administrativa equivale substancialmente a una primera instancia judicial, y del proceso contencioso administrativo al proceso de apelación, equiparando en el plano de las garantías al administrado con el inculpado en un proceso penal, dándose así oportunidad de conocer y alegar contra la acusación y proponer las pruebas oportunas en su defensa.

En los ordenamientos modernos los procedimientos sancionadores suelen establecer de manera separada la fase instructora y la sancionadora, encomendándose a órganos distintos.

Entre los principios de rigurosa observancia está el derecho de audiencia y defensa al que expresamente alude el art. 49 de la Constitución, derechos que se concretan en el trámite de audiencia y el derecho a aportar las pruebas de descargo frente a la acusación. Este derecho supone que se integran en él los siguientes derechos: a) a ser notificado de los hechos que se le imputan, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que en su caso, se le pudieran imponer, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya la competencia; y b) a formular alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico que resulten procedentes.

El procedimiento sancionador debe asegurar el respeto a la presunción de inocencia que es un derecho fundamental (ord. 2, art. 49 CRBV) frente a todos los poderes públicos y por ello vigente en el ámbito sancionador administrativo. Sobre el respeto al principio de presunción de inocencia se ha pronunciado el TC español en estos términos: “ya que no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas”.

La regla de la presunción de inocencia cede, sin embargo, cuando se parte de hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes, las cuales vincularán a las administraciones públicas respecto de los procedimientos sancionadores que sustancien. Fuera de este supuesto, toda imposición de sanción debe ir precedida de una actividad probatoria, impidiéndose la condena sin pruebas, y requiere que las pruebas tenidas en cuenta sean constitucionalmente legítimas, siendo la carga de la actividad probatoria de los acusadores y nunca del acusado al que no se puede trasladar en ningún caso la prueba o de su inocencia o no participación en los hechos.

En virtud de este principio de presunción de inocencia, las actas de inspección que de acuerdo con la Ley levantan algunos funcionarios competentes para ello, no pueden tener valor probatorio pleno, por cuanto, una cosa es el valor *imparcial* que un documento público tiene en un juicio civil entre particulares, y otra cosa es la inicial tacha de parcialidad que tiene cualquier actuación funcional o policial en un proceso penal o procedimiento administrativo sancionador. Justamente por eso, frente al valor máximo que en el proceso civil tienen los documentos públicos, que prueban aquellos hechos de conocimiento directo del funcionario que es fedatario público a estos efectos, en procedimiento administrativo sancionador como en el proceso penal, rige el principio contrario de que la Administración ha de probar los hechos cuando el interesado no los tenga por ciertos o los contradiga. Así, las declaraciones de funcionarios de policía judicial sobre hechos de conocimiento propio se asimilan a declaraciones testificales.

En cuanto al derecho a no declarar contra sí mismos y a no declararse culpables previsto en el ordinal 5 del artículo 49 de la CRBV, si impide a los jueces en los procesos penales coaccionar a los inculpados para que declaren sobre los hechos que se le imputan, respetando su derecho al silencio, debe impedir igualmente en los procedimientos sancionadores que los funcionarios fuercen a declarar a los administrados o les obliguen a presentar documentos o pruebas para documentar los procedimientos que instruyan contra ellos. También es un fraude al derecho a no declarar contra sí mismos que el silencio o la negativa del inculpadado a presentar pruebas sobre los hechos que se le imputan pueda convertirse en todo caso en una presunción en su contra de la veracidad de las imputaciones.

Por eso es muy difícil justificar la adecuación a la Constitución de tipificaciones -muy comunes en materia tributaria, por cierto- como las que contemplan como infracción la falta de aportación de pruebas contables o la negativa a su exhibición. El TSJ español ha planteado cuestiones de inconstitucionalidad respecto a este tipo de normas, por entender que ese tipo de colaboración con la Administración encontraba un límite cuando se trataba del propio contribuyente y de su derecho a no declararse culpable, lo que se concretaría en el derecho del contribuyente a la reserva de sus datos económicos frente a la Administración, bajo el amparo de los derechos a la presunción de inocencia y a no declararse culpable.

El Estado de Derecho -nos dice Parada- se caracteriza por la protección a ultranza de los derechos del hombre, que jamás deben rendir sus banderas ante la eficacia policial, funcional o judicial. Por otro lado, la incongruencia a la que se presta una práctica o doctrina según la cual en materia tributaria los contribuyentes deben *colaborar* con la aportación de datos personales de alcance económico, es manifiesta: ahora resulta que los poderes que se reconocen a las inspecciones administrativas o tributarias son superiores a las que se permiten a los jueces por delito fiscal, el derecho del inculpadado a guardar silencio y a no proporcionar pruebas o documentos que la comprometan.

El principio de separación entre la fase instructora y sancionadora, encomendándose a órganos distintos constituye otro de los principios esenciales y sagrado de todo procedimiento punitivo. Es el derecho constitucional a un juez imparcial que constituye sin duda una garantía fundamental. Sobre la aplicación de este principio en la esfera administrativa sancionadora encontramos una Sentencia de 26 de abril de 1990 del TC, en la que afirmó: “por la naturaleza misma de los procedimientos administrativos, en ningún caso puede exigirse una separación entre instrucción y resolución equivalente a la que respecto de los jueces ha de darse en los procesos jurisdiccionales”, considerando suficiente, para cumplir con este principio, la mera separación de dos autoridades, la instructora y la decisora, unidas por una línea jerárquica directa.

El TC -que Parada lo critica por hacer primar la eficacia del sistema sobre las garantías del contribuyente- ha afirmado que “tanto si se separan las funciones inspectoras de las liquidadoras como si se atribuye ambas a un mismo órgano el contribuyente estará ante una misma organización administrativa estructurada conforme a un principio de jerarquía, y esta circunstancia, a diferencia de lo que ocurre en los procedimientos judiciales, impide una absoluta independencia ad extra de los órganos administrativos tributarios (...). El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías -entre ellas la independencia e imparcialidad de juzgador- es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende al procedimiento administrativo, ya que la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable con igual significado y en la misma medida de los

órganos administrativos”. Critica Parada que con esta doctrina el TC vacía de todo contenido en el ámbito sancionador administrativo el “derecho a un juez imparcial” y lo hace con un argumento nada convincente, pues, ciertamente, aun en el caso de que se atribuyan funciones diferentes “el funcionario que liquidará estaría integrado en la misma organización jerárquica que el que hiciera la inspección”, pero existiría una independencia mucho mayor, al no estar integrado en un mismo órgano y sometido el segundo a la autoridad directa del primero. La imparcialidad no podrá nunca, es obvio, entenderse en el ámbito administrativo de un modo tan estricto como en el derecho penal, pero una garantía mínima de este principio exige la separación de funciones entre los órganos instructores y los decisores.

Por último, hay que considerar el derecho a ser asistido por un abogado. En nuestro criterio este ya no es un derecho predicable para los procesos penales, supuesto que, ahora, con lo establecido en la Constitución *bolivariana*, se trata incluso de un derecho que el inculcado puede reclamar también en los procedimientos administrativos sancionadores. En efecto, el artículo 49 de la Carta Magna en su ordinal primero nos dice que toda persona tiene derecho de “...disponer de los medios adecuados para ejercer su defensa”. Desde luego, si tomamos en cuenta que muchas sanciones administrativas desbordan escandalosamente en términos cuantitativos las penas de multa establecidas en el Código penal, entonces por que no garantizar también en estos procedimientos sancionadores la presencia de una defensa técnica, así sea prestada por el Estado. El mismo asunto valdría para muchas sanciones profesionales o disciplinarias, cuando implican la privación de una carrera o la inhabilitación definitiva para el ejercicio de una profesión. Son todas cuestiones que en nuestro país están por dilucidarse, pero que, aparentemente, por tratarse del ejercicio de una misma potestad punitiva la que actúa, la del Estado, donde no hace distinción el constituyente no puede hacerlo el intérprete. Por lo tanto, es de pensar que las defensorías públicas también puedan ser exigidas para una defensa *adecuada* requerida en un procedimiento sancionador.

BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Quinta edición, Tomo II, Madrid 1998.

NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Editorial Tecnos S.A., Segunda edición, Madrid 1994.

PARADA VÁSQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo*, Editorial Marcial Pons, Quinta edición, Tomo I, Madrid 1993.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Volumen II, Segunda edición, Madrid 1998.

II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

§ 61. LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. LA EFICACIA COMO DESIDERÁTUM DE LA GESTIÓN PÚBLICA EN VENEZUELA

María Elena León Álvarez
Profesora de la Universidad del Zulia, Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

No hay duda acerca de que dentro de los recientes textos legislativos promulgados en Venezuela, la Ley Orgánica de la Administración Pública del 17 de octubre de 2001¹ sobresale por su complejidad, y por su adaptación a las nuevas reglas que promueven a la gestión planificada y controlada, como instrumento esencial de una administración pública tanto eficiente como eficaz.

En concordancia, el nuevo modelo se orienta en Venezuela, hacia la búsqueda de una gestión por resultados; es decir, de una “*administración de los recursos públicos centrada en el cumplimiento de las acciones estratégicas definidas en el plan de gobierno, en un período de tiempo determinado*”².

Ello supone, una nueva ley acerca del funcionamiento de la administración pública, cuyos objetivos a cumplir serían los siguientes:

- establecer los principios y bases que rigen la organización y funcionamiento de la administración pública, y los principios y lineamientos de organización y funcionamiento de la Administración Pública Nacional³ y de la administración descentralizada funcionalmente;
- la regulación de los compromisos de gestión;
- la creación de mecanismos para promover la participación y el control sobre las políticas y resultados públicos; y
- el establecimiento de las normas básicas sobre los archivos y registros públicos.

Todo en concordancia, con la norma prevista en el artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁴, según la cual: la administración pública “está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas”, y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, “con sometimiento pleno a la ley y al derecho”.

1. G.O. n° 37.305.

2. MAKÓN, Marcos, *El Modelo de Gestión por Resultados en los Organismos de la Administración Pública Nacional*” Ponencia presentada en el V Congreso Internacional del CLAD, Santo Domingo, República Dominicana 2000, s/p.

3. De acuerdo a la Ley, sólo los principios y normas en general para la administración pública, o expresamente, serán de obligatoria aplicación para los Estados, Distritos Metropolitanos y Municipios; artículo 2.

4. G.O. n° 36.860 del 30-12-99.

Puede ser afirmado, en consecuencia, que aún a la espera de una reglamentación específica, el ejercicio ordenado y responsable de la gestión pública, parece haber encontrado un mecanismo inmediato de aplicación en la Ley Orgánica de la Administración Pública (LOAP).

En su primera parte, el presente trabajo se dirigirá a describir el modelo venezolano previsto en la citada Ley, y a contrastar su contenido respecto a la modernas concepciones de la administración pública en el mundo.

II. LA GESTIÓN PÚBLICA POR RESULTADOS EN EL NUEVO ORDEN LEGISLATIVO VENEZOLANO

La presencia de la gestión por resultados en el texto legislativo en estudio, obedece, en primera instancia, a la aceptación en nuestro país⁵ de reglas acerca de una administración pública gerencial, básicamente contenidas en el *New Public Management*; y cuyas premisas esenciales serían las siguientes:

1. Desempeño de las organizaciones del Estado y de sus funcionarios con consecuencias claras y explícitas; esto garantiza el compromiso y responsabilidad de los mismos.
2. Medidas e Instrumentos que le permitan al Estado, concretar y dar vida a las decisiones tomadas a nivel político.
3. Accionar estatal centrado en el *cliente*.
4. Autonomía gerencial de las agencias y de sus gestores, complementadas con nuevas formas de control. Control realizado *a posteriori*, previa definición de objetivos claros y de procedimientos para llevarlos a cabo.
5. Modelo gerencial que promueva la autonomía, la transparencia y la democracia.
6. Descentralización de las decisiones y flexibilización de las relaciones ente quienes controlan y quienes son controlados.
7. Transparencia que promueva mecanismos que permitan el control social; y
8. Fortalecimiento de la democracia, en la medida en que un ejercicio transparente y que produzca resultados, fortalece la legitimidad y credibilidad del Estado, y la confianza entre los diferentes actores.

A tal efecto, se consagra en el artículo 18 de a LOAP, el “Principio de Funcionamiento Planificado y Control de la Gestión y de los Resultados”, sin perjuicio de otras disposiciones en referencia al tema que nos ocupa.

Es el caso del artículo 19, en relación al “Principio de Eficacia en el cumplimiento de los Objetivos y Metas Fijadas”; del artículo 20, acerca del “Principio de Eficiencia en la Asignación de Recursos y utilización de Recursos Públicos”; y el 21, sobre el “Principio de Suficiencia, Racionalidad y Adecuación de los Medios a los Fines Institucionales”; entre otros.

5. Al menos en el aspecto formal.

Respecto al primero, se señala en dicha Ley, que “la actividad de los órganos y entes de la administración pública perseguirá el cumplimiento eficaz *de los objetivos y metas fijados en las normas, planes y compromisos de gestión*”; entendiéndose como eficaz, un cumplimiento evaluado en base a los resultados obtenidos, y su impacto en la satisfacción de las necesidades públicas.

Acerca de la eficiencia, el artículo 20 prevé una utilización del presupuesto destinado al sector correspondiente, no mayor que el estrictamente necesario; pero el funcionamiento de la administración pública se hará dirigido, a la utilización racional de “los recursos humanos, materiales y presupuestarios” y una asignación, ajustada *estrictamente al logro de sus metas y objetivos*.

De igual forma, la suficiencia y racionalidad, de acuerdo al artículo 21, alude a la adecuación a *los fines y propósitos asignados*; por lo que se establece, que el “tamaño y la estructura organizativa de los órganos y entes de la administración pública”, deben corresponderse a los objetivos trazados.

Se observa, por lo tanto, una eficacia, eficiencia, suficiencia y racionalidad, condicionadas al logro de metas específicamente propuestas en los programas de gestión, y partir de lo cual, se aplicarían los mecanismos de control a los que alude la Constitución y la ley.

Es así, como el “Principio de Funcionamiento Planificado y Control de la Gestión y de los Resultados” previsto en el artículo 18, es erigido como *principio fundamental* de la nueva concepción de la administración pública en Venezuela; y ello no es más, que un funcionamiento *de los órganos y entes de la Administración Pública* sujeto “a las políticas, estrategias, metas y objetivos que se establezcan en los respectivos planes estratégicos y compromisos de gestión”⁶.

Es decir, de una administración pública sometida a:

1. Las políticas, estrategias, metas y objetivos que se establezcan en los respectivos planes, objetivos y compromisos de gestión.
2. El seguimiento de las actividades.
3. La evaluación; y
4. El control del desempeño institucional y de los resultados alcanzados.

1. Sujeción a Planes, Objetivos y Compromisos de Gestión

Como primer aspecto, la Ley Orgánica de la Administración Pública prevé, tanto una sujeción de tipo general a “políticas, estrategias, metas y objetivos previstos en los respectivos planes”, en concordancia con el derecho político de los electores y electoras a que sus representantes rindan cuentas “de acuerdo con el programa presentado”⁷; como una más específica, a través de compromisos de gestión, dirigidos a “la obtención de *determinados resultados*”⁸.

6. Artículo 18.

7. Artículo 66 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, G.O. n° 36.860 del 30-12-99.

8. Artículo 129 de la LOAP.

Como ejemplo de la primera categoría, encontraríamos la disposición contenida en el artículo 77⁹, según la cual: “las memorias que los ministros o ministras deban presentar a la Asamblea Nacional” “...contendrán una exposición razonada y suficiente de las políticas, estrategias, planes generales, objetivos, metas, resultados, impactos y obstáculos obtenidos en la gestión de cada ministerio en el año inmediatamente anterior, así como los lineamientos de sus planes para el año siguiente”.

Sin embargo es importante destacar, que a pesar de que el derecho político señalado, se refiere específicamente a los cargos por elección, la disposición que se alude, extendería la obligación a los ministros y las ministras, funcionarios de libre nombramiento y remoción¹⁰; ello, estimamos, en concordancia, con la rendición de cuentas como principio de -toda- la administración pública, de acuerdo al artículo 141 ejusdem.

No obstante, y como primera observación, el sistema de representación proporcional prevista en la misma Constitución, implicaría que, en ciertos casos, la presentación del programa de gestión, tuviera que ser realizada en fecha posterior a la elección del funcionario; igual consecuencia, por la declaratoria con lugar de los recursos interpuestos ante los órganos electorales.

Asimismo, se observa la omisión de mecanismos de divulgación de los programas de gobierno y mecanismos de consulta ciudadana, tendientes a priorizar las necesidades colectivas a plasmar en los programas de gestión; en definitiva, dirigidos a lograr, *políticas públicas definidas, para atender las demandas de la sociedad*¹¹.

En sentido opuesto, el artículo 135 de la LOAP señala tan sólo que, “sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y leyes especiales”, los órganos y entes de la administración pública “promoverán la participación ciudadana en la gestión pública”, a través de *propuestas y opiniones* sobre la gestión de los órganos y entes de dicha administración.

Es importante destacar el criterio del legislador con relación al procedimiento de consulta acerca de las normas legales, reglamentarias o de otra jerarquía, y cuyo resultado *no tendrá carácter vinculante*¹².

A. Los Compromisos de Gestión

Como un aspecto más formal del control de la gestión y de los resultados, dichos compromisos, se encuentran previstos en el Título V en la LOAP, sin precedentes en el derecho administrativo venezolano.

Según lo previsto en el artículo 129 de dicho título,

9. Las hermenéutica jurídica debe ser empleada con frecuencia en la interpretación de la LOAP, dada algunas fallas de técnica legislativa, que conducen a la ubicación de otras normas para conocer el sentido de lo leído.

10. Ello en concordancia con la rendición de cuentas como principio de -toda- la administración pública, de acuerdo al artículo 141 de la Constitución nacional.

11. MAKÓN, Marcos, “El Modelo de Gestión por Resultados en los Organismos de la Administración Pública Nacional”, *ob. cit.*

12. Artículo 136.

Los compromisos de gestión son convenios celebrados entre órganos superiores de dirección y órganos o entes de la Administración Pública entre sí, o celebrados entre aquellos y las comunidades organizadas y organizaciones públicas no estatales, de ser el caso, mediante los cuales, se establecen compromisos para la obtención de determinados resultados, en los respectivos ámbitos de competencia, así como las condiciones para su cumplimiento, como contrapartida al monto de los recursos presupuestariamente asignados. (Destacado y subrayado nuestro)

Por lo que, y de acuerdo a la Ley, dichos convenios podrían adoptar las siguientes modalidades:

1. De Gestión Sectorial: entre el Vicepresidente Ejecutivo (a) y los Ministros (as) del ramo respectivo
2. De Gestión Territorial: entre el Vicepresidente Ejecutivo (a) y los Gobernadores (as) de Estado.
3. De Gestión de Servicios Públicos: entre el Vicepresidente Ejecutivo (a), el Ministro (a) de adscripción y la autoridad máxima del órgano o ente responsable; y
4. De Gestión con Comunidades Organizadas u Organizaciones Públicas No Estatales: celebrados entre el Vicepresidente Ejecutivo (a), el Ministro (a) del ramo afín al servicio prestado, y la o las autoridades del servicio público no estatal¹³.

Digno de resaltar es el ámbito de aplicación: órganos superiores de dirección y órganos¹⁴ o entes¹⁵ de la Administración Pública, y *comunidades organizadas y organizaciones públicas no estatales*; por lo que, si bien el derecho político previsto en el artículo 66 de la Constitución de 1999, serviría de fundamento a la rendición de cuentas de los representantes públicos sobre la base de programas de gobierno, esta segunda modalidad tendría como sustento constitucional, *la cogestión*, prevista como medio de participación en lo económico y social en el artículo 70 *ejusdem*.

Es ese el sentido aparente del artículo 70 de la LOAP, según el cual:

En los casos en que las actividades de los órganos y entes de la Administración, en ejercicio de potestades públicas que por su naturaleza lo permitan, fueren más económicas y eficientes mediante la gestión del sector privado o de las comunidades, dichas actividades serán transferidas a éstos, de conformidad con la ley, reservándose la Administración Pública la supervisión, evaluación y control del desempeño y de los resultados de la gestión transferida. (Subrayado nuestro)

Nótese, sin embargo, que en la modalidad de convenio de gestión-comunidad organizada, se omite regulación alguna respecto al órgano representativo de la comunidad.

De suma importancia es, asimismo, la ausencia de soporte constitucional y por ende, de marco legal, con respecto a las *transferencias* aludidas, incluido el aspecto presupuestario.

Al margen de lo anterior, de acuerdo a la LOAP, los compromisos de gestión habrían de determinar y regular, en cada caso, por lo menos:

13. Artículo 133.

14. Definidos en la LOAP, como: “las unidades administrativas de la República, los Estados, los Distritos Metropolitanos y entes públicos a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo”; artículo 15.

15. Entendidos como: “toda organización administrativa descentralizada funcionalmente con personalidad jurídica propia distinta de la República, de los Estados, de los Distritos Metropolitanos y de los Municipios”; *idem*.

1. La finalidad del órgano desconcentrado, ente descentralizado funcionalmente, comunidades organizadas u organizaciones públicas no estatales, con el cual se suscribe.
2. *Los objetivos, metas y resultados, con sus respectivos indicadores de desempeño, que se prevé alcanzar durante la vigencia del compromiso nacional de gestión.*
3. Los plazos estimados para el logro de los objetivos y metas.
4. Las condiciones organizacionales.
5. Los beneficios y obligaciones de los órganos y entes de la Administración Pública y de las comunidades organizadas y organizaciones públicas no estatales encargadas de la ejecución.
6. Las facultades y compromisos del órgano o ente de control.
7. La transferencia de recursos en relación con el cumplimiento de las metas fijadas.
8. Los deberes de información de los órganos o entes de la Administración Pública, o las comunidades organizadas u organizaciones públicas no estatales encargadas de la ejecución del convenio.
9. *Los criterios e instrumentos de evaluación del desempeño; y*
10. *Los incentivos y restricciones financieras, institucionales e individuales de acuerdo al resultado de la evaluación, de conformidad con las pautas que establezca el respectivo reglamento de la LOAP.*

Desde el punto de vista de su divulgación, de acuerdo al artículo 134, dichos compromisos deben ser del *conocimiento público* y entrarían en vigencia, “a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela, a los fines de permitir *el control social sobre la gestión pública*”. (Subrayado nuestro)

Al margen de otras consideraciones, sorprende la utilización de aspectos hasta la fecha previstos, en las más modernas corrientes de modernización del Estado, y en países como “Australia, E.E.U.U., Nueva Zelanda, países bajos, países escandinavos y algunos países latinoamericanos”¹⁶.

2. El Seguimiento de las Actividades

Este segundo elemento, se relaciona tanto al principio de jerarquía previsto en el artículo 28 de la LOAP, según el cual: los órganos inferiores estarán sometidos a la dirección, supervisión y control de los órganos superiores de la Administración Pública con competencia en la materia respectiva; como al control de adscripción¹⁷, respecto a la administración pública descentralizada funcionalmente.

16. MAKÓN, Marcos, “El Modelo de Gestión por Resultados en los Organismos de la Administración Pública Nacional”, *ob. cit.*, s/p.

17. Que incluiría al control de tutela (institutos autónomos), control accionario (empresas del Estado) y control estatutario (fundaciones, asociaciones y sociedades civiles del Estado). V., en PEÑA SOLÍS, José Manuel, de Derecho Administrativo, adaptado a la Constitución de 1999 y a la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001, Italgráfica, S.A., Caracas 2001, p. 487.

Es así como en cuanto a lo segundo, la misma LOAP establece, que: “todo instituto autónomo, empresa o fundación, asociación y sociedad civil del Estado” deberá estar adscrito a un determinado Ministerio u órgano de la administración pública¹⁸; y dichos “Ministerios u otros órganos de control, nacionales, estatales, de los distritos metropolitanos o municipales, respecto de los órganos desconcentrados y entes descentralizados funcionalmente que le estén adscritos, ejercerán *permanentemente*, funciones de coordinación, supervisión y control”¹⁹. (Subrayado nuestro)

3. La Evaluación

Hay coincidencia en la opinión de los especialistas extranjeros acerca de la importancia de la evaluación como elemento de la gestión por resultados; entendiéndose por la primera, al “proceso de indagación y valoración de la planificación, ejecución y finalización de un programa social”²⁰, que implicaría: “indagar y analizar permanentemente, el grado en que las actividades realizadas y los resultados obtenidos, cumplen con lo planificado, con el fin de detectar oportunamente eventuales deficiencias, obstáculos y/o necesidades de ajustes en la ejecución”²¹. (Destacado nuestro)

La importancia radica, en que fundamentalmente:

*la información sobre cuáles programas son exitosos, permite que decisiones de los legisladores y ejecutivos públicos se apoyen en criterios no apenas políticos y dan indicaciones sobre en cuáles programas se deben invertir recursos en caso de que se quiera aumentar esfuerzos en determinado sector*²².

*Las evaluaciones producen informaciones que auxilian a los responsables por la formulación de las políticas en el cuestionamiento sobre la viabilidad de determinados programas, así como la delineación de nuevos programas*²³.

En Venezuela, la LOAP prevé la evaluación de la gestión pública, tanto para la Administración Pública Central, como para la no central; y, conforme a las nuevas tendencias, acerca de las políticas públicas, y del *desempeño institucional y de sus resultados*²⁴.

El papel de la evaluación en el proceso de aumento de “responsabilización” sobre las políticas públicas, viene adquiriendo una importancia cada vez mayor y está relacionada con la creciente autonomía proporcionada por las reformas gerenciales y con la preocupación con la legitimidad de las acciones públicas.

18. Artículo 116.

19. Artículo 117 n° 2.

20. GUARDIA, Viviana, “Hacia una Gestión Social Eficiente: Aportes del Sistema de Información, Monitoreo y Evaluación de Políticas y Programas Sociales”, Ponencia presentada en: VI Congreso Internacional del Clad, Buenos Aires 2001, s/p.

21. *Idem*.

22. OSBORNE, D. y GAEBLER, T., “Reinventando o Gobierno. Como o espíritu emprendedor está transformando o Sector Público”, Citados por NASSUNO, Marianne en *Evaluación de Resultados y Evaluación de Satisfacción del Usuario-Ciudadano: Elementos para Reflexión*, Ponencia presentada en el VI Congreso Internacional del CLAD, Buenos Aires 2001

23. NASSUNO, Marianne, *Evaluación de Resultados y Evaluación de Satisfacción del Usuario-Ciudadano: Elementos para Reflexión*, ob. cit., s/p.

24. Artículo 46.

La evaluación al ilustrar sobre el resultado y el impacto de las acciones gubernamentales, puede mejorar la transparencia para la sociedad en su conjunto.

Al demostrar que los programas presentan resultados en forma de beneficios medibles, la evaluación puede garantizar apoyo público²⁵.

En consonancia, de acuerdo con la Ley, correspondería a “...los órganos superiores de dirección de la Administración Pública Central²⁶...” la formulación, aprobación y evaluación de las políticas públicas, el seguimiento de su ejecución y la evaluación del desempeño institucional y de sus resultados²⁷; así como a “los ministerios u otros órganos, nacionales, estatales, de los distritos metropolitanos o municipales, respecto de los órganos desconcentrados y entes descentralizados funcionalmente que le estén adscritos”, la evaluación “en forma continua del desempeño y de los resultados de la gestión”²⁸.

A tal efecto se indica, que:

El Ministerio u órgano de control nacional, estatal, del distrito metropolitano o municipal, a cargo de la coordinación y planificación determinarán los indicadores de gestión aplicables para la evaluación del desempeño institucional de los órganos desconcentrados y descentralizados funcionalmente, de conformidad con el reglamento respectivo²⁹. (Subrayado y destacado nuestro)

Por lo que en principio debemos indicar, que contrario a las opiniones citadas acerca de la importancia de la evaluación como elemento del modelo de gestión por resultado, en esta última modalidad dicha fase destaca por la ausencia de mecanismos, prontos, de ejecución.

Llama la atención, no obstante, la incorporación de conceptos que nuevamente reflejan concepciones modernas sobre la gestión pública; como es el caso de los indicadores de gestión como “criterios de referencia para vigilar, controlar, darle seguimiento y evaluar las acciones que desarrollan las dependencias o entidades de la administración pública, a través de los programas que ejecutan³⁰; y que necesariamente conducen, a los “diferentes objetivos que pretende alcanzar cada dependencia o entidad”³¹.

Respecto a ello es importante señalar, que a pesar de la determinación asignada al “ministerio u órgano de control nacional, estatal, del distrito metropolitano o municipal”, dichos indicadores antes que decisiones aisladas, se supondrían determinados por las políticas, estrategias, metas y objetivos previstos en los planes estratégicos y convenios de gestión.

4. Control del Desempeño Institucional y de los Resultados Alcanzados

Como fuera inicialmente señalado, de acuerdo al *New Public Management*, los “desempeños de las organizaciones del Estado y de sus funcionarios” deben ser expresamente previstos, *con consecuencias claras y explícitas*, a fin de garantizar el compromiso y responsabilidad de los mismos”. (Subrayado nuestro)

25. NASSUNO, Marianne, *Evaluación de Resultados y Evaluación de Satisfacción del Usuario-Ciudadano: Elementos para Reflexión*, ob. cit., s/p.

26. Los cuales, según el artículo 45, son: el Presidente (a) de la República, el Vicepresidente Ejecutivo (a), el Consejo de Ministros, los Ministros (as) y los Viceministros (as).

27. Artículo 46.

28. Artículo 117.

29. Artículo 119.

30. AVALOS AGUILAR, Roberto, “Propuesta de creación de un Sistema de Evaluación de la Gestión Pública por medio de Indicadores”, Ponencia presentada en el VI Congreso Internacional del Clad, Buenos Aires 2001, S/P.

31. *Idem*.

Ése pareciere ser el antecedente, en los compromisos de gestión, de los incentivos y de las *restricciones financieras institucionales e individuales de acuerdo al resultado de la evaluación*. No obstante, nuevamente la remisión a un reglamento³², contradice la responsabilidad de los funcionarios, como elemento esencial de la gestión por resultados.

Aunado a ello, ni al *control social* relacionado con la divulgación de los compromisos de gestión, artículo 134, ni como efecto de la “Obligación de Informar a la Población de las Actividades, Servicios, Procedimientos, y Organización de la Administración Pública”, artículo 138³³, se les otorgó mecanismo alguno de ejecución inmediata; se deduce, la remisión a las normas constitucionales acerca de los referenda, en las cuales la revocatoria del mandato, sobresale por limitante, por su *difícil materialización*³⁴, como mecanismo de participación popular.

III. CONCLUSIONES

“Un Estado Moderno debe ofrecer resultados que expresen en últimas los intereses de los electores”³⁵.

“Una buena gestión pública consiste en lograr resultados que respondan a las demandas de la población”³⁶.

Es decir, dirigir su funcionamiento, no al cumplimiento exclusivamente gerencial de “los objetivos y metas fijados en las normas, planes y compromisos de gestión”, sino primordialmente, al logro de la satisfacción, total o parcial, de las necesidades colectivas que dieron origen a las políticas de gobierno.

Al respecto se aprecia en la LOAP, el reconocimiento de la eficacia como conductora del cumplimiento de los programas de gobierno; lo que supondría:

- la debida participación de la sociedad en la formulación de los planes de gobierno, y no solo a través de consultas no vinculantes;
- la evaluación permanente, a fin de retroalimentar la gestión pública, no solo a través de estáticos indicadores de gestión, sino también, por medio de la orientación expresada por la colectividad; y
- el reemplazo de los representantes públicos, en discordancia con las exigencias de los representados.

Premisas a ser tomadas en cuenta en la reglamentación del modelo venezolano, que en oportunidades, se aprecia formalmente definido, pero sin posibilidades inmediatas de ejecución.

32. Artículo 131.

33. Según el cual: “la administración pública nacional de los Estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios deberán establecer sistemas que suministren a la población la más amplia, oportuna y veraz información sobre sus actividades, con el fin de ejercer el control social sobre la gestión pública”.

34. BREWER-CARÍAS, Allan R., *La Constitución de 1999*, Editorial Arte, Caracas 2000, p. 75.

35. WHITTINGHAM, María Victoria y OSPINA, Sonia, “Reflexiones sobre una propuesta de Evaluación de Resultados de la Gestión Pública: El Sistema Nacional de Evaluación de Resultados en Colombia”, Ponencia presentada en el *V Congreso Internacional del Clad*, Santo Domingo, República Dominicana 2000, S/P.

36. *Idem*.

Ello es particularmente notorio, en aquellos aspectos relacionadas con la participación de los ciudadanos; es decir, en la formulación de las políticas públicas, en la determinación de los indicadores de gestión, y en la presencia de formas no mediatas de *responsabilización* de los funcionarios públicos; elementos todos esenciales del modelo gerencial en el presente trabajo analizado.

Sólo en la medida en que se le otorgue a la satisfacción de las demandas de los ciudadanos, antes que al cumplimiento hueco de las políticas públicas, el carácter de verdadero objetivo de los programas, estrategias y metas de la administración pública, podrá hablarse *realmente* de una gestión por resultados en Venezuela.

Antes de ello, aunque recientemente instaurado, se presenta en Venezuela dicho modelo, como un *desideratum* de una administración pública eficiente, pero principalmente eficaz.

§ 62. LAS COMISIONES DE REGULACIÓN EN COLOMBIA

Ricardo Hoyos Duque
Consejero de Estado, Colombia

El establecimiento de los organismos reguladores de servicios públicos en el mundo es un tema que no ha sido pacífico; ha estado erizado de dificultades. No ha sido fácil. Nadie desconoce la conveniencia de la existencia de los organismos de regulación autónomos, pero hay y ha habido dificultades para su incorporación en el marco constitucional de algunos países¹.

Dividiré mi trabajo en dos partes. En primer lugar voy a ocuparme de la naturaleza jurídica de las Comisiones de Regulación; en segundo lugar me referiré a las competencias de las Comisiones de Regulación a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional y por último, presentaré la síntesis de mi trabajo a manera de conclusión.

I. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN

La naturaleza jurídica de las Comisiones de Regulación en el derecho colombiano fue definida por ley 142 de 1994, más conocida como la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios (LSPD). De acuerdo con el artículo 67 de esta ley, las Comisiones de Regulación son unidades administrativas especiales, con *independencia administrativa, técnica, y patrimonial*, adscritas al respectivo ministerio que actúan como delegatarias de las funciones que la Constitución Política le atribuye al Presidente de la República en el artículo 370 de la Carta Política. De acuerdo con este último artículo, corresponde al Presidente de la República señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. Adicionalmente, el art. 68 de la ley 142 establece que esa fijación de políticas de administración y de control no sólo de los servicios públicos domiciliarios sino de los demás a los que se refiere esta ley, la cumplirá el Presidente de la República por medio de las Comisiones de Regulación.

El inciso segundo de la misma disposición, a su vez, establece que las normas de la ley 142 que se refieren a las Comisiones de Regulación se aplicarán sólo si el Presidente resuelve delegar la función aludida, en caso contrario, el Presidente ejercerá en forma directa tales funciones que se atribuyen a las Comisiones. Este precepto legal señala en forma inequívoca, clara y contundente que las Comisiones de Regulación creadas por la ley 142 de 1994, reciben su competencia del fenómeno jurídico regulado también por la Constitución que se conoce como la delegación de las funciones presidenciales.

1. Para un análisis más detallado de las dificultades del establecimiento de los organismos reguladores en el derecho francés y español puede verse la obra de BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Las administraciones independientes un reto para el Estado Social y Democrático de Derecho*, Edit. Tecnos, Madrid 1994. También GUEDON, Marie-José, *Les autorités administratives indépendantes*, L.G.D.J., París 1991.

Por tal motivo y para poder definir claramente la naturaleza jurídica de las comisiones de regulación, hay que remitirse al artículo 211 de la Constitución Política que establece la manera de llevarse a cabo la delegación de las funciones presidenciales.

1. La delegación de funciones presidenciales

El artículo 211 en primer lugar señala los posibles sujetos delegatarios de esas funciones presidenciales. Así, dice que ésta puede recaer en los ministros, los directores de Departamentos Administrativos, los representantes legales de las entidades descentralizadas, los superintendentes, los gobernadores, los alcaldes y las *demás agencias del Estado que determine la ley*. Claramente se deduce que las Comisiones de Regulación, a la luz del artículo 211 de la Constitución, no son sino agencias del Estado, delegatarias de funciones presidenciales en la medida en que el Presidente quiera, si él a bien lo tiene, delegar algunas de las funciones que la Carta Política le otorga en materia de señalamiento de las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.

En segundo lugar, se encuentra como elemento de la delegación en la norma que comentamos, la previa autorización de la ley. Debe subrayarse que lo que la ley hace en cuanto a la delegación de funciones presidenciales es simplemente autorizarlas y no delegarlas, porque como lo tiene dicho la doctrina en el derecho comparado, frente al tema de la delegación lo que existe finalmente es un acto de confianza del legislador en el delegante: autoriza al titular de una competencia para que si a bien lo tiene, por razones de conveniencia que evaluará soberanamente, pueda a través de un acto de delegación transferir parte de su competencia. Es importante retener esta idea, porque es la que nos permite comprender a cabalidad el alcance del inciso segundo del artículo 68 de la ley 142 cuando señala que las competencias de las Comisiones de Regulación sólo se aplican a condición de que el Presidente de la República decida delegar las atribuciones que la Constitución Política en el artículo 370 le otorga en materia de servicios públicos domiciliarios. *Contrariu sensu*, si el Presidente de la República no decide y no considera conveniente la transferencia de ese tipo de atribuciones, entonces será él el llamado a ejercer tales competencias en forma directa.

Y una última característica de la delegación de funciones en nuestro régimen constitucional es que ésta “exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente”. Por tal motivo el inciso final del art. 211 de la Constitución preceptúa que la ley establecerá los recursos que pueden interponerse contra los actos de los delegatarios, entre los cuales como apenas resulta obvio, no debería consagrarse el de apelación por medio del cual se ejerce el control jerárquico para asegurar la unidad de la acción. Al respecto, el Consejo de Estado, ha dicho.

Naturalmente cuando la función es delegada puede ser posible la revisión *ex officio* del acto por el superior que delega, mediante el procedimiento de aprobación u otro análogos, pero de ninguna suerte a través del recurso, porque se supone que el delegatario obra como si fuera el propio delegante².

2. Sala de lo contencioso administrativo, sección primera, sentencia del 20 de noviembre de 1975.

2. Las competencias del Presidente de la República en materia de Servicios Públicos Domiciliarios

La pregunta obligada que tiene que formularse el intérprete al momento de definir la constitucionalidad y el alcance de las competencias de las Comisiones de Regulación es esta: ¿cuáles son las competencias que tiene el Presidente de la República en relación con los servicios públicos y en particular, en materia de servicios públicos domiciliarios?

Esto por cuanto el artículo 68 de la ley 142 expresamente señala que son las competencias que el artículo 370 de la Constitución Política le atribuye al Presidente de la República en relación con tales servicios, las que este puede ejercer a través de las comisiones de regulación.

Las atribuciones o competencias del Presidente de la República en relación con los servicios públicos domiciliarios que consagra el art. 370 de la Constitución son de dos tipos: en primer lugar, señalar las políticas generales de administración y control de la eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y en segundo lugar, ejercer el control, la inspección y la vigilancia de las entidades que los prestan, las cuales ejerce a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de conformidad con el propio art. 370 de la Constitución.

Esto significa que en la medida en que la Constitución ya estableció que el control, la inspección y la vigilancia se ejerce a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, lo único que puede delegar el Presidente de la República, si a bien lo tiene, en materia de servicios públicos domiciliarios, es lo concerniente a la fijación de las políticas generales de administración y control de la eficiencia de los servicios públicos.

Debe precisarse que la atribución presidencial de señalar las políticas generales de administración y control de los servicios públicos domiciliarios, no es una competencia autónoma o constitucional del Presidente de la República en los términos del artículo 370 de la Constitución, sino que es una función subordinada, en tanto esa disposición establece que el Presidente señalará esas políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios de acuerdo con la ley.

Adicionalmente, el artículo 150 numeral 8 de la Constitución Política establece como función del Congreso, expedir las normas a las cuales debe sujetarse el gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución.

A su vez, el numeral 23 del mismo artículo establece que le corresponde al Congreso de la República, expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.

Por último, el artículo 365 señala que los servicios públicos deben estar sometidos al régimen jurídico que fije la ley, todo esto simplemente para destacar cómo la materia de los servicios públicos y en particular el tema de los servicios públicos domiciliarios, no es un asunto que pueda examinarse o que pueda ser objeto de regulación por fuera de la intervención del órgano representativo, sin la intervención del congreso que es el titular en nuestro sistema constitucional de la cláusula general de competencia³.

Así mismo, podría señalarse que en materia de servicios públicos domiciliarios el Presidente de la República es titular de la potestad reglamentaria de la ley de que habla el artículo 189 en el numeral 11 de la Constitución, competencia que siempre se

3. El art. 150 de la Constitución es enfático en señalar que corresponde al congreso hacer las leyes.

ha considerado como propia de éste, en tanto esa labor de reglamentación de la ley no es más que la manera de concretar y de precisar los alcances de la norma que le corresponde justamente aplicar al órgano ejecutivo del poder público.

II. LAS COMPETENCIAS DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN

1. La Exposición de Motivos de la Ley 142 de 1994

Al leer la exposición de motivos de la ley 142, se advierte un tanto de perplejidad, porque lo que allí aparece en cuanto a las funciones las Comisiones de Regulación no es tan ambicioso como finalmente quedó en el artículo 68 y siguientes.

De acuerdo con la exposición de motivos

la misión de las Comisiones es, ante todo, evitar los abusos monopolísticos, evitar el abuso de la posición dominante y, en general, proteger la libertad de competencia, bien señalando reglas abstractas, bien resolviendo casos particulares cuando no existe una regla apriorística que permita establecer que es lo que más conviene para ello (art.72). Una de las funciones principales consiste en señalar las fórmulas dentro de las cuales pueden las empresas de servicios públicos fijar sus tarifas. Y otras, de singular importancia, consiste (sic) en definir los *indicadores de gestión* que permitirán evaluar el desempeño de las empresas.

Esta forma de concebir las Comisiones de Regulación armoniza perfectamente con el esquema de los decretos de intervención en el manejo de la economía de que habla el artículo 333 de la Constitución y en materia de servicios públicos y privados a los que se refiere el artículo 334 del mismo texto, pero de allí a pretender derivar una competencia que de alguna manera pudiera sustituir la competencia propia del legislador, titular de la cláusula general de competencia en nuestro sistema jurídico (art. 150 *ibídem*), hay mucha distancia y el camino que falta por recorrer es bastante largo.

2. La ley 142 de 1994

No obstante, el art. 73 de la ley 142 de 1994 establece 26 funciones y facultades especiales, entre las cuales cabe destacar la prevista en el numeral 73.26:

Todas las demás que le asigne la ley y *las facultades previstas en ella que no se hayan atribuido a una autoridad específica.* (¿cuáles?)

Lo cual significaría que si la ley no asigna una atribución específica en materia de servicios públicos domiciliarios a ninguna autoridad, las comisiones tendrían una competencia residual⁴.

4. Tal como está concebida la asignación de competencias a las Comisiones de Regulación en la ley 142 de 1994 podría caerse en un excesivo *reglamentarismo*. Al respecto se advierte como hace 10 años las regulaciones federales de las comisiones autónomas en Estados Unidos llenaban 127 volúmenes del *Federal Register*, con un total de 62.249 páginas y 50 millones de palabras equivalentes a 70 veces la Biblia. Cf., VÉLEZ GARCÍA, Jorge, ¿El consejo de la magistratura es uno de los errores de la reforma?, Periódico *Ámbito Jurídico*, edit. Legis, año 1, número 16, Bogotá 31 de agosto al 13 de septiembre de 1998, p. 3.

Resulta curioso por lo mismo, advertir que la Constitución en el artículo 150 señala 25 funciones al Congreso de la República, órgano que en el estado democrático por su carácter representativo ostenta la cláusula general de la competencia para proferir las reglas que han de regir la vida en sociedad; es lo que se desprende del artículo 150 cuando en forma perentoria señala que corresponde al Congreso entre otras funciones, hacer las leyes, interpretar, reformar y derogar las leyes, expedir Códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones.

Cabe destacar que hay ciertas materias que por su trascendencia sólo pueden ser reguladas por el Congreso. Así, se habla en la doctrina de las materias reservadas a la ley. El profesor español Rafael Entrena Cuesta explica este fenómeno en los siguientes términos:

Hasta que surge el Estado de Derecho se consideraba como ley toda norma general y abstracta dictada por el príncipe, pero, al producirse la revolución francesa, quienes la realizar exigen como tutela de sus derechos fundamentales, la libertad y la propiedad, que sólo pueda legislarse acerca de los mismos con su participación. Surge así la técnica de las materias reservadas al Poder legislativo, como medio de protegerse frente a la arbitrariedad de la administración. Y, con ello, el concepto de ley formal, como contraposición a las leyes materiales, subordinadas a aquellas, que podrá dictar el poder ejecutivo⁵.

3. La jurisprudencia del Consejo de Estado

1. Mediante auto del 11 de julio de 1996 (Expediente N° 11.977), la Sección Tercera del Consejo de Estado en razón de la demanda de nulidad instaurada por la Empresa de Telecomunicaciones -Telecom- suspendió provisionalmente algunos apartes de la Resolución 028 de 1995, expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, concretamente en cuanto ordenaba la escisión de dicha empresa, por entender que estaba haciendo uso de su posición dominante y que había una práctica monopolística que había que romper.

Un aspecto que es interesante subrayar es que esta decisión no se tomó en una sentencia sino en un auto de suspensión provisional, es decir, en una providencia que se toma en el proceso con la admisión de la demanda. El juez administrativo examina en el umbral mismo del proceso la legalidad y la constitucionalidad del acto acusado y sólo en el evento en que encuentre que hay una violación manifiesta, ostensible, clara, fácilmente evidenciable, entonces es pertinente proferir la suspensión provisional, y eso fue lo que halló la Sección Tercera del Consejo de Estado en este caso. Es decir que de entrada advirtió el desconocimiento por parte de esa resolución que se pretendía justificar en la ley 142, de normas de rango superior, de normas constitucionales. Por qué razón? Porque la empresa Telecom como empresa industrial y comercial del Estado que es la naturaleza jurídica que actualmente ostenta, hace parte de la Administración Pública Nacional, y resulta que la alteración, la modificación, el cambio de la estructura de la Administración Pública Nacional es un tema claramente reglado dentro de la Constitución Política, y allí se dice que la competencia para la definición de la estructura de la Administración Pública Nacional en primer lugar es del Congreso de conformidad con el artículo 150 numeral 7.

5. *Curso de derecho administrativo*, 6ª. ed. edit., Tecnos, Madrid 1979, p. 94.

Esas leyes de definición de la estructura de la Administración Pública Nacional, de acuerdo con el artículo 154 en su inciso 2, no pueden tener iniciativa en cualquier persona sino en el gobierno, que es un requisito que aparecía también soslayado allí. Y por último, la Constitución también señala que la modificación de la estructura de la Administración Pública Nacional, es una competencia del Presidente de la República señalada claramente en el artículo 189 numerales 15 y 16. Adicionalmente, en esta providencia se hace alusión al artículo 210 de la Constitución, según el cual las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios, como lo es Telecom en razón de su naturaleza de empresa industrial y comercial del Estado, sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de esta con fundamento en los principios que orienten la actividad administrativa. Y la resolución 028 de 1995 proferida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que ordenaba la escisión de Telecom en dos empresas, en el fondo significaba la creación de otra nueva entidad administrativa del orden nacional, que entraría a variar o modificar sustancialmente la estructura de la Administración Pública Nacional.

2. La sección tercera del Consejo de Estado mediante sentencia del 25 de septiembre de 1997 (Ex. 11857) declaró la nulidad de los arts. 9, 25 26 y 27 de la Resolución 028 de 1995, expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones por medio de la cual se reglamentó “la concesión de licencias para el establecimiento de operadores del servicio público de larga distancia nacional e internacional y del espectro electromagnético requerido, se señalan las fórmulas de tarifas que se cobrarán por la concesión, se establecen los requisitos generales para utilizar las redes de telecomunicaciones del Estado, se fijan los cargos de acceso e interconexión, se expiden disposiciones para promover la competencia, se adoptan medidas para impedir abusos de posición dominante y proteger al usuario y se dictan otras disposiciones”.

Tres aspectos merecen destacarse en esta providencia:

a) En primer lugar, para el Consejo de Estado la atribución que el artículo 370 de la Constitución Política del año de 1991 le confiere al presidente de la república en cuanto a la formulación de políticas generales de administración y de control de los servicios públicos domiciliarios, es una competencia que éste no puede delegar.

Si bien como se explicó en un comienzo el art. 68 de la ley 142 de 1994 establece que dicha facultad puede delegarse en las comisiones de regulación, para poder llegar a la conclusión que llegó el Consejo de Estado inaplicó en el caso concreto con fundamento en el art. 4º de la Constitución el citado artículo 68, porque entendió que la ley no podía facultar la delegación de una atribución que el Presidente no ostenta en su calidad de Suprema Autoridad Administrativa, sino como Jefe de Gobierno. Allí se dijo:

En suma, las Comisiones de Regulación no pueden ser delegatarias de la potestad que el constituyente le otorga, en forma exclusiva, al Presidente en el art. 370 de la Constitución. En esa formulación éste compromete su responsabilidad política y no podrá liberarse de ésta a través del fácil mecanismo de la delegación, que desplaza dicha responsabilidad hacia el delegatario (art. 211).

b) La segunda conclusión que formula esta sentencia es que el Congreso tampoco puede delegar su competencia legislativa en las Comisiones de Regulación, porque si la propia ley 142, el propio congreso definió las Comisiones de Regulación como simples agencias del Estado delegatarias de funciones presidenciales, es apenas lógico que las únicas atribuciones que pueden tener dichas comisiones son aquellas que tiene el Presidente de la República y que además, de acuerdo con el criterio de la Sección Tercera del Consejo de Estado puede delegar. En consecuencia, las Comisiones de Regulación tampoco pueden ser titulares de potestades legislativas ya que La potestad legislativa es

propia del Congreso y excepcionalmente del Presidente, esto último en los casos tasados por la propia Constitución cuando hay una expresa delegación de la función legislativa en virtud de las leyes de facultades extraordinarias (art. 150 numeral 10 de la Constitución), o bien, en los casos de los estados de excepción a que se refieren los artículos 212 y siguientes, o excepcionalmente en lo que se ha conocido como los decretos del plan (art. 341 *ibidem*). Son esos y solamente esos los casos que regula la Constitución como delegación de competencias legislativas en el ejecutivo, lo cual por ser una quiebra al principio de la separación de poderes debe ser interpretado en forma restrictiva y referirlo solamente a los casos taxativamente señalados por la ley.

c) El tercer punto de la providencia del Consejo de Estado que comentamos es el siguiente: Las Comisiones de Regulación no pueden definir procedimientos administrativos. Y esta se apoyó en el máximo intérprete de la Constitución Política como lo es la Corte Constitucional y concretamente en la sentencia C-252 del 26 de mayo de 1994, en la cual se dijo:

Estima la Corte, que a partir de la expedición de la Constitución de 1991, con la salvedad hecha en relación con los procedimientos especiales que pueden existir en el orden distrital, departamental y municipal, todo procedimiento administrativo especial debe regularse a través de la ley, e incorporarse al Código Contencioso Administrativo como lo exige, con fines de sistematización, el aparte final del art. 158 de la C.P., que dice: *La ley que sea objeto de la reforma parcial se publicará en un sólo texto que incorpore las modificaciones aprobadas.*

Prácticamente, de ser consecuentes con este criterio de la Corte Constitucional, debe existir un solo estatuto de procedimientos administrativos, el cual será un verdadero vademécum gigantesco de la materia.

Como respuesta a esta declaratoria de nulidad y en vista de que se podía ver afectado el procedimiento que se hallaba en curso para la concesión de licencias para el establecimiento de operados del servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia (TPBCLD), el presidente de la república con fundamento en los arts. 187 y 370 de la Constitución y la Ley 142 de 1994 expidió el 16 de octubre de 1997 el decreto 2542 en el que recogió los aspectos de la resolución 028 de 1995 que había proferido la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones que se referían a ese tema.

3. Mediante sentencia del 10 de noviembre de 1997 la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró la nulidad de los arts. 9, 25, 26 y 17 de la resolución 028 de 1995, a la que me referí antes y que había suspendido provisionalmente por auto del 11 de julio de 1996, que ordenaba la escisión de Telecom en dos empresas. Este resultado era apenas obvio, por cuanto la suspensión provisional de conformidad con el art. 152 del Código Contencioso Administrativo procede cuando existe una violación manifiesta del acto administrativo acusado con las normas invocadas por el demandante, violación que puede percibirse a partir de una simple confrontación y sin entrar a efectuar mayores elucubraciones por el juez. De suerte que si esa ilegalidad se advirtió en el umbral mismo del proceso, con mayor razón debió confirmarse al momento de dictar la sentencia cuando el Consejo de Estado pudo ahondar en mayores argumentos, entre otros en el de la inaplicación por inconstitucional del art. 68 de la ley 142 de 1994 que ya había efectuado en la sentencia del 25 de septiembre de 1997 mencionada en el punto anterior.

En esta sentencia se dijo:

Para la sala la creación de las Comisiones de Regulación, dotadas de poderes legislativos amplios, no fue más que otra desafortunada copia del sistema anglosajón, hecha sin beneficio de inventario, con olvido no sólo de que el régimen constitucional colombiano vigente desde 1991 es diferente al de los EEUU, como también lo es el de la separación de poderes que rige en uno y

otro país. En el aludido sistema, con una Constitución diferente a la nuestra, la delegación de poderes legislativos encuentra su respaldo en múltiples precedentes, entre los cuales pueden citarse *Mistretta vs. United States*, *Amalgamated Meat Cutters vs. Connally*, *Amalgamated Meat Workers y Buttfelders Stranaham*.

Cabe hacer aquí la siguiente reflexión: si el legislador sólo por excepción puede delegar su poder en el presidente (art. 150 nl 10), no tendría sentido que pudiera hacerlo sin límites en un organismo o agencia jerárquicamente inferior a éste y a sus ministros, salvo en lo que respecta con las asambleas departamentales, según el nl 5 de ese mismo art. 150.

Tan consciente fue el anterior gobierno de lo débil que era la competencia de las Comisiones que trató de otorgarla por la doble vía de la delegación y de la desconcentración y con apoyo en la supuesta formulación de políticas generales; y para el efecto dictó un exótico decreto (el 1524 de 1994), en el cual mezcló, como tratando de cubrir todos los obstáculos, los arts. 370, 189 nls 11, 14 y 16 y 211 de la constitución, con los arts. 68 y 105 de la ley 142 de 1994 y el 23 de la 143 del mismo año. Es decir, de un lado delegación de funciones presidenciales y de otro desconcentración de poderes legislativos, para la creación de un super órgano, con poderes en la práctica superiores a los que poseen los dos sedicentes delegantes.

Llama la atención que el documento de políticas operativas OPE 708 sobre servicios públicos domiciliarios del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), justamente recomienda que la formulación de políticas en esa materia debe radicarse en el órgano político.

Allí se dice:

las condiciones básicas que deben cumplirse para asegurar el logro de los objetivos son: primero, separación de funciones. La contribución singular más importante al logro de los objetivos en conjunto consiste en separar las funciones de *formulador de políticas, regulador y empresario*. Conforme al modelo tradicional, el Estado combinaba una variedad de funciones en la prestación de los servicios públicos. Esta suma de papeles comprometía el logro de los objetivos de la política, al crear una estructura operativa caracterizada por tarifas insuficientes, limitaciones presupuestarias frágiles, débiles incentivos para la eficiencia y escasa responsabilidad. Esta situación debe remediarse definiendo claramente cada una de las funciones y asignándola a una institución distinta y apropiada. De esta manera las autoridades conservarán la responsabilidad de *formular la política* [yo entiendo por autoridades el gobierno - Presidente y los ministros], un ente público separado dictará el *régimen reglamentario* [que en el caso colombiano serían las Comisiones de Regulación] y se asignará al proveedor del servicio una función exclusivamente *empresarial* por el funcionamiento de la empresa de servicios públicos, sea ésta de propiedad estatal o de propiedad privada. (Los resaltados son del original)

La doctrina ha formulado apreciaciones similares en torno a la diferenciación de las órbitas de competencia del gobierno y los entes reguladores:

Para compatibilizar la lógica de la responsabilidad política del gobierno y la autonomía de la gestión por la autoridad se requiere la delimitación de las competencias de uno y otra. El gobierno debe retener aquellos poderes necesarios para el diseño y la ejecución de las líneas políticas que presiden la intervención pública en un determinado sector, mientras que a las instancias de regulación les corresponde el control del cumplimiento de las normas aprobada por los poderes Legislativo y Ejecutivo⁶.

6. BETANCOR RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 84. Para este autor en el derecho español la independencia que se reconoce a esos entes tiene que ser compatible con principios tan trascendentales para el estado social y democrático de derecho como el de la dirección de la administración por el gobierno.

4. La posición de la Corte Constitucional

1. La Corte Constitucional mediante sentencia C-066 del 11 de febrero de 1997 declaró la constitucionalidad de los arts. 31 y 35 de la ley 142 de 1994 que le asignan como competencia a las comisiones de regulación, determinar de manera general la inclusión obligatoria o facultativa de las cláusulas exorbitantes del derecho privado en cierto tipo de contratos y la celebración de licitaciones públicas u otros procedimientos que estimulen la concurrencia de oferentes, cuando las empresas de servicios públicos domiciliarios requieran bienes o servicios provistos por terceros.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la Corte Constitucional no se detuvo en examinar la naturaleza jurídica de las comisiones de regulación, tal como las define el art. 68 de la ley 142 de 1994 -delegatarias de las facultades que al presidente le confiere el art. 370 de la Constitución- como hubiera sido lo indicado al momento de pronunciar el juicio de constitucionalidad sobre la competencia que se cuestionaba, a fin de determinar si dicha función encajaba dentro de las atribuciones del presidente. En efecto, la Corte Constitucional se limitó a señalar:

En verdad, tal competencia no la dispone expresamente el art. 370 Superior, pero en parte alguna la Constitución prohíbe que las Comisiones de Regulación dicten normas de carácter general que, no obstante no ser leyes, puedan constituir el parámetro objetivo por el actor reclamado. Así, teniendo en cuenta que las Comisiones de Regulación derivaron esa competencia directamente de la ley y ésta fue facultada por los arts. 365 y 367 de la Constitución para organizar lo relativo a los servicios públicos en general, y a los domiciliarios en particular, lo cual incluye, desde luego, la posibilidad de desarrollar dentro del marco legal lo referente a los contratos de manera independiente de la ley 80 de 1993, como tantas veces se ha sostenido en este pronunciamiento, no es admisible el cargo imputado por el acto en razón a (sic) que no existe el traslado de competencias del legislador al Presidente de la República, sino que se trata, se repite, de una facultad atribuida por el legislador directamente a las Comisiones de Regulación, que en este sentido son instrumentos de realización de los intereses públicos consagrados en la Constitución y en la ley.

2. En la sentencia C-272 del 3 de junio de 1998 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del art. 68 de la Ley 142 de 1994, el cual había sido inaplicado por inconstitucional por el Consejo de Estado en la sentencia del 25 de septiembre de 1997, mencionada antes, con fundamento en las siguientes razones:

...en el debate constituyente fue claro que se colocaba en cabeza del presidente la formulación de esas políticas, pero en los términos de la ley, en la medida en que se entendía que actuaba como jefe de la Administración, y no como jefe de Estado o de gobierno⁷.

La fijación de políticas de control y eficiencia de los servicios públicos es entonces una función típicamente administrativa que cumple el Presidente en calidad de suprema autoridad administrativa, para la concreción de políticas de desarrollo de los servicios públicos domiciliarios, por lo que la delegación de esta atribución no sólo resulta pertinente en razón de la naturaleza de la función, sino que, a la luz de la Carta de 1991, es una opción totalmente razonable, más aún cuando precisamente en materias como los servicios públicos el Constituyente pretendió fortalecer los principios de eficacia y celeridad de la administración.

...el legislador tenía competencia constitucional (artículos 365, 367 y 367 de la C.P.) para atribuir a las comisiones, si el Presidente lo estima conveniente y procedía a efectuar dicha delegación, las funciones relativas a señalar las políticas generales de control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. También por expresa disposición constitucional, éstas eran compe-

7. V., Comentario del Constituyente Guillermo PERRY. Presidencia de la República. Consejería para el desarrollo de la Constitución. Transcripciones Asamblea Nacional Constituyente. Antecedentes de los artículos 365 a 370 de la Constitución.

tentes para recibir esas funciones, producto de la delegación, en su calidad de agencia del estado fijadas por la ley. Además, esas funciones, cuya naturaleza es típicamente de la Administración, podían, por razones de eficiencia y efectividad real de los servicios públicos, recaer perfectamente en los organismos especializados que conocieran específicamente del sector, como lo pretendía el Constituyente y como lo plasmó el Legislador. Por consiguiente, la Corte no encuentra ningún vicio de inconstitucionalidad en el artículo 68 de la ley 142 de 1994, por lo cual declarará su exequibilidad⁸.

3. Mediante sentencia C-444 del 26 de agosto de 1998 la Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad de los literales c y d del numeral 74.3 de la Ley 142 de 1994, los cuales habían sido inaplicados por inconstitucionales en la sentencia del 25 de septiembre de 1997 del Consejo de Estado (Exp. 11857).

Para la Corte, la facultad de establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional para ejercer el derecho a utilizar las redes de telecomunicaciones del Estado se refiere a la forma en que aquellos pueden realizar la actividad y los presupuestos indispensables para participar en la misma referente a los *aspectos estrictamente objetivos, de carácter técnico, operativo y netamente administrativo, con los cuales se pretende asegurar un desarrollo eficiente de la respectiva entidad*. De manera que, allí no se está señalando quienes pueden acceder al derecho a utilizar las redes de telecomunicaciones del Estado, cuya asignación se encuentra radicada en los operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia. Así pues, la materia, relativa a la fijación de dichos requisitos *se concreta a aquellas condiciones de carácter operativo y técnico a través de las cuales se ofrecen las mayores garantías para asegurar un adecuado uso de las redes*.

De esta manera, *la atribución conferida a la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones en el literal c) acusado, se ubica en el campo administrativo y técnico encomendado a la mejor eficiencia de los servicios públicos domiciliarios que puede ser ejercido por ésta, sin perjuicio de las potestades directas del legislador y del Presidente de la República, con sujeción a la ley (C.P. arts. 189-11 y 370)*.

Frente a la función que se atribuye a la citada comisión para “*fijar los cargos de acceso y de interconexión a estas redes, de acuerdo con las reglas sobre tarifas previstas en esta ley*”, dicha atribución *no implica el ejercicio de derechos, sino el desarrollo de una materia igualmente técnica, operativa, mediante la cual se precisa el valor del acceso y de la interconexión legalmente autorizados a esas redes, lo que es susceptible de delegación en los términos indicados en la misma ley, pero, desde luego, supeditada a la reglamentación que sobre dicha materia ejerza el Presidente de la República, en ejercicio de su potestad constitucional (C.P., art. 370) o reglamentaria (C.P., art. 189-11)*.

Ahora bien, en lo que concierne al literal d), igualmente demandado, según el cual se le asigna a la mencionada Comisión Reguladora de Telecomunicaciones la posibilidad de “*reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de los operadores de servicios de telefonía*

8. Allí se formularon diferentes intervenciones ciudadanas para coadyuvar e impugnar la demanda. Llama poderosamente la atención la intervención del ciudadano CEPEDA, Manuel José hoy magistrado de la Corte Constitucional, para quien no sólo el art. 68 sino los demás conexos de la ley 142 que se refieren a las comisiones son contrarios a la Constitución porque las subordinan “al ejecutivo cuando deberían preservarlas garantizando su autonomía y porque las convierte en un apéndice administrativo en lugar de reconocerlas como agencias estatales en cuanto instrumento de intereses públicos que el Estado debe promover dentro del marco general, los criterios, los objetivos y las condiciones que fije el legislador”. Para refutar ese argumento la Corte Constitucional en el fundamento 13 de la sentencia expresó lo siguiente: “Es cierto que bien hubiera podido la Carta, con el fin de tecnificar la formulación de las estrategias en materia de servicios públicos, atribuir esa función a una autoridad técnica autónoma, tal y como lo hizo en relación con la política monetaria (arts. 371, 372 y 373 sobre el Banco de la República) o la regulación de la televisión (art. 77 sobre la Comisión Nacional de Televisión). Es más, en los propios debates en la Asamblea Constituyente se llegó a plantear esa posibilidad. Sin embargo, lo cierto es que finalmente no se adoptó ese modelo y se atribuyó esa función al Presidente tal y como lo establece el art. 270 superior. Un breve examen de los debates en la asamblea nacional es ilustrativo en este punto”.

básica de larga distancia nacional e internacional”, la Sala encuentra que las anteriores consideraciones también son aplicables al asunto *sub examine*, por cuanto *no se regula tampoco lo atinente a la determinación de quien puede ejercer la actividad en el servicio de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, lo que es del resorte del legislador, sino que, por el contrario, lo que hace la norma bajo estudio es atribuir a aquellas una función especial de señalar las condiciones que objetivamente deben primar par la concesión de las respectivas licencias de los mencionados operadores, situación que reviste un carácter administrativo, que puede ser ejercida, sin perjuicios de la potestad presidencial, en los términos indicados.* (Los subrayas no son del original)

Por tal motivo, declaró la *exequibilidad condicionada* de los literales c y d del numeral 74.3 de la ley 142 de 1994 al señalar que dichas atribuciones de las comisiones de regulación se ejercerían “sin perjuicio de la potestad que corresponde ejercer al Presidente de la República de conformidad con los mandatos constitucionales”.

Olvidó la Corte que de acuerdo con el artículo 370 de la Constitución, la fijación de políticas en materia de servicios públicos domiciliarios es competencia del presidente de la república que debe ejercer de acuerdo con la ley, la cual lo autoriza para delegarla en las Comisiones de Regulación, como efectivamente lo hizo a través del decreto 1524 de 1994. Por consiguiente, tales políticas las trazan hoy las comisiones, quienes actúan a nombre del Presidente (Art. 68 ley 142 de 1994, declarado exequible mediante sentencia C-272 de 3 de junio de 1998).

4. En la sentencia C-1162 del 6 de septiembre de 2000 la Corte Constitucional tuvo oportunidad de volver a pronunciarse sobre la naturaleza de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las comisiones de regulación, a propósito de la demanda de inexecutable formulada en contra del artículo 69 de la ley 142 de 1994, particularmente su parágrafo en cuanto señala que “cada comisión será competente para regular el servicio público respectivo”. En este caso, la Corte procedió a establecer *unidad normativa* con el art. 14 numeral 18 de dicha ley, el cual define la regulación como “la facultad de dictar normas de carácter general o particular en los términos de la Constitución y de esta ley, para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos”⁹.

De esa sentencia¹⁰ cabe destacar los siguientes aspectos:

a) La Corte empieza por recordar que en cuanto las comisiones fueron definidas por la Ley 142 de 1994 como unidades administrativas especiales¹¹ (art. 69), de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente

9. Cabe preguntar si no debió establecerse igualmente unidad normativa con el art. 48 de la ley 489 de 1998, ya que esta disposición establece que las comisiones tienen competencia para la *regulación* de los servicios públicos domiciliarios no sólo en virtud de delegación por parte del presidente de la República sino mediante *asignación de la propia ley*, “para promover y garantizar la competencia entre quienes lo presten”. Cabe destacar que el art. 23 de la ley 143 de 1994 enuncia las funciones generales de la Comisión de Energía y gas sin referirlas a la delegación de las funciones presidenciales que establece el artículo 370 de la Constitución, como si lo hace el art. 68 de la ley 142 de 1994.

10. Un análisis crítico de esta sentencia puede verse en el artículo “Existencia Jurídica de la Regulación” de BEDOYA GIRALDO, Hubed, publicado en la *Revista Letras Jurídicas* n° 1, Empresas Públicas de Medellín, marzo de 2001, pp. 31 y ss.

11. Por carecer de personería jurídica hacen parte del sector central (art. 38 numeral 1, literal e) ley 489 de 1998).

...hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional (artículos 38 y 48 de la Ley 489 de 1998), e integran la Administración Pública, en tanto les han sido asignadas funciones administrativas (artículo 39 *ibidem*) y por eso, respecto de aquéllas el Presidente actúa como suprema autoridad administrativa (artículo 189 C.P.)¹².

b) No obstante afirmarse en la sentencia que

para la Corte resulta indudable que el precepto del artículo 211 de la Carta no excluye la posibilidad de delegación de funciones presidenciales en materia de servicios públicos, ni tampoco la que puede tener lugar en cabeza de unidades administrativas especiales.

Más adelante se advierte en forma contradictoria que

ni de la autorización legal al Presidente para delegar ni del hecho mismo de que delegue puede desprenderse una aptitud o capacidad normativa de las comisiones que pueda equipararse a la ley o competir con ella ni tampoco la atribución de reglamentar las leyes en materia de servicios públicos, la que es exclusiva del Presidente de la República en los términos del artículo 189, numeral 11, de la Constitución, y por tanto indelegable.

Carece de toda lógica jurídica que la Corte Constitucional haya declarado exequible en la sentencia C-272 de 3 de junio de 1998, la autorización conferida por el artículo 68 de la Ley 142 de 1994 al Presidente de la República para delegar la definición de las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que con sujeción a la ley establece el art. 370 de la Carta y por el contrario, afirme el carácter indelegable de la potestad reglamentaria de las leyes por considerar que es exclusiva del presidente de la República.

Como lo precisamos antes (I,1), la Constitución en el art. 211 se limita a establecer que “la ley señalará las funciones que el presidente de la república podrá delegar”, sin establecer excepciones de ninguna índole, como si lo hacía el artículo 135 de la Constitución anterior que sólo autorizaba delegar las atribuciones que ostentaba el presidente en su condición de suprema autoridad administrativa, lo cual significaba que no eran delegables las funciones de jefe de estado¹³.

Justamente por la ausencia de límites a la delegación de funciones presidenciales en la Carta, ha sido la jurisprudencia de la Corte Constitucional la que por vía interpretativa las ha establecido.

-Así, en la sentencia C-214 del 9 de junio de 1993 la Corte sostuvo que la firma de los acuerdos de paz con los grupos alzados en armas, en cuanto es ejercicio de la atribución presidencial de conservar en todo el territorio nacional el orden público y restablecerlo donde fuere turbado (art. 189 numeral 4 Constitución Política), es indelegable por tratarse de una *decisión de alta política*.

12. El art. 67 de la ley 489 de 1998 define las unidades administrativas especiales como organismos creados por la ley, *con autonomía administrativa* y financiera *que aquella les señale*, sin personería jurídica, *que cumplen funciones administrativas para desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo* (subrayo). Repárese que el art. 69 de la ley 142 de 1994 establece que si bien las comisiones de regulación son unidades administrativas especiales, están dotadas de *independencia* administrativa, *técnica* y patrimonial.

13. La Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 12 de diciembre de 1986 declaró inexecutable la ley 27 de 1980, aprobatoria del tratado de extradición celebrado entre Colombia y los Estados Unidos, en cuanto fue sancionada por el ministro delegatario de funciones presidenciales cuando el Presidente se hallaba en territorio extranjero (art. 128 Constitución anterior), por considerar que la atribución de sancionar leyes aprobatorias de tratados era indelegable, “por tratarse de una función del presidente cumplida como Jefe de Estado, ya que deben quedar en cabeza del Presidente las que ha menester para conservar su *status* de Jefe de Estado en la misión a cumplir mientras dure su ausencia del territorio nacional y, además, todas aquellas inherentes a la naturaleza del Jefe del Gobierno”.

Hoy el artículo 189 de la Constitución le atribuye al Presidente la triple condición de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema autoridad administrativa, cuando es claro que la distinción entre la condición de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno es propia de los regímenes parlamentarios.

Dada la índole del compromiso que se contrae y sus repercusiones para el futuro de la colectividad, el contenido del acuerdo de paz no puede quedar en manos de personas distintas a aquella que tiene a su cargo la conducción del orden público (artículo 189, numeral 4 C.N.). *Se trata de decisiones de alta política reservadas, por tanto, al fuero presidencial y que, dada su naturaleza, no son delegables.* La figura prevista en el artículo 211 de la Carta no sería aplicable a ellas, en especial si se recuerda que, por mandato de la propia norma, la delegación exime de responsabilidad al delegante.

Mientras que el ejercicio de las atribuciones de los estados de excepción compromete al Presidente de la República (artículo 214-5 C.N.), precisamente por su gravedad y trascendencia. (se subraya)

- En la sentencia C-315 de 19 de julio de 1995 afirmó la Corte que:

...las funciones atribuidas al gobierno pueden, en principio ser materia de delegación. La delegación es un instrumento de manejo estatal al cual puede legítimamente apelar el Presidente y se justifica en términos de eficacia, celeridad y desconcentración del poder. Se ha anotado que a pesar de no tratarse de funciones propias, sino radicadas en el gobierno, el Presidente puede delegarlas al Ministro Delegatario (C.P., art. 196). *En otras palabras, el hecho de que una función sea del Gobierno, no impide su delegabilidad por parte del Presidente.* Igualmente, se ha puesto de presente que el artículo 211 de la C.P., no circunscribe la materia delegable a las funciones propias del Presidente. *La norma, por el contrario, se abstiene de hacer distinciones dentro del conjunto de funciones que el Presidente puede delegar. Descartar, por lo demás, esta modalidad de gestión de asuntos públicos, cuando se está en presencia de una materia gubernamental no resulta razonable, pues también aquí puede militar suficientes motivos de eficacia, celeridad y conveniencia pública para hacerlo.* (se subraya)

- En la sentencia C-272 del 3 del junio de 1998, al declarar exequible el artículo 68 de la ley 142 de 1994, que autoriza al presidente para delegar en las Comisiones de Regulación la función constitucional (art. 370) de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, dijo la Corte que la Constitución

...no define de manera expresa cuáles funciones de las incluidas en el artículo 189 de la Carta pueden ser delegadas o no sino que defiere a la ley la precisión de las atribuciones presidenciales delegables. Por ende, se debe entender que el principio general es que la ley puede autorizar la delegación de cualquier función presidencial, sin que esa posibilidad esté restringida a aquellas que el primer mandatario ejecuta como suprema autoridad administrativa, razón por la cual esta Corte ha explícitamente reconocido que también son susceptibles de delegación las funciones en su calidad de jefe de gobierno. Es entonces claro que la mayor parte de las funciones presidenciales pueden ser delegadas, como efectivamente lo ha manifestado esta Corte en varias oportunidades; sin embargo, esta misma corporación ha considerado que excepcionalmente es improcedente la delegación, cuando se trata de una atribución que compromete a tal punto la integridad del Estado y la investidura presidencial, que se requiere una actuación directa del Presidente como garantía de unidad nacional.

En la medida en que la regla general es la delegación y la Constitución confiere una amplia libertad al Legislador en esta materia (C.P. art. 211), debe entenderse que la ley puede facultar la delegación de cualquier función presidencial, salvo que existan razones imperiosas que muestren que en un caso específico se afecta a tal punto el fuero presidencial, que la figura prevista en el artículo 211 superior no es aplicable.

Conforme a lo anterior, es claro que la función constitucional atribuida al Presidente por la norma acusada es delegable, porque no compromete el fuero presidencial ni la unidad nacional, al punto de que requiera un ejercicio exclusivo por parte del primer mandatario. (Se subraya)

En nuestra opinión, si no se compromete el fuero presidencial ni la unidad nacional con la delegación de la definición de políticas de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios (art. 370 Constitución Política), al punto que se

requiera un ejercicio exclusivo por parte del primer mandatario, mucho menos sucedería con la delegación en las comisiones de regulación, integradas por expertos, de la potestad presidencial de reglamentar las leyes de servicios públicos (art. 189 numeral *ibidem*), por tratarse de aspectos especializados y de carácter técnico.

Hoy la ley 489 de 1998 en el art. 11 enuncia, no con la claridad que sería deseable en un aspecto tan significativo, las funciones indelegables en los siguientes términos:

Funciones que no se pueden delegar. Sin perjuicio de lo que sobre el particular establezcan otras disposiciones, no podrán transferirse mediante delegación:

- 1.- La expedición de reglamentos de carácter general, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley.
- 2.- Las funciones, atribuciones y potestades recibidas en virtud de delegación.
- 3.- Las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación.

Esto significa que la expedición de reglamentos de carácter general si es susceptible de delegación, cuando la ley expresamente así lo autorice, lo cual no es más que la reiteración de lo establecido por el 211 de la Carta según el cual la ley debe señalar las funciones que el presidente puede delegar.

Cabe destacar que el artículo 13 de la ley 489 de 1998 al referirse a la delegación del ejercicio de funciones presidenciales establece

Delegación del ejercicio de funciones presidenciales. *Sin perjuicio de lo previsto en la Ley 142 de 1994 y en otras disposiciones especiales*, el Presidente de la República podrá delegar en los ministros directores de departamento administrativo, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado el ejercicio de las funciones a que se refieren los numerales 13, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27 y 28 del artículo 189 de la constitución Política. (Se resalta)

Lo cual pone de manifiesto que las comisiones de regulación están sujetas al régimen de la ley 142 de 1994 y que nada impide que la ley autorice la delegación de la potestad reglamentaria del presidente (art. 189 numeral 11 Constitución Política) en las comisiones de regulación¹⁴, a menos que se llegue a concluir que se trata de una *función que por su naturaleza es indelegable* (art. 11 numeral 3 ley 489 de 1998), lo cual sucedería como lo ha puesto de presente la Corte, sólo cuando se trate de “decisiones de alta política” (sentencia C-214 de 1993) o “cuando se trata de una atribución que comprometa a tal punto la integralidad del Estado y la investidura presidencial que se requiere una actuación directa del presidente como garantía de unidad nacional” (sentencia C-272 de 1998)¹⁵.

14. El consejo Constitucional Francés (sentencia de 18 de septiembre de 1986) ha admitido la constitucionalidad de la ley que atribuye potestad de reglamentación a las instancias de regulación, sobre la base de que debe estar sujeta no sólo a la ley sino al reglamento. “Las relaciones entre ambos poderes reglamentarios son las propias de las relaciones entre un poder reglamentario general que corresponde al Primer Ministro y un poder reglamentario especial que corresponde a las autoridades independiente. En consecuencia, éste poder no puede condicionar el ejercicio de su poder por el Primer Ministro ni impedir que los Reglamentos de éste condicionen el poder reglamentario de las autoridades independientes, máxime cuando no existe una reserva reglamentaria a favor de estas autoridades pues su poder es meramente residual y, por tanto, subordinado no sólo a las determinaciones legales, sino también reglamentarias del primer Ministro. De no admitirse tal condicionamiento, se incurriría en inconstitucionalidad, pues el legislador vendría a disponer de la titularidad de la potestad reglamentaria que la constitución establece a favor del Primer Ministro”. Cf., BETANCOR RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 91 y 92.

Esta solución plantea el interrogante sobre la realidad de la independencia o autonomía de estas autoridades.

15. La Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 12 de diciembre de 1986, a propósito de la declaratoria de inexecutable de la ley aprobatoria del tratado de extradición entre Colombia y los Estados Unidos, mencionó

c) La corte señala la necesidad de precisar

el alcance y las implicaciones jurídicas de la atribución de *regular*, toda vez que si se le otorgara el sentido de sustituir al legislador en estas materias, o el de dictar reglas sobre servicios públicos sin base en las prescripciones legislativas ni en las políticas del Gobierno, se violaría la Constitución, y el párrafo debería ser declarado inexecutable.

A juicio de la Corte, las comisiones no pueden asumir una función reglamentaria directa de los preceptos constitucionales, ni pasar por alto su sujeción a la ley y a las disposiciones gubernamentales.

Más adelante afirma que

los actos de regulación de las comisiones están en un todo sujetos a la ley, a los decretos reglamentarios que expida el Presidente y a las políticas que fije el Gobierno Nacional en la respectiva área; además es claro que, al estar las comisiones adscritas a los ministerios de Desarrollo Económico, Minas y Energía y Comunicaciones, de conformidad con la norma que se estudia, cada una de ellas está subordinada a las orientaciones y políticas del correspondiente Ministro, toda vez que al tenor del artículo 208 de la Carta, a los ministros corresponde ser jefes de la administración en sus respectivas dependencias.

Lo anterior sin perjuicio de repetir que el Presidente de la República, según el artículo 189 constitucional, es suprema autoridad administrativa.

Los actos de las comisiones para la Corte resultan “subalternos de la política trazada por la ley y por los decretos reglamentarios”¹⁶, no pueden *crear derecho* en forma compartida con el legislador ordinario ni expedir una *legislación secundaria* porque aceptar esa posibilidad *afectaría gravemente el principio democrático*.

Con fundamento en tales consideraciones, la Corte concluye que

las comisiones resultan ser tan solo órganos especializados de carácter técnico encargados de contemplar en la órbita puramente administrativo, con arreglo a la ley y a los reglamentos y previa delegación del Presidente, las pautas orientadas a intervenir en los servicios públicos para preservar el equilibrio y la razonabilidad en la competencia y de esta forma asegurar la calidad de aquéllos y defender los derechos de los usuarios.

Así pues, para la Corte resulta claro que la regulación de los servicios públicos domiciliarios, a la luz de los preceptos superiores y siguiendo la definición legal, es tan sólo una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias. *Las atribuciones pertinentes se deben ejercer respetando la ley, el reglamento y las directrices del Gobierno, a través de los respectivos ministros.*

La regulación es básicamente un desarrollo de la potestad de policía para establecer los contornos de una actividad específica, en un ámbito en el que han desaparecido los monopolios estatales. Aquella tiene como fine primordiales asegurar la libre competencia y determinar aspectos técnico-operativos que buscan asegurar la prestación eficiente de los servicios.

Repite la Corte que no se trata de funciones legislativas o de atribuciones de creación de normatividad paralela a la ley, o encaminada a cubrir sus vacíos, ni tampoco de una sustitución de la propia ley ni de la potestad reglamentaria, exclusiva del Presidente de la República.

entre otras, como funciones indelegables, la declaratoria del estado de sitio (hoy conmoción interior) y emergencia económica, la potestad nominadora de los ministros, la declaración de guerra y la dirección de sus operaciones, el manejo de las relaciones diplomáticas la concesión de indultos por delitos políticos.

16. Olvidó la Corte que de acuerdo con el artículo 370 de la Constitución, la fijación de políticas en materia de servicios públicos domiciliarios es competencia del presidente de la república que debe ejercer de acuerdo con la ley, la cual lo autoriza para delegarla en las Comisiones de Regulación, como efectivamente lo hizo a través del decreto 1524 de 1994. Por consiguiente, tales políticas las trazan hoy las comisiones, quienes actúan a nombre del Presidente (Art. 68 ley 142 de 1994, declarado exequible mediante sentencia C-272 de 3 de junio de 1998).

Solamente sobre la base de estos criterios se declara la exequibilidad de las indicadas normas, pues bajo cualquier otro entendido son inconstitucionales. (Se resalta)¹⁷

d) El último aspecto de la sentencia que queremos destacar no deja de ser menos problemático. Allí se afirma que

al estar las comisiones adscritas a los ministerios de Desarrollo Económico, Minas y Energía y Comunicaciones, de conformidad con la norma que se estudia, cada una de ellas está subordinada a las orientaciones y políticas del correspondiente Ministro, toda vez que al tenor del artículo 208 de la Carta, a los ministros corresponde ser jefes de la administración en sus respectivas dependencias.

Lo anterior sin perjuicio de repetir que el Presidente de la República, según el artículo 189 constitucional, es suprema autoridad administrativa.

Olvidó la Corte Constitucional que las comisiones son organismos colegiados de carácter técnico, en tanto están integrados por expertos y en las cuales las decisiones se adoptan por mayoría de votos¹⁸.

Convertir, pues, las comisiones en subordinadas no sólo de la política gubernamental sino de los ministros supone poner en duda la constitucionalidad de su funcionamiento y reducirlas a un papel bastante secundario¹⁹, frente al cual cabría preguntarse por la conveniencia de que se mantuviesen o de su replanteamiento aún en el orden constitucional²⁰.

17. V., nota 14.

18. El art. 71 de la ley 142 de 1994 establece que las Comisiones de Regulación estarán integradas por el Ministro respectivo o su delegado, quien las presidirá, tres expertos comisionados de dedicación exclusiva, designados por el Presidente de la República para períodos de tres años, reelegibles y no sujetos a las disposiciones que regulan la carrera administrativa y el director del Departamento nacional de Planeación. A su vez, el artículo 73.17 señala como función de las comisiones: dictar sus estatutos y su propio reglamento y someterlos a aprobación del Gobierno Nacional.

Debe precisarse que de acuerdo con el art. 21 de la ley 143 de 1994 la Comisión de Regulación de Energía y gas está integrada además por los Ministros de Minas y Energía y de Hacienda y Crédito Público, el Director del Departamento Nacional de Planeación y por cinco (5) expertos en asuntos energético de dedicación exclusiva, nombrados por el Presidente de la República para períodos de cuatro (4) años.

19. La independencia frente al gobierno que es consustancial a los entes reguladores implica por lo menos dos garantías consistentes en la prohibición de que este pueda: i) impartirles órdenes o instrucciones o ii) remover de manera discrecional a su personal directivo. Se trata de entes atípicos por cuanto gozan de una *autonomía real*, garantizada por la estabilidad de sus órganos, pero que están, al mismo tiempo, bajo la dirección del Gobierno sin que ello implique la posibilidad de éste de impartirles órdenes o instrucciones. No son representativos, más buscan la identificación, la legitimidad del sector sometido a su ordenación. Por último, no son entes a los que les atribuya puras facultades de gestión, sino que son beneficiarios de una transferencia de verdaderas competencias o poderes públicos. Son, en definitiva, entes *contrapoder*, en oposición a los demás entes públicos y, en particular, a los organismos autónomos, los cuales son entes *instrumentos* de los que se vale la Administración pública para alcanzar sus fines y para gestionar un servicio que le es propio, a través de entes completamente domesticados". BETANCOR RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 211, 212. "Independencia no implica un control administrativo, ni la posibilidad de los demás órganos del Estado de inferir en las funciones desarrolladas por el ente regulador. Independencia implica la capacidad del ente para desarrollar su función sin que exista interferencia, más si coordinación con los demás entes públicos. Se trata de entes con un régimen especial, ajenos a los tradicionales controles propios de los entes descentralizados. Precisamente, estos controles fueron creados para garantizar la intervención del gobierno central, situación completamente contraria y ajena a la de los entes autónomos e independientes". SÁNCHEZ GARCÍA, Carlos Andrés y VILLEGAS CARRASQUILLA, Lorenzo, "Regulación de los Servicios públicos: Redefinición constitucional del Estado Colombiano. Un estudio crítico constitucional de las Comisiones de Regulación de los Servicios Públicos Domiciliarios" en *Derecho Constitucional perspectivas críticas. Observatorio de justicia constitucional*, Universidad de Los Andes, Legis editores n° 2, Bogotá 2001, p. 129.

20. En concepto rendido por el exmagistrado de la Corte Constitucional NARANJO MESA, Vladimiro y quien suscribió la sentencia C-1162 de 2000 al ministro de minas y energía el 9 de marzo de 2001, sobre el alcance y

III. CONCLUSIONES

1. La credibilidad y la eficiencia de los servicios públicos domiciliarios está ligada indefectiblemente a la existencia de un órgano regulador autónomo, que goce de un aislamiento eficaz respecto de las interferencias políticas por un lado y de la posibilidad de caer bajo la dominación de las partes interesadas, por otro.

2. La creación de una nueva estructura reguladora en materia de servicios públicos domiciliarios es una empresa compleja en cuanto presenta múltiples facetas. Cualquier esfuerzo que busque establecer un nuevo sistema regulador, debe comenzar por definir como encaja esa función reguladora dentro de la estructura constitucional del país.

3. La jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado ha roto con el mito que pudiera rodear a las Comisiones de Regulación de servicios públicos domiciliarios y ha hecho compatible su supuesta independencia y neutralidad, con principios tan trascendentales para el estado social y democrático de derecho como el de la dirección de la administración por el gobierno.

No son entes realmente independientes sino dotados de *autonomía* para la supervisión de acuerdo con criterios técnicos de los sectores en los que actúan.

4. “Los organismos reguladores constituyen administraciones actuantes para la consecución de los objetivos de interés general que les impone la ley.

En consecuencia, están sometidos como el resto de los poderes públicos al control de legalidad que es presupuesto del Estado de derecho y por ende su labor ha de ser fiscalizada por los tribunales de justicia en el orden estricto de sus competencias”²¹.

los efectos prácticos de ese fallo, ya se advierte el interés del gobierno en reestructurar las comisiones de regulación. Allí se afirma que las comisiones “no pueden actuar como órganos independientes”. En esa medida, no se opondría a la Constitución el que el Presidente de la República, a través de un Decreto, adopte reglas de carácter procedimental o funcional, destinadas a garantizar la preservación de las políticas trazadas por el Gobierno, pues -se insiste- la CREG ni ninguna otra comisión de regulación gozan de la autonomía que les ha sido atribuida constitucionalmente a otros órganos o entidades, como son los casos, ya mencionados, del Banco de la República o de la Comisión Nacional de Televisión.

Las reglas en comento podrían contemplar, entonces, la fijación de un voto especial o calificado en cabeza del Ministro del ramo, cuando de por medio se encuentre una contradicción o un desconocimiento de las políticas gubernamentales en materia de servicios públicos domiciliarios.

Muy seguramente en acatamiento de esta recomendación el Presidente de la República, mediante decreto 314 del 26 de febrero de 2002, adicionó el reglamento interno de la Comisión de Energía y Gas -CREG- para establecer que los empates serían decididos por el Ministro de Minas y Energía.

21. CHILLÓN MEDINA, José María, *Los organismos reguladores en telecomunicaciones: una administración sectorial independiente*, III Seminario sobre derecho de las telecomunicaciones, s.f

§ 63. TEORÍA DE LA NUEVA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA NACIONAL EN COLOMBIA

Jaime Vidal Perdomo

Director de la Maestría de Derecho Administrativo
de la Universidad del Rosario de Bogotá, Colombia

I. INTRODUCCIÓN

La organización administrativa nacional o del Estado en Colombia es nueva en cuanto procede de normas expedidas no hace mucho tiempo, principalmente de la Constitución Política de 1991 y de la ley 489 de 1998.

No es fruto del azar sino de ciertos principios que se han venido formulando en el campo del derecho administrativo y que están recogidos por los instrumentos normativos de esta disciplina, como son la Constitución y la ley citadas; por tanto, pueden explicarse en función de una cierta teoría o cuadro teórico que caracterizan esa parte del derecho administrativo de un país, pero que pueden existir -y existen, como es natural- con variantes y modalidades en otros países, con lo cual se abre un campo interesante de comparación jurídica, o sea de derecho comparado.

Desde el punto de vista del derecho interno colombiano, esa aproximación teórica ofrece motivos de interés en cuanto puede relacionarse con otra organización, que fue la que rigió con anterioridad y fue expedida en 1968, con fundamento en las reformas constitucional y administrativa de aquel año. Surge de este hecho histórico la posibilidad de analizar el cuadro teórico en que se asientan los dos esquemas administrativos, lo cual puede mostrarnos las diferencias más relevantes y su origen, que es, particularmente, la evolución de la administración pública en un país determinado, la cual puede coincidir con la que hayan sufrido otras naciones de similares condiciones de desarrollo político y social.

Otro rasgo que puede examinarse en el trazo de lo que se está anunciando es si se advierte la tendencia a la expedición de leyes generales sobre la materia organizativa -lo cual reforzaría la posibilidad de plantear estas reflexiones dentro de un marco teórico- como es el ejemplo sobre el cual se va a discurrir, y el de España con la *Lofage*, Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de 14 de abril de 1997, por ejemplo.

La última observación introductoria muestra, si se quiere, una faceta nueva de la dinámica del derecho administrativo, que se localiza en el campo que solía designarse de la *estática*, o sea de lo quieto, de lo que poco se mueve, acercando la parte organizativa del Estado a los otros capítulos del derecho administrativo, llamados precisamente de la *dinámica* administrativa, y donde por la razón de ser de las cosas, puede y debe advertirse mayor movimiento, o cambio.

En este sentido de lo estático y de lo dinámico, referido ya no a lo que designa el aparato administrativo y la actividad administrativa, conforme lo hacemos en un esfuerzo teórico general¹ -a tono con actitud que se encuentra en otros autores- sino a la movilidad conceptual que brinda hoy la disciplina del derecho administrativo, podría afirmarse que si el capítulo de los servicios públicos se encontraría en punta en cuanto a los cambios que se han operado como consecuencia de las transformaciones vividas en el accionar económico del Estado, hasta el grado de hablarse de un *nuevo servicio público* como se hace en parte de la doctrina², otros como el organizativo estarían en trance de seguir similar camino, esto es, de exhibir movilidad en el tiempo de acuerdo con exigencias de la vida del Estado, y dejar el campo de lo casual o circunstancial para pasar a integrarse en lo que puede responder a cierta teoría general, consagrada al menos en estatutos de carácter general.

Para quien esto escribe resulta grato hacer estas reflexiones y hasta divagaciones teóricas para rendir testimonio de admiración a la obra del jurista venezolano Allan R. Brewer-Carías, contribuyendo con el libro que en su homenaje va a publicarse.

En el análisis del tema seleccionado las consideraciones que en el desenvolvimiento de lo planteado van a exponerse vamos a agruparlas en dos partes, las que atañen a disposiciones de estirpe constitucional y las que están estampadas en la ley general. Como una tercera parte y a fin de introducir reflexiones que permitan asomarnos al derecho comparado, vamos a referirnos al derecho español, señalando el interés que lo caracteriza por pertenecer al régimen parlamentario, mientras que en Colombia y en Iberoamérica escribimos desde la otra orilla del sistema presidencial, lo cual marca una diferencia de partida notable.

Esa comparación se hará de los textos legales, sin perjuicio de que se hagan referencias comparativas de orden constitucional en la primera parte de este trabajo, para oponer las principales diferencias derivadas de la naturaleza parlamentaria del sistema político español y presidencialista del colombiano.

Del mismo modo parece interesante en el plano constitucional de la primera parte mencionar ciertas diferencias entre la Constitución colombiana de 1991 y la venezolana de 1999 en los temas que serán evocados aquí, más tratándose de constituciones nuevas de países hermanos.

II. PRINCIPALES ASPECTOS POLÍTICO-ADMINISTRATIVOS QUE SE DEFINEN EN LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL

Es natural que las constituciones tomen partido acerca de las líneas esenciales del poder ejecutivo y de la organización administrativa del Estado; por tanto, es de ellas de donde emanan los signos que permiten examinar, en primer término, los poderes del ejecutivo y su forma de operar; otros aspectos esenciales también emanan de las cláusulas constitucionales, conforme se pasa a ver.

1. VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Administrativo*, 11ª Edición, Temis, Bogotá 1997.

2. GASPAR ARIÑO y OTROS, *Principios de Derecho Público Económico*, Fundación de Estudios de Regulación, Comares Editorial, Granada 1999.

1. La definición de la forma política-administrativa del Estado y su sistema de gobierno

Conocido es que desde este ángulo los sistemas políticos ofrecen la gran división entre parlamentarios y presidencialistas, asunto fundamental de que se ocupan los manuales y tratados de derecho constitucional. Obviamente, no es el momento de profundizar en estas materias; no obstante, en orden a precisar las diferencias van a hacerse referencias a la Constitución española de 1978 como modelo que se toma para ilustrar el régimen parlamentario, y a mencionar las principales normas de las Constituciones colombiana y de Venezuela que estipulan el modelo presidencial.

Dos aspectos consecuenciales merecen la atención también: el del ejercicio de la potestad reglamentaria y el de la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros.

A. El régimen parlamentario en España

El párrafo 3. del artículo 1 de la Constitución española define la naturaleza del régimen al establecer que “la forma política del Estado es la Monarquía parlamentaria”. Luego en el artículo 56 al tratar de la Corona, se declara que “el Rey es el Jefe del Estado”. Más adelante, artículo 97, surge la distinción de esa jefatura del Estado con el Gobierno y la administración, y en el 98 se describe que el Gobierno se compone del Presidente, de los Vicepresidentes, de los Ministros y demás miembros que establezca la ley, asignándole al Presidente la dirección de la acción del Gobierno.

Sabido es que la existencia del régimen parlamentario no depende solamente de esa dualidad (jefe del Estado y jefe del Gobierno) en el ejecutivo de que habla la teoría del Derecho Constitucional³, sino que el segundo elemento esencial es la responsabilidad política del gobierno ante el Parlamento.

En la Constitución española de 1978 el Título V se ocupa de las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales, del cual surgen dos principios claves del régimen parlamentario cuales son el de la integración del Gobierno mediante la confianza del Parlamento, y el de la responsabilidad política del primero ante las segundas, y los mecanismos principales de relación que son la *cuestión de confianza* y la *moción de censura*.

B. La naturaleza del régimen presidencial

A diferencia del sistema parlamentario, no suele encontrarse en las constituciones una definición puntual de la existencia del régimen presidencial; a él se llega más bien por una suma de elementos como la elección para el cargo y el otorgamiento de las atribuciones reunidas de jefe del Estado y jefe del Gobierno que andan precisamente separadas en el sistema parlamentario, como se ha visto del sistema español.

La Constitución colombiana después de hablar de las ramas del poder público declara en el artículo 115 que el presidente de la República es jefe del Estado, jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa. Puede considerarse redundante esa acumulación de

3. VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Constitucional General e Instituciones Políticas Colombianas*, Legis, 8ª. Edición, Bogotá 1999.

atribuciones que pone en tres lo que antes se expresaba en dos y que, de todos modos, quiere indicar que están reunidas las calidades de jefe del Estado y del gobierno en una sola persona; el triple enunciado se repite luego en el artículo 189 donde se agrupan las facultades del jefe del ejecutivo.

Con mayor sobriedad y precisión la Constitución venezolana de 1999 declara (artículo 226) que “el Presidente o Presidenta de la República es el Jefe o Jefa del Estado y del Ejecutivo Nacional, en cuya condición dirige la acción del Gobierno”, acumulación de atribuciones que conforman el sistema presidencial en Venezuela⁴.

No vamos a desarrollar ahora las diferencias que en el funcionamiento administrativo de un Estado trae su pertenencia al sistema parlamentario o presidencial; para limitarnos a las más prominentes, vamos a hacer algunas anotaciones sobre la potestad reglamentaria y el Consejo de Ministros.

C. La potestad reglamentaria

Esta facultad, de enorme influencia en cuanto a la organización y el funcionamiento administrativo, se ejerce de manera diferente según se esté en presencia de un régimen presidencial o parlamentario.

En el régimen presidencial, la titularidad de la potestad reglamentaria está en manos del presidente de la República, como lo manifiesta la Constitución colombiana al colocar (artículo 189.11) dentro de las atribuciones presidenciales la de “ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”.

En la Constitución venezolana se encuentra disposición similar. En efecto: el artículo 236. 10 da facultad al Presidente o Presidenta para “reglamentar total o parcialmente las leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón”.

Mientras que en los regímenes parlamentarios el ejercicio de la potestad reglamentaria corresponde, en principio, al jefe del gobierno o primer Ministro. La Constitución española declara (artículo 97 que el Gobierno “ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes”. La Constitución francesa, por su parte, en el artículo 21 prevé que el Primer Ministro “dirige la acción del Gobierno. El es responsable de la Defensa Nacional. El asegura la ejecución de las leyes. Bajo reserva de las disposiciones del artículo 13, él ejerce el poder reglamentario y nombra para los empleos civiles y militares”.

Mientras que en los regímenes parlamentarios hay ocasiones en que el jefe del Estado participa en ese ejercicio, como consecuencia de la dualidad en el ejecutivo y de la participación del jefe del Estado en ciertas tareas administrativas; participación que suele darse por su intervención en el Consejo de Ministros y sobre todo si no hay Monarquía sino República, como es el caso de Francia, donde el artículo 13 de la Constitución contempla que el presidente de la República firma los decretos que se han discutido en Consejo de Ministros. Pero en España también el Rey (artículo 62) expide los decretos acordados en el Consejo de Ministros.

4. BREWER-CARÍAS, Allan R., *La Constitución de 1999*, Editorial Arte, Caracas 2000.

D. El Consejo de Ministros

También en cuanto a la organización y funcionamiento de este cuerpo es notable el significado diferencial según opere en régimen parlamentario o régimen presidencial. Debe recordarse que el Consejo de Ministros es un organismo propio de los regímenes parlamentarios y que él refleja el carácter colegial del sistema, esto es, que evoca la noción del gabinete compuesto por el Primer Ministro y los demás ministros actuando en forma colectiva, como responden políticamente ante el Parlamento, en forma que la moción de censura aprobada implica la partida del poder de todos.

Aquí sólo podemos anotar que existe la tendencia a crear consejos de ministros en regímenes presidencialistas, donde no son necesarios dada la filosofía *unipersonal* o vertical de su gobierno, que depende en mayor grado del presidente de la República, mientras que el sistema parlamentario es colegial, alrededor del primer ministro, que surgió siendo un primero entre iguales como lo atestiguan los libros de derecho constitucional.

En algunos países de Sudamérica, como Perú y Argentina, es a través de los consejos de ministros que los regímenes presidencialistas toman visos parlamentaristas, como lo hemos estudiado en otro trabajo que da cuenta de este fenómeno o tendencia⁵.

Sin mayor significado político pero sí administrativo la Constitución colombiana de 1886 se refería de manera tangencial al Consejo de Ministros (artículo 208), para la apertura de créditos suplementales o extraordinarios en el presupuesto cuando no existieren partidas o fueren insuficientes, en receso de las Cámaras.

Desde la primera edición del libro Derecho Administrativo General (6) hace ya bastante tiempo, tuvimos curiosidad por la implantación de este organismo de estirpe parlamentaria dentro de la rigidez del presidencialismo colombiano, y porque su funcionamiento colegial ordenado por la ley 63 de 1923 y la adopción de decisiones por mayoría podía colocar al presidente de la República en el sector de la minoría, en contra de su atributo de *suprema autoridad administrativa* y la misma noción de gobierno (Presidente más ministro del ramo) en casos específicos ; no obstante, la preocupación ha sido teórica porque no se conoce hipótesis semejante en la práctica ya que las decisiones se adoptan por consenso.

Curiosamente la Constitución de 1991, que redujo poderes presidenciales en varias áreas y ha sido acusada de dificultar la gobernabilidad de la nación, no menciona para nada el Consejo de Ministros, cuerpo que queda, entonces, de puro nivel legal, como lo veremos más adelante dentro de ese análisis, favoreciendo si se quiere el gobierno presidencial de tipo personal.

En cambio, la Constitución venezolana de 1999 destina varios artículos al Consejo de Ministros. Comienza con el artículo 242 que determina su integración, por la reunión de los ministros o ministras con el Presidente o Presidenta y con el Vicepresidente o Vicepresidenta; sigue (mismo texto) con la presidencia del Consejo, que corresponde al Presidente o Presidenta de la República, pero se menciona que éstos podrán autorizar al Vicepresidente o Vicepresidenta Ejecutiva cuando no puedan asistir a las reuniones, pero estableciendo un control por el titular, de modo que las decisiones tomadas serán ratificadas por el Presidente o Presidenta de la República.

5. VIDAL PERDOMO, Jaime, "Tendencias parlamentarias en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", en *Revista Jurídica del Perú* n° 11, Lima abril-junio de 1997, y *Revista de Derecho Público* n° 6, Universidad de los Andes, Bogotá junio de 1996.

Haciendo una venia a la colegialidad el artículo 242 termina definiendo que de las decisiones del Consejo de Ministros son solidariamente responsables el Vicepresidente Ejecutivo o la Vicepresidenta Ejecutiva y los ministros o ministras que hubieren concurrido, salvo los que hayan hecho constar su voto adverso o negativo.

2. La determinación de la estructura de la administración pública

Desde 1968 se introdujo en la Constitución colombiana el concepto de estructura de la administración nacional. En los antecedentes de la enmienda constitucional que hemos estudiado⁶ se daba cuenta de la necesidad que había con anterioridad de que interviniera la ley para la creación de todo empleo y el señalamiento de todo sueldo. Dicha minuciosidad legislativa era impracticable, por lo que se reemplazó por la noción de estructura en que aparecen las partes de la administración nacional que la integran, dejando a cargo de la ley la creación de los ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos, como se leía en el anterior artículo 76.9 de la Constitución.

La Constitución de 1991 recogió el concepto de estructura aumentando la tipología de entidades (ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos) con *otras entidades del orden nacional*, sin indicar denominación, separando las Corporaciones Autónomas Regionales de los establecimientos públicos y predicando su régimen de autonomía, dejando también a cargo de la ley la autorización para la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, como venía de atrás.

Es esta la disposición constitucional que se desarrolla con la ley 489 de 1998, principalmente, como se verá más adelante.

3. Principios constitucionales de organización y funcionamiento administrativos

Aparte de lo que ya se ha explicado en los dos aspectos fundamentales de la determinación del sistema político de gobierno y en cuanto a la noción de la estructura o columnas fundamentales de la administración nacional en Colombia, se pueden agregar algunos principios constitucionales que permiten completar el esquema que se busca presentar.

Puede decirse que esos principios constitucionales se ubican como desarrollos del concepto principal de estructura, mientras que hay otros que miran más a ciertos aspectos del funcionamiento administrativo, como pasa a verse.

A. Principios sobre la intervención de la ley en la organización administrativa principal

La Constitución colombiana concede a la ley un gran papel en la organización administrativa. La creación de las entidades que hacen parte de la estructura administrativa corresponde a la ley, según se advierte de la lectura del encabezamiento del artículo 150

6. VIDAL PERDOMO, Jaime, *Historia de la reforma constitucional de 1968 y sus alcances jurídicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1970.

de la Constitución del cual hace parte del numeral 7°. sobre la estructura; en efecto allí se dispone que corresponde al Congreso de la República por medio de leyes cumplir las funciones enumeradas en el largo texto.

Pero además de darle nacimiento jurídico a los tipos de entes contemplados como parte de la estructura, se exige a la ley que señale sus objetivos y estructura orgánica, y que es ella la que los suprima o fusione. Por objetivos se ha de entender los fines que debe proponerse como agencia de la administración nacional, lo cual desemboca en el establecimiento de sus funciones generales. Por estructura orgánica ha de entenderse como está compuesto como órgano, esto es, las divisiones internas que ha de tener.

En este último punto surge una diferencia con la teoría de la organización de los decretos-leyes 1050 y 3130 de 1968, pues mientras estos estatutos perseguían la uniformidad de la estructura interna de ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos, la Constitución de 1991 deja en manos de la ley hacerlo para cada uno de los entes, con lo cual puede dejarse de lado la existencia de una equivalencia de divisiones o nomenclatura interna. Esto significa que los compartimientos interiores de, por ejemplo, dos ministerios, pueden tener nombres y funciones distintas, contrario al criterio de uniformidad que guió la redacción de la reforma administrativa de 1968.

Puede afirmarse que esta reserva legislativa sobre la organización y funcionamiento es consecuencia del principio estampado en el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución colombiana que dispone como competencia general que corresponde al Congreso por medio de ley: “expedir las leyes que regulen el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos”.

B. La intervención complementaria del presidente de la República

No obstante darle a la ley el establecimiento principal de la organización y el funcionamiento administrativos, la Constitución colombiana es consciente de darle al Presidente, que está a la cabeza de todo el aparato administrativo, poderes jurídicos importantes, colocados precisamente en el artículo 189 que se refiere a las funciones presidenciales.

La Constitución de 1991 buscó claridad en esta materia para evitar la frecuencia de leyes de facultades extraordinarias concedidas al gobierno, como ocurría con anterioridad a su expedición; esta es la razón por la cual la reforma administrativa de 1968 está contenida en decretos con fuerza de ley permanente.

Que se haya logrado o no dicha claridad es cuestión de un análisis de fondo que no puede hacerse en este momento. Por la tesis negativa estaría en primer término el artículo 120 de la ley 489 de 1998 que, como en el pasado, dio extensas facultades extraordinarias al ejecutivo. Por la tesis positiva podría alegarse que esas facultades ordinarias enumeradas en el artículo 189 de la Constitución y de las cuales pasa a hablarse son suficientes puesto que le permitieron al gobierno con posterioridad a la sentencia de la Corte Constitucional⁷ sostener el edificio administrativo en pie, pero este planteamiento debe estar precedido de un estudio de fondo del empleo de esas facultades ordinarias.

Dentro de las facultades del presidente de la República en este campo examinado aparecen las del numeral 15 del artículo 189 para “suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley”. La idea inicial es que si la

7. Sentencia n° C-702/99, septiembre 20, en *Revista Foro Colombiano* n° 364, oct. 99.

ley debe crear los organismos administrativos, el gobierno pueda suprimirlos o fusionarlos; esto último ha sido propuesto por el Presidente Alvaro Uribe Vélez con respecto a los Ministerios de Justicia y Trabajo, que quedarían fusionados con los de Interior y Salud.

Pero el Presidente no puede hacer la supresión o la fusión por su propia iniciativa sin autorización de la ley, lo cual hace indispensable la expedición de un decreto de carácter reglamentario que la haga efectiva; de otro lado, como los eventos de supresión o fusión también están contemplados en el artículo 150. 7, se debe concluir que ellos están en manos de la ley de todos modos.

En el numeral 16 del artículo 189 se contempla una importante facultad presidencial para modificar la estructura de los entes componentes de la administración nacional, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley. Esta concurrencia de facultades de la ley y del jefe del ejecutivo también evita el fenómeno el otorgamiento de las facultades extraordinarias, a que se apelaba con anterioridad a la Constitución de 1991. La forma como el gobierno debe atender esta tarea está regulada con detalle en el artículo 54 de la ley 489 de 1998.

Por último, en el numeral 17 del artículo 189 la Constitución incluye una facultad reorganizativa permanente que permite al gobierno trasladar el conocimiento de ciertos asuntos administrativos entre ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos. El criterio que emplea la Constitución es el de la *naturaleza de los negocios*, y este guía esa asignación competencial que permite poner bajo el conocimiento de un despacho de los mencionados lo que estaba en otro, dando preferencia a la decisión presidencial sobre la que tuvo la ley al crear y fijar la competencia inicialmente.

C. La organización ministerial en Venezuela

En la idea de comparar la perspectiva constitucional de las dos naciones, encontramos en la Constitución de Venezuela de 1999 una disposición contraria a la colombiana en esta materia. Es el numeral 20 del artículo 236 que al tratar de las atribuciones del Presidente o Presidenta de la República los encarga de “Fijar el número, organización y competencia de los ministerios y otros organismos de la Administración Pública Nacional, así como también la organización y funcionamiento del Consejo de Ministros, dentro de los principios y lineamientos señalados por la correspondiente ley orgánica”.

Esta es una función presidencial que debe ejercerse en Consejo de Ministros, pero que le otorga al Jefe del Estado un poder inmenso para disponer de todo el aparato administrativo, limitado por la ley orgánica del ramo. En síntesis: podría decirse que lo que es excepcional en la Constitución colombiana es normal en la Constitución venezolana, con el elemento común de la necesidad de la ley que en la segunda eventualidad debe restringirse a los principios y lineamientos. El cambio es notable en relación con la anterior Constitución de Venezuela de 196, como lo señala el profesor Brewer-Carías⁸.

La facultad presidencial del artículo 236 citada ofrece similitud en su redacción con el artículo 206 de la Constitución colombiana que confía a la ley la determinación del número, denominación y orden de precedencia de los ministerios y departamentos administrativos, el cual puede decirse que le sigue en importancia al artículo 150.7 sobre la estructura de la administración nacional.

8. BREWER-CARÍAS, Allan R., *op. cit.*, p. 83.

D. Algunos otros mecanismos constitucionales

Los mecanismos mencionados ya de la Constitución colombiana nos permitirían explicar la teoría de la organización y el funcionamiento de la administración pública; a los ya expuestos habría que añadir la noción de gobierno que integran el presidente de la República y los ministros (artículo 115), en sentido general y en sentido específico, la delegación de funciones presidenciales a los ministros y otros funcionarios (artículo 211), y la participación de los particulares en las funciones administrativas, contempladas en los artículos 123 y 210 del texto constitucional.

Todo ello amplía la teoría de las bases constitucionales del derecho administrativo, nombre que a veces se utiliza para enfatizar la estrecha relación entre las dos disciplinas, o hace indispensable agrandar las referencias a la primera disciplina al entrar al estudio de la segunda, haciéndolas inseparables, como se suele plantear en manuales y tratados.

III. LOS PRINCIPIOS DE LA LEY 489 DE 1998

Descritos los principios constitucionales que le sirven de fundamento a la teoría de la organización y funcionamiento de la administración pública en Colombia, e ilustrados por las referencias que se han hecho al derecho español y a la Constitución venezolana de 1999 en aspectos puntuales, debe este trabajo consagrarse al examen de la teoría de la organización administrativa contenida en la ley 489 de 1998.

El análisis que debe emprenderse no podrá entrar en todos los aspectos de esta ley, ni en sus detalles, sino restringirse a aquellos asuntos generales que más tienen que ver con la manera como está organizado y funciona el aparato administrativo colombiano.

La comprensión general de la ley estará precedida de una introducción y una explicación que da cuenta de las razones de su expedición y alcances.

Para la parte final y en tema separado, para insistir en los enfoques comparatistas, se dará una visión del derecho español, tal como estuvo anunciado al presentar la problemática abordada.

1. Introducción relativa a la reforma administrativa de 1968

Puede decirse que el esquema teórico de organización y funcionamiento de la administración nacional en Colombia se realizó en la conocida como “reforma administrativa de 1968”, que comprende normas de fuerza legal (principalmente los decretos-leyes 1050 y 3130 de aquel año), que se expidieron en forma paralela a las disposiciones que modificaron la Constitución colombiana y que pueden mirarse en una perspectiva de conjunto⁹.

Bajo el esquema teórico de los dos estatutos citados se reorganizaron los ministerios, departamentos administrativos y demás organismos, de manera que hacia adelante quedaron diferenciados los dos campos: digamos el de la teoría general administrativa y el de la reestructuración de los despachos oficiales en concreto.

9. VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Administrativo*, Capítulo IV, 3ª Edición, Temis, Bogotá 1972.

O sea que se continuaron modificando los ministerios y demás organismos principales pero sin alterar en mayor grado la teoría general estipulada en los decretos-leyes 1050 y 3130 de 1968, ni siquiera a partir de los cambios introducidos por la nueva Constitución de 1991¹⁰.

No obstante, la preparación y puesta en vigencia de la ley 489 de 29 de diciembre de 1998 han sido presentadas, en síntesis, como repuesta necesaria a los cambios de la Constitución de 1991, al fenómeno de la globalización y de la modernización del Estado, como se plantea en un estudio introductorio de la ley¹¹.

De todos modos, dos conclusiones pueden adoptarse en este momento: la reforma administrativa de 1968 con la teoría administrativa que ella incorporó duró vigente 30 años; en segundo lugar, la ley 489 de 1998 es fruto de la impulsión de las administraciones de César Gaviria, Ernesto Samper Pizano y Andrés Pastrana Arango.

Las diferencias que esa ley y sus desarrollos ofrezcan con respecto a la reforma administrativa de 1968 es asunto que no va a acometerse en este trabajo académico.

Por tanto, pasan a examinarse los principales rasgos teóricos que se advierten en la ley mencionada, a partir de la cual debe iniciarse hoy el estudio sobre la organización y funcionamiento de la administración nacional en Colombia.

2. Los principales rasgos teóricos de la ley 489 de 1998

La ley es ambiciosa y comprende diversas materias que se van a describir acá.

A. Funciones según el título de la ley

Según el título de la ley, ella comprende, principalmente, normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, y disposiciones y reglas generales para el ejercicio de las facultades de los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política; éstas son facultades presidenciales ya mencionadas para suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos de conformidad con la ley.

La manera como el Presidente cumpla esta tarea que completa la estructura administrativa nacional es desarrollada a espacio por los artículos 51 y siguientes de la ley 489 de 1998; con posterioridad a la ley y particularmente después de que la sentencia c-702 de 1999 que declaró la inconstitucionalidad del artículo 120 de la ley que otorgaba facultades extraordinarias amplias al gobierno para la reorganización, ganó en importancia práctica tal facultad, para apuntalar el edificio golpeado; al quedar privado de esos poderes jurídicos excepcionales de reorganización, adquirieron mayor valor, para la realidad actual, los decretos ordinarios emanados de esas facultades.

Sólo una investigación de profundidad puede dar cuenta más tarde de los resultados en el terreno práctico y del derecho positivo que se han enunciado.

10. GONZÁLEZ SALAS, Edgar, *El laberinto institucional colombiano, 1974-1991*, Un. Nal. de Colombia, Esap, Fescol, Bogotá 1997.

11. ZULUAGA RUIZ, Mauricio, *La ley 489 de 1998*, Díké, Bogotá 1999.

B. El alcance de la ley según los artículos 1° y 2°

No existe coincidencia en el título de la ley que se acaba de mencionar y los alcances de su normatividad que se describe en sus dos primeras disposiciones. En efecto: estos últimos son mayores en cuanto que deben cubrir el ejercicio de la función administrativa y los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la administración pública; teniendo en cuenta estos objetivos finales puede hablarse de una teoría general plasmada en la ley. Sin embargo, el texto de la segunda disposición restringe la proyección de la ley en cuanto la circunscribe a los organismos y entidades de la *rama ejecutiva del poder público*, o sea en torno del concepto que presenta el Título VII de la Constitución, a partir del artículo 189, que se denomina *de la rama ejecutiva*, o sea la parte del aparato administrativo del Estado que actúa bajo la suprema autoridad administrativa del Presidente de la República.

De este modo estarían excluidas las tareas administrativas que se cumplen en las ramas legislativa y judicial del Estado, que según se predica por la generalidad de la doctrina jurídica de tiempo atrás, significan función administrativa del Estado aunque sea a través de órganos que no dependen de la autoridad del Presidente de la República.

Hacia esa hipótesis se dirige la segunda disposición de la ley que recuerda el propósito de la ley de regular íntegramente la función administrativa, inclusive cuando los particulares cumplen tareas de esa índole.

C. Visión de los principales aspectos de la ley

Con estas observaciones que van despejando el terreno dentro del cual se mueve la ley 489 de 1998 y que deben profundizarse en los cursos universitarios y en los análisis investigativos, podemos afirmar que la ley es ambiciosa en sus finalidades pero que no alcanza a cubrir todos sus propósitos de una teoría de la función administrativa en Colombia (existen capítulos que evidentemente están por fuera en el llamado Código Contencioso Administrativo, decreto-ley 01 de 1984 y sus numerosas modificaciones), y que más bien se queda en la descripción de lo orgánico y la manera como funciona esa parte del aparato administrativo, en buen porcentaje trasvasando a un cuadro normativo nuevo lo que se había dispuesto en los decretos-leyes 1050 y 3130 de 1968, que se pueden así derogar por medio del artículo final (121) de la ley.

D. La descripción general del contenido de la ley

Se inicia con el comentario de que si bien la ley se centra en lo nacional, es decir, lo que cubre todo el territorio nacional, algunas de sus disposiciones se aplican a Departamentos y Municipios, que son las entidades territoriales en que se divide el país (artículo 286 de la Constitución Política), dentro de la teoría de la centralización política y la descentralización administrativa de que da cuenta el estudio del derecho administrativo, conforme al modelo de organización territorial que ha tenido Colombia desde que hizo el tránsito de la Federación al sistema unitario con la Constitución de 1886.

La ley es cuidadosa al recordar (parágrafo del artículo segundo) el principio de la autonomía administrativa que emana de este tipo de organización territorial, pero es clara en entender que los conceptos de administración pública y de función administrativa, por provenir de la Constitución y de la ley, están por encima de los límites territoriales de la descentralización.

Correspondientes a esas finalidades de teoría jurídica y administrativa, el capítulo segundo de la ley formula declaraciones sobre principios de *buena administración* derivados de la Constitución (buena fe, igualdad, moralidad, imparcialidad, etc.).

También se encuentran en el articulado de la ley capítulos más dedicados a esa teoría de la buena administración, sin perjuicio de que dentro de ellos aparezcan disposiciones de esencia jurídica.

De aquella índole se pueden leer normas de pautas más de ciencia de la administración que de mandato jurídico en el capítulo tercero sobre *modalidades de la acción administrativa*, aunque allí se coloquen talvez impropiaemente definiciones jurídicas sobre descentralización y desconcentración administrativa, delegación y régimen jurídico; en el capítulo cuarto sobre *sistema del desarrollo administrativo*; en el capítulo quinto sobre *incentivos a la gestión pública*; en el capítulo sexto sobre *sistema nacional de control interno*; en el capítulo séptimo sobre *escuela de alto gobierno*; en el capítulo octavo sobre *democratización y control social de la administración pública* en el capítulo noveno sobre *sistema general de información administrativa del sector público*, y en el capítulo décimo quinto sobre “*control administrativo*”.

Ya a la altura del capítulo décimo se entra en el campo más jurídico de la *estructura de la administración pública* (nacional), de la creación, fusión, supresión y reestructuración de organismos y entidades del capítulo undécimo, para que en el capítulo duodécimo siguiente se haga la teoría jurídico-administrativa de los principales organismos (presidencia de la República, ministerios, departamentos administrativos y superintendencias), para poder reemplazar lo estatuido en 1968 según se advirtió, y se pueda pasar en el capítulo décimo tercero a las denominada *entidades descentralizadas* por servicios, las *sociedades de economía mixta* del capítulo décimo cuarto. La ley, al tratar el tema *del control administrativo*, desciende de nuevo a conceptos más de ciencia de la administración pública que a la normatividad jurídica obligatoria, como ya se observó.

El dispositivo de la ley finaliza con el *ejercicio de funciones administrativas por particulares* del capítulo décimo sexto, y *las disposiciones finales* del capítulo último (décimo séptimo), dentro del cual se localizan preceptos jurídicos sobre actos que deben publicarse en el Diario Oficial, así como el texto sobre facultades extraordinarias concedidas al gobierno para completar en la administración *modular* -o sea la que está en pie-, la aplicación de los principios expuestos.

IV. ALGUNAS REFERENCIAS A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y CONCLUSIONES

Para terminar este trabajo parece indispensable hacer algunas referencias a la legislación española reciente e ir sacando algunas conclusiones sobre la ley 489 de 1998.

1. La legislación española de los últimos tiempos

El interés adicional que puede tener el análisis emprendido es el de comenzar a relacionar los propósitos y contenido de la ley mencionada con otros estatutos, para valorar sus aportes en función de un estado más amplio del tema, como cuando se habla del *derecho de organización*¹²

Dada la importancia que hoy tiene el conocimiento del derecho administrativo español, queremos agregar unas notas dentro de esa perspectiva.

Un primer aspecto es el de la renovación de la legislación en España, esto es, que se trata de estatutos recientes que aparecen dentro de esta etapa de florecimiento político y jurídico peninsular.

En segundo término, está la variedad de esos estatutos, dentro de los cuales cabe destacar:

La ley 6/1997, de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, llamada Lofage, que contiene dentro de una mayor amplitud, aspectos similares a los regulados por la ley colombiana.

La ley 50 de 1997 sobre el Gobierno, donde se consagran principios propios del régimen parlamentario en el terreno administrativo que sería útil comparar más adelante con los que resultan de la inspiración presidencialista de un sistema, aspecto que se suele quedar en el campo del derecho constitucional.

La ley 30 de 1992 de régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común, que contempla temas de teoría jurídica sobre funcionamiento principalmente (por ejemplo de órganos colegiados, sobre lo cual poco o nada tenemos en Colombia), y luego materias semejantes a la de nuestro Código Contencioso Administrativo (decreto-ley 01 de 1984). Esta ley fue modificada por la de 1999.

La ley 29 de 1998 reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuyo examen comparatista también puede resultar muy fructuoso.

2. Ciertas conclusiones

El centro de gravedad de este estudio es mostrar el esquema de la organización y el funcionamiento principales de la administración nacional colombiana. No se extiende a las administraciones departamentales y municipales, salvo en algunos aspectos como se indicó, pues ellas están cobijadas por normas legales de 1986.

Los aportes que la ley haya podido hacer a la teoría del derecho administrativo colombiano quedan para el estudio interno detallado de los juristas colombianos, pero algún perfil puede ir resultando de comenzar a colocar la ley dentro de un contexto de derecho comparado.

Además de la legislación española cuya sola cita invita a pensar en el enorme esfuerzo legislativo en temas cruciales del derecho administrativo, también se conocen otros valiosos trabajos, como el que ha cristalizado en el Perú con la expedición de la nueva ley número 27444 de 2001 sobre *procedimiento administrativo genera*¹³.

12. GALLEGU ANABITARTE, Alfredo, *Conceptos y principios fundamentales del derecho de organización*, Marcial Pons, Madrid 2000.

13. DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge y otros, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley n° 27444*, Ara Editores, Lima 2001.

Al comentar la ley colombiana número 489 de 1998 hemos querido abrirnos a la posible relación de dicha estatuto con otros de naciones hermanas dentro de la imprescindible necesidad de hoy de que los países y sus derechos se conozcan por encima de las fronteras.

§ 64. LAS COMPETENCIAS SOBRE EL PATRIMONIO DOCUMENTAL DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

Alfonso Pérez Moreno
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla, España

(Con esta Ponencia de Apertura del Congreso de Archiveros celebrado en Córdoba (Andalucía, España) me uno al Homenaje del Profesor Allan R. Brewer-Carías, gran comunicador del Derecho Administrativo en el mundo latinoamericano)

I. INTRODUCCIÓN

El núcleo del tema de esta ponencia está surcado por dos encrucijadas: la del Sistema Español de archivos y la del Sistema de Administraciones Públicas. En ambos sistemas se han producido importantes transformaciones que, a su vez, han incrementado las dudas e incertidumbres sobre conceptos, términos y principios orientadores de la ordenación de la importante materia del patrimonio documental. No es una desmesura que para abordar en concreto el campo de la ponencia tengamos que profundizar en las cuestiones nucleares. Cabalmente la disfunciones y anomalías en el plano organizativo encuentran su génesis y motivación en aquellas transformaciones.

La extensión de la materia, que cuenta con una bibliografía cada día más copiosa y profunda, nos obliga a utilizar una síntesis instrumental cuidando en todo caso de no invadir los aspectos del tema que están atribuidas a otras ponencias, especialmente a la tercera, sobre el derecho de acceso de los ciudadanos a los registros y archivos. Para satisfacer a quienes deseen una mayor información podemos destacar dos obras, cada una referida a cada encrucijada: “El derecho de acceso a los documentos administrativos”, de Severiano Fernández Ramos (Marcial Pons, Madrid, 1997), y “El Sistema Español de Archivos en la Constitución: la confrontación entre teoría y realidad en el 20º aniversario de la Constitución”, de Luis Martínez García, en Actas del VIII Congreso Nacional de ANABAD, Toledo 22 a 24 de Abril de 1999, Boletín de la Asociación Española de Archiveros, Bibliotecarios, Museólogos y Documentalistas.

II. CUESTIONES PREVIAS

El razonamiento sobre el estado de evolución de los dos sistemas -que conjuntamente apuntan al objeto de las competencias y a los titulares de las mismas- requiere unas aclaraciones preliminares tanto en el campo de la archivística, como en el de la legislación general y sectorial y en el de la sociología administrativa.

A. Hay que recordar que el sistema de archivos viene a contribuir a dar firmeza y certidumbre, y con ello seguridad jurídica, a la vida social en todas sus dimensiones. La fragilidad de la memoria colectiva ha obligado a la creación de unos instrumentos de historificación al servicio de las relaciones sociales. Alguno de ellos es puramente subjetivo: la intervención de un fedatario, sea funcionario común (Secretario municipal), o cualificado (Notario), -y otros son objetivos: los Registros con todas sus modalidades y efectos-. Los archivos son instrumentos objetivos pero tradicionalmente no han tenido atribuidos otros efectos que el valor probatorio dimanante de la *auctoritas* de la autenticidad documental y las presunciones de exactitud y veracidad. Esta dimensión operativa asoció el archivo a la idea de datos del pasado. En los desarrollos contemporáneos se ha superado esta visión historicista del archivo porque la complejidad de la vida de las Administraciones Públicas y otros Entes del Sector Público lo ha realzado como instrumento necesario de la gestión administrativa. La contraposición entre archivos históricos y archivos administrativos carece cada vez más de valor jurídico y puede considerarse superada. Dos innovaciones legislativas han venido a producir la transformación en la consideración de los archivos: una fue la incorporación de todos los documentos cualquiera que sea su fecha en el concepto de Patrimonio Documental; aún los documentos que se producen en la gestión corriente y cotidiana de las Administraciones Públicas forman parte de ese patrimonio. La función archivística se convierte así en la base de existencia y de seguridad de las funciones públicas, e incluso puede calificarse como la garantía de la validez de los actos jurídicos públicos, toda vez que las actuaciones procedimentales son indispensables para la validez de dichos actos de tal manera que su carencia puede determinar la nulidad (Art. 62.1.d de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común). Además, el Art. 54 de la misma Ley ordena la motivación de los actos que normalmente vendrá contenida en los informes y antecedentes insertos en el expediente. La gestión administrativa sería imposible sin una correcta ordenación de los archivos, con custodia de los documentos, pero también con una eliminación controlada de los mismos y una respuesta cierta al reto de las nuevas tecnologías (soporte electrónico, bases de datos).

B. La legislación posterior a la Constitución de 1978 ha incidido intensamente en las bases de los sistemas de archivos y de Administraciones Públicas. La primera innovación la aportó la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español al incluir en el patrimonio Documental a todos los documentos de cualquier fecha producidos por organismos públicos e incluso concesionarios y gestores de servicios públicos. Esta circunstancia ha servido de estímulo para la lucha por las competencias entre el Estado (Ministerio de Cultura) y las Comunidades Autónomas (Consejerías de Cultura). Ambas Administraciones han intentado controlar la coordinación del sistema de archivos y el funcionamiento técnico del sistema. Además esta ley del Patrimonio Histórico Español diseñó una red normativa de protección del Patrimonio documental y unos principios técnicos de la archivística, estableciendo en sus Art. 49 y siguientes una especie de código sustantivo de una parte referido a los documentos mismos (deberes de conservación, de no retención, de protección frente a la eliminación indiscriminada y frente al expolio, de limitaciones a la consulta) y de otra, relativa al sistema y funcionamiento de archivos (art. 59 a 66).

Especial consideración merece la función de los archivos en relación con la garantía de los derechos fundamentales a la intimidad, a la información y al acceso a los documentos. El Art. 57 de la ley del Patrimonio Histórico Español avanzó una regulación suficiente que tan sólo debería de haber sido complementada por la Ley 30/92 de

Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo común en cuanto al derecho a la información durante la tramitación de los expedientes administrativos antes de finalizar el procedimiento. Desafortunadamente el Art. 37 de esta Ley 30/92 -uno de los que más atención doctrinal han merecido- optó por regular globalmente la materia incluyendo los casos de prohibiciones y los de restricciones al derecho a la consulta.

C. Finalmente, como cuestión previa hay que considerar las aclaraciones sobre el objeto mismo de las competencias en este sector de los archivos. En unos casos se refieren a archivo, en otros, a registro, y, en general, a documento. El término archivo se utiliza en dos acepciones:

a) Como “conjunto orgánico de documentos, o la reunión de varios de ellos, reunidos por las personas jurídicas, públicas o privadas en el ejercicio de sus actividades, al servicio de su utilización para la investigación, la cultura, la información y la gestión administrativa” (Art. 59.1 de la Ley Patrimonio Histórico Español).

b) Como edificio sede de una institución cultural que acoge los documentos.

En la perspectiva del derecho a la información y al acceso, la mayoría de la doctrina considera que el concepto nuclear sustantivo es el de documento verdadero objeto de aquellos derechos. De aquí derivan los conflictos de competencias que pueden suscitarse entre las Administraciones cuando alguna invoca la titularidad dominical o física y otra se basa en el interés como centro de su competencia. Los fenómenos de invasiones y conflictos de competencias se producen bajo la confrontación de esos criterios.

III. LA CONCURRENCIA DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS

La tan comentada imperfección del Título VIII de la Constitución Española vigente se manifiesta en los términos competenciales en el tramo Estado-Comunidades Autónomas. Las Corporaciones Locales quedaron reconocidas pero desplazadas del centro de gravedad de la distribución de competencias. Por esta razón las nuevas Entidades emergentes, las Comunidades Autónomas, han venido afirmando sus competencias frente al Estado pero sin atender debidamente a las Administraciones locales. Los conflictos constitucionales se han producido tanto en el plano general de las competencia sobre cultura, como en los temas concretos del Patrimonio Histórico y de los Archivos.

La conclusión que deriva del conjunto normativo es que existe una concurrencia de competencias administrativas y que no pueden considerarse legítimos los intentos de las Entidades concurrentes de convertir sus competencias -o el tramo o fragmento de sus competencias- en exclusivas y excluyentes. El recuerdo de los textos legales permite intuir los puntos de posibles conflictos sobre los que ya se ha pronunciado varias veces el Tribunal Constitucional.

El Art. 59.1.28 de la Constitución Española atribuye al Estado competencia exclusiva sobre “Defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación, museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas”. Y el Art. 149.2 contiene la regla difusa de atención a la comunicación cultural: “...el Estado considerará el servicio a la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas”.

El Estatuto de Andalucía delimita las competencias de la Comunidad en estos preceptos:

Los Art. 13, 26, 27 y 28 atribuyen como exclusivas las competencias sobre “promoción y fomento de la cultura en todas sus manifestaciones y expresiones, sin perjuicio del artículo 149.2”, “patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico y científico, sin perjuicio del Art. 149.1.28” y “archivos, museos, bibliotecas y demás colecciones análogas que no sean de titularidad estatal, Conservatorios y Centros de Bellas Artes de interés para la Comunidad Autónoma”.

También hay que recordar que corresponde a la Comunidad Autónoma la ejecución de la legislación del Estado en materia de museos, archivos y bibliotecas y otras colecciones análogas de titularidad estatal.

En la Administración Local, el Art. 137 de la Constitución les atribuye autonomía para la gestión de sus respectivos intereses. Aunque el sistema de concreción de esos respectivos intereses locales sea tan deficitario para sus competencias como el trazado en el Art. 2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril sobre las bases de Régimen Local, hay que subrayar que en el Art. 4.1.a) reconoció a los Municipios, Provincias e Islas “las potestades reglamentarias y de autoorganización”, y en el Art. 25.2, competencias sobre Patrimonio histórico-artístico. La Ley andaluza 11/1987, de 26 de diciembre regula las relaciones entre la Comunidad Autónoma y las Diputaciones, y dedica dos artículos importantes para nuestro tema:

Artículo 3: Las Diputaciones Provinciales andaluzas gozan de autonomía plena para la gestión de sus intereses y administración de sus recursos y *Artículo 20:* En materia de cultura son competencias de las diputaciones Provinciales las siguientes:

- a) La gestión de los archivos de titularidad provincial.
- b) La animación y promoción.

Se atribuye a las Diputaciones Provinciales la prestación subsidiaria de la municipal en materia de animación y promoción cultural en los municipios menores de 20.000 habitantes.

IV. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE ARCHIVOS LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY ANDALUZA

Sobre el cañamazo de este conjunto de preceptos el Tribunal Constitucional ha ido bordando las imágenes más clarificadoras para conseguir un conjunto normativo armónico. Hay que añadir a aquel conjunto las Leyes autonómicas de carácter sectorial, y concretamente la Ley andaluza de Archivos 3/1984, de 9 de enero, contra la que el Gobierno interpuso el recurso de inconstitucionalidad número 255/84, resuelto por la Sentencia número 103/88, de 3 de abril.

En cuanto a la cultura en general, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha afirmado “la existencia de una competencia concurrente del Estado y de las Comunidades Autónomas”, y la reconoce también al Estado “en el área de preservación del patrimonio cultural común, pero también en aquello que precise de tratamientos generales o que haga menester esa acción pública cuando los fines culturales no pudieran lograrse desde otras instancias” (Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1991, de 31 enero, que cita la Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1984).

Asimismo, el Art. 149.2 de la Constitución Española, en la misma Sentencia de 1991, se interpreta en el sentido de evitar que se aplique el concepto cultura en sentido amplio que atribuya al Estado ámbitos que no ha querido asignarle el constituyente. También debe servir de freno a los intentos autonómicos de resistir la función de comunicación general del Estado.

En materia de archivos, la Sentencia del Tribunal constitucional número 103/1988, de 24 de mayo, resolvió el recurso interpuesto por el Gobierno contra la ley andaluza 3/84, desestimándolo en el contexto de una interpretación pro Constitución de los preceptos impugnados. La Ley distingue entre documentos y archivos. Entiende el Tribunal que las definiciones y mandatos que contienen rebasarían los límites constitucionales si no se consideran tan sólo referidos a los archivos de competencia de la Comunidad Autónoma. En cuanto al motivo de impugnación de considerar vulnerado el principio de territorialidad si la competencia andaluza se extiende a todos los archivos de su territorio aunque no sean de interés de la Comunidad Autónoma, la Sentencia argumenta que “el ámbito de la competencia sobre esta materia no viene definido por el criterio del interés sino por el criterio general de localización de los archivos dentro del territorio de la Comunidad”.

Entre uno y otro argumento pudieran existir algunas contradicciones porque si sólo es constitucional la Ley si se interpretan sus preceptos como referidos a los documentos y archivos de la Comunidad Autónoma, ¿qué solución cabe aplicar a los de las Administraciones Locales cuya titularidad, ordenación y gestión está habilitada incluso en las normas de Régimen Local según hemos ya recordado?

V. CONTRADICCIONES EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

En ejercicio de su potestad reglamentaria la Comunidad Autónoma publicó el Reglamento de organización del Sistema Andaluz de Archivos y desarrollo de la ley 3/84, por Decreto número 73/1994, de 29 de marzo. Por entender que esta norma no se ajustaba a la Ley ni al conjunto del ordenamiento jurídico aplicable a la materia, la Asociación de Archiveros de Andalucía interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla. Uno de los motivos procedimentales del recurso fue la falta del dictamen previo del Consejo de Estado. En 1993 se creó por Ley el Consejo Consultivo de Andalucía que entró en funcionamiento ya avanzado el año 1994. La falta de dictamen preceptivo del órgano consultivo fue determinante para que la Sentencia de dicha Sala de 25 de noviembre de 1996 declarara la nulidad del Reglamento, sin entrar en el fondo del asunto.

En su valor de colaboración la Asociación citada presentó una propuesta de reglamento, y se suscitó una reacción interesante de la Consejería de Cultura que culminó en un nuevo borrador de Reglamento mucho más ajustado a los criterios objetivos, pero, tras algunas puntualizaciones cesó la elaboración de esa norma. Hasta 1998 no se elaboró otro texto, pues un trabajo intermedio no se ajustaba a la nueva estructura orgánica de la Consejería. En una primera etapa la Asociación participó en las reuniones de trabajo hasta que se retiró de las mismas por estar en desacuerdo con el contenido de la norma en puntos referentes a regulación de las competencias y crea-

ción de órganos nuevos, desvirtuación del sistema de archivos al polarizar la materia a través del Archivo general, vaciamiento de las competencias de la Administración Local, limitación de las materias de necesaria reglamentación, limitación de los derechos constitucionales sobre información y acceso, incorporación de normativa técnica propia de la *regula artis* e improcedente en un reglamento ejecutivo general, etc.

Finalmente por Decreto 97/2000, de 6 de marzo (publicado en el BOJA número 43, de 11 de Abril siguiente), se aprobó el Reglamento del Sistema Andaluz de Archivos y desarrollo de la Ley 3/1984, de 9 de enero, integrado por 130 artículos y que entró en vigor el día 12 de abril de 2000. Actualmente la Asociación tiene interpuesto recurso contencioso-administrativo.

Es ciertamente difícil garantizar el acierto en la regulación de un sistema de archivos, con el debido respeto y equilibrio a los subsistemas correspondientes, cuando se trata de un Estado compuesto. En el ya destacado trabajo de Martínez García se encuentran las peores taras de nuestro sistema en la falta de coordinación y cooperación. Quizás interese para cerrar estas reflexiones detenernos en una consideración global del juego de esos principios en el nuevo Sistema de Administraciones Públicas.

VI. LA COOPERACIÓN COMO PRINCIPIO BÁSICO DE LAS RELACIONES COMPETENCIALES

1. Un cambio de perspectiva: el ciudadano común como criterio predominante en la ordenación de la cooperación entre los entes públicos. El sistema de administraciones públicas

Buscando el fundamento último de todas las razones que explican y justifican la cooperación entre los Entes públicos se descubre que el cimiento es el hombre mismo, el ciudadano que legitima todas las atribuciones de poderes y competencias y que ha de recibir las prestaciones en que se manifiestan.

A todos los niveles constituyentes o delimitadores de la teleología o de la macrofinalidad de cada uno de esos niveles de asignación de competencias, encontramos preceptos esenciales que se inspiran en aquel cimiento. La unidad de la nación, el pueblo español como fuente de todos los poderes, en el que reside la soberanía nacional (Art. 2 C.E.), la atribución a los poderes públicos de la promoción de “las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas” (Art. 9 C.E.), el obligado servicio con objetividad y eficacia a los intereses generales impuesto a la Administración Pública (Art. 103 C.E.), etc.; son ya esenciales en el nivel de la Constitución Estatal.

También resalta en el Tratado de la Unión Europea el protagonismo del ciudadano: el Art. A ya califica la nueva etapa de proceso creador de la Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, “en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más próxima posible a los ciudadanos”. Unión que “tendrá por misión organizar de modo coherente y solidario las relaciones entre los Estados miembros y entre sus pueblos” (Art. A). *La Unión respetará los derechos fundamentales* (Art. F del T.U.E.).

En los niveles normativos de consagración de los derechos fundamentales hay que considerar incrustado el derecho del ciudadano a una buena Administración. El ciudadano tiene derecho a no soportar más *carga de Administración* que la que sea proporcionalmente adecuada para el correcto ejercicio de las competencias necesarias o más convenientes en cada nivel (subsidiariedad). El ciudadano debe tener derecho a la máxima productividad mediante la concurrencia armónica de las distintas instancias administrativas.

Sobre este cimiento se asienta el principio de unidad y continuidad de la Organización administrativa pública (Parejo Alfonso, Muñoz Machado, Fanlo Loras). Principio en el que converge el Sistema de Administraciones Públicas. No se trata ya de una concurrencia de Administraciones, sino de un Sistema de Administraciones.

Cuando el Art. 103 C.E. menciona a *la Administración Pública* está refiriéndose realmente al *Sistema de Administraciones Públicas* que actúan bajo la rectoría del principio de unidad y continuidad de la organización administrativa pública. Conectados con este principio están todos los principios organizativos, y, ante todo, como un principio que actúa su inmediata articulación, el principio de cooperación.

2. La significación del principio de cooperación y su articulación técnica

En el conjunto de los principios de la organización administrativa el de cooperación es un principio dinámico o funcional, rector de las relaciones competenciales administrativas, y trasunto del principio de lealtad exigible en todos los supuestos de integración de instancias de poder a todas las Entidades que concurren en la unidad aglutinante (sea cualquier modalidad de Federación o de Estado compuesto -federalismo cooperativo-, sea institución supranacional). Bien entendido que la lealtad a la unión es una exigencia tanto para los entes miembros como para la entidad integradora (R. Smend, *lealtad o fidelidad a la federación*, criterio tan hábilmente utilizado por el Tribunal federal alemán).

La articulación técnico-jurídica de la cooperación se produce en tres aspectos: a) su consagración como derecho-deber (función); b) su supraordenación a otros principios; y c) su estructuración por métodos diversos.

a) La consagración expresa del derecho-deber (función) de cooperación se ha positivizado en los últimos tiempos en documentos y en textos legales sobre autonomía local y sobre las relaciones entre Administraciones Públicas.

La Carta Europea de Autonomía Local (Estrasburgo, 15 de octubre de 1985, ratificada por España) establece el derecho de las Entidades locales de cooperar, asociarse con otras, e incluso *de cooperar con las Entidades de otros Estados* (Art. 10).

Asimismo aplica el principio de subsidiariedad -puede entenderse como un inmediato antecedente del Tratado de la Unión Europea, T.U.E., Art. 3B-, en su Art. 4.3:

3. El ejercicio de las competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos. La atribución de una competencia a una autoridad debe tener en cuenta la amplitud o la naturaleza de la tarea o las necesidades de eficacia o economía.

En nuestra Ley Básica de Régimen Local (1985) se realiza para atribuir las competencias locales el criterio “de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos” (Art. 2.1). En cuanto a las relaciones con las demás Administraciones

Públicas, el Art. 10 establece los “deberes de información mutua, colaboración, coordinación y respeto a los ámbitos competenciales respectivos”. Los Arts. 57 y 58 regulan modalidades técnicas de cooperación, que luego consideraremos. Y los Arts. 7.2, 10.2 y 59 se ocupan de la coordinación.

Esta regulación local ha sido ampliada en la nueva Ley 30/1992, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, especialmente en los Arts. 3 y 4:

Art. 3.2:

Las Administraciones Públicas, en sus relaciones, se rigen por el principio de cooperación, y en su actuación por los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos.

El Art. 4 consagra el respeto al ejercicio de las competencias propias ponderando la totalidad de los intereses públicos implicados, facilitando a las otras Administraciones la información que precisen y prestando “en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras Administraciones pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias.

b) Así positivizado el principio de cooperación aparece supraordenado a los principios de competencia, de coordinación, de jerarquía y de subsidiariedad. Es también distinto de la idea de colaboración. Mientras que la cooperación es una función derivada de la integración en el Ente complejo o en el Sistema de Entidades públicas con competencias atribuidas, de tal manera que actúa como la inmediata tecnificación del principio de unidad y continuidad de la organización administrativa pública; el principio de coordinación es consecuencia de una ordenación jurídica concreta, una especie de cooperación obligada o exigida, sometida a cautelas y controles en evitación de la desnaturalización de la posición de los Entes coordinados. En los términos de los citados Arts. 7.2, 10.2 y 59 de la Ley Básica de Régimen Local puede comprobarse el establecimiento de una ordenación imperativa de la coordinación, que ofrece importantes problemas interpretativos.

La idea de colaboración, en cambio, hace referencia a la dimensión de la voluntariedad. Por ello, cuando no es posible la colaboración (mediante convenio de colaboración, Art. 57, o mediante órganos de colaboración, Art. 58) se da paso a la imposición de la coordinación por la técnica de los planes sectoriales (Art. 59).

c) La estructuración de la cooperación puede revestir formas comunes -mediante los mismos órganos y reglas de las competencias a desarrollar-, o fórmulas específicas, bien mediante las técnicas de entificación, con utilización de la personalidad instrumental, o bien mediante técnicas de teoría de la organización. En el actual momento de desarrollo de las relaciones interadministrativas en un sistema de entes autónomos, es más eficaz utilizar fórmulas organizativas matizadas y adecuadas, que actuar mediante la entificación (puede recordarse el caso de las Areas Metropolitanas, que están en crisis).

Esas fórmulas organizativas pueden ser participativas, de delegación, de suplencia, encomienda de gestión, etc.; podría ser interesante elaborar una teoría de la representación o apoderamiento en el Derecho público.

Nótese que la cooperación será desigual entre las distintas partes de un todo, cuando exista diversidad de intensidad y de extensión en las competencias distribuidas entre aquéllas. Sobre todo, en el marco de la Unión Europea esas desigualdades las engendrarán la aplicación del principio de subsidiariedad.

3. El principio de subsidiariedad como expresión de la cooperación

Ya hemos citado el Art. 4.3 de la Carta Europea de Autonomía local como antecedente próximo de la formulación del principio de subsidiariedad en el Art. 3B del T.U.E. En aquél su enunciado es aún más puro, pues se le contempla no desde la perspectiva de insuficiencia del ente-parte o de más eficacia de la gestión por la Comunidad, sino como regla general de preferencia de las autoridades más cercanas a los ciudadanos en el ejercicio de las competencias. De esta manera es una positivación de un principio general organizativo.

Sin embargo, consideramos que el principio de subsidiariedad no sólo debe operar en una relación intersubjetiva de preferencia en la asignación de las competencias, sino también en una vertiente participativa, en la cual, aunque no se produzca un desplazamiento de la titularidad de la competencia, sí puede reconocerse una participación a otro Ente miembro. Esta dimensión hace operativa la subsidiariedad en fase anterior a la distribución de competencias, mediante una intensificación de la cooperación. Queda así vinculado este principio con el de subsidiariedad antes, durante y después de la aplicación del segundo. Antes, como intensificación de técnicas de cooperación; durante la redistribución de competencias impuestas por la subsidiariedad, y después de sustituida la distribución, si cambiaran las circunstancias, por la incidencia general de la cooperación.

Por consiguiente, la cooperación puede ser entendida como principio de actuación concurrente de la Entidad más cualificada para asegurar la mayor eficacia de la gestión de la competencia. Así, por ejemplo, el Comité de las Regiones con funciones consultivas en la Unión Europea podría llegar a ser llamado por vía de cooperación a otras participaciones. En nuestro orden interno hay que recordar la Conferencia Sectorial para asuntos relacionados con la C.E., como fórmula participativa de las Comunidades Autónomas.

El principio de subsidiariedad vuelve por esta vía técnica de un mecanismo redistributivo de competencias en el Art. 3B del T.U.E., a revitalizar sus hondas raíces de gran palanca defensora y reivindicativa de libertades, principalmente con el propósito de potenciar al hombre como persona y como ciudadano. Doctrina constante en la concepción cristiana del poder temporal (Encíclicas, Giménez Fernández, Concilio Vaticano II), su invocación táctica en esta inicial etapa del impulso al proceso de la Unión Europea ha tenido un eco más poderoso aún, quizás por la proximidad de los acontecimientos del hundimiento de los sistemas del Este europeo, y por el ímpetu coyuntural de la privatización.

4. El sistema de autonomías integradas, factor determinante de la cooperación

Concebido el Estado compuesto español como sistema de autonomías integradas (Royo Villanova, Pérez Moreno), la cooperación de las Entidades con autonomía garantizada es una consecuencia natural del modelo de Estado. El Estado unitario compuesto acentúa la fuerza centrípeta de su soberanía única; pero también tiene que acentuar la perspectiva centrífuga que exige la convergencia de las Entidades autónomas integradas para obtener, con la complitud de todos los impulsos (*cooperación y asistencia activas*), una buena administración.

En este sentido también la cooperación debe implicar el deber de actuación de la Entidad más próxima, sobre todo en casos de urgencia o de *fumus utiliter gestio*. Proximidad que hay que entender como física o como cualitativa, por razón de conocimiento, posesión de datos o elementos objetivos, o de bienes más afectados; e, incluso, la proximidad a los ciudadanos en el sentido también de conocimiento de las cuestiones que les afecta, o de mejor accesibilidad participativa de ellos en la toma de decisiones.

La emergencia histórica de nuevas estructuras superiores de organización del poder ha podido producir el efecto de marginar a las Entidades miembros.

La distribución de las competencias entre los Entes públicos sólo puede equilibrarse si se restablece el criterio sustantivo de poner todo el Sistema de Entidades públicas al servicio del ciudadano, y para ello es imprescindible un desarrollo activo de la cooperación entre esas Entidades.

Hay que recordar también que en la última versión de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo común, se han enriquecido los principios rectores de las relaciones interadministrativas y con los ciudadanos incorporando las de buena fe, lealtad institucional, transparencia, participación, eficiencia y servicio a los ciudadanos.

§ 65. COMENTARIOS A LA LEY SOBRE EL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Hildegard Rondón De Sansó
Profesora de la Universidad Central de Venezuela

I. IDENTIFICACIÓN DE LA NORMA

El Decreto con Fuerza de Ley sobre el Estatuto de la Función Pública fue publicado en la Gaceta Oficial extraordinaria N° 5557 del 13 de noviembre de 2001, esto es, en la misma fecha de su elaboración. Precedido de una exposición de motivos, contiene 161 artículos, 6 Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y dos Disposiciones Finales. La entrada en vigencia de la nueva normativa fue fijada para que tuviese lugar, en el cuarto mes siguiente a su publicación en la *Gaceta Oficial*. (Primera Disposición Final), por lo cual, la misma deberá producirse el 14 de marzo de 2002.

El Estatuto deroga a la Ley de Carrera Administrativa del 13 de mayo de 1975, al Decreto N° 211 de julio de 1974, y al Reglamento sobre Organización Sindical de Funcionarios Públicos, dictado por decreto 585 del 28 de abril de 1971.

El nombre de la nueva normativa es el de Ley sobre el Estatuto de la Función Pública.

Por lo que atañe justamente a la designación aludida es bueno acotar al respecto el significado que ese cambio revela. En efecto la utilización del nombre de Ley de Carrera Administrativa indica que, al regular la relación de empleo público, el legislador quiso acentuar el elemento en su criterio más resaltante de la misma, como lo es la situación del funcionario dentro de la administración. Idealmente aparecía definida así tal situación por el legislador, como una *carrera*, esto es, como un conjunto de etapas destinadas a ser paulatinamente cubiertas por los servidores públicos, a los cuales se calificaba como *aspirantes* para el ingreso que, preferentemente debía efectuarse mediante concursos, esto es, a través de la evaluación de su idoneidad para el cargo. De allí que esta primera normativa legal que tuvimos sobre el ejercicio de la función pública fue un texto que acentuaba la condición de los funcionarios que hacían del desempeño de la función pública su carrera profesional. Es cierto que, la Ley de Carrera Administrativa, además de desarrollar el sistema habilitante para el ingreso y la permanencia del funcionario en el servicio, contenía un régimen de administración de personal, constituido por los diferentes sistemas que sirven de soporte al mantenimiento y ejercicio de la función pública. Estableció también la ley un ordenamiento jurisdiccional especial, señalando -aún cuando lo hiciese en forma muy escueta-, las acciones, que podían ser ejercidas, el procedimiento en sus líneas generales y la estructura jurisdiccional llamada a atender y a decidir los conflictos y otras cuestiones planteadas sobre la materia.

El decreto con el cual fuera dictada la nueva normativa se denomina Ley sobre el *Estatuto* de la Función Pública, nombre éste que pone el acento sobre el régimen de deberes, derechos, cargas, incompatibilidades y situaciones administrativas que rigen a los funcionarios al servicio de las estructuras públicas.

Por una parte, no podemos menos que criticar la designación que alude a la *Ley sobre el Estatuto* ya que hablar de *ley* y *de estatuto* es en cierta forma, tautológico. Una ley destinada a regular un régimen en el cual existen relaciones jurídicas, es un estatuto, o bien, estatuto es un cuerpo de disposiciones creadoras de los derechos y establecedoras de los deberes, vínculos, cargas y condiciones que rigen una determinada relación jurídica. En Venezuela hay antecedentes del uso de una denominación análoga ya que a una ley de particular importancia -por haber sido considerada como una *ley constitucional*- fue denominada Ley del Estatuto de Jubilaciones y Pensiones, cuando lo correcto habría sido que indicase que era el estatuto legal en materia de jubilaciones y pensiones. En el caso presente el legislador, en nuestro criterio, incurre en el mismo vicio al aludir a la ley sobre el estatuto. Con tal designación pareciera referirse a los lineamientos que debería tener el estatuto y, en esa forma configuraría una ley previa que simplemente iría a determinar la forma en que una futura normativa debería regular la función pública.

Ahora bien, a la consideración de forma se une una más profunda sobre la necesidad misma de la nueva regulación en el sentido de determinar si efectivamente es *nueva*, esto es, si implica un cambio sustancial y necesario del sistema anterior. Por lo que atañe al título éste no revela tal transformación, sino que nos hace pensar que el legislador continuó la nefasta tendencia iniciada en la Constitución del 99, de cambiar las cosas simplemente por cambiarlas. Al efecto, tal manía legisladora por lo que atañe a las modificaciones de las leyes y de las instituciones, ha sido en el sentido de cambiar por el simple cambio, generalmente sin que ello implique una verdadera transformación de la materia regulada. Al designarse como Estatuto de la Función Pública a la que sustituye a la Ley de Carrera Administrativa, no hay una modificación relevante en el nombre, ya que ambos aluden a la regulación del vínculo entre los funcionarios y la Administración. Asimismo, hay que acotar que en ambos textos por igual, los respectivos contenidos no se agotan en el estatuto propiamente dicho, constituido por los derechos, los deberes, las incompatibilidades, las prohibiciones y las acciones, sino que se extiende al sistema de administración de personal y al régimen jurisdiccional.

Una crítica mucho más grave al nombre está en el hecho de que la designación de Ley sobre el Estatuto de la Función Pública, hace pensar en un régimen general para todos los funcionarios lo cual induce a un grave error, por cuanto la norma al definir su ámbito, lo limita a regular exclusivamente las relaciones entre la Administración Pública Nacional y sus funcionarios. En consecuencia, el anuncio que el título de la ley ofrece no llena las expectativas que sugiere ya que no se trata de una ley general reguladora de todos los ámbitos del Estado, que es donde se ejerce la función pública, sino limitada exclusivamente a la Administración Pública Nacional¹.

1. La Ley sobre el Estatuto, está integrada por 161 artículos, seis Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y dos Disposiciones Finales. La distribución temática se realiza a través de nueve (9) títulos los cuales en su gran mayoría presentan una división en capítulos. Los títulos son los siguientes: *Título I*: Disposiciones Fundamentales; *Título II*: Dirección y Gestión de la Función Pública; *Título III*: Funcionarios; *Título IV*: Deberes de los Funcionarios Públicos; final *Título V*: Incompatibilidades, *Título VI*: Personal Contratado; *Título VII*: Sistema de Administración de Personal; *Título VIII*: Responsabilidades y Régimen Disciplinario; *Título IX*: Medidas Cautelares Administrativas; *Título X*: Derecho Colectivo Funcionario; *Título XI*: Contencioso Administrativo en materia de Función Pública.

En el texto se analiza el contenido del Título I por cuanto el mismo constituye el marco general de la normativa. En esta nota se expone en forma muy general el contenido de los restantes títulos.

El Título II que se intitula Dirección y Gestión de la Función Pública, se divide en cinco capítulos, a saber: el Capítulo I que contiene Disposiciones Generales; el Capítulo II relativo a los órganos de dirección y de gestión de la función pública; el Capítulo III regula los del Registro Nacional de Funcionarios Públicos; el Capítulo IV alusivo a las oficinas de recursos humanos y, el Capítulo V que versa sobre los Planes de personal.

II. CONTENIDO GENERAL DE LA NORMATIVA

El contenido general de la normativa se encuentra en el Título I que, como vimos, se denomina Disposiciones Fundamentales: En efecto, este Título está constituido por tan solo cuatro artículos en los cuales se desarrollan los siguientes preceptos: a) el señalamiento de que la ley del estatuto constituye el régimen rector de los funcionarios al servicio de la administración pública nacional, y al mismo tiempo configura el sistema de administración de personal, estableciendo los elementos que lo integran; b) el calificativo de que *son de orden público* todas las materias tratadas en el texto, atribuyéndole, en virtud de tal hecho, la consecuencia de que las mismas no pueden ser objeto de contratación colectiva; (Los dos principios asentados están contenidos en el artículo primero y en el tercero).

Igualmente se define el objeto del estatuto, indicándose en el mismo que es: a) establecer el marco regulador para garantizar que la administración Pública Nacional esté al servicio de los ciudadanos; b) identificar al funcionario público como servidor público; c) crear un régimen orientador de la conducta de los funcionarios; d) crear las condiciones para el acceso de los funcionarios a los más altos niveles de la Administración; e) establecer las normas para el ingreso y el ascenso en la forma más igualitaria posible (artículo segundo).

Al efecto consideramos necesario exponer algunas notas sobre la noción del estatuto de la función pública.

Régimen estatutario: El régimen estatutario es la vinculación laboral existente entre un sujeto y una determinada organización, regulada por normas anteriores a la conformación de dicha relación e inmodificable por las partes de la misma, salvo que dicha normativa en forma expresa, los faculte para hacerlo. El contenido de vida de la relación, desde el *ingreso* hasta las formas su terminación, regulando en la fase intermedia todo lo relativo a las llamadas situaciones administrativas, los sistemas de remuneración, de ascenso, de evaluación; de calificación y clasificación de los cargos.

El Título III se refiere a los *Funcionarios*, presentando cinco capítulos; el primero con Disposiciones Generales; el Capítulo II relativo a los Derechos; el Capítulo III correspondiente a los Derechos Exclusivos de los funcionarios de carrera; el Capítulo IV que contempla los deberes de los funcionarios públicos y el Capítulo V concerniente a las incompatibilidades.

El Título IV alude al personal contratado.

El Título V se refiere al sistema de Administración de Personal y está dividido en nueve (9) capítulos: el Capítulo I corresponde al de selección, ingreso y ascenso; el Capítulo III al de remuneraciones; el Capítulo IV es relativo a la evaluación del desempeño; el Capítulo V contempla la capacitación y desarrollo del personal; el Capítulo VI concerniente a la Escuela Nacional de Gerencia Pública; el Capítulo VII a la jornada de servicio; el Capítulo VIII se refiere a las situaciones Administrativas de los funcionarios y el Capítulo IX a el retiro y reintegro.

El Título VI alude a las responsabilidades y régimen disciplinario y se refiere a tres capítulos: el Capítulo I que concierne a las responsabilidades, el Capítulo II al régimen disciplinario y el Capítulo III a los procedimientos disciplinarios.

El Título VII, alude a las medidas cautelares administrativas.

El Título VIII, se refiere al derecho colectivo funcional.

El Título IX que alude al contencioso administrativo en materia de función pública.

Hay seis Disposiciones Transitorias que se refieren a la jurisdicción contencioso-administrativa, salvo la última que ordena la evaluación inmediata de los funcionarios para actualizar sus condiciones y capacidad profesional.

Hay una sola Disposición Derogatoria que señala los textos que serán objeto de tal medida al entrar en vigencia la nueva norma.

Hay dos Disposiciones Finales: la primera alude a la vigencia de la normativa y la segunda a la asignación de la competencia relativa a su divulgación y explicación al Ministerio de Planificación y Desarrollo.

Hemos aludido a *ingreso* porque en la relación estatutaria, la incorporación de un sujeto al régimen de prestación de servicio es la vía de entrada al régimen estatutario. (Símil: entrada a un edificio ya construido).

Elementos del estatuto funcionarial

El Régimen preestablecido, preexistente a las relaciones laborales que regula al régimen estructurado en base a una potestad normativa, generalmente legislativa; pero bien puede ser una potestad reglamentaria o el fruto de una potestad autonómica. Las condiciones de trabajo están previstas en el régimen estatutario y no pueden ser modificadas por las partes, salvo que el propio régimen expresamente lo prevea. Implica la estabilidad laboral permanencia en el cargo. Adquisición de la investidura (poderes que derivan del cargo).

Tipos de régimen estatutario

Régimen rígido: es aquel que no admite modificación alguna por las partes. No hay previsión normativa con respecto a la posibilidad de cambios establecidos con relación a situaciones concretas.

Régimen flexible: permite variaciones introducidas por las partes a su relación de trabajo.

Puede ser: Flexible-sectorial se refiere a grupos enteros de funcionarios:

a. *Personalizado*: se refiere a situaciones individuales que pueden ser modificadas por la vía de la concertación.

b. Geográficamente por clases de cargo, por grupos, e incluso, por ramas: *Flexible total* cualquiera de los elementos que lo integran pueden ser objeto de modificación por las partes; *flexible parcial* la modificación sólo puede versar sobre aspectos determinados (salario, comisiones de servicios, etc.) En el otro extremo organizativo se encuentra el régimen contractual que es un sistema de libre concertación en virtud del cual los organismos públicos escogen a sus servidores bajo las modalidades que consideren más oportunas (tiempo, estabilidad, sueldo).

Finalmente, se define lo que se entiende por funcionario público señalándosele las siguientes características: a) una persona natural; b) que desempeña una función pública; c) desempeño que deriva de un nombramiento emanado de una autoridad competente (artículo cuarto).

Es decir que, con tal definición se comprendería a todos los que prestan su servicio al Estado y a los entes públicos, cualquiera que sea el Poder u organización a la cual están adscritos, siempre que su desempeño implique el ejercicio de una función pública, entendida como una actividad destinada a cumplir los fines del Estado, independientemente de la entidad dentro de la cual la misma se preste. Con esta definición quedan englobados en el concepto todos los sujetos al servicio del Estado, porque la exigencia del nombramiento no excluye a los funcionarios por elección ya que éstos también complementan su investidura con una designación o acreditación, que emerge de la autoridad competente para otorgarla (que es en general, el Consejo Nacional Electoral, órgano integrante del Poder Electoral).

La definición enunciada obviamente no se consustancia con el sujeto a quien el estatuto regula que no es *cualquier funcionario público*, sino el que presta sus servicios a la Administración.

El planteamiento que antecede nos obliga a buscar una definición del funcionario público en el texto de la Constitución de 1999.

III. EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

¿Qué se entiende por funcionario público en el texto de la Constitución de 1999? Hay una sección (sección tercera) en el Título relativo al poder público (Título IV) que se destina a regular la función pública y, en consecuencia, a señalar quien la ejerce, en la forma siguiente.

El Art. 144 alude a funcionario público como *funcionario de la administración pública*. En igual sentido lo hace el Art. 146. El Art. 147 agrega que la administración pública puede ser: nacional, municipal y estatal.

El Art. 145 alude a los funcionarios públicos como los que están al servicio de los entes territoriales, de las personas jurídicas de derecho público y de las *personas jurídicas de derecho privado estatales*. El Art. 149 define a los funcionarios públicos como cualquiera que preste servicios a los entes públicos.

El Art. 148 alude a los funcionarios públicos como los titulares de un *destino público remunerado*.

De los anteriores enunciados debe deducirse que la Constitución enuncia un concepto amplio y un concepto restringido del funcionario:

Criterio amplio: los funcionarios públicos son los que están al servicios de los entes públicos, bien sean *territoriales* (municipio, estado, República) o, *no territoriales* (institutos autónomos; o entes privados estatales (fundaciones, corporaciones, asociaciones).

Criterio restringido: el funcionario público es el que está al servicio de la administración pública, bien sea ésta una administración municipal, estatal o nacional.

Es decir que la orientación que manifiesta el texto constitucional está en el sentido de un criterio uniforme.

Ahora bien, no puede entenderse la noción del funcionario público sin vincularla a la de poder público. En efecto, el funcionario está vinculado con la idea general del poder público ya que conforma una de sus bases operativas.

Debe recordarse al efecto que los medios de los cuales dispone el poder público son las potestades y los recursos: Las potestades son elementos inmateriales, a diferencia de los recursos que son medios materiales.

Las potestades: son *cargas* asignadas para operar sobre las estructuras públicas (potestad organizativa), operar sobre el funcionamiento (múltiples potestades como lo son la potestad normativa; la potestad reglamentaria; la potestad tributaria; la potestad sancionatoria) e incidir sobre la situación subjetiva del conglomerado humano constitutivo de la llamada *plurisujetividad* del ordenamiento jurídico (creación, extinción y modificación de situaciones jurídicas.)

Las cargas son facultades-deberes, esto es las posibilidades legítimas de actuación en determinadas esferas, (competencia) que, al mismo tiempo implican la sujeción a realizar determinadas actuaciones.

Los recursos: son los elementos materiales para la realización de las actividades públicas. Los mismos pueden ser: financieros; patrimoniales y recursos humanos. Es en esta categoría donde se ubican los funcionarios públicos.

Funcionarios públicos: son los sujetos que en base a una relación de permanencia, originada por un *vínculo estatutario o contractual* realizan las tareas asignadas al Estado.

Es conveniente recordar como se realiza la división del poder público a a división de las funciones y de los poderes ha sido una regla de aplicación permanente en la estructura del Estado. Originariamente fue concebida en forma rígida; pero se ha ido suavizando a través del llamado vínculo de *cooperación*.

La trilogía clásica que permite la coincidencia de funciones y poderes ha cambiado con la aparición de nuevas necesidades cuya satisfacción es asignada al Estado y con el desarrollo de nuevas ideas políticas y organizativas.

La Constitución del 99 por ejemplo, modificó la trilogía tradicional de la división de los poderes públicos, para incluir dos nuevos poderes: el Poder Ciudadano y Poder Electoral.

La Administración no es un poder, sino una figura subjetiva que no se identifica con ninguno de los poderes pero constituye el instrumento o aparato a través del cual los mismos realizan sus funciones de atención de las necesidades públicas, en forma inmediata y directa.

Tradicionalmente la administración pública es el aparato del Poder Ejecutivo, cuya función es ejecutar las normas para satisfacer las necesidades públicas.

La concepción actual es que todos los poderes tienen administraciones públicas a su cargo para realizar sus objetivos concretos. Podemos afirmar que la administración pública no puede actualmente ser definida desde el punto de vista orgánico, sino desde el punto de vista sustantivo.

La noción de la Administración Pública en la Constitución del 1999

La Constitución presenta una sección ubicada en el Título IV que se denomina *De la Administración Pública*. Se trata de tres artículos de los cuales sólo uno de ellos (el 141) señala los principios en los cuales se fundamenta, los restantes aluden a los lineamientos generales de los institutos autónomos (Art. 142) y al derecho a la información de los administrados frente a la administración (Art. 143).

Principios rectores de la administración pública en la Constitución son los siguientes:

Ante todo la destinación de la figura de la administración pública al servicio de los ciudadanos. Este concepto a nuestro juicio no es correcto porque *la administración pública es el aparato* de un poder público en ejercicio de la función administrativa, por lo cual, su objetivo inmediato, es el servicio de tal poder y sólo de forma mediata el de los administrados.

Los restantes principios rectores son enunciados en forma entremezclada, por lo cual nos hemos permitido sistematizarlos en la siguiente forma:

A. Principios relativos a la eficiencia administrativa: Ellos son la eficacia y la celeridad.

B. Principios relativos a la moral administrativa: se enuncia al respecto la honestidad, la transparencia y la rendición de cuentas.

C. Principios relativos a la forma de la actuación: La norma constitucional se refiere al sometimiento pleno a la ley y al derecho y alude igualmente al principio de participación. Al respecto no se explica su significado en este contexto ya que el principio de participación significa la facultad de los ciudadanos o de los administrados en particular, de actuar por sí mismos en la decisión de los asuntos que interesan a la colectividad. Obviamente este principio no es aplicable a la administración. Seguramente se trataba del principio de *cooperación* que tiene una diferente connotación.

D. Principios relativos a la consecuencias de la conducta: principio de responsabilidad.

Los restantes artículos relativos a la administración aluden a la creación de los institutos autónomos y al derecho de información de los ciudadanos. Con relación a los: *Institutos autónomos* se establece que su creación esta sometida a la reserva legal y se indicó que los intereses públicos que tutelen así como las corporaciones u otras entidades están sujetos al control del Estado.

Por lo que atañe al *derecho a la información oportuna y veraz de los administrados* es necesario recapitular la materia relativa a tal derecho: El artículo 28 *ejusdem* consagra en forma general el derecho a la información. El derecho a la información se desdobra en derecho de obtener información y el derecho de otorgar información.

El derecho de otorgar información se identifica con el derecho de expresión y en cierta forma con el derecho de comunicación previsto en el Art. 58.

El derecho de expresión es aquel que permite a toda persona expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por cualquier medio, sin que pueda establecerse censura. Este derecho sólo tiene constitucionalmente los siguientes límites: no se permite el anonimato, no se permite la propaganda de guerra, no se permiten los mensajes discriminatorios, no se permiten los mensajes que promuevan la intolerancia religiosa (recuérdese que la sentencia de la Sala Constitucional N° 1013 del 12 de junio de este año señala una limitación práctica de los propietarios de los medios al *derecho de expresión* por tal vía de los ciudadanos, constituido por las limitaciones de espacio y tiempo disponibles. Justamente por ello, la Sala lo denominó *derecho de expresión comunicacional*).

El ejercicio del derecho de expresión implica responsabilidad por lo expresado. El derecho de solicitar información implica que esta sea *oportuna, veraz, imparcial, sin censura y sometida a los principios constitucionales*.

El derecho de otorgar información que, está vinculado al derecho de expresión, implica el de acordar la *réplica* y la *rectificación* cuando cualquiera se siente afectado por informaciones inexactas o agraviantes

El Art. 143 consagra el *derecho de pedir información de los administrados frente a la administración*. Es decir, se trata de la misma norma del Art. 58 pero establecida en beneficio de los sujetos que actúen frente a la administración, quienes han de ser informados oportuna y verazmente por la administración pública sobre: El estado de las actuaciones que el conciernen y sobre las resoluciones definitivas que se adopten sobre los procedimientos en los cuales están involucrados.

Señala la norma que los titulares del derecho de pedir información frente a la Administración tienen el acceso a los archivos y registros administrativos salvo los siguientes límites: los relativos a la seguridad interior; a la seguridad exterior; a la investigación criminal y, a la investigación de la vida privada.

Las consecuencias de tales calificaciones son: El principio de intangibilidad (ninguna ley puede establecer normas contrarias a los derechos y beneficios laborales; el principio de progresividad (ninguna ley puede desmejorar los derechos y beneficios laborales; el principio de sustancialidad en las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las apariencias); el principio de irrenunciabilidad (según el cual es nulo todo acuerdo que implique renuncia o menoscabo, salvo transacción y convenimiento al término de la relación); el principio a la ley más favorable en virtud del cual en caso de dudas sobre aplicación de varias normas se aplicará al que más favorezca al trabajador; el principio de nulidad de los actos inconstitucionales del patrono; la prohibición de discriminación por razones de política, edad, raza, sexo, credo u otra condición.

En el cuadro que sigue se determina su aplicación en cada uno de los regímenes objeto de comparación:

<i>Trabajadores en General</i>	<i>Estatuto de la Función Pública</i>
<i>Rigen todos los principios relativos al trabajo como hecho social. (Art. 89, ordinales del 1° al 5°)</i>	<i>Los principios son parcialmente aplicables a los funcionarios públicos por cuanto no rigen para los de elección popular, libre nombramiento y remoción y contratados, con respecto a los cuales predominan los intereses fundamentales del Estado.</i>

El derecho a la seguridad social

Es calificado por el Art. 86 de la Constitución en la siguiente forma: a) Se trata de un servicio público no lucrativo; b) Su objeto es garantizar la salud y asegurar la protección de la maternidad, la enfermedad, la invalidez, las enfermedades catastróficas, la discapacidad, las necesidades especiales, los riesgos laborales, la pérdida de empleo, el desempleo, la vejez, la viudedad, la orfandad, vivienda, las cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social; c) la actuación del Estado para atender a la obligación de crear un sistema de seguridad social que sea: universal; integral; de financiamiento solidario; unitario; eficiente; participativo; de contribuciones directas o indirectas.

La regulación de este derecho debería efectuarse mediante ley orgánica especial veamos su aplicación con relación a los dos regímenes:

<i>Trabajadores en General</i>	<i>Estatuto de la Función Pública</i>
Beneficiarios del derecho y régimen a la seguridad social (Art. 86)	Deberán incorporarse al régimen general de seguridad social (Art. 144).

Derecho al trabajo

Naturaleza: Derecho-deber.

Contenido: ocupación productiva capaz de proporcionar una existencia digna y decorosa.

Restricciones: las que establezca la ley.

Condiciones: patrono garantizará condiciones de seguridad de higiene y ambiente adecuado.

<i>Trabajadores en General</i>	<i>Estatuto de la Función Pública</i>
El Estado garantiza la adopción de las medidas para satisfacer el derecho al trabajo (Art. 87)	El trabajo en el sector público estará regulado por normas propias al respecto por cuanto la Constitución alude a las relativas al ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro. (Régimen estatutario Art. 144) Determinación legal de las funciones y requisitos para el ejercicio de los cargos.

Igualdad en el trabajo

Significa paridad de la condición de los hombres y las mujeres en el ejercicio del derecho.

<i>Trabajadores en General</i>	<i>Estatuto de la Función Pública</i>
El principio de igualdad está garantizado por el Estado (Art. 88)	El régimen de concurso para el ingreso implica la escogencia de los mejores (Art. 146) Excepciones: a) Funcionarios de elección popular; b) funcionarios de libre nombramiento y remoción; c) los contratados; d) los obreros; e) los demás que determina la ley.

Duración de la jornada del trabajo, los límites son en las jornadas diurnas ocho(8) horas o cuarenta y cuatro horas semanales en las nocturnas 7 horas diarias o treinta y cinco semanales.

Prohibición de obligar a los trabajadores a trabajar horas extraordinarias. Progresiva disminución de las jornadas de trabajo dentro del interés social (Art. 90).

<i>Trabajadores en General</i>	<i>Estatuto de la Función Pública</i>
Rige el Art. 90 en toda su extensión.	Sometida a los límites laborales establecidas en la Constitución salvo los de elección popular y los contratados o los que determine la ley.

Descanso semanal y vacaciones, se prevé el descanso semanal y las vacaciones remuneradas en las mismas condiciones que las jornadas efectivamente laborados (Art. 90 único aparte).

<i>Trabajadores en General</i>	<i>Estatuto de la Función Pública</i>
Régimen general	Sometido al régimen general salvo funcionarios de elección popular, contratados y los que determine la ley.

Derecho al salario, se rige por las siguientes reglas: 1) debe ser suficiente en el sentido de que le permita al trabajador vivir con dignidad, cubrir sus necesidades básicas y las de su familia; 2) la regla de que igual salario por igual trabajo; 3) participación

de los trabajadores de los beneficios de la empresa; 4) inembargabilidad; 5) pago periódico y oportuno en moneda de curso legal.

<i>Trabajadores en General</i>	<i>Estatuto de la Función Pública</i>
Las reglas relativas al salario son absolutas (Art. 91)	-El salario debe estar previsto en el presupuesto correspondiente. -Las remuneraciones se rigen por las <i>escalas de salario</i> dictadas reglamentariamente. -Por ley orgánica pueden establecerse límites a los emolumentos de los funcionarios nacionales, estatales y municipales.

Salario mínimo vital, es como su nombre lo indica, la cantidad más baja que sea idónea para cubrir las necesidades esenciales del trabajador. Esta cantidad constitutiva del salario mínimo será sometida a ajustes anuales fundado en la referencia al costo de la canasta básica.

<i>Trabajadores en General</i>	<i>Estatuto de la Función Público</i>
Rige el salario mínimo vital	Rige el salario mínimo vital

Derecho a las prestaciones sociales son beneficios destinados a recompensar la antigüedad en el servicio y a amparar al trabajador en caso de cesantía.

Características: 1) Crédito laboral; 2) exigibilidad inmediata; 3) la mora en su pago genera intereses que constituyen deuda de valor; 4) gozan de los mismos privilegios y garantías de la deuda principal.

<i>Trabajadores en General</i>	<i>Estatuto de la Función Pública</i>
Rigen las reglas sobre prestaciones sociales.	Rigen las reglas sobre prestaciones sociales en virtud de la reforma en el año 1974 de la Ley de Carrera Administrativa y de la normativa de la Ley Orgánica del Trabajo (Art. 08). Sin embargo se plantean dudas sobre las prestaciones de los funcionarios de libre nombramiento y remoción. La jurisprudencia no ha reconocido el derecho a las prestaciones sociales de tales funcionarios, pero el Proyecto de Ley mediante el cual se dicta el estatuto de la Función Pública del 12-01-201 establece (Art. 78) el derecho <i>de todos</i> los funcionarios a percibir las prestaciones sociales contempladas en la Ley Orgánica del Trabajo.

Estabilidad laboral. La Constitución no define la estabilidad laboral pero pareciera considerar que alude a la prohibición de despidos injustificados.

<i>Trabajadores en General</i>	<i>Estatuto de la Función Pública</i>
Existe una estabilidad relativa. El propio Art. 93 cuando alude a la estabilidad laboral señala que “la ley garantizará la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado” la fórmula anterior revela que los despidos no justificados serán <i>limitados</i> ; pero no prohibidos.	La estabilidad de los funcionarios de carrera es absoluta en el sentido de que sólo pueden ser destituidos por las causales establecidas en la ley. Los funcionarios de libre nombramiento y remoción no tienen estabilidad ni tampoco la tienen los contratados ni aquellos a quienes la ley expresamente excluya de la carrera.

Responsabilidad laboral

Es la responsabilidad de la persona natural o jurídica en cuyo provecho se presta un servicio. Esta persona bien puede ser el patrono, el intermediario o el contratista. La Constitución habla de una responsabilidad de los patronos en caso de simulación o fraude que: a) desvirtúe; b) desconozca; c) obstaculice la aplicación de la legislación laboral. (Art. 94).

<i>Trabajadores en General</i>	<i>Estatuto de la Función Pública</i>
Para los trabajadores rige la regla de la responsabilidad laboral (del patrono, intermediario o contratista) en toda su extensión.	<p>La responsabilidad del Estado y de los entes públicos se rige por las siguientes reglas:</p> <p><i>Art. 28:</i> Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por la Constitución y la Ley en nulo y los funcionarios públicos que lo ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa sin que le sirvan de excusa ordenes superiores (responsabilidad del funcionario).</p> <p><i>Art. 139:</i> El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o la ley (responsabilidad individual).</p> <p><i>Art. 140:</i> El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública. (Responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento de la Administración Pública).</p>

Derecho a la sindicación

El derecho a la sindicalización, de acuerdo con el Art. 95 es el derecho de los trabajadores a constituir libremente organizaciones para la defensa de sus derechos o intereses.

Estas organizaciones no están sujetas a intervención suspensión o disolución administrativa y sus promotores e integrantes de las directivas gozan de inamovilidad laboral por el tiempo que se requiera para el ejercicio de sus funciones.

<i>Trabajadores en General</i>	<i>Estatuto de la Función Pública</i>
Principio fundamental del derecho laboral colectivo.	La Constitución no señala en el régimen de los funcionarios su derecho a la sindicación pero el Art. 95 en materia de derechos sociales al consagrar el derecho a la sindicación habla de los trabajadores <i>sin distinción alguna</i> . Además como veremos el Art. 96 en materia de negociación colectiva voluntaria lo hace extensivo a los trabajadores del sector público. Esta negociación presupone la existencia de los sindicatos.

Democracia sindical esta definida en el único aparte del Art. 95 a través de las reglas que los estatutos y reglamentos que las organizaciones sindicales deben establecer. Justamente estas reglas son las que conforman la democracia sindical ellas son:

- 1.-La alternabilidad de los integrantes de las directivas y representantes sindicales;
- 2.- La elección de la directiva y representantes sindicales mediante el sufragio universal, directo y secreto; el control de los directivos y representantes sindicales para impedir que abusen de los beneficios derivados de la libertad sindical para su lucro o interés.

<i>Trabajadores en General</i>	<i>Estatuto de la Función Pública</i>
Están sometidos completamente al régimen.	Las mismas observaciones hechas con respecto al derecho a la sindicación.

El derecho a la negociación colectiva voluntaria. El Art. 96 establece que la negociación colectiva voluntaria y la celebración de convenciones colectivas de trabajo está dirigida a mejorar las condiciones de los trabajadores tanto de los activos al momento de su inscripción, como de quienes ingresen con posterioridad.

<i>Trabajadores en General</i>	<i>Estatuto de la Función Pública</i>
Rige plenamente el Art. 96 de la Constitución	El Art. 96 señala expresamente que el derecho a la negociación colectiva voluntaria y a celebrar convenciones colectivas de trabajo se aplica a los trabajadores del sector público.

Derecho a la huelga. La Constitución no define el derecho a la huelga sino que se limita a señalarlo dentro de las condiciones que establezca la Ley.

<i>Trabajadores en General</i>	<i>Estatuto de la Función Pública</i>
Se rigen por Art. 97.	El Art. 97 señala que todos los trabajadores del sector público y del privado tienen derecho a la huelga, dentro de las condiciones que establezca la ley.

Régimen jurisdiccional. Existencia de un fuero especial para todas o algunas de sus acciones o recursos.

<i>Trabajadores en General</i>	<i>Estatuto de la Función Pública</i>
Existencia de la Sala de Casación del Trabajo en el Tribunal Supremo de Justicia.	No hay ninguna previsión especial en la Constitución salvo el enunciado genérico del Contencioso Administrativo (Art. 259).

IV. MOTIVACIONES QUE DETERMINARON LA DEROGATORIA DE LA LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA Y LA MODIFICACIÓN DEL SISTEMA POR EL MISMO CREADO

En la Exposición de Motivos del Decreto con Fuerza de Ley sobre el Estatuto de la Función Pública se señalan las razones que determinarían su elaboración, esto es, la conformación de un texto sustitutivo de la Ley de Carrera Administrativa que, con pocas transformaciones, regulaba la materia desde 1971, indicando como tales a las siguientes:

1. Su inidoneidad para cumplir con los fines propuestos

Según el propósito la Ley de Carrera Administrativa no satisfacía la necesidad de transformación de la Administración Pública para hacerla eficiente y desburocratizada. Esta inidoneidad derivaba de lo que el proyectista definió como sus *debilidades* que estriban en lo siguiente:

- a. La consagración de la estabilidad absoluta de los funcionarios lo cual resulta, ajeno al cumplimiento eficiente de las funciones.
- b. La rigidez de las condiciones establecidas para la prestación de los servicios. Según el proyectista, la razón de esta rigidez emerge del hecho de que, para evitar los abusos de las autoridades administrativas, se restringieron en exceso las potestades de gestión de la Administración.
- c. La desarticulación de las carreras estatales y locales por no haber sido previstos procesos como los de desregulación y descentralización.
- d. La desarmonización del régimen laboral y la función pública que resulta evidente en la huelga y en la contratación colectiva.
- e. La inexistencia de los concursos para la selección de los funcionarios con los requisitos legales, debido todo ello a la falta de coacción sobre la clase política.
- f. La falta de regulación efectiva de la evaluación en el desempeño del cargo.
- g. La debilidad de los órganos de gestión.

2. Su incapacidad de atender a los cambios

La Ley de Carrera Administrativa no pudo prever dos importantes circunstancias:

- a. La evolución de la propia administración.
- b. Los efectos que sobre las relaciones con los funcionarios tendría la reforma del Derecho Laboral.

V. OBJETIVOS DEL DECRETO DE REFORMA DE LA LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA

Los objetivos que persigue la reforma de la Ley de Carrera Administrativa son enunciados en la Exposición de Motivos en la siguiente forma:

1. Establecer un sistema de incentivos para los funcionarios públicos, a fin de que orienten su gestión hacia garantizar que la administración se coloque al servicio de los ciudadanos, fundada en los principios de honestidad, participación, solidaridad, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad.
2. Promover a un funcionario público identificado como servidor público, esto es, alguien al servicio de la ciudadanía.
3. Orientar el régimen hacia la rígida aplicación de los códigos de ética administrativa.
4. Lograr que el ingreso y permanencia de los funcionarios a la administración responda a los más altos niveles de capacitación y experiencia técnica.

VI. NOVEDADES RELEVANTES DEL DECRETO LEY

El propio proyectista señala que los aportes más significativos de la nueva normativa son los siguientes:

1. Fortalecimiento de las potestades administrativas, definiendo las atribuciones del Presidente de la República como órgano de dirección de la función pública con amplios poderes.
2. Determinación de que el Registro de Asignación de Cargos es el instrumento fundamental del crecimiento y control de la estructura de los cargos.
3. La clasificación de los funcionarios públicos en funcionarios de carrera y funcionarios de libre nombramiento y remoción, con la indicación de que los primeros sólo pueden ser nombrados una vez aprobado el correspondiente concurso.
4. La obligación de los supervisores de efectuar la evaluación en el desempeño de cargos basada en factores objetivos.
5. La atribución del carácter obligatorio, público y participativo a los concursos para el ingreso.
6. La facilitación de la transferencia de los funcionarios de un sector a otro del Estado.
7. La creación de la Escuela Nacional de Gerencia Pública.

8. Consagración de un Contencioso-Administrativo con las siguientes características:
 - a. Expedito
 - b. Gratuito
 - c. Sin preeminencia escrita y
 - d. Constitutivo de una jurisdicción contencioso-administrativa especial, conformada en primera instancia por los jueces superiores. Esta jurisdicción es competente para conocer de lo siguiente: de las solicitudes de declaratoria de inconformidad con el derecho de las huelgas que interrumpan u obstaculicen los servicios públicos esenciales; de la nulidad, de las cláusulas, de los convenios colectivos y, de las reclamaciones, de los funcionarios públicos por los actos de la Administración que lesionan los derechos que el decreto les otorga.

VII. ÁMBITO DEL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

El ámbito de la Ley sobre el Estatuto de la Función Pública esta determinado en el artículo 1º en el cual se señala que el mismo se aplica a los funcionarios al servicio de la Administración Pública Nacional. Este carácter limitativo lo ratifica el artículo 3º al establecer que sus disposiciones están destinadas a regular las relaciones de prestación de servicio de los funcionarios públicos a la Administración Pública Nacional. Este carácter limitado de la ley a la regulación del empleo público solo a la Administración Pública Nacional, está presente en el ordinal 3º del artículo 5, cuando señala como facultad de la dirección de la función pública, establecer en Consejo de Ministros los criterios técnicos y financieros para la Administración Pública Nacional en las convenciones colectivas. Es indudable entonces que las administraciones estatales y municipales quedan fuera del estatuto de la administración pública.

Puede afirmarse así que la Ley sobre el Estatuto de la Función Pública se aplica solo a la Administración Pública Nacional, esto es, a la Administración Central, constituida por los órganos del Poder Ejecutivo Nacional, que son los organismos de la Presidencia de la República, de la Vicepresidencia Ejecutiva y de los Ministerios y por los órganos de Administración Descentralizada que conforman los institutos autónomos y los órganos sin personalidad jurídica entre los cuales figuran los patrimonios autónomos.

VIII. LOS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN Y LOS ÓRGANOS DE GESTIÓN

La ley distingue entre la *dirección* de la función pública y la *gestión* de la función pública. La dirección de la función pública que le corresponde al Presidente de la República, implica las siguientes tareas: a) el establecer la política general en materia de recursos humanos; b) el fijar la política de remuneración para los funcionarios públicos y c) el establecimiento, en Consejo de Ministros, de los criterios técnicos y financieros que corresponden a los representantes de las Administraciones Públicas en las convenciones colectivas.

Por lo que atañe a la *gestión* de la función pública, la misma corresponde al Vicepresidente Ejecutivo, a los Ministros y a las máximas autoridades directivas y administrati-

vas de los órganos y entes de la Administración Pública Nacional. La ejecución de la gestión de la función pública es tarea de las oficinas de recursos humanos de cada órgano y ente de la Administración Pública.

Ahora bien, la ley en forma poco sistemática, una vez que ha distinguido entre órganos de dirección y órganos de gestión, dedica un capítulo denominado *Órganos de Dirección y de Gestión*, a fijar las competencias del Ministerio de Planificación y Desarrollo como “órgano rector, responsable de la planificación y desarrollo de la función pública nacional”. Es decir, que sin previamente haberlo establecido como una categoría especial, el capítulo se dedica a señalar las competencias del Ministerio de Planificación y Desarrollo en materia de función pública. Esta compleja figura organizativa opera como asesora del Presidente de la República; como evaluadora y contralora de la aplicación de la política rectora en dicha materia y como reglamentista del sistema de administración de personal.

Veamos en detalle las atribuciones precedentemente aludidas:

1. Organizador del sistema de función pública

Dentro de tal enunciado el Ministerio de Planificación y Desarrollo debe organizar el sistema y supervisar su aplicación. Para los fines anteriores tiene facultades para dictar normas y procedimientos relativos a: reclutamiento, selección, ingreso, clasificación, valoración, remuneración de cargos, evaluación del desempeño, capacitación, ascensos, traslados, transferencias, licencias, permisos, viáticos, registro de personal, régimen disciplinario y egresos. Igualmente tiene facultades para organizar otros planes, normas y procedimientos inherentes al sistema.

2. Órgano de control de otros órganos y entes de la Administración Pública

En el ejercicio de la función enunciada en el epígrafe puede aprobar los planes de personal y sus modificaciones, una vez verificada por el Ministerio de Finanzas la disponibilidad presupuestaria; realizar auditorías, estudios, análisis e investigaciones; efectuar todo lo concerniente al Registro Nacional de Funcionarios Públicos; aprobar los informes técnicos de las clases de cargos; aprobar las bases y los baremos de los concursos para ingresos y ascensos.

3. Como órgano de asesoría

Realiza las siguientes funciones: a) presta asesoría técnica a los órganos y entes que lo soliciten; b) evacua las consultas que le formulen los órganos y entes con relación a la administración de personal.

4. Como órgano de enlace de los sindicatos

En el ejercicio de la función enunciada en el epígrafe, le corresponde:

- a. Dirigir las negociaciones de las convenciones colectivas de la Administración Pública Nacional
- b. Llevar el registro de organización sindical de los funcionarios públicos.

5. En materia de reducción de personal es de su competencia

- a. Aprobar los informes técnicos de las reducciones de personal que planteen los órganos y entes por reajustes presupuestarios, cambios en la organización administrativa y modificación de la estructura de cargos.
- b. Solicitar al Ejecutivo Nacional, conjuntamente con el Ministro de Finanzas, los correctivos y ajustes presupuestarios en aquellos órganos y entes de la Administración Pública Nacional que incumplan con las metas de los planes de personal en lo relativo a los aspectos presupuestarios.

6. En materia de formación debe:

Establecer los lineamientos políticos que en materia de desarrollo gerencial debe desarrollar la Escuela Nacional de Gerencia Pública.

IX. LOS FUNCIONARIOS ADMINISTRATIVOS

Ya hemos visto como el artículo cuatro, define al funcionario público como toda persona natural que, en virtud de nombramiento expedido por la autoridad competente, se desempeña en el ejercicio de una función pública. Señalábamos en su oportunidad que, con tal definición podía englobarse a todos los que prestan su servicio a los diferentes poderes del estado y con cualquier modalidad. Los funcionarios administrativos que son el objeto específico de la regulación legal aparecen en el Título III que se denomina escuetamente *Funcionarios*, pero que es obvio se destina tan solo a los que es tan al servicio de la Administración

La norma no da una definición del funcionario administrativo pero del articulado puede deducirse que es todo funcionario público que ejerce un cargo administrativo ya cumple al efecto con los siguientes requisitos:

1. Ser venezolano.
2. Ser mayor de 18 años de edad.
3. Tener título de educación media diversificada.
4. No estar sujeto a interdicción civil o inhabilitación política.
5. No gozar de jubilación y pensión otorgada por un organismo del Estado salvo para el ejercicio de cargos de alto nivel, caso en el cual deberán suspender la jubilación o la pensión, salvo que los cargos resulten compatibles.
6. Reunir los requisitos correspondientes al cargo.
7. Cumplir con los procedimientos de ingreso.
8. Presentar declaración jurada de bienes.

Clasificación de los funcionarios

La ley establece que los funcionarios de la Administración Pública son de carrera o de libre nombramiento y remoción. Igualmente está la existencia del personal contratado cuyo régimen contradictoriamente, aparece en un título independiente, título éste que está constituido por dos artículos nada más. Veamos las tres categorías señaladas.

Funcionarios de carrera:

Los funcionarios de carrera son aquellos que llenan los siguientes requisitos:

- Ante todo el haber ganado un concurso público.
- En segundo lugar el haber sido designado mediante nombramiento.
- El tercer requisito es el prestar servicios remunerados y, finalmente, el último, es la exigencia de que tales servicios sean permanentes

Los funcionarios de carrera tienen derechos que son exclusivos de su status siendo tales derechos los siguientes:

1. El derecho a la estabilidad en virtud del cual solo pueden ser retirados del servicio por las causas contempladas en forma expresa en la ley.
2. El derecho al ascenso. En efecto el llamado ascenso de clase o de grado solo corresponde a los funcionarios de carrera *en los términos previstos en este decreto ley y sus reglamentos*.
3. En el campo del Derecho Colectivo del Trabajo, el derecho de organizarse sindicalmente; a la solución pacífica de los conflictos, a la convención colectiva y a la huelga de conformidad con la ley.
4. Finalmente, el derecho a una bonificación equivalente a un mes de sueldo en caso de egreso.

Establece el único aparte del artículo 36 que los funcionarios de carrera que sean retirados por una causal distinta a la destitución tendrán derecho a una bonificación equivalente a un mes de sueldo y egresarán inmediatamente del servicio.

Los funcionarios de libre nombramiento y remoción

La ley define a los funcionarios de libre nombramiento y remoción (artículo 21 primer aparte) como aquellos que son nombrados y removidos libremente de sus cargos *sin otras limitaciones que las establecidas en este decreto ley y su reglamento*. Es decir que por su ingreso no es necesario que se realice mediante concurso y el retiro puede producirse por la decisión discrecional de la Administración, es decir no poseen *estabilidad* en el ejercicio del cargo.

Los funcionarios de libre nombramiento y remoción pueden ocupar dos tipos de cargos: a) los cargos de alto nivel y b) los cargos de confianza.

Los cargos de alto nivel

Los cargos de alto nivel son los que se enuncian a continuación:

1. *El Vicepresidente Ejecutivo*. Con respecto al Vicepresidente Ejecutivo debemos recordar que si bien es designado por el Presidente de la República quien puede igualmente removerlo, también está sujeto a la remoción por parte de la Asamblea Nacional. En efecto, la aprobación de una moción de censura en su contra por una votación no menor de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional implica su remoción, caso en el cual no podrá optar de nuevo al cargo por el resto del período presidencial.

2. *Los Ministros*. En el caso de los Ministros los mismos están sometidos a un régimen análogo al del Vicepresidente Ejecutivo, en el sentido de que la aprobación de una moción de censura significa su remoción, sólo que se exige en su caso de las tres quintas partes de los integrantes de la Asamblea Nacional y no de los 2/3 a los fines de su aprobación. Igualmente se les aplica la regla de que no podrán optar al mismo cargo por el resto del período presidencial.

3. *Los Jefes de las Oficinas Nacionales o sus equivalentes*. Según el artículo 36 de la Ley Orgánica de Administración Central, la creación de las Oficinas Nacionales corresponde al Presidente de la República en Consejo de Ministros, a los fines de que operen como órganos desconcentrados. La creación sólo es procedente en aquellos casos en que sean requeridas para operar sistemas de apoyo administrativo a la Administración Central. Sus funciones y estructura administrativa serán establecidas en el respectivo decreto de creación.

4. *Los Comisionados Presidenciales*. Que son funcionarios nombrados por el Presidente de la República para que coordinen las actividades de diversas entidades públicas y organismos del Estado que atienden conjuntamente necesidades en determinados sectores, áreas o programas. (Art. 34 de la Ley Orgánica de Administración Central).

5. *Los Vice Ministros* que, según el artículo 55° de la Ley Orgánica de Administración Central no son necesariamente únicos en el respectivo Ministerio, sino que podrán ser tantos como sean necesarios y lo disponga el reglamento orgánico, de acuerdo con los sectores que dicho organismo deba atender. El Vice Ministro podrá tener asignado más de un sector, pero no podrán nombrarse Vice Ministros sin asignación de sectores. Los Vice Ministros serán de libre nombramiento y remoción del Presidente e la República, oída la propuesta del Ministro correspondiente.

6. *Los Directores Generales, directores y demás funcionarios de similar jerarquía* al servicio de la Presidencia de la República Vice Presidencia Ejecutiva y Ministerios.

7. *Los Miembros de la Junta Directiva de la Institutos Autónomos* y los Directores Generales, directores y demás funcionarios de similar jerarquía de dichos institutos.

8. *Los registradores y notarios*. Los registradores y notarios son expresamente mencionados por la Ley sobre el Estatuto; sin embargo la Ley de Registro Público y del Notariado, dictada mediante Decreto N° 1.554 con fuerza de ley, de fecha 13 de noviembre de 2001, establece el siguiente régimen con respecto a dichos funcionarios: los Registradores Titulares ingresan mediante concurso de oposición y su nombramiento estará a cargo del Ministro del Interior y Justicia. En el mismo sentido se regula a los notarios, ya que su elección se realiza mediante concurso de oposición y el nombramiento corresponde al mismo Ministerio del Interior y Justicia. Ahora bien, en la ley especial que los rige, ni los registradores ni los notarios son de libre remoción por cuanto están sometidos a un severo régimen disciplinario cuyas sanciones son la suspensión y la destitución. En consecuencia, a pesar de lo señalado en la Ley sobre el Estatuto los registradores y los notarios de acuerdo con la nueva ley que los regula no son funcionarios ni de libre nombramiento ni de libre remoción.

9. Las máximas autoridades de los entes u órganos que se crearen. (Obviamente la previsión es residual porque el acto de creación puede darles a las funcionarios un régimen especial).

Los cargos de confianza:

Los cargos de confianza son los siguientes:

- a. Aquellos cuyas funciones exigen de un alto grado de confiabilidad en los despachos de las máximas autoridades de la Administración Pública Nacional, de los Vice Ministros, de los Directores Generales y de los directores o sus equivalentes.
- b. Los cargos que se desempeñen en los organismos de seguridad del Estado.
- c. Los cargos cuyas funciones comprendan principalmente actividades de fiscalización e inspección, en especial, de rentas y aduanas y control de extranjeros y fronteras.

Los funcionarios contratados

Ya hemos señalado que, a pesar de que la ley le dedica todo un título al personal contratado es poco lo que el mismo señala ya que está constituido solamente por cuatro artículos.

Los supuestos que permiten la contratación de funcionarios quedan limitados a dos únicas hipótesis, a saber: cuando se requiera personal altamente calificado para realizar tareas específicas por tiempo determinado y, un segundo supuesto constituido por una previsión altamente discrecional. En efecto, la ley establece que puede procederse por la vía de contrato en aquellos casos en que “por causa justificada se haga indispensable la contratación”. Es decir, que será a la autoridad administrativa a la que corresponderá determinar los dos elementos que harán posible la contratación, a saber: la causa justificada y el carácter indispensable de la contratación.

El régimen aplicable al personal contratado es el previsto en el respectivo contrato, aplicándose subsidiariamente la legislación laboral.

Existen dos normas limitativas por una parte de las atribuciones administrativas que permiten la contratación y por otra parte, de las posibilidades de los contratados de pasar por tal vía a la condición de funcionarios de carrera.

Por lo que atañe al primer supuesto, la ley categóricamente establece la prohibición de que se contrate personal para realizar funciones correspondientes a los cargos que están previstos en su normativa. La redacción de esta prohibición no es suficientemente clara por cuanto al no incluir la ley, como es lógico que no lo contenga, un manual descriptivo de clases de cargos, no puede saberse cuáles son los *cargos previstos* que pueden ser objeto de contratación y sería injusto considerar que la simple mención de la existencia de dicho manual implique que todo lo que pudiese estar en el mismo queda fuera del ámbito de la contratación.

Por lo que atañe a la otra norma restrictiva con relación a los contratados, la misma está constituida por una disposición tajante que prohíbe que quien haya ingresado por vía de contrato pueda ser considerado como un funcionario público de carrera. Como es bien sabido, dentro de las prácticas viciosas de la administración, existía la de proveer los cargos con contratados a los cuales se les mantenía en tal condición por tiempo indefinido. La jurisprudencia de los tribunales de carrera fue en el sentido de calificar la situación de los contratados caso por caso y mediante el examen de cada una de las situaciones involucradas le fueran planteados, en forma tal que si de tal examen resultaba evidente que lo que se había querido con el contrato era burlar el régimen estatutario se equiparaba el contratado a los funcionarios de carrera. Los índices que se tomaban en cuenta para efectuar tal equiparación eran los siguientes:

1. El desempeño por parte del contratado de un cargo de carrera.
2. El sometimiento del contratado al mismo horario de los funcionarios ordinarios o a un horario correspondiente a la mitad del tiempo habitual de servicio (se trata del llamado *medio tiempo*).

3. El sometimiento del contratado a las mismas condiciones que ostentan los funcionarios de carrera, tales como, el horario y el mismo régimen de beneficios y deberes.

X. LOS DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS

Ya de la exposición anterior se ha puesto en evidencia que hay dos tipos de derechos: los derechos en general de todos los funcionarios públicos y los derechos específicos, exclusivos de los funcionarios de carrera.

Por lo que atañe a estos últimos, esto es, a los derechos exclusivos de los funcionarios de carrera los mismos como hemos indicado son los de estabilidad; la bonificación de un mes de sueldo al egreso; el derecho al ascenso y los derechos a la sindicalización, a la solución pacífica de los conflictos, a la convención colectiva y a la huelga.

Por lo que atañe a los derechos comunes a todos los funcionarios, los mismos son al efecto los siguientes:

1. Derechos funcionales

Aludimos en este renglón a los derechos que están vinculados al ejercicio mismo de la función que se ejerce.

Ellos son:

a. *El derecho al ejercicio del cargo.* Es decir el funcionario no puede ser privado del ejercicio de las tareas que le corresponden. Este derecho es esencial en la relación funcional y con ello se rechaza la nefasta práctica de inducir a la renuncia o al traslado de funcionarios, mediante el sistema de no asignarle tarea alguna. Sea de libre nombramiento, de carrera o contratado el funcionario tiene el deber esencial de laborar, correlativo a su derecho, también esencial, de poder hacerlo.

b. *El derecho de conocer los fines, la organización y el funcionamiento de la unidad administrativa* que le corresponde y de ser informado de ello por su superior inmediato.

c. *El derecho de conocer las atribuciones, deberes y responsabilidades del cargo,* y de ser informado de ello por el superior inmediato.

d. El derecho a obtener los permisos y licencias que se establezcan en los reglamentos, los cuales pueden ser con o sin goce de sueldo.

2. Los derechos de naturaleza económica

Son aquellos que se refieren al régimen salarial y de las prestaciones dinerarias. Son ellos los siguientes:

1. *El derecho de percibir la remuneración correspondiente al cargo que se desempeña.*

2. *El derecho a la bonificación de fin de año,* equivalente a un mínimo de quince días de sueldo.

3. *El derecho a la prestación de antigüedad* que se adquiere después del tercer mes ininterrumpido de servicio y es equivalente a cinco días de sueldo por cada mes. Después del primer año de servicio o fracción superior a seis meses la administración debe pagar al funcionario, adicionalmente, dos días de sueldo por cada año acumulativo hasta treinta días de sueldo.

La prestación de antigüedad se rige por la regla que se indica a continuación: El funcionario, debe manifestar su voluntad por escrito de que la misma sea depositaria o liquide mensualmente en forma definitiva en un fideicomiso individual, en un Fondo de Prestaciones de Antigüedad, o que se mantenga en el presupuesto de gastos de la respectiva entidad oficial. Lo depositado o liquidado mensualmente se pagará al término de la prestación de servicios y devengará intereses según las siguientes opciones:

1. Al rendimiento que produzcan los fideicomisos o los Fondos de Prestaciones de Antigüedad, según sea el caso y en ausencia de éstos o hasta que los mismos se crearen, a la tasa del mercado si fuere en una entidad financiera.

2. A la tasa activa determinada por el Banco Central de Venezuela, tomando como referencia a los seis principales bancos comerciales y universales del país; si el funcionario hubiese requerido que los depósitos se efectuasen en un fideicomiso individual o en un Fondo de Prestaciones de Antigüedad o en una entidad financiera, y el órgano o ente no cumpliera con lo solicitado.

3. A la tasa promedio entre la activa y la pasiva, determinada por el Banco Central de Venezuela, tomando como referencia los seis principales bancos comerciales y universales del país, si fuere con cargo al presupuesto de gastos del respectivo órgano o ente.

El órgano o ente donde preste sus servicios el funcionario deberá informarle anualmente, en forma detallada, el monto que le acreditó por concepto de prestación de antigüedad.

La entidad financiera o el Fondo de Prestaciones de Antigüedad, según el caso, entregará anualmente al funcionario los intereses generados por su prestación de antigüedad acumulada. Asimismo, informará detalladamente al funcionario el monto del capital y los intereses.

Los intereses están exentos del Impuesto sobre la Renta, serán acreditados o depositados mensualmente y pagados al cumplir cada año de servicio, salvo que el funcionario, mediante manifestación escrita, decidiera capitalizarlos.

4. La prestación de antigüedad por retiro. Esta prestación de antigüedad se causa por el retiro del funcionario de la Administración Pública por cualquiera de las causas previstas en la ley, equivalente a: 1) quince días de sueldo cuando la antigüedad excediera de seis meses y no fuere mayor de seis o la diferencia entre dicho monto y lo acreditado y depositado mensualmente; 2) cuarenta y cinco días de sueldo si la antigüedad excediere de seis meses y no fuera mayor de un año o la diferencia, entre dicho monto y lo acreditado o depositado mensualmente; sesenta días de sueldo después del primer año de antigüedad o la diferencia entre dicho y lo acreditado y depositado mensualmente siempre que hubiere prestado por lo menos seis meses de servicio durante el año sobre el cual cese la prestación del servicio.

La prestación de antigüedad como derecho adquirido será calculada con base en el sueldo inicial devengado en el mes al que corresponda lo acreditado o depositado, incluyendo las compensaciones por servicio eficiente y antigüedad y las demás asignaciones que puedan evaluarse en efectivo y correspondan a la prestación del servicio del funcionario independientemente de su denominación.

5. Derecho a la jubilación. Los funcionarios tienen derecho a obtener el beneficio de la jubilación por límite de edad y años de servicio, de conformidad con la ley. La ley rectora de la materia es la Ley del Estatuto de Jubilaciones y Pensiones de fecha 1° de enero de 1989.

6. Derecho al anticipo de la prestación de antigüedad. Los funcionarios tendrán derecho al anticipo de un 75% de lo acreditado o depositado por concepto de prestación de antigüedad, para satisfacer obligaciones derivadas de:

- a. La construcción, adquisición, mejora o reparación de vivienda para él y su familia.
- b. La liberación de hipoteca o de cualquier otro gravamen sobre la vivienda de su propiedad.
- c. Las pensiones escolares para él, su cónyuge, hijos o con quien haga vida marital.
- d. Los gastos por atención médica y hospitalaria de las personas indicadas en el numeral anterior.

7. Prestación de antigüedad a los herederos en caso de fallecimiento del funcionario. Los beneficiarios son:

- a. Los hijos menores de dieciocho años, o mayores cuando padezcan de defectos físicos permanentes que los incapaciten para ganarse la vida.
- b. La viuda o el viudo que no hubiere solicitado u obtenido la separación de cuerpos, o la concubina o el concubino que hubiere vivido en concubinato con el difunto hasta su fallecimiento.
- c. Los ascendientes que hubieren estado a cargo del difunto para la época de la muerte.
- d. Los nietos menores de dieciocho años cuando sean huérfanos, y cuando sin serlo, el padre o la madre de ellos no tengan derecho a la indemnización y sean incapaces de subvenir a la subsistencia de aquellos.

Derechos de contenido social

1. *Descanso pre y post parto.* La funcionaria en estado de gravidez tendrá derecho a un descanso durante seis (6) semanas antes y doce (12) semanas después del parto. Si no hace uso del descanso prenatal por autorización médica o porque el parto sobrevenga antes de la fecha prevista o por cualquier otra circunstancia, el tiempo no utilizado se acumulará al período del descanso postnatal. Cuando el parto sobrevenga después de la fecha prevista, el descanso prenatal se prolongará hasta la fecha del parto y la duración del descanso postnatal no podrá ser reducida. Si la funcionaria tiene vencido el lapso de vacaciones y decide hacer uso del mismo inmediatamente después del período postnatal, le debe ser concedido este derecho.

2. *Indemnización a la funcionaria de libre nombramiento y remoción.* La funcionaria de libre nombramiento y remoción en estado de gravidez podrá ser retirada en cualquier momento del servicio, previo el pago de una indemnización equivalente a seis meses de sueldo.

Los derechos colectivos funcionariales

La ley contiene un Título relativo a lo que se denomina derecho colectivo funcional término que contempla lo referente al derecho a la sindicalización, a la negociación colectiva, al procedimiento conflictivo y a la huelga. Tales derechos son desarrollados en la siguiente forma:

3. Derecho a la sindicalización

No existe una norma que defina el derecho de sindicalización, sino que el mismo emerge del articulado que figura bajo la denominación de *Organización Sindical*. De ese articulado se pone en evidencia lo siguiente:

- a. El derecho de sindicalización, esto es, el de la organización sindical de los funcionarios, está reservado a los que desempeñan cargos de carrera.
- b. La organización sindical de los funcionarios públicos se rige por el principio de alternabilidad de los integrantes de las directivas cuya elección se realiza mediante el sufragio universal directo y secreto.
- c. Los integrantes de las directivas sindicales deben hacer declaración jurada de patrimonio ante la Contraloría General de la República, antes y después de haber ejercido la representación sindical.
- d. El registro de las organizaciones sindicales de los funcionarios públicos debe realizarse ante el Ministerio de Planificación y Desarrollo.
- e. Los órganos o entes de la Administración Pública no pueden afectar el derecho de sindicalización de los funcionarios y, en consecuencia, se les prohíbe: (Art. 114)
 - Inmiscuirse en los procesos electorales o en la toma de sus decisiones.
 - Prohibir la afiliación o la renuncia de los funcionarios a las organizaciones sindicales.
 - Descontar a los funcionarios las cuotas que correspondan a la organización sindical por cualquier concepto.
 - Prestar las instalaciones del organismo para el establecimiento de la sede de la organización sindical.

4. Derecho a la negociación colectiva

El derecho a la negociación para concertar una convención colectiva debe ser ejercido por la organización que represente a la mayoría absoluta de los funcionarios, del órgano o del ente de la Administración Pública correspondiente. A los efectos de la negociación colectiva se constituirá una comisión que estará integrada por un representante del Ministerio de Planificación y Desarrollo quien la presidirá, tres representantes del órgano o ente respectivo; tres representantes de la organización sindical y un representante de la Procuraduría General de la República con el carácter de asesor, y se seguirá el siguiente procedimiento:

- a. Recibido el proyecto de convención colectiva la administración realizará un estudio económico comparativo de costos entre las condiciones de trabajo vigentes y las que resulten del proyecto de convención colectiva, el cual deberá concluirse en un lapso no mayor de 30 días continuos.

b. Al vencimiento del término precedentemente aludido se designarán tres representantes para actuar en nombre del órgano o ente respectivo de la negociación colectiva.

c. El órgano de la Administración Pública remitirá el estudio económico al Ministerio de Finanzas, el cual debe rendir un informe en un lapso no mayor de 30 días continuos contados desde la fecha de su recepción. En el informe en cuestión se establecerá si existe o no disponibilidad presupuestaria y si el estudio se corresponde con los lineamientos técnicos establecidos por el Presidente de la República.

d. Cuando el Ministerio de Finanzas le remita el informe económico al órgano de la Administración Pública, éste debe informarle lo conducente al Ministerio de Planificación y Desarrollo a fin de fije la oportunidad para el inicio de las negociaciones, las cuales no excederán de un plazo de 180 días continuos que puede ser prorrogado hasta por 90 días.

e. El órgano empleador no puede suscribir la convención colectiva hasta tanto no disponga del informe emitido por el Ministerio de Finanzas donde conste que los compromisos que se pretenden asumir no exceden los límites técnicos y financieros establecidos por el Ejecutivo Nacional. Las convenciones firmadas en desacato de tal disposición son nulas.

5. El derecho al procedimiento conflictivo

Las máximas autoridades de los entes y órganos de la administración están obligados a promover la solución pacífica y armónica de las diferencias que surjan con los funcionarios públicos antes de que éstas revistan carácter conflictivo. Así, al tener conocimientos de que está planteada una diferencia de naturaleza contractual los órganos de la Administración deben abrir una etapa de negociación con la organización sindical respectiva. La Procuraduría General de la República debe ser notificada para que participe mediante un representante.

El procedimiento conflictivo se desarrolla en la forma siguiente:

a. Comienza con la presentación de un pliego de peticiones ante el Ministro de Planificación y Desarrollo, relativas a las condiciones de trabajo o a la celebración de una convención colectiva o al cumplimiento de la que estuviese pactada.

b. Presentado el pliego contentivo de uno o más planteamientos, al día siguiente el Ministro de Planificación y Desarrollo debe verificar lo siguiente: (Art. 131)

- i. El cumplimiento de los requisitos que deben observar las solicitudes presentadas, de conformidad con la ley y los reglamentos.
- ii. Que su objeto atienda a los siguientes objetivos: a) a que le Ministerio de Planificación y Desarrollo tome o deje de tomar ciertas medidas relativas a las condiciones de trabajo; b) que se celebre una convención colectiva; c) que se dé cumplimiento a lo que se tiene pactado.
- iii. La presentación del acta auténtica donde conste la celebración de la Asamblea que acordó la introducción del pliego conflictivo.
- iv. La constatación de que se han agotado los procedimientos conciliatorios legales o convencionales.

c. Si el Ministerio de Planificación y Desarrollo estima que se han incumplido los requisitos que el mismo examinara debe hacerlo constar por acto motivado que agregará al expediente. La organización sindical deberá subsanar los errores u omisiones dentro de las 24 horas. Si el Ministerio desestima la subsanación deberá decidirlo por acto motivado y la organización podrá corregir de nuevo los errores dentro de las 24 horas siguientes.

d. Una vez que la organización sindical haya subsanado los errores, el Ministerio de Planificación y Desarrollo deberá ordenar la instalación de una Junta de Conciliación dentro de las 24 horas siguientes. Asimismo se procederá si el Ministerio de Planificación no hubiere hecho observaciones, ya que deberá notificarlo al órgano empleador y al sindicato, a fin de que dentro de las 48 horas siguientes proceda a constituir dicha junta.

e. La Junta de Conciliación estará integrada en la forma siguiente: dos funcionarios de alto nivel con sus respectivos suplentes; el órgano empleador; un representante del órgano empleador; dos representantes de la organización sindical y un representante del Ministerio de Planificación y Desarrollo quien la presidirá.

f. Instalada la Junta de Conciliación en la oportunidad establecida por el Ministerio de Planificación, continuará reuniéndose o bien hasta acordar una recomendación que debe ser unánimemente aprobada o bien hasta que decida que la conciliación es imposible, todo lo cual no podrá tener una duración superior a cinco días continuos. La recomendación de la Junta de Conciliación o el acta en que se deja constancia de que la conciliación ha sido imposible pondrá fin a esta etapa del procedimiento.

6. Derecho de huelga

La ley define a la huelga como la suspensión colectiva de las labores por los funcionarios interesados en un conflicto de trabajo. El derecho de huelga puede ejercerse en los servicios públicos cuando su paralización no cause perjuicios irremediables a la población o a las instituciones. Si la huelga afecta a un servicio público esencial se deberá asegurar la prestación de los servicios mínimos indispensables. La no prestación de los servicios mínimos indispensables será causa para declarar la ilegalidad de la huelga y dará lugar a la destitución de los funcionarios públicos que desempeñen cargos de carrera que se negaren a prestarlos o impidiesen el funcionamiento de tales servicios.

a. La ley menciona como *servicios públicos esenciales* a los siguientes: “salud; sanidad e higiene pública; producción y distribución de agua potable; producción y distribución de energía eléctrica; producción y distribución de hidrocarburos y sus derivados; producción y distribución de gas y otros combustibles; producción y distribución de alimentos de primera necesidad; seguridad ciudadana; recolección y tratamiento de desechos urbanos; aduanas; administración de justicia; protección ambiental y de vigilancia de bienes culturales; transporte público; control del tráfico aéreo; seguridad social; educación; servicios de correos y telecomunicaciones; y servicios públicos informativos de la radio y la televisión, y las demás que prevea el Reglamento”. (art. 141)

b. Los funcionarios públicos quedarán relevados del deber de asistir a sus labores mientras dure la huelga, y los órganos vigentes involucrados estarán igualmente exonerados de la obligación de remunerarlos.

XI. DEBERES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

La Ley del Estatuto indica que además de los deberes que imponen las leyes y los reglamentos, los funcionarios están sometidos a los que se enuncian de inmediato:

Deber de prestación personal

Los servicios de los funcionarios deben ser prestados personalmente y bajo el horario establecido para ello.

Deber de obediencia

Es deber del funcionario acatar las órdenes e instrucciones emanadas de los superiores jerárquicos.

Deber de información

Los funcionarios están obligados a informar a los particulares sobre los asuntos y expedientes con respecto a los cuales tengan *algún interés legítimo*.

Deber de reserva

Al lado del deber de información antes aludido, y dejándolo a salvo la ley consagra el deber de reserva el cual enuncia como la obligación de guardar *la reserva, discreción y secreto* que requieran los asuntos relacionados con las funciones que tengan atribuidas.

Deber de vigilancia y conservación

Los funcionarios tienen el deber de vigilar, conservar y salvaguardar los documentos y bienes de la Administración Pública confiados a su guarda, uso y administración.

Deber de inhibirse

Los funcionarios deben inhibirse del conocimiento de los asuntos cuya competencia esté legalmente atribuida en los siguientes casos:

- a. Cuando personalmente, o bien su cónyuge, su concubino o concubina o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tuvieren interés en un asunto.
- b. Cuando tuvieren amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las personas interesadas que intervengan en un asunto.
- c. Cuando hubieren intervenido como testigos o peritos en el expediente de cuya resolución se trate, o como funcionarios hubieren manifestado previamente su opinión en el mismo, de modo que pudieran prejuzgar la resolución del asunto; o, tratándose de un recurso administrativo, que hubieren resuelto o intervenido en la decisión del acto que se impugna.
- d. Cuando tuvieren relación de subordinación con funcionarios directamente interesados en el asunto.

Por lo que atañe a la posibilidad de *recusación* la ley establece que todo aquel que esté enterado de alguna causal por la cual un funcionario deba inhibirse, puede recusarlo ante su superior jerárquico, quien decidirá si procede o no la recusación planteada, dentro de los cinco días hábiles siguientes. Si procediese la recusación, el superior jerárquico deberá pasar el asunto a otro funcionario competente. Ahora bien, la recusación puede interponerse en el propio expediente administrativo y el funcionario instructor deberá hacer del conocimiento de su superior jerárquico la recusación formulada para que éste la decida.

Deberes de capacitación, perfeccionamiento personal y mejoramiento del servicio

Se trata de dos deberes con diferentes objetivos:

El primero es de naturaleza personal y consiste en la obligación del mejoramiento del desempeño mediante el cumplimiento de las actividades de capacitación y perfeccionamiento.

El segundo de los deberes enunciados es relativo al mejoramiento de los servicios, de los bienes y de las actividades que estén a su cargo. Así, el ordinal 9º del artículo 39 de la Ley sobre el Estatuto de la Función Pública, señala que los funcionarios deben: “Poner en conocimiento de sus superiores las iniciativas que estimen útiles para la conservación del patrimonio nacional, el mejoramiento de los servicios, y cualesquiera otras que incidan favorablemente en las actividades a cargo del órgano o ente”.

Deberes relativos a la conducta personal y a las relaciones con los restantes funcionarios y con el público

Se trata del deber de guardar una conducta decorosa en las relaciones con los superiores y con los subordinados y de mantener con respecto al público la consideración y cortesía debidas.

XII. PROHIBICIONES

1. Con relación a la celebración de contratos

Hay dos prohibiciones relativas a la celebración de contratos: una alude a la actuación directa por parte del funcionario y la otra a su eventual intervención en contratos celebrados por terceros. Vamos a exponer cada una de las señaladas especies:

a. A los funcionarios les está prohibido celebrar contratos por sí, por personas interpuestas o en representación de otros, con la República, los Estados, los Municipios y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales, salvo las excepciones que establezcan las leyes. (Ordinal 1º art. 40).

b. A los funcionarios le está prohibido intervenir directa o indirectamente en las gestiones que realicen personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que pretendan celebrar cualquier contrato con la República, los Estados, los Municipios y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales.

Debe observarse que en la prohibición de celebrar contratos directamente, tal prohibición se refiere a los contratos, con la República, con los Estados, con los Municipios y las demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales. Ahora bien, cuando se trata de la prohibición de intervenir directa o indirectamente en las gestiones de otros, la prohibición se limita a la celebración de contratos con la República.

2. Con relación a la actividad política

Les está prohibido a los funcionarios realizar propaganda, ejercer coacción política u ostentar distintivos que los acrediten como miembros de un partido político cuando estén en el ejercicio de sus funciones.

3. Con relación a los gobiernos extranjeros

A los funcionarios les está prohibido aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros sin que preceda la correspondiente autorización de la Asamblea Nacional. (Ordinal 4° del art. 40).

4. Con relación a las acciones u omisiones limitativas de las actuaciones públicas

A los funcionarios le está prohibido realizar cualquier acción o incurrir en omisiones que contribuyan a interrumpir, obstaculizar o impedir la prestación de los servicios públicos o el ejercicio de las potestades públicas. (Ordinal 5° del art. 40).

XIII. INCOMPATIBILIDADES

Las incompatibilidades son los motivos que impiden el ejercicio simultáneo de otras actividades, tareas o funciones con un cargo administrativo. En el régimen de la ley sobre el estatuto, las incompatibilidades son:

1. Es incompatible el ejercicio de *más de un cargo público remunerado*.
2. Es incompatible el ejercicio de un *cargo público con la profesión o actividad que menoscabe el estricto cumplimiento de los deberes del funcionario*, con las siguientes excepciones: cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes determinados por la ley. Ahora bien en los casos de excepción antes mencionados. el ejercicio de los destinos excluidos de la incompatibilidad se hará sin menoscabo del cumplimiento de los deberes inherentes al cargo.

La aceptación del segundo cargo público que no sea de los exceptuados, implica la renuncia del primero, con la única excepción de que se trate de suplentes, mientras no reemplacen definitivamente al titular.

XIV. DE LOS SISTEMAS DE ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL

La Ley sobre el Estatuto de la Función Pública no sólo contempla un régimen estatutario propiamente dicho, esto es, el regulador de la relación de empleo público de la Administración y sus funcionarios, sino que igualmente regula dos aspectos vinculados con dicho régimen constituidos por los que se expresan a continuación:

- a. Un sistema de administración de personal.
- b. El sistema contencioso-administrativo establecido para dirimir los conflictos entre los funcionarios y la administración.

Pasemos a analizar el primero de los aspectos mencionados.

La administración de personal es un régimen que abarca a varios sistemas regulados de la estructura orgánica, del funcionamiento y de los procedimientos que operan en el ámbito de la administración para permitir el mejor desarrollo de la relación de empleo

público. Estos subsistemas a los cuales hemos aludido están regulados en varios capítulos del Título V (Sistema de Administración de Personal) de la Ley sobre el Estatuto de la Función Pública y son los siguientes: el sistema de *selección*; el sistema de *ingreso* y el sistema de *ascenso*; (Estos tres sistemas mencionados son presentados en forma conjunta, a pesar de que cada uno de ellos tiene su propia entidad); el sistema de remuneraciones; el sistema de *evaluación*; el sistema de *capacitación*; el sistema de *retiro* y de *reingreso* de la Administración.

En nuestro criterio es necesario precisar que el sistema de *clasificación de cargos* es la base que rige a los restantes. En efecto, nuestro régimen se ha regido -y este hecho no ha cambiado en el actual estatuto- por una noción básica que es la de *cargo*, que es la unidad organizativa elemental, primaria, de la cual emerge toda la restante estructura de los subsistemas de administración de personal, por lo menos en los que presentan las características que el nuestro posee. Al efecto se observa que por lo que atañe a su sistemática la ley enuncia en su título a los sistemas de administración de personal y pasa de inmediato a regular a los que antes habíamos enunciado, sin previamente señalar los principios básicos de toda la organización que, como lo señaláramos, están constituidos por las reglas generales sobre la clasificación de cargos. Algunas de estas reglas sin embargo aparecen contempladas en el Capítulo I, que es el relativo a los sistemas de selección, ingreso y ascenso. Indudablemente que tal ubicación es incorrecta y asistemática. Repetimos que el legislador ha debido: o bien establecer un capítulo especial para regular el sistema de clasificación de cargos, o bien, crear un capítulo introductorio contentivo de disposiciones generales donde habría sido definido lo que es un cargo, lo que es una clase de cargos y los datos fundamentales inherentes a cada clase. Asimismo en este capítulo debía regularse el régimen de modificación de las clases de cargos.

Tal como lo habíamos señalado precedentemente es en el capítulo relativo a la selección donde aparecen algunos principios del régimen de clasificación, en el cual se señala el concepto de cargo, definiéndolo como “la unidad básica que expresa la división del trabajo en cada unidad organizativa”. Indica igualmente que el mismo comprende las atribuciones, actividades, funciones, responsabilidades y obligaciones específicas, con una interrelación tal que puedan ser cumplidas por una persona en una jornada normal de trabajo. (art. 55).

Más adelante la norma define a las clases de cargos indicando que, “los cargos sustancialmente similares en cuanto al objeto de la prestación de servicio a nivel de complejidad, dificultad, deberes y responsabilidades y cuyo ejercicio exija los mismos requisitos mínimos generales, se agrupan en clases bajo una misma denominación y grado común en las escalas generales de sueldos”. (Art. 56)

Se define igualmente a las *series*, señalando que las clases de cargos sustancialmente similares en cuanto al objeto de la prestación de servicio, pero diferentes en niveles de complejidad de los deberes y responsabilidades, se agrupan en series en orden ascendente.

Por lo que atañe al sistema de clasificación, el mismo comprende el agrupamiento de éstos en clases definidas. Cada clase deberá ser descrita mediante una especificación oficial que incluirá los siguientes elementos:

1. Denominación, código y grado en la *escala general de sueldos*.
2. Descripción a título enunciativo de las atribuciones y deberes generales inherentes a la clase de cargo, la cual no eximirá del cumplimiento de las tareas específicas que a cada cargo atribuya la ley o autoridad competente.

3. Indicación de los requisitos mínimos generales para el desempeño de la clase de cargo, la cual no eximirá del cumplimiento de otros señalados por la ley o autoridad competente.

4. Cualesquiera otros que determinen los reglamentos respectivos.

Por lo que atañe a la aprobación de las denominaciones de clases la misma es de la competencia de Presidente de la República mediante decreto y, una vez aprobadas serán de uso obligatorio en la Ley de Presupuesto y en los demás actos y documentos oficiales, sin perjuicio del uso de la terminología empleada para designar, en la respectiva jerarquía, los cargos de jefatura o de carácter supervisorio. (Art. 59)

Por lo que respecta a la posibilidad de efectuar cambios en el sistema de modificación de cargos, los órganos de la Administración pueden proponerlos al Ministerio de Planificación y Desarrollo.

Finalmente, la especificación oficial de la clase de cargos se publicará en la *Gaceta Oficial* con la denominación de *Manual Descriptivo de Clases de Cargos*. Los cargos de alto nivel y de confianza se mencionarán en los respectivos reglamentos orgánicos de los entes de la Administración.

El sistema de selección

El sistema de selección tiene como objeto garantizar el ingreso de los mejores aspirantes a los cargos de carrera de la Administración Pública Nacional tomando como base para su escogencia, las actitudes constatadas a través de la realización de concursos públicos. Señala la ley que serán nulos los actos de nombramiento de funcionarios de carrera que no hubiesen sido realizados en forma previa a los respectivos concursos.

De los concursos va a obtenerse el llamado *registro de elegibles*. La persona seleccionada por concurso será nombrada por un período de prueba que no puede exceder de seis meses, superado el cual el seleccionado ingresará como funcionario de carrera, para el cargo para el cual concursará. Si el funcionario no supera el período de prueba el nombramiento será revocado.

Una vez adquirida la condición jurídica del funcionario de carrera, de acuerdo con la ley, no se extingue sino en el caso de que el funcionario sea destituido.

Una norma atípica que aparece dentro del sistema de selección es la contenida en el artículo 53 que indica que “los funcionarios de libre nombramiento y remoción pueden ser seleccionados mediante concurso”, lo cual es verdaderamente contradictorio con el hecho de que se trate justamente de funcionarios de libre nombramiento, esto es, que son designados por las razones que discursionalmente posea el órgano designante. Más atípica aún es la norma final del mismo artículo que señala que los resultados de los concursos para estos cargos no tienen carácter vinculante.

Por lo que atañe al sistema de *ascenso* el mismo deberá fundamentarse en el llamado *mérito*, que contempla la trayectoria, los conocimientos y todos los aspectos que sean relevantes en el desempeño del cargo.

Sistema de remuneraciones

El sistema de remuneraciones comprende los sueldos, compensaciones, viáticos, asignaciones y cualesquiera otras prestaciones pecuniarias o de otra índole que reciban los funcionarios públicos por sus servicios. En dicho sistema se establecerán escalas generales de sueldos, divididas en grados, con montos mínimos, intermedios y máximos. Cada cargo deberá ser asignado al grado correspondiente, según el sistema de clasificación, y remunerado con una de las tarifas previstas en la escala. (Art. 63).

Señala la ley que los sistemas de remuneraciones deberán ser aprobados mediante decreto del Presidente de la República, previo informe favorable del Ministerio de Planificación y Desarrollo y en el mismo se establecerán las normas para la fijación, administración y pago de sueldo iniciales; aumento por servicios eficientes y antigüedad dentro de la escala; viáticos y otros beneficios y asignaciones que por razones de servicio deban otorgarse.

La norma expresa que el sistema deberá también comprender las normas relativas al pago de acuerdo con horarios de trabajo, días feriados, vacaciones, licencias con o sin goce de sueldo y trabajo a tiempo parcial.

Las escalas pueden ser rebajadas pero solo provisionalmente y con la autorización de la Asamblea Nacional por circunstancias especiales de carácter económico o financiero pero deben ser restituidas al cesar tales circunstancias. Las escalas de los funcionarios de alto nivel deben ser aprobadas en la misma oportunidad en que se aprueben las escalas generales.

Sistema de evaluación

El sistema de evaluación comprende el conjunto de normas y procedimientos tendentes a evaluar el desempeño de los funcionarios de la Administración Pública Nacional. El resultado de las evaluaciones debe ser presentado al Ministerio de Planificación y Desarrollo como soporte de los movimientos de personal que pretenda realizar en el próximo año fiscal y su incidencia en la nómina del personal activo.

Hay dos tipos diferentes de evaluación: la evaluación ordinaria y la evaluación extraordinaria. La evaluación ordinaria debe ser realizada dos veces por año sobre la base de los registros continuos de actuación que debe llevar cada supervisor. La evaluación extraordinaria tendrá lugar cuando el órgano de gestión así lo considere necesario.

En el proceso de evaluación el funcionario debe estar informado de los objetivos de dicha evaluación que ha de estar acorde con las funciones inherentes al cargo.

La evaluación de los funcionarios es obligatoria y su incumplimiento acarreará sanciones al supervisor encargado de efectuarla. Sus resultados deben ser notificados al evaluado quien podrá solicitar por escrito se objeto de reconsideración dentro de los cinco días hábiles siguientes a su notificación.

Sistema de capacitación y desarrollo

Este sistema comprende la formación y el mejoramiento técnico profesional y moral de los funcionarios públicos; su preparación para el desempeño de funciones más complejas; la incorporación de nuevas tecnologías; la corrección de las deficiencias detectadas en la evaluación; la habilitación para que asuma nuevas responsabilidades, se adapte a los cambios culturales y progrese en la carrera emprendida al servidor de la Administración.

Vinculado con el tema de la capacitación y desarrollo se encuentra la regulación de una entidad docente que se denomina *Escuela Nacional de Gerencia Pública* la cual ha de ser creada con el carácter de fundación del Estado; tendrá su sede en la ciudad de Caracas y podrá establecer dependencias en otras ciudades.

Se pretende que los gerentes públicos en todo sus niveles, propicien el trabajo en equipo, la participación democrática de los funcionarios y la profesionalización de la función pública.

Un largo artículo enuncia las atribuciones de la Escuela Nacional de Gerencia Pública que, deben cumplirse de conformidad con las políticas de desarrollo gerencial que establezca el Ministerio de Planificación y Desarrollo. Del extenso enunciado de tareas y competencias vamos a reproducir las más significativas, a saber:

1. Planificar, ejecutar, coordinar, promover políticas y programas de formación y capacitación del personal gerencial de nivel alto y medio, de los órganos y entes que integran la Administración Pública.

2. Promover y realizar programas de investigación acordes con el desarrollo de las capacidades gerenciales del sector público.

3. Realizar actividades de cooperación técnica en el campo de la gerencia pública para beneficio de los órganos y entes que integran la Administración Pública Nacional y con las administraciones estatales y municipales que las soliciten.

4. Producir y apoyar la producción de casos, juegos de simulación, programas para educación a distancia, documentos técnicos, y otros materiales de enseñanza que puedan ser útiles para el continuo perfeccionamiento de los programas de formación de gerentes públicos.

5. Contribuir a la formación de recursos docentes especializados en gerencia pública.

6. Promover la eficiencia, la probidad, la acción sistemática a favor del desarrollo económico y social, y *la equidad, en el ejercicio de la gerencia pública*.

7. Promover y apoyar la profesionalización gerencial del sector público.

8. Propiciar el desarrollo de una cultura en los organismos públicos centrada en valores y actitudes destinados a desarrollar una gestión transparente, orientada al servicio del ciudadano.

La Escuela Nacional de Gerencia Pública podrá emitir certificaciones y diplomas que acrediten el cumplimiento de sus programas.

Las situaciones administrativas

A pesar de que la ley no los contempla dentro de una nación general, las mismas necesariamente están presentes en el régimen legal, por cuanto se trata de las diferentes modalidades que puede revestir el desempeño de la función administrativa de los funcionarios en su relación con la Administración. Las más importantes son las siguientes:

- a. El servicio activo.
- b. Las comisiones de servicio.
- c. Los traslados o transferencias.
- d. La situación de permiso y licencia.

De allí que, aún cuando no están concebidos como un sistema autónomo, las situaciones administrativas están reguladas en el Título relativo a los Sistemas de Administración de Personal en un Capítulo especial (Capítulo VIII). En dicho capítulo se considera en *servicio activo* al funcionario que ejerza el cargo o se encuentre en comisión de servicio, traslado, suspensión con goce de sueldo, permiso o licencia. (Art. 87).

Por lo que respecta a la *comisión de servicios*, el artículo 88 señala que “es la situación administrativa de carácter temporal por la cual se encomienda a un funcionario el ejercicio de un cargo diferente, de igual o superior nivel del cual es titular, para el que reúna los requisitos exigidos”.

Igualmente señala la última norma citada que podrá ser realizada en el mismo órgano o ente donde el funcionario presta servicio o en otro de la Administración Pública Nacional. Si el cargo que se ejerce en comisión de servicio tuviere mayor remuneración, el funcionario tendrá derecho al cobro de la diferencia, así como a los viáticos y remuneraciones que fueren procedentes.

Por lo que atañe a los *traslados*, el artículo 90 señala “Por razones de servicios, los funcionarios de carrera podrán ser trasladados dentro de la misma localidad de un cargo a otro de la misma clase, siempre que no se disminuya su sueldo básico y los complementos que le puedan corresponder. Cuando se trate de traslado de una localidad a otra, éste deberá realizarse de mutuo acuerdo con las excepciones que por necesidades de servicio determinen los reglamentos”.

A su vez el artículo 91 indica “Los funcionarios de carrera podrán ser transferidos cuando tenga lugar la descentralización de las actividades a cargo del órgano o ente donde presten sus servicios. En tales casos deberá levantarse un Acta de Transferencia”.

Sistema de retiro y reingreso

El retiro de la Administración Pública de acuerdo con lo que emerge de la normativa legal no es otra cosa que la ruptura de la relación activa de empleo público. El uso del término *relación activa* es un término con valor comparativo. En efecto, la relación puede permanecer solo para limitados fines, como es el caso de la jubilación en la cual el funcionario continúa vinculado a la Administración, aún cuando no ejerza ningún cargo dentro de ella ni posea responsabilidades derivadas de los vínculos que de la misma emergen. Por el contrario, la relación activa implica un vínculo que se desarrolla en toda su plenitud.

Las causas de retiro de la aludida relación activa son enunciadas en la siguiente forma (Artículo 98):

1. La renuncia escrita del funcionario debidamente aceptada.
2. La pérdida de la nacionalidad.
3. La interdicción civil
4. La jubilación o la declaratoria de invalidez de conformidad con la ley.
5. La reducción de personal debido a limitaciones financieras, cambio en la organización administrativa, razones técnicas o la supresión de una dirección, división o unidad administrativa.
6. La destitución
7. *Cualquier otra causa prevista en el presente Decreto Ley.*

Los cargos que quedaren vacantes por reducción de personal no podrán ser provistos durante el resto del período fiscal. Por lo que atañe a los funcionarios de carrera que sean retirados conforme a dicha causa, o bien que lo sean de un cargo de libre nombramiento y remoción, quedarán incorporados en el registro de elegibles y les será aplicable la disposición que establece que “los funcionarios de carrera que sean retirados por una causal distinta a la destitución tendrán derecho a una bonificación equivalente a un mes de sueldo y egresarán inmediatamente del servicio”, (indudablemente que el legislador fue poco cuidadoso al hacer la mención de la norma aplicable por cuanto alude al aparte único del artículo 38, artículo éste que no tiene ningún aparte y que no guarda relación con la materia de la cual se trata. En realidad la referencia ha debido hacerse al único aparte del artículo 36 que es aquel al cual hemos aludido).

La ley a pesar de que intitula al Capítulo IX del Título V al cual hemos estado haciendo referencia, como retiro y reingreso; no alude en forma alguna al reingreso.

El régimen disciplinario

El régimen de las sanciones disciplinarias comprende solamente la *amonestación escrita* y la *destitución*. La primera corresponde aplicarla al supervisor inmediato y contra ella se puede interponer recurso jerárquico para ante la máxima autoridad de la administración, dentro del plazo de 15 días hábiles. No es necesario así agotar previamente el recurso de reconsideración. La autoridad máxima deberá decidir el recurso jerárquico dentro de los 30 días hábiles siguientes a su recepción y su falta de pronunciamiento en dicho lapso constituirá un *silencio negativo* que permitirá al funcionario ocurrir al tribunal contencioso-administrativo.

Las faltas sancionables con amonestación escrita prescriben a los seis meses a partir del momento en que el supervisor inmediato tuvo conocimiento del hecho y no inició el procedimiento.

Las faltas de los funcionarios públicos sancionadas con destitución prescribirán a los ocho meses a partir del momento en que el funcionario de mayor jerarquía tuvo conocimiento de los hechos y no solicitó la apertura de la correspondiente averiguación administrativa.

La ley contempla el procedimiento disciplinario para el caso de destitución señalando en el mismo los siguientes pasos:

1. Al enterarse de que un funcionario está incurso en una causal de destitución, el de mayor jerarquía dentro de la unidad, debe solicitar de la oficina de recursos humanos la apertura de la averiguación.

2. La oficina de Recursos Humanos instruye el expediente y determina los cargos que han de ser formulados al funcionario.

3. La oficina de Recursos Humanos notifica al investigado para que tenga acceso al expediente.

4. En el quinto día hábil después de haber sido notificado el investigado, la oficina de Recursos Humanos le formulará los cargos a que hubiere lugar. En el lapso de tres días hábiles siguientes el funcionario debe consignar su escrito de descargo.

5. Concluido el acto de descargo se abre un lapso de cinco días hábiles para que la Administración y el funcionario promuevan y evacuen las pruebas.

6. Dentro de los dos días siguientes al vencimiento de lapso de prueba se remitirá el expediente a la consultoría jurídica correspondiente para que opine sobre la procedencia o no de la destitución.

7. La Consultoría dispone de un lapso de diez días hábiles. Para presentar su dictamen.

8. La máxima autoridad decidirá dentro de los cinco días hábiles siguientes al dictamen de la consultoría y notifica al funcionario investigado el resultado, indicándole en el mismo acto el recurso que procediere, el tribunal ante el cual debe interponerlo y el término para su interposición.

Señala la ley que el incumplimiento del procedimiento disciplinario por parte de los titulares de las oficinas de RRHH será causal de retiro de la Administración.

La ley contempla una serie de medidas cautelares que pueden dictarse durante el procedimiento disciplinario. La medida fundamental es la suspensión del cargo con goce de sueldo con una duración máxima de 60 días continuos. El lapso aludido puede ser prorrogado por una sola vez.

También está prevista la suspensión sin goce de sueldo que se da en los casos en los cuales a un funcionario le ha sido dictado auto de detención.

XV. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA

El Contencioso-Administrativo de la función pública implica la regulación de sus tres elementos constitutivos, que son:

- a) Las acciones que pueden ser ejercidas
- b) El procedimiento para el trámite jurisdiccional de tales acciones
- c) Los tribunales competentes para conocer de dichas acciones.

Por lo que atañe a las acciones, la ley es muy genérica cuando dice que la Jurisdicción Contencioso-Administrativo de la Función Pública tiene competencia para decidir de todas las controversias que se susciten con motivo de su aplicación. Posteriormente ejemplifica algunas de las controversias que pueden plantearse sin que ello le dé carácter taxativo a su enunciado. La ejemplificación aludida establece las siguientes acciones:

- a) Las reclamaciones que formulen los funcionarios o aspirantes a ingresar en la función pública cuando consideren lesionados sus derechos por actos o hechos de los órganos o entes de la Administración Pública Nacional.
- b) Las solicitudes de declaratoria de nulidad de las cláusulas de los convenios colectivos.
- c) Las solicitudes de declaratoria de inconformidad a derecho de las huelgas que interrumpan u obstaculicen las actividades esenciales de los servicios públicos en perjuicio de la población, que afecten el normal ejercicio de las potestades públicas del Estado o que, en general, se consideren ilegales.

Es decir que las acciones son: a) las reclamaciones que configuraron la llamada *querrela* en el contencioso-administrativo de la Carrera Administrativa, regulado por la Ley de Carrera Administrativa, término éste que la ley que examinamos también utiliza; b) un recurso de nulidad que versa sobre las cláusulas de los convenios colectivos y, c) finalmente, una acción de calificación de la ilegalidad de las huelgas que interrumpan u obstaculicen los servicios públicos. Es decir, que han sido añadidos al régimen de la Ley de Carrera Administrativa, los dos últimos supuestos que tienen un carácter muy específico ya que se refieren a la nulidad de las cláusulas de los contratos colectivos y a la impugnación de la declaratoria de huelga. En contrapartida ha sido eliminado el recurso de interpretación.

El lapso para el ejercicio de las acciones es de caducidad y es de tres meses a contar del día en que se produjo el hecho que da lugar al recurso.

La legitimidad para el ejercicio del recurso es bastante amplia por cuanto pareciera que basta con tener un interés, ya que la ley no exige ninguna otra calificación.

Por lo que atañe al procedimiento el mismo está sucintamente desarrollado mediante las etapas que a continuación se indican:

La introducción de la querrela escrita; la admisión de la querrela previo examen de la existencia de los requisitos de admisibilidad; la solicitud del expediente administrativo y la conminación a la parte accionada a dar contestación a la querrela dentro de un plazo de 15 días de despacho a partir de la fecha de la citación, la cual puede efectuarse por oficio, por aviso de recibo o por correo certificado; el acto de la audiencia preliminar y la excitación en la misma a la conciliación; la apertura del lapso probatorio y la evacuación de las pruebas y, la audiencia definitiva. En esta última, las partes tendrán derecho de palabra y el juez podrá interrogarlas y luego se retirará para estudiar su decisión definitiva que deberá dictar de inmediato, salvo que la complejidad del asunto exija que sea prorrogada para los cinco días de despacho siguientes. El juez dictará sentencia escrita sin narrativa y sin transcripciones de actas o documentos. Contra tal sentencia podrá apelarse en el término de cinco días para ante la Corte Primera del Contencioso-Administrativo.

Por lo que se refiere a los tribunales, son las Disposiciones Transitorias las que señalan: “Mientras se dicte la ley que regule la jurisdicción contencioso administrativa, son competentes en primera instancia para conocer de las controversias a que se refiere el artículo 151 de este Decreto Ley, los jueces superiores con competencia en lo contencioso administrativo en el lugar donde hubieren ocurrido los hechos o donde funcione el órgano o ente de la Administración Pública Nacional que dio lugar a la controversia”.

Por vía de disposición transitoria se estableció que los actuales integrantes del Tribunal de la Carrera Administrativa pasarán a constituir los jueces superiores 5^{to}, 6^{to} y 7^{mo} del Tribunal Administrativo.

APÉNDICE

DIFERENCIA ENTRE RÉGIMEN ESTATUTARIO Y EL RÉGIMEN DE LOS TRABAJADORES EN GENERAL

Debemos responder al interrogante de que diferencia sustantiva existe entre el régimen estatutario del Art. 144 de la Constitución y el relativo a la relación de trabajo para el sector privado contenido en el mismo texto.

Vamos a establecer las diferencias con relación a los principios rectores del trabajo y a los derechos otorgados por la constitución a los trabajadores.

Por lo que atañe a los principios rectores del trabajo los mismos parten de dos calificaciones esenciales que son:

- a. El trabajo es un hecho social.
- b. Goza de la protección del Estado.

Este apéndice está destinado a señalar las diferencias esenciales entre el régimen estatutario y el régimen sometido al contrato de trabajo, a la luz de las normas constitucionales.

§ 66. DERECHO DE ACCESO A LOS ARCHIVOS Y REGISTROS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Manuel Rodríguez Costa
Abogado de la Universidad Central de Venezuela

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El Derecho Administrativo en su evolución ha vivido distintas facetas. En su origen surgió como un fuero especial de protección a la Administración Pública, garante de los intereses generales, impidiendo que la actuación de ésta fuera sometida a las reglas del derecho ordinario.

Posteriormente, el Derecho Administrativo sufre un cambio total, convirtiéndose en garantía de los derechos del ciudadano frente al poder del Estado. En la actualidad, esta rama del derecho se debate entre los extremos antes aludidos, tratando a través de distintas técnicas jurídicas de lograr un equilibrio entre las prerrogativas de la Administración Pública y las garantías del ciudadano.

En la búsqueda de ese equilibrio se han desarrollado distintas técnicas de protección de los intereses y derechos de los particulares, tales como la ampliación del control ejercido por el contencioso administrativo sobre la totalidad de la actividad administrativa (incluyendo la inactividad), desarrollo de los criterios de legitimidad (artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que amplía el espectro de la protección jurisdiccional a los titulares de derechos e intereses, incluso colectivos y difusos) y la tutela judicial cautelar, constituyen buenos ejemplos de ello.

Pero los medios antes mencionados no han sido los únicos. En los últimos años se han desarrollado normas que regulan los mecanismos a través de los cuales se desenvuelve la actividad administrativa, constituyéndose el procedimiento administrativo en una garantía más de los particulares.

Es en este ámbito donde adquiere una importancia esencial el principio participativo. La idea de la participación de los ciudadanos atribuye un sesgo nuevo al Derecho Administrativo, incorporando un nuevo punto de referencia que disciplina el comportamiento de la Administración Pública.

En esta área de garantías del ciudadano se inserta el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos que constituye un reflejo del principio de transparencia administrativa, que es un mecanismo de control de la actuación administrativa, en un doble aspecto: de una parte, en el más inmediato que se encuentra vinculado a la posición del interesado en cada concreto procedimiento administrativo, en la medida en que puede reconocerse su derecho a conocer el contenido concreto del mismo; de otro lado, en el más amplio relacionado con el derecho de los ciudadanos a estar informados del funcionamiento ordinario y cotidiano de la Administración Pública.

La transparencia de la *rex publica* aparece hoy en día como un ineludible corolario de la democracia, independientemente de la forma política de gobierno y de la estructura territorial del poder público, pues la idea de la transparencia administrativa, contribuye innegablemente a ofrecer a la Administración una legitimidad que es hoy en día abiertamente cuestionada, dado que la transparencia coadyuva a la consecución del rigor y de la eficacia en la acción administrativa.

En este punto resulta ilustrativo recordar el principio de Brandeis, de que la publicidad es un remedio para muchas enfermedades sociales, es especialmente aplicable para la mayor parte de los vicios y corrupciones públicas; para ellos, “*La luz del sol... es el mejor de los desinfectantes; la luz eléctrica el mejor policía*”, de allí que se afirme que la Administración Pública debe desplegar sus funciones desde oficinas de cristal.

Difícilmente puede hablarse de transparencia de la actividad administrativa si no se garantiza un derecho del público a la comunicación de la documentación en poder de la Administración.

La *transparencia administrativa* se utiliza para englobar instituciones jurídicas diversas, como la motivación de los actos y la participación en los procedimientos y funciones administrativas. Por ello, las doctrinas italiana y francesa indican que la transparencia administrativa es, más bien, un modo de ser de la Administración.

Al convertirse el acceso a los expedientes y registros de la Administración Pública en un derecho de los ciudadanos resulta necesario establecer cuáles son los límites del mismo.

II. EL ACCESO A LOS EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS EN EL DERECHO COMPARADO

Antes de efectuar el análisis de nuestro ordenamiento jurídico relacionado con el derecho de acceso a los expedientes de la Administración Pública, consideramos necesario el estudio del mismo en el ámbito del derecho comparado, para lo cual procederemos de inmediato a la revisión de los siguientes sistemas jurídicos:

1. El derecho de acceso en Estados Unidos

La Ley de Procedimientos Administrativos de 1946 estableció que los organismos federales únicamente debían comunicar la información solicitada a las personas *legítima y directamente afectadas*; situación que consagró un amplio poder discrecional a la Administración, la que encontró en esta disposición un refugio fácil para sus secretos.

El 4 de julio de 1966 es dictada la Ley sobre libertad de información, que entraría en vigor un año después, cuyo objeto era invertir los términos de la normativa anterior, de modo que la regla general debía ser la publicidad y el secreto la excepción. En este sentido la Ley no exigía la acreditación de un interés específico y trasladó la carga de la prueba de los ciudadanos a la Administración Pública la cual debía motivar las razones por las cuales se negaba a suministrar la información solicitada¹.

1. La referida Ley sufrió importantes cambios en los años 1974 y 1976, con la finalidad de agilizar el trámite a través del cual los particulares podían tener acceso a la información de los archivos de la Administración.

La Constitución norteamericana no consagra de un modo explícito un derecho de acceso a la información gubernamental. El único precepto dedicado a la información es la conocida Primera Enmienda de 1791, que únicamente consagró la libertad de palabra y la libertad de prensa, del cual la jurisprudencia ha derivado el *derecho a saber* (*right to know*) como derecho del público a la noticia.

Este derecho a saber no alberga en realidad un derecho individual de la ciudadanía a ser informado, sino que el derecho del público a la noticia se traduce en la reivindicación por parte de los profesionales de la información de una posición jurídica privilegiada frente al Estado, como legítimos representantes del derecho a saber del pueblo norteamericano, en su condición de intermediarios entre la noticia y el público.

A pesar de lo anterior, parte de la doctrina ha tratado de encontrar en la Primera Enmienda el fundamento del derecho de acceso a los registros públicos, al permitir ésta la libre discusión de los asuntos gubernamentales.

La Ley sobre libertad de información consagraba como sujetos activos de éste derecho a cualquier persona, es decir, todo individuo (nacional o extranjero, domiciliado o no en los Estados Unidos de Norteamérica), toda sociedad comercial o asociación o todo organismo público o privado distinto de una *Agency*, en otras palabras, exterior a la Administración federal.

Debemos recordar que adicionalmente la Ley no exigía la existencia de interés calificado.

La única limitación impuesta por la normativa comentada era el derecho a la privacidad y protección de la vida privada.

En cuanto a los sujetos pasivos, la Ley sobre libertad de información remitía este concepto a la Ley de Procedimientos Administrativos de 1946, la cual prevé la figura de la *Agency*, todo organismo ejecutivo, quedando excluidos en consecuencia los órganos consultivos de la Administración Activa².

También se encuentran excluidos de esta regulación legal el Congreso, El Senado y los Tribunales. Finalmente debemos destacar que esta normativa no se aplica a las Administraciones Locales, para las cuales rige el derecho de cada Estado, que coincide en buena medida con los planteamientos de la Ley federal.

Sobre el objeto de este derecho debemos señalar que la Ley hace referencia a los *documentos de la Administración*, entrando en su ámbito todo documento, cualquiera que sea su consistencia material, que presente una forma apta para recibir información administrativa³.

No entran en el ámbito de la Ley los documentos futuros o que necesitan de trabajos de compilación de datos informales o de síntesis o cálculos de estadísticas particulares.

Es necesaria la posesión actual, en el sentido de que el documento debe estar en posesión de la Administración afectada en el momento de la petición, sin que sea suficiente una cierta facultad de control sobre los documentos requeridos que pudiera permitir la obtención de los mismos, y además debe tratarse de una posesión efectiva, en el sentido de que el documento debe ser creado u obtenido para su posesión efectiva por la Administración.

2. Una enmienda del año 1984 permitió la exclusión de la CIA del ámbito de aplicación de la Ley.

3. Quedan comprendidos en este ámbito las películas, los disquetes informáticos.

La legislación de los Estados Unidos de Norteamérica prevé una serie de excepciones al derecho de acceso, que no significan una prohibición de la comunicación de los documentos, sino que únicamente atribuyen a la Administración una facultad discrecional de apreciación sobre la comunicación eventual de los documentos cubiertos por el secreto.

Entre las limitaciones previstas en la Ley encontramos un primer grupo por razones de *interés público*, referido a la protección del secreto por imperativo de la defensa nacional y de la política extranjera y la tutela del secreto por necesidades de eficacia de la acción administrativa. Un segundo grupo está previsto por razones de *interés privado*, referido a la protección del secreto de la vida privada y la protección del secreto industrial y comercial.

Por lo que respecta al ejercicio de este derecho, la Ley no exige su formulación por escrito, sin embargo por razones de seguridad y prácticas es la forma usual, debiendo identificarse con precisión el documento al cual se desea acceder. La revisión puede efectuarse directamente por el solicitante o a través de la expedición de copias, debiendo el solicitante cargar con una parte, al menos, de los costes de la tramitación de la solicitud.

Formulada la petición la Administración debe pronunciarse expresamente respecto de ella, cualquier negativa debe ser motivada, prohibiéndose la posibilidad de decisiones presuntas. Contra la negativa de la Administración, pueden ser interpuestos los recursos gubernativos y judiciales previstos en la Ley.

2. El derecho de acceso en Francia

A diferencia de la doctrina norteamericana, la cuestión del fundamento constitucional del derecho de acceso a los documentos administrativos no ha preocupado excesivamente a la doctrina francesa, de modo que parece conformarse con su fundamento legal, limitándose a señalar el artículo 15 de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, en virtud del cual la sociedad tiene derecho a exigir a todo agente público cuentas de su administración.

Para G. Braibant el derecho de acceso a los documentos públicos debe ser considerado como derecho perteneciente a una tercera generación de derechos humanos, después de los derechos civiles y políticos de 1789 y de los derechos económicos y sociales de 1946. En cambio, J. Rivero considera que el derecho a la transparencia administrativa no puede configurarse como un verdadero derecho del hombre.

Conforme a la Ley 79-587 de 11 de julio de 1979 es sujeto activo de este derecho *toda persona*, es decir, tanto las personas físicas, como las jurídicas, nacionales o extranjeros (residenciados o no en Francia), administrados y funcionarios.

Respecto de la exigencia de legitimación, para los documentos no nominados la Ley no formula ningún requisito de interés.

En cuanto a los sujetos pasivos, tenemos a la Administración del Estado, las entidades locales y los establecimientos públicos vinculados a las Administraciones Públicas territoriales. Además, a los servicios administrativos dependientes del poder ejecutivo han sido asimilados los servicios de las asambleas parlamentarias en lo que se refiere a los documentos relativos a sus funciones, no los relativos a la función legislativa.

Por su parte, la doctrina del Consejo de Estado ha incluido a las llamadas autoridades administrativas independientes (Tribunal de Cuentas, Comisión de Operaciones de Bolsa, Comisión Nacional de Informática y de las Libertades).

También son considerados como sujetos pasivos de este derecho los organismos de Derecho Privado encargados de la gestión de un servicio público, tales como las sociedades nacionales de radio y televisión, Air-France, etc.

Al igual que en el sistema norteamericano, la jurisprudencia exige la posesión efectiva del documento por parte del ente u organismo administrativo.

En cuanto al objeto del derecho de acceso, éste no es otro que el *documento administrativo*.

El derecho a la información que garantiza la Ley de 17 de julio de 1978 se circunscribe a la libertad de acceso a los documentos administrativos -de carácter no nominativo- lo que presupone que el documento exista, materializado de cualquier forma (escrita, registros sonoros o visuales, tratamientos automatizados de informaciones no nominativos).

La jurisprudencia francesa ha precisado que el documento debe existir en el momento de la solicitud de comunicación, de modo que los particulares no pueden exigir a la Administración efectuar un trabajo de síntesis o de confección del documento; asimismo, no es posible solicitar el acceso a documentos de producción futura, de tal modo que la petición se convertiría en una especie de suscripción. Finalmente la jurisprudencia exige que el documento debe estar acabado, en el sentido de que los bocetos y notas informales o versiones parciales o provisionales de un documento no son comunicables⁴.

El documento administrativo es definido en base a los siguientes criterios: 1) el documento debe emanar de la Administración (aunque se admiten como documentos administrativos los emanados de los particulares en poder de la Administración), 2) deben ser el producto de la función pública (quedando excluidos los documentos producto de las funciones judiciales⁵ y legislativas), 3) para el Consejo de Estado, el documento debe ser el producto del ejercicio de una competencia regulada por el Derecho Público⁶ y 4) finalmente, el Consejo de Estado exige que se trate de un documento interno.

Este derecho, al igual que ocurre en el sistema norteamericano, se encuentra sometido a algunas restricciones por razones de interés público o privado, en el sentido de conferir a la administración un poder discrecional de apreciación sobre la aplicación de una excepción a la comunicación de los documentos.

Los límites establecidos por razones de interés público son los siguientes: 1) el secreto de las deliberaciones del Gobierno y de las autoridades responsables del poder ejecutivo (con la finalidad de proteger el carácter confidencial de las reuniones precedentes a las decisiones adoptadas por ellos), 2) el secreto de la defensa nacional y la política exterior, 3) los documentos cuya comunicación pueda perjudicar a la moneda y al crédito público, a la seguridad del Estado y a la seguridad pública, 4) los documentos cuya comunicación perjudique el desarrollo de los procedimientos iniciados ante las jurisdic-

4. La jurisprudencia ha incluido en este concepto de documentos no acabados los dictámenes y opiniones que se produzcan durante la tramitación del expediente administrativo, limitando su acceso hasta el momento en que sea dictado el acto definitivo.

5. Incluidos los actos notariales y de estado civil.

6. Esta posición es criticada por la doctrina, quien considera que el concepto del documento administrativo es independiente de la naturaleza de las normas jurídicas que originan el mismo.

ciones o a las operaciones preliminares de tales procedimientos, 5) los documentos cuya comunicación perjudique a la investigación por los servicios competentes de las infracciones fiscales o aduaneras.

En cuanto a los límites por razones del interés privado, la Ley 78-753 excluye el derecho de acceso respecto de los documentos administrativos cuya comunicación pueda atentar al secreto de la vida privada, de los expedientes personales y médicos, así como al secreto en materia comercial e industrial. A este tipo de documentos (nominativos) sólo pueden tener acceso aquellas personas que se puedan ver afectados por el contenido de los mismos, según alguno de los siguientes criterios: a) una persona se considera afectada cuando el documento se ha producido en consideración a ella misma, es decir, se considera *afectada* la persona *nominalmente* designada en el documento; b) se considera también a una persona *afectada* cuando el objeto del documento, su contenido, su función le interesan personal y directamente (en estos supuestos se encuentran ciertos parientes de la persona mencionada en el acto). Cuando el documento hace referencia a una pluralidad de personas en forma nominativa, la jurisprudencia ha adoptado el criterio de permitir el acceso parcial al contenido del documento.

También se encuentran sometidos a excepción los asuntos relacionados con el secreto industrial y comercial, entendiéndose por tales los siguientes supuestos: a) el secreto de los procedimientos de fabricación (técnicas de fabricación propiamente dichas, así como los trabajos de investigación y el *saber-hacer*), b) el secreto de las informaciones económicas y financieras, c) el secreto de las estrategias comerciales (por ejemplo la negociación de contratos).

No se exigen formalidades para el ejercicio de este derecho, aunque es práctica común que este sea formulado por escrito, debiéndose identificar con precisión el documento.

La revisión puede efectuarse directamente por el solicitante o a través de la expedición de copias.

Cualquier negativa por parte de la Administración al ejercicio de este derecho debe ser notificada al administrado y encontrarse debidamente motivada, admitiéndose la posibilidad de negativas presuntas. En ambos casos, resulta procedente la interposición de los recursos contenciosos administrativos.

En cuanto a las garantías administrativas de este derecho, vemos en primer lugar la existencia de la Comisión de Acceso a los Documentos Públicos (CADA), creada por la Ley 78-753, cuya función es velar por el respeto a la libertad de acceso a los documentos administrativos.

3. El derecho de acceso en Italia

Al igual que en los sistemas norteamericano y francés, la Constitución italiana no contiene un reconocimiento explícito del derecho de acceso a los documentos. A pesar de ello la doctrina ha encontrado sin dificultad diversos fundamentos constitucionales para esta figura. En este sentido, la doctrina mayoritaria entiende que el derecho de acceso es una derivación de los principios de imparcialidad y de buen funcionamiento de la Administración Pública, consagrados en el artículo 97 del texto constitucional, puesto que permite un control democrático de la sociedad sobre la Administración.

El acceso a los expedientes administrativos se encuentra regulado en la Ley 241/1990, como un derecho subjetivo autónomo, la cual en su artículo 1.1 consagra el principio de publicidad de la actividad administrativa, como mecanismo para garantizar la transparencia de la misma, dedicando todo el Capítulo V al acceso de los documentos administrativos.

Por lo que respecta a los sujetos activos de este derecho, la Ley 241/1990, en su artículo 22, atribuye esta condición a “cualquiera que tenga interés por la tutela de situaciones jurídicamente relevantes”. El Reglamento de 27 de junio de 1992, extiende esta legitimación incluso a las Administraciones, asociaciones y grupos portadores de intereses públicos o difusos.

Como podemos observar de lo anterior, en el sistema italiano se exige que el solicitante cuente con un interés en la tutela de situaciones jurídicas relevantes, debiendo motivar su solicitud (artículo 25). La normativa reglamentaria resulta mucho más exigente en este aspecto, al prever el Reglamento 352/92 la necesidad de la existencia de un interés *personal y concreto*.

Esta situación ha sido atacada por la doctrina mayoritaria, para quien el derecho de acceso debe ser concebido en forma generalizada, ligado a las exigencias de información y control social de la acción administrativa, a los fines de garantizar el principio de transparencia e imparcialidad en la actuación administrativa.

Por su parte, el Consejo de Estado ha señalado que en el ordenamiento italiano el derecho de acceso, si bien no está limitado a las partes del procedimiento, exige, no obstante, una cualificación jurídica de los intereses que no admite configurar el derecho de acceso en forma de una pura participación de todo ciudadano en las funciones administrativas y excluye un interés meramente *emulativo* o, en cualquier caso, no cualificado.

A pesar de lo anterior, el propio Consejo de Estado ha estimado que la posición que legitima al ciudadano el acceso a los documentos administrativos no debe necesariamente poseer todos los requisitos que legitimarían el recurso ante el Juez administrativo, sino que es suficiente que el solicitante sea titular de una posición jurídica relevante y que su interés al acceso se funde en tal posición.

La Ley 241/1990 dispone, en su artículo 23, que el derecho de acceso se ejercita en relación con la Administración del Estado, incluidos las *aziende autonome*, los entes públicos (incluidos los entes públicos económicos que realizan actividades empresariales sujetas al derecho privado y las administraciones locales) y los concesionarios de servicios públicos.

Por lo que respecta a las Administraciones regionales, como sujetos pasivos, las normas contenidas en la Ley 241/1990 le resultan aplicables, en cuanto las mismas no hayan ejercido su potestad de reglamentar los procedimientos administrativos que se desarrollen en su seno.

El documento administrativo es definido como toda representación gráfica, fotocinematográfica, electromagnética o de cualquier otra especie del contenido de los actos de la Administración, aun los internos (artículo 22 de la Ley 241/1990). Se entiende que el derecho de acceso no está limitado a la actividad realizada directamente por las Administraciones Públicas, sino que comprende también los actos, de cualquier procedencia, que se integren en el procedimiento administrativo.

Quedan excluidas del concepto de documento las informaciones en sentido estricto, es decir, las peticiones de información sobre asuntos más o menos concretos, pero no materializados en documentos.

En cuanto a la comunicación de los documentos preparatorios, la Ley 241/1990 en su artículo 24.6, faculta a los sujetos pasivos a retrasar el acceso a los documentos solicitados mientras su conocimiento pueda impedir u obstaculizar gravemente el ejercicio de la acción administrativa. Esta limitación no existe respecto de los sujetos interesados en el procedimiento administrativo, quienes tienen derecho de acceso libre al mismo.

La Ley 241/1990 contempla, artículo 24.2, diversos límites taxativos con objeto de salvaguardar los intereses públicos siguientes: 1) La seguridad, la defensa nacional y las relaciones internacionales; 2) la política monetaria y de divisas; 3) el orden público y la prevención y represión de la criminalidad.

A los supuestos anteriores debe sumarse la información que haya sido catalogada como secreto de Estado, es decir, los actos, documentos, noticias, la actividad y cualquier otra cosa cuya difusión sea idónea para causar daño a la integridad del Estado democrático, los acuerdos internacionales, la defensa de las instituciones contempladas en la Constitución, el libre ejercicio de las funciones de los órganos constitucionales, la independencia del Estado respecto de otros Estados y en sus relaciones con éstos y la preparación de la defensa militar.

El derecho de acceso a los documentos de la Administración también presenta algunas limitaciones en defensa de los intereses privados. En este sentido, la Ley 241/1990 excluye el libre acceso respecto a los documentos que puedan afectar la intimidad de personas, grupos o empresas, garantizando a los interesados la vista de los actos relativos a los procedimientos administrativos cuyo conocimiento sea necesario para velar o para defender sus intereses jurídicos.

En cuanto al ejercicio de este derecho, la Ley exige que la petición deba formularse en forma motivada⁷, en virtud de la exigencia de legitimidad. Por otra parte, la petición deberá dirigirse a la Administración que ha producido el documento o que disponga de él habitualmente, debiendo indicar los extremos del documento objeto de la petición o bien los elementos que consientan su individualización. El acceso al expediente puede verificarse en forma directa o a través de la expedición de copias del documento solicitado.

4. El derecho de acceso en España

La Constitución española de 1978, a diferencia de los textos constitucionales antes analizados, contempla de un modo explícito el acceso a los documentos administrativos. En concreto, el artículo 105.b) del texto constitucional ordena que la ley regulará, entre otras materias, el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

Respecto de este derecho, la doctrina española ha formulado diversas configuraciones del mismo, que pueden reconducirse a tres posturas sustanciales: la primera de ellas considera que el derecho de acceso debe considerarse como *un derecho no fundamental*, sino de configuración legal; la segunda postura, partiendo de la configuración general anterior, admite que en determinados supuestos el derecho de acceso adquiere el carácter de derecho fundamental por su instrumentalidad en relación con determinados

7. El Reglamento de desarrollo de la Ley permite el ejercicio verbal de este derecho.

derechos fundamentales, y por último, la tercera línea doctrinal configura directamente el derecho de acceso como *derecho fundamental*, como concreción del derecho a la información.

Este derecho es desarrollado por el artículo 37 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el cual prevé:

37. Derecho de acceso a archivos y registros.

1. Los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud.

2. El acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas, que, en el supuesto de observar que tales datos figuran incompletos o inexactos, podrán exigir que sean rectificadas o completadas, salvo que figuren en expedientes caducados por el transcurso del tiempo, conforme a los plazos máximos que determinen los diferentes procedimientos, de los que no pueda derivarse efecto sustantivo alguno.

3. El acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo.

4. El ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada.

5. El derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los siguientes expedientes:

a) Los que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo.

b) Los que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado.

c) Los tramitados para la investigación de los delitos cuando pudiera ponerse en peligro la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando.

d) Los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial.

e) Los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria.

6. Se registrarán por sus disposiciones específicas:

a) El acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas.

b) El acceso a documentos y expedientes que contengan datos sanitarios personales de los pacientes.

c) Los archivos regulados por la legislación del régimen electoral.

d) Los archivos que sirvan a fines exclusivamente estadísticos dentro del ámbito de la función estadística pública.

e) El Registro Civil y el Registro Central de Penados y rebeldes y los registros de carácter público cuyo uso esté regulado por una Ley.

f) El acceso a los documentos obrantes en los archivos de las Administraciones Públicas por parte de las personas que ostenten la condición de Diputado de las Cortes Generales, Senador, miembros de una Asamblea legislativa de Comunidad Autónoma o de una Corporación local.

g) La consulta de fondos documentales existentes en los Archivos Históricos.

7. El derecho de acceso será ejercido por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos debiéndose, a tal fin, formular petición individualizada de los documentos que se desee consultar, sin que quepa, salvo para su consideración con carácter potestativo, formular solicitud genérica sobre una materia o conjunto de materias. No obstante, cuando los solicitantes sean investigadores que acrediten un interés histórico, científico o cultural relevante, se podrá autorizar el acceso directo de aquéllos a la consulta de los expedientes, siempre que quede garantizada debidamente la intimidad de las personas.

8. El derecho de acceso conllevará el de obtener copias o certificados de los documentos cuyo examen sea autorizado por la Administración, previo pago, en su caso, de las exacciones que se hallan legalmente establecidas.

9. Será objeto de periódica publicación la relación de los documentos obrantes en poder de las Administraciones Públicas sujetos a un régimen de especial publicidad por afectar a la colectividad en su conjunto y cuantos otros puedan ser objeto de consulta por los particulares.

10. Serán objeto de publicación regular las instrucciones y respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos administrativos que comporten una interpretación del derecho positivo o de los procedimientos vigentes a efectos de que puedan ser alegados por los particulares en sus relaciones con la Administración.

El artículo antes transcrito ha sido fuertemente criticado por la doctrina, en virtud de su confusa sistematización, la abusiva utilización de conceptos jurídicos indeterminados y su carácter restrictivo.

En cuanto a los sujetos activos del derecho, nos encontramos, a diferencia de los sistemas antes estudiados, que el texto constitucional y legal español limitan el mismo a los *ciudadanos*, a pesar de ello una parte de la doctrina española ha considerado necesario extender este derecho a los extranjeros y personas jurídicas (quienes pueden potencialmente ser interesados en un determinado procedimiento, con el consiguiente derecho de acceso al mismo, motivo por el cual resultaría absurdo, que una vez culminado éste, perdieran el derecho de revisar los documentos que lo constituyen), así como a otras Administraciones Públicas.

En el ordenamiento español, la primera doctrina que estudió el derecho de acceso en la Constitución ya observó tempranamente que la finalidad de este derecho consiste en reconocer una facultad a los ciudadanos en cuanto tales, no *uti singuli*, como partes o interesados en un procedimiento, sino *uti cives*, como simples ciudadanos, miembros de una comunidad y que por pertenecer a ella gozan del disfrute de determinados derechos y libertades.

El sujeto pasivo está representado por las Administraciones Públicas, sin excepción.

El sistema español establece como objeto del derecho de acceso, a diferencia de los estudiados anteriormente, a los registros y archivos de las Administraciones Públicas, motivo por el cual, según la doctrina, no resulta tan necesario efectuar una delimitación del concepto de documento administrativo, sino que por el contrario, debe profundizarse en la noción de archivos y registros administrativos.

Los archivos son definidos como el conjunto organizado de documentos, independientemente de los fines a que respondan. En cuanto a los registros, éstos son instrumentos o centros de ordenación o gestión de documentos, ya sean con la simple finali-

dad de controlar los documentos que entran, circulan y salen de los distintos centros administrativos, o para las muy diversas finalidades a las que responde el conjunto de los registros especiales de la Administración.

El documento ha sido definido como unión de soporte y mensaje o la plasmación de un mensaje, de cualquier clase que sea, en un soporte, sea también de cualquier especie.

Evidentemente, para el ejercicio de este derecho el documento debe existir, no desplegando sus efectos respecto de documentos futuros o inexistentes.

Como en los sistemas antes estudiados, en el español existen límites al derecho de acceso a los registros y archivos administrativos por razones de interés público y privado. Respecto de los primeros, encontramos los siguientes motivos: a) los actos políticos (actuaciones no sometidas al derecho administrativo), b) la defensa nacional y la seguridad del Estado y c) averiguaciones administrativas de delitos.

Las limitaciones establecidas por razones de interés privado son las siguientes: a) derecho a la intimidad, b) documentos nominativos, c) procedimientos sancionadores y disciplinarios y d) secreto comercial e industrial.

La Ley no establece como debe formularse la solicitud de revisión de los documentos contenidos en los archivos y registros de la Administración, en la práctica ésta generalmente se presenta en forma escrita, debiendo el administrado motivar la misma, debiendo identificar el documento al cual desea acceder.

El acceso puede ser autorizado en forma directa o a través de la expedición de copias o certificados.

III. ANTECEDENTES DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE REGULAN EL DERECHO DE ACCESO A LOS EXPEDIENTES Y ARCHIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN VENEZUELA

Analizado el derecho de acceso en el derecho comparado, nos referiremos a las normas constitucionales y legales que regulan este derecho en nuestro sistema jurídico.

El reconocimiento al público de acceder a los documentos en poder de la Administración es reciente. Hasta hace muy poco tiempo coexistían normas que restringían esta posibilidad.

Nuestra Carta Magna de 1961 no contemplaba disposición específica alguna relacionada con el derecho de acceso a los documentos de la Administración Pública; sin embargo, en términos genéricos garantizaba el derecho a la defensa en todo estado y grado del proceso (artículo 68).

Como disposición remota, encontramos el artículo 31 del Estatuto Orgánico de los Ministerios, según el cual:

Los archivos son de uso oficial y *para su consulta* por otros funcionarios y por *particulares debe recaer autorización previa, especial y concreta del ministro respectivo*. También para la expedición de copias certificadas debe recaer orden expresa del ministro aun cuando el solicitante sea una autoridad. (Énfasis nuestro)

La entonces vigente Ley Orgánica de la Administración Central, en sus artículos 54 y 55 disponían que los archivos de la Administración Pública Nacional están reservados al servicio oficial y prohibía que se ordenase la exhibición o inspección general de los

archivos de ninguna de las dependencias públicas sino por los organismos a los cuales la ley les hubiese atribuido específicamente tal función, e incluso limitó los poderes judiciales de averiguación respecto de aquellos expedientes que hubieran sido declarados de carácter reservado o confidencial por el órgano superior respectivo. Asimismo, el artículo 56 prohibía a los funcionarios públicos a conservar para sí papel alguno de los archivos y tomar o publicar copia de ellos sin autorización del órgano superior respectivo, o revelar el secreto sobre asuntos que hayan tramitado en sus oficinas.

El artículo 58 de la citada Ley permitía el derecho a la expedición de copias certificadas de la solicitud que formularé, los documentos que la acompañen y la providencia que hubiere recaído. El artículo 59 disponía la forma cómo se expedían las copias certificadas y la imposibilidad de dar certificaciones cuando lo solicitado se haya catalogado como de carácter reservado o confidencial.

Es el artículo 32 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos el que viene a consagrar la regla de publicidad, al establecer el concepto de confidencialidad como la excepción y eliminar la figura de la reserva.

IV. NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE REGULAN EL DERECHO DE ACCESO A LOS EXPEDIENTES Y ARCHIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El artículo 28 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra el derecho a la información en los siguientes términos:

Artículo 28. Toda persona tiene el derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y de solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley.

En primer lugar debemos observar que el derecho de acceso se encuentra consagrado en el texto constitucional como un derecho fundamental de la persona.

Como puede observarse de la lectura de este artículo toda persona tiene derecho a acceder a los archivos públicos o privados para conocer los datos que sobre su persona y bienes reposan en los mismos, contando con una acción judicial especial, habeas data, para lograr la actualización, rectificación o destrucción de aquellos datos que resulten erróneos o puedan afectar sus derechos.

Al respecto la jurisprudencia ha asentado, mediante sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, número 332 de 14 de marzo de 2001:

De la lectura del artículo 28 citado, que se refiere a registros, se deduce que el derecho a conocer, y el llamado habeas data en general, *no funciona en relación a expedientes de trabajos que reposan en un archivo, a datos sueltos que alguien tenga sobre otro, anotaciones en diarios o papeles domésticos o comerciales, sino que funciona con sistemas -no solo informáticos- de cualquier clase de ordenación de información y datos sobre las personas o sus bienes, con fines de utilizarlos en beneficio propio o de otros, y que real o potencialmente pueden serlo en forma perjudicial contra aquellos a que se refiere la recopilación.* Se trata, por lo tanto, de bancos de datos,

no referidos a alguien en particular, con independencia de que estén destinados a producir informaciones al público. Los registros objeto del habeas data, como todo registro, son compilaciones generales de datos sobre las personas o sus bienes ordenados en forma tal que se puede hacer un perfil de ellas, de sus actividades, o de sus bienes. Los registros oficiales, y por tanto los privados, objeto de la norma, tienen un sentido general, ellos están destinados a inscribir documentos, operaciones, actividades, etc., de las personas en determinados campos o temas, por lo que se trata de codificaciones de series de asuntos que forman patrones, matrices y asientos temáticos, que tienen repercusión sobre las personas en general, así sean ajenas a las actividades que se recopilan y las personas no las conozcan, y tal criterio debe ser aplicado al *registro* de datos e informaciones a que se refiere el artículo 28 constitucional. (Énfasis nuestro)

En el ámbito administrativo este derecho no se limita a las previsiones del artículo 28, debiendo analizarse además el artículo 143 del texto constitucional, que prevé:

Artículo 143. Los ciudadanos... tienen derecho a ser informados... oportuna y verazmente por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados..., y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. Asimismo, tienen acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto. No se permitirá censura alguna a los funcionarios públicos... que informen sobre asuntos bajo su responsabilidad.

La amplitud con que se configura el derecho de acceso en el texto constitucional permite sostener el principio de transparencia en la actuación administrativa, que ha adquirido ya carta de naturaleza en nuestro ordenamiento jurídico, en disposiciones como las siguientes:

a) *Artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece:*

La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos... y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, *transparencia*, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

b) *Artículo 8.2 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos que prevé:*

Los planes de simplificación de trámites administrativos que elaboren los organismos sujetos a la aplicación de este Decreto-Ley, deberán realizarse con base en los siguientes principios:

2. La simplicidad, *transparencia*, celeridad y eficacia de la actividad de la Administración Pública.

c) *Artículo 12 de la Ley Orgánica de la Administración Pública:*

La actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en los principios de economía, celeridad, simplicidad administrativa, eficacia, objetividad, imparcialidad, honestidad, *transparencia*, buena fe y confianza.

Nuestro constituyente y legislador han fijado las bases de una Administración Pública auténticamente democrática, fijando para ello un denominador común que consiste en la participación ciudadana y en la transparencia de la estructura burocrática.

Pero estas no son las únicas disposiciones que en el ordenamiento jurídico venezolano regulan el derecho de acceso a los expedientes y archivos de la Administración Pública. En efecto el artículo 7.1 y 7 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, repitiendo el contenido del texto constitucional, lo prevé como un derecho de los particulares:

Los particulares en sus relaciones con la Administración Pública tendrán los siguientes derechos:

1. Conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en que tengan interés, y obtener copias de documentos contenidos en ellos.

7. Acceder a los archivos y registros de la Administración Pública en los términos previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la ley.

Como podemos observar del artículo 143 del texto fundamental, el derecho de acceso se limita a los ciudadanos, con lo cual en principio quedarían excluidos los extranjeros y las personas jurídicas, como ocurre en el sistema español. Consideramos al respecto, al igual que la doctrina española, que este concepto debe extenderse, entendiendo como legitimado a cualquier persona, natural y jurídica, a los fines de garantizar el desarrollo transparente de la actividad administrativa.

V. EL DERECHO DE ACCESO EN LA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El artículo 155 de la Ley Orgánica de la Administración Pública prevé el derecho de acceso a los archivos y registros de la Administración, sin más limitaciones que las previstas en el texto constitucional y las que establezca la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial (texto legal que no podría prever supuestos distintos de confidencialidad a los estatuidos en la Constitución: *seguridad del Estado, investigación de delitos e intimidad de la persona*).

Conforme a dicha disposición los particulares pueden tener acceso a cualquier tipo de información que repose en los archivos y registros públicos, salvo la referida a las materias de seguridad interior y exterior, investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, las cuales por expresa disposición del artículo 143 de la Constitución podrán ser objeto de limitación en la ley especial que regule la materia.

Para el ejercicio de este derecho debe mediar solicitud escrita previa, a los fines de no entorpecer el normal funcionamiento de la Administración Pública. Consideramos que dicha solicitud no puede ser negada por la Administración, ya que el particular tiene derecho a acceder a la información, ésta simplemente debe limitarse a suministrarla en la medida y forma que no perjudique su normal funcionamiento (artículo 156 de la ley).

Existe también la posibilidad de otorgar acceso directo a los archivos cuando el particular sea un investigador que acredite un interés histórico, científico o cultural relevantes.

El derecho de acceso incluye la posibilidad de obtener copias simples o certificadas de los registros (artículo 157).

Como puede evidenciarse las normas de la Ley Orgánica de la Administración Pública concuerdan plenamente con el texto constitucional en el sentido de establecer un acceso amplio a los archivos y registros de la Administración Pública, en aplicación del principio de transparencia administrativa.

VI. REGULACIÓN CONTENIDA EN LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos regula en su artículo 59 el derecho de acceso a los archivos de la Administración, en los siguientes términos:

Artículo 59. Los interesados y sus representantes tienen el derecho de examinar en cualquier estado o grado del procedimiento, leer y copiar cualquier documento contenido en el expediente, así como de pedir certificación del mismo. Se exceptúan los documentos calificados como confidenciales por el superior jerárquico, los cuales serán archivados en cuerpos separados del expediente. La calificación de confidencial deberá hacerse mediante acto motivado.

Como se indicó con anterioridad al referirnos a interesados, debemos tener como tales a cualquier ciudadano. Se establece como contenido de ese derecho de acceso el leer y copiar el expediente. Por último, mientras no sea dictada la ley que establezca el procedimiento para declarar como confidencial determinados documentos, deberán aplicarse los lineamientos previstos en este artículo, debiendo provenir la declaratoria del máximo jerarca de la organización, mediante acto motivado.

En estos términos ha sido aceptado por nuestra jurisprudencia, al precisar en sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, del año 2002, expediente 01-25278, caso Vifran Jesús Meza Aranguren contra el Director de Investigaciones de la Inspectoría General de la Guardia Nacional, bajo ponencia de Juan Carlos Apitz Barbera:

En el caso bajo análisis, la Corte estima que efectivamente, tal como lo aduce el recurrente, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, describe el derecho de los particulares a tener acceso al expediente, a examinarlo y a copiarlo (artículo 59), derecho que se configura como base para su defensa.

Ante este principio general existe una excepción, la cual consiste en que los interesados no podrán tener acceso a los documentos que sean calificados como confidenciales por el superior jerárquico, los cuales deben archivar en cuaderno aparte, siendo esta la única excepción a la unidad e integridad del expediente.

Sin embargo esta Corte no puede dejar de observar que ese derecho a la información administrativa y acceso a los documentos oficiales, actualmente se ha elevado al rango Constitucional, pues el artículo 143 del Texto Fundamental dispone:

En tal sentido, la omisión de serle entregadas al recurrente las copias certificadas solicitadas, no podrían enmarcarse dentro del supuesto de confidencialidad al que alude el artículo 6 del Reglamento Para la Clasificación, Seguridad y Manejo de las Informaciones, Documentos y Materiales Clasificados pues en este artículo se alude a que dicha clasificación de *confidencial*, "(...) se asignará a las informaciones, documentos y materiales cuyo conocimiento y divulgación a personas no autorizadas, causen daños a la Nación Venezolana o a sus Fuerzas Armadas".

Por lo que lo procedente en el presente caso es acordar que la omisión de serle entregadas al recurrente las copias certificadas solicitadas sus legítimos derechos, y en consecuencia debe esta Corte ordenar a la Dirección de Investigaciones de la Inspectoría General de la Guardia Nacional que haga entrega de las referidas copias, visto que, es la única vía para satisfacer la pretensión expresada por el recurrente, de que se detenga la presunta violación de su derecho a recibir respuesta por parte de la Dirección de Investigaciones de la Inspectoría General de la Guardia Nacional, a la solicitud de copias certificadas realizada en fecha 15 de mayo de 2001, y que se le permita al mismo tiempo ejercer las acciones que considere más convenientes para la defensa de sus derechos e intereses. Así se declara.

VII. DELIMITACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO

1. **Ámbito de aplicación subjetivo**

En primer lugar debemos señalar que el derecho de acceso, conforme lo previsto en el artículo 143 de la Constitución, se refiere a los archivos y registros administrativos.

La Ley Orgánica de la Administración Pública, que desarrolla el derecho de acceso, establece como ámbito de aplicación la Administración Pública Nacional (central y descentralizada), señalando que las normas que se refieran en general a la Administración Pública le son aplicables a las administraciones estatales y municipales. Prevé igualmente la Ley que sus principios se aplican supletoriamente a los demás órganos del Poder Público.

Consideramos que el derecho de acceso a los archivos y expedientes se aplica a todo tipo de administración pública (nacional, estatal o municipal) por cuanto el artículo 156 hace referencia al acceso a los archivos y registros de la *administración pública*, en consecuencia por imperio del artículo 2 de la Ley, esta disposición resulta aplicable a todo tipo de administración.

Pero adicionalmente, estimamos, en virtud del ya citado artículo 2 de la Ley, así como de los artículos 19 y 28 de la Constitución, que este derecho es aplicable a los archivos y registros de todos los Poderes Públicos.

2. **Ámbito de aplicación objetivo**

Conforme al derecho francés, el objeto del derecho de acceso son los documentos administrativos, y de acuerdo con la Ley de 17 de julio de 1978, son documentos administrativos: todos los expedientes, informes, estudios, memorias, procedimientos verbales, estadísticas, directivas, instrucciones, circulares, notas y respuestas ministeriales que conlleven una interpretación del derecho positivo o una descripción de los procedimientos administrativos, opiniones, con la excepción de las opiniones del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos, previsiones y decisiones que revistan la forma de escritos, de grabaciones sonoras o visuales, de tratamientos automatizados de informaciones no nominativas.

La doctrina francesa considera que no estamos en presencia de un documento público en los siguientes casos: documentos no *acabados*, tales como proyectos de decisión. Una definición similar es empleada en el derecho español.

En nuestra opinión ningún documento que repose en los archivos de la Administración Pública puede quedar excluido del derecho de acceso, ni siquiera los documentos no concluidos o proyectos, cuando en el caso concreto se haya tomado una decisión definitiva, ya que dichos proyectos pueden servir de prueba al particular de determinados vicios del acto, como por ejemplo el de desviación de poder.

Existen casos en los cuales el derecho de acceso a los expedientes o procedimientos está limitado por la propia ley, en atención a principios de igualdad y transparencia. Tal es el caso de la Ley de Licitaciones, la cual en su artículo 29 estatuye que todo oferente tendrá derecho a examinar el expediente, leer y copias cualquier documento en él contenido, así como obtener copias certificadas del mismo, una vez concluido el procedimiento.

Lo anterior se encuentra recogido en sentencia de 2001 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, expediente 99-21549, sentencia número 01-25897, caso *Telecomunicaciones IMPSAT, S.A.*, contra el SENIAT, ponencia del Magistrado Juan Carlos Apitz Barbera:

...a decir de los apoderados de la recurrente, sí se le ha causado indefensión en este caso, porque, además, no se le ha permitido tener acceso al expediente administrativo “en cualquier estado y grado del procedimiento” tal como lo dispone el artículo 59 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. En este sentido debe advertir la Corte, en primer lugar, que la aplicación de la mencionada Ley a los procedimientos de licitación no es, ni puede ser directa y de manera principal, debido a la preferente aplicación de las normas que rigen este procedimiento especial, tal como lo dispone el artículo 47 de la propia Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Ahora, de acuerdo con dichas normas y principios, como ya se ha explicado, en beneficio de la igualdad entre los postulantes no es posible admitir que éstos intenten modificar las condiciones de su oferta o que aporten alegatos y documentación, luego de la recepción de las respectivas ofertas. En este contexto habría sido igualmente imposible e impertinente admitir que los oferentes tuviesen acceso al expediente administrativo antes del otorgamiento de la Buena Pro.

En efecto, parte del expediente administrativo es la oferta de cada uno de los postulantes, por consiguiente, si se permitiese a alguno de ellos el acceso a la oferta de los demás, se le daría la oportunidad de alterar los términos de su propia oferta o de influir en la objetividad de la decisión administrativa, pues esta decisión debe estar fundada, exclusivamente, en una evaluación técnica, financiera y jurídica de cada oferta; evaluación que debe realizar la Administración de forma independiente y no en el marco de un debate entre los oferentes (esto es, precisamente, lo que distingue a la licitación de la subasta pública, en la cual sí se permite a los oferentes mejorar las ofertas del resto, esencialmente en lo que atañe al precio).

Estos principios, propios de la licitación fueron hechos explícitos a través de la reforma de la Ley de Licitaciones el año 2000, la cual en su artículo 29 dispone lo siguiente:

Todo oferente en un procedimiento regido por esta Ley tendrá derecho a examinar el expediente, leer y copias cualquier documento en él contenido, así como obtener copias certificadas del mismo, una vez concluido el procedimiento, cualquiera haya sido su resultado... (subrayado de la Corte).

La norma parcialmente transcrita no sólo es consistente con los principios que rigen el procedimiento licitatorio, sino que además se compadece con las normas constitucionales que recogen el derecho al debido proceso y a la defensa de todos los participantes. Dicha disposición, en efecto, ha recogido, de manera sintética todo lo que en este fallo se ha razonado, esto es, que en el procedimiento licitatorio los postulantes pueden tener, en efecto, acceso al expediente, pero que ello se justifica sólo luego del otorgamiento de la Buena Pro. Antes de la emisión de este acto, los derechos e intereses de los postulantes no pueden verse lesionados por un limitado acceso al expediente administrativo, siempre que no se les impida injustificada o arbitrariamente participar en el procedimiento en aquellas fases o actos legalmente establecidos, durante las cuales de acuerdo con la Ley debe participar el interesado.

La situación luego del otorgamiento de la Buena Pro es, sin embargo, muy distinta. Producida la decisión administrativa, ciertamente, quienes se sientan afectados por ella tienen la oportunidad de impugnarla y, por ende, deben contar con los elementos indispensables para el ejercicio (ahora sí) de su defensa, pues ya se habría concretado el acto que pudiera lesionar sus derechos e intereses y contra el cual sí es posible concebir una verdadera defensa. En este contexto el acceso al expediente se configura como un elemento determinante de la efectividad de la defensa que pueda ejercerse en cada caso. Pero no es esta la situación alegada por la empresa recurrente, la cual insiste en señalar que, al no permitírsele acceder al expediente en el procedimiento formativo del acto se le ha violado su derecho a la defensa y al debido proceso, lo cual, sin embargo, no es de recibo.

VIII. MATERIAS EXCLUIDAS DEL DERECHO DE ACCESO

Al igual que en los sistemas de derecho extranjero antes analizado, el derecho de acceso ha sido delimitado en la Constitución de forma positiva (al reconocerlo) y negativa, en la medida en que el artículo 143 ha impuesto un grupo de materias en las cuales puede restringirse su ejercicio. Tales materias son las referidas a la seguridad y defensa del estado, a la averiguación de los delitos y a la intimidad de las personas.

Procederemos a analizar cada uno de estos supuestos:

a) La seguridad y defensa del Estado:

No se requieren grandes esfuerzos argumentativos para justificar que en esta materia el derecho de acceso pueda ser objeto de restricciones.

El derecho de acceso quedará limitado en todos los supuestos en los cuales pueda producirse destrucción del prestigio de las instituciones democráticas, o bien afectarse la seguridad pública interior o exterior. Ejemplo de estas circunstancias serían los planes de defensa en caso de conflicto interno o externo, informes sobre adquisición de equipos militares, número de personas que conforman los contingentes de la Fuerza Armada Nacional, etc.

Sobre el particular se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de 23 de agosto de 2001 de la Sala de Constitucional, expediente número 01-0620, Ponente Jesús Eduardo Cabrera, según la cual:

De lo anteriormente expuesto, concluye esta Sala que, dentro del conjunto de bienes ocupados durante la ejecución de la orden de allanamiento previamente referida, figuran documentos cuyo contenido es de índole reservada, en razón de que los mismos se refieren a asuntos que tienen que ver, directa o indirectamente, con la seguridad del Estado y algunos de ellos inciden, además, sobre la seguridad personal de quienes integran o han integrado dicho cuerpo policial, lo cual permite concluir que, sustraer del conocimiento público esta información, es, potencialmente, de importancia estratégica para el eficaz cumplimiento de los fines de la D.I.S.I.P. y es igualmente importante para proteger a las personas que prestan servicios a la misma.

De manera, pues, que, aun cuando, como lo expone la Juez disidente de la recurrida, pudiera afirmarse la licitud de la posesión privada de los objetos en cuestión, ello sería útil a los efectos de la eventual exoneración de responsabilidad penal al particular poseedor de dichos objetos por razón de dicha tenencia, mas no puede oponerse el interés privado de dicho poseedor al interés social de la seguridad del Estado, habida cuenta, entre otras razones, de la suma de intereses individuales protegidos que la misma supone.

Por otra parte, debe recordarse que, de conformidad con la derogada Ley Orgánica de la Administración Central, los archivos de dicha Administración (a la cual está integrada la D.I.S.I.P.) eran, por su naturaleza, reservados para el servicio oficial y, previa autorización especial, otorgada por el funcionario u órgano competente, dichos archivos podían ser consultados, incluso, por particulares (artículo 54).

Ahora bien, debe entenderse que la consulta supone solamente el acceso, *ad effectum videndi*, de los documentos archivados, no a la posesión o tenencia de los mismos; más aún, su reproducción sólo era legalmente posible en el caso de que la misma fuera acordada judicialmente (artículo 55).

En este orden de ideas y de conformidad con la ley que regulaba la Administración Central para la época en la cual, presumiblemente, el ciudadano Arpad Bango Stagel entró en posesión de los documentos en cuestión, éste sólo podría haber tenido acceso a los documentos que formaran parte del archivo de la D.I.S.I.P., en los términos expresados en el citado artículo 54 de la Ley

Orgánica de la Administración Central; tampoco le era dado ser tenedor de los mismos o de sus copias, conforme con lo que se establecía en el artículo 55 eiusdem; disposiciones estas que aparecen reproducidas más o menos fielmente en los artículos 75 y 76 del vigente Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica de la Administración Central. En el prenombrado texto legal se prohíbe, además, a los funcionarios y empleados públicos conservar para sí documentos de los archivos de la Administración Pública Nacional, así como tomar o publicar copia de ellos sin autorización del órgano superior respectivo, disposición esta que sería aplicable, para el caso de que el referido ciudadano hubiera detentado la expresada condición funcional para el momento en el cual pasó a ser tenedor de los antes nombrados efectos. Por tanto, no puede afirmarse que el ciudadano Arpad Bango Stigel hubiera demostrado su mejor derecho a poseer o tener los documentos, credenciales y material audiovisual en cuestión, efectos respecto de los cuales debe presumirse más bien que, con fundamento en el análisis que precede, forman parte del archivo o son de exclusivo uso, según el caso, de la D.I.S.I.P.

Con base en lo dispuesto en los artículos 143 y 325 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como en las disposiciones legales previamente señaladas y atendiendo, en definitiva, a las razones de orden público y de seguridad del Estado que son contrarias a la tenencia privada de los prenombrados documentos y objetos, de cuyo contenido y presentación se deduce la razonable convicción de que los mismos se encuentran afectados por los conceptos que se acaban de mencionar y de que son recaudos que presumiblemente forman parte de un archivo de la Administración Pública Nacional y de uso reservado por razones de seguridad de Estado, o, en su caso, sirven para el uso exclusivo del organismo policial en referencia, estima esta Sala que a dicho cuerpo deben, en consecuencia, serle reintegrados los documentos y efectos que aparecen expresados en el inventario inserto en la decisión recurrida, así como el material audiovisual incautado en la orden de allanamiento anteriormente referida y en cuya titulación aparezca la D.I.S.I.P. como órgano de origen o procedencia policial previamente mencionado. Así se decide.

b) La averiguación de delitos:

Este supuesto se presenta en aquellos casos en que la Administración Pública coadyuva con los Tribunales de Justicia en la persecución de determinados delitos.

Durante la fase de investigación desarrollada por la Administración, los documentos relacionados con ésta son de carácter reservado, ya que su conocimiento público podría obstaculizar las investigaciones. Un buen ejemplo de esta materia son las investigaciones desarrolladas por las unidades de inteligencia financiera en materia de legitimación de capitales.

En derecho comparado, se observa que la doctrina extiende este criterio a los procedimientos en los cuales la Administración ejercita su potestad de sanción, quedando el acceso al expediente limitado a los interesados, tal como lo prevé la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en su artículo 59, hasta tanto se adopte una decisión definitiva, momento en el cual cesa la restricción.

c) Intimidad de las personas:

El derecho a la intimidad protege todas aquellas informaciones de carácter secreto o íntimo del particular cuyo conocimiento público pudiera afectar su normal desenvolvimiento y tranquilidad.

Como ejemplos del derecho comparado en esta materia podemos citar: los archivos de instituciones psiquiátricas públicas o privadas, datos personales utilizados en la elaboración de estadísticas (por ejemplo los cuestionarios del censo), historias médicas.

IX. ADMISIBILIDAD DE DECLARAR RESERVADAS PARTES DEL EXPEDIENTE

La Administración tiene la facultad para declarar que algunas partes de las actuaciones sean de carácter reservado y que cuando ello sea así decidido, no puede el particular tomar vista de las piezas que fueren del caso.

Esta facultad debe ser ejercida por la Administración Pública con suma cautela, ya que puede ser empleada en la práctica como un mecanismo de corrupción y abuso.

Por ello, toda decisión que declara reservada una actuación debe aclarar expresa y específicamente cuáles piezas del expediente son las que se declaran reservadas (nunca podría declararse como reservado la totalidad del expediente, ya que ello vulneraría el derecho de acceso), evitando la calificación genérica y fundando en cada caso la determinación adoptada, en forma correcta y razonada; además, esa decisión debe emanar de órgano competente, pues como ya vimos no todo funcionario tiene potestad para ello.

Consideramos que los casos en los cuales puede declararse la confidencialidad del documento son sólo los supuestos previstos en el artículo 143 de la Constitución.

Ahora bien, declarada la confidencialidad de parte del expediente administrativo se producen dos efectos, por una parte la imposibilidad de que los interesados puedan acceder a dichos documentos, y por la otra, la imposibilidad de que la Administración Pública fundamente algún tipo de decisión en dicha información.

El hecho de que la Administración no pueda emplear documentos o información confidencial como fundamento de sus actos se justifica por el principio de la razonabilidad de los actos administrativos, lo que comprende el que éstos no se funden en hechos o pruebas inexistentes.

Como ya lo señaló la Corte Suprema de los Estados Unidos “...*nada puede ser considerado como prueba si no es introducido como tal*”.

Por ello no puede la Administración invocar como fundamento de su decisión *pruebas* que no pone en conocimiento de las partes afectadas y cuya existencia, en definitiva y por lo tanto no le consta a los administrados ni a la justicia.

Una decisión fundada en piezas *reservadas*, pues, es una decisión fundada en hechos o pruebas inexistentes jurídicamente y, por ende, debe reputarse arbitraria si no aparece sustentada tácitamente de otro modo. Admitir una solución contraria, a más de violar la garantía constitucional de razonabilidad, dejaría abierta una fácil vía a la Administración que con la mera invocación de supuestas pruebas que sólo ella *conoce* pero que no divulga, podría a su arbitrio tener por *fundadas* todas y cuantas decisiones quisiera, sin posible revisión administrativa o judicial. Semejante conclusión, repugna a todo sentido de justicia, es totalmente inadmisibles en un estado de justicia social.

La Administración podrá en ciertos casos declarar reservadas o secretas partes de las actuaciones, pero bajo la condición inevitable de no poder utilizar dichas piezas del expediente como fundamento directo o indirecto de sus decisiones.

X. DISPOSICIONES EN LEYES ESPECIALES

En diversos instrumentos legales se han dispuesto normas relacionadas con el acceso a los documentos de la Administración y que de alguna manera lo limitan. A continuación sólo mencionaremos las contenidas en las leyes del sector financiero.

Primeramente citaremos el articulado del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros que prevé:

Artículo 37. Los datos e informaciones obtenidos por la Superintendencia de Seguros en sus funciones de regulación, inspección, vigilancia, supervisión, control y fiscalización son, por su naturaleza, *reservados exclusivamente para uso de las autoridades competentes y a los fines previstos en este Decreto Ley, sin perjuicio del derecho que tienen los interesados de acceder a los expedientes en los que conste información y datos sobre sí mismos.*

Cuando las circunstancias lo requieran y, a juicio del Superintendente... de Seguros, la información a que se refiere el párrafo anterior podrá ser suministrada al Presidente del Consejo Nacional de Seguros.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el encabezamiento de este artículo, la Superintendencia de Seguros dará a conocer al público información global sobre las actividades, inversiones, coberturas, estadísticas, indicadores económicos, financieros y técnicos y cualquier otra información que considere relevante de las empresas de seguros y demás personas naturales o jurídicas reguladas en el presente Decreto Ley.

En iguales términos, el Decreto con Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras dispuso:

Artículo 233. Sin perjuicio de lo establecido en este Decreto Ley o en otras disposiciones legales, los datos o informaciones obtenidos por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras en sus funciones de inspección, supervisión y vigilancia, serán suministrados, previa la correspondiente solicitud al Presidente de la República, al Vicepresidente Ejecutivo de la República, al Presidente de la Asamblea Nacional, al Defensor del Pueblo, al Procurador General de la República, al Contralor General de la República, a los Magistrados Presidentes de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, al Fiscal General de la República, al Ministro de Finanzas, al Presidente del Banco Central de Venezuela, al Presidente del Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria, al Presidente de la Comisión Nacional de Valores y al Superintendente de Seguros, para fines oficiales.

Igualmente, serán suministrados al Ministro del Interior y de Justicia, al Ministro de la Defensa, a los órganos del Poder Judicial, y a la administración tributaria, según las leyes, así como a los organismos a que se refieran los acuerdos de cooperación suscritos con otros países.

Cuando las circunstancias lo requieran, la información a que se refiere el párrafo anterior podrá ser suministrada al Presidente del Consejo Bancario Nacional y a organismos de supervisión bancaria y financiera de otros países.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el encabezamiento de este artículo, la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, dará a conocer al público, trimestralmente, información sobre las colocaciones, inversiones y demás activos de las instituciones supervisadas, expresando los principales indicadores de la situación financiera de las instituciones.

Artículo 234. Los receptores de la información a que se refiere el artículo anterior, deberán utilizarla sólo a los fines para los cuales fue solicitada, y responderán de conformidad con las leyes por el incumplimiento de lo aquí establecido.

Por su parte, la Ley del Banco Central de Venezuela prevé un capítulo completo, artículos 38 al 43, relacionado con la *Información, Seguridad y Protección*:

Artículo 38. El personal del Banco Central de Venezuela, aun cuando hubiera cesado en sus funciones debe guardar secreto de las informaciones reservadas y confidenciales de las que pudiere tener conocimiento. La infracción de dicho deber se sancionará...

El deber de secreto alcanza asimismo a todas las personas que, por cualquier motivo, tengan acceso a la información clasificada y, en particular, a aquellas que desempeñen funciones de control o asistan, por derecho de invitación, a reuniones con la Administración del Banco.

Artículo 39. El Directorio del Banco Central de Venezuela podrá clasificar determinada información como secreta o confidencial, cuando de la divulgación o conocimiento público anticipado de las actuaciones sobre política monetaria fiscal o financiera pudieren derivarse perjuicios para los intereses generales o, en su caso, para la propia efectividad y eficacia de las medidas adoptadas.

El Banco Central de Venezuela deberá satisfacer las peticiones formuladas por los ciudadanos en ejercicio del derecho de acceso a los registros y archivos administrativos previstos en el artículo 143 de la Constitución, salvo por lo que respecta a los documentos e informaciones calificados como secretos o confidenciales.

Por último, la Ley de Mercado de Capitales dispone en su artículo 20:

Artículo 20. Los datos, informes y documentos en general que la Comisión reciba o recabe en el ejercicio de sus funciones, salvo los que ella califique de confidenciales, serán de libre acceso a quien los solicite.

La Comisión Nacional de Valores podrá suministrar datos o informaciones confidenciales al Poder Público Nacional en ejercicio de sus funciones específicas.

Los infractores de esta norma incurrirán en las sanciones establecidas en el artículo 137 de esta Ley.

A la luz de las reflexiones formuladas anteriormente sobre el derecho de acceso a los archivos y registros de la Administración Pública, resulta forzoso concluir que los datos que obtengan los organismos referidos no pueden tenerse como de carácter confidencial o reservado al uso oficial. Resulta necesaria una relectura constitucional de dichas normas, en consecuencia salvo la información que pueda afectar la estabilidad interna o externa del país, la referida a la investigación de delitos (como las actividades desarrolladas por las Unidades de Legitimación de Capitales) y las que puedan afectar la intimidad de las personas, el resto de la información que reposa en los expedientes y archivos deben ser de libre acceso a cualquier persona, tal como lo prevé el artículo 143 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los artículos 155 y 156 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

Consideramos que las normas contenidas en la Constitución, en la Ley Orgánica de la Administración Pública y en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos son de aplicación preferente a la regulación contenida en las leyes antes citadas que regulan el sector financiero, por lo que respecta al derecho de acceso a los registros y archivos, por tratarse de disposiciones de rango superior a estas.

Queda a salvo la potestad del máximo jerarca de la organización administrativa para declarar confidenciales partes de un expediente administrativo, con las consecuencias que ello implica, de imposibilidad de su utilización como fundamento directo o indirecto de una decisión. También se exceptúan aquellas políticas o medidas que se pretendan adoptar cuyo conocimiento anticipado por parte del público pueda afectar la medida, o bien pueda poner en riesgo la estabilidad del sistema que a cada uno de los organismos compete.

BIBLIOGRAFÍA

BENAIM AZAGURI, Salvador, “Notas sobre la Reserva de Documentos por Confidencialidad en el Procedimiento Administrativo Ordinario”, en *Revista de Derecho Probatorio* n° 8, Editorial Jurídica Alva, Caracas 1997; p. 393 y ss.

COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, decimotercera edición, Civitas, Madrid 2002.

FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *El Derecho de Acceso a los Documentos Administrativos*. Marcial Pons, Madrid 1997.

JIMÉNEZ RUIZ, Pilar, “Análisis de la Regulación del Tratamiento de Datos Personales realizado por las Entidades de Crédito en España”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 110, Civitas, Madrid 2001; pp. 227 y ss.

MESTRE DELGADO, Juan Francisco, *El Derecho de Acceso a Archivos y Registros Administrativos*, 2° edición, Civitas, Madrid 1998.

MOLES CAUBET, Antonio, *El Procedimiento Administrativo en Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Vol. IV 1980-1981, U.C.V., Caracas 1983.

III. LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

§ 67. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN AMÉRICA LATINA¹

Jesús González Pérez

Catedrático de Derecho Administrativo, España

Cuando se llega a mi edad, después de 56 años dedicado al Derecho administrativo, estudiándolo -y explicándolo en las aulas universitarias-, aplicándolo -litigando ante los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo- y creándolo -colaborando en las tareas legislativas-, se acumulan los recuerdos de hechos que constituyen hitos de la historia del Derecho administrativo.

Al pedirme Allan R. Brewer-Carías unas letras para este su nuevo libro sobre el procedimiento administrativo, me insistió en que no quería unos de esos prólogos dedicados a ensalzar al autor. Ni tampoco de los que tratan dar una idea del contenido del libro y destacar su significado en la Ciencia del Derecho, pues de esto ya se encargaba él en la nota explicativa. Quería que hablara del procedimiento administrativo. Por lo que pensé que nada mejor para atender a sus deseos que evocar aquí algunos de aquellos recuerdos sobre la evolución de la legislación reguladora del procedimiento administrativo.

El Instituto de Estudios Políticos, que durante muchos años fue el centro de investigación más importante sobre las Ciencias políticas y sociales que ha habido en España, editaba, aparte de una revista general (la *Revista de Estudios políticos*), algunas especializadas. En 1948, la Sección de Administración pública propuso a la Dirección del Instituto la edición de una nueva Revista que se dedicara a lo que constituía el objeto de estudio de la Sección. Javier Conde, Director del Instituto, dudó de la viabilidad del proyecto. Al final, ante nuestra insistencia, accedió a que, por vía de ensayo, se encargara la Sección de Administración pública de redactar un número monográfico de la *Revista de Estudios políticos*, con todas las Secciones habituales, dedicadas exclusivamente a temas de la Administración pública. Y así se elaboró y apareció en 1949 el número 48 de la *Revista de Estudios Políticos*. Precedente que olvida Eduardo García de Enterría en la completa y emotiva historia que hace de la *Revista de Administración pública* en su número 150, al conmemorarse el 50 aniversario de su nacimiento.

En la Sección de aquel número de la Revista dedicada a Estudios aparecían trabajos de los entonces tres viejos maestros del Derecho administrativo: José Gascón y Marín, Luis Jordana de Pozas y Segismundo Royo-Villanova. Y dos de ellos estaban dedicados al procedimiento administrativo: el de Gascón y Marín llevaba el título expresivo *Necesidad de un Código de procedimiento administrativo*, y el de Royo-Villanova, *El procedimiento administrativo como garantía jurídica*.

1. Este trabajo es el estudio preliminar del libro de igual título, de que es autor BREWER-CARÍAS, Allan R., que publicó el Colegio Mayor N^o Sra. del Rosario, Bogotá, Colombia.

En la Sección dedicada al *Mundo hispánico* (una de las Secciones fijas de la Revista) se incluía un trabajo mío sobre *El proceso contencioso-administrativo argentino* (páginas 250 a 280), en el que examinaba uno de los muchos proyectos de una Ley nacional reguladora del proceso administrativo, que todavía no existe en Argentina. En aquél, uno de mis primeros trabajos en letra impresa, decía:

Al hacer la exposición de los distintos puntos del proceso contencioso argentino, nos referiremos al Derecho español, resaltando, en los casos de divergencia entre ambas legislaciones, cuál de los criterios es preferible, pues creemos que esta labor de Derecho comparado es altamente interesante para llegar a sentar unos principios jurídicos que puedan inspirar a los distintos pueblos de la comunidad hispánica en la regulación de sus instituciones fundamentales, pues si la existencia de una comunidad nacional implica un conjunto normativo que sea expresión de la vida que anime a esa comunidad (Derecho nacional), la existencia de una comunidad hispánica ha de implicar la existencia de una idea de la vida que debe plasmar en las normas de los distintos pueblos de la misma, no sólo en aquellas de sus normas que, por estar más íntimamente ligadas a la vida íntima del pueblo, reflejen mejor el espíritu común, sino también en aquellas otras que, por su carácter más técnico y formal, se encuentran más alejadas de ese vivir íntimo; en éstas, como en aquéllas, debe encontrarse también la expresión de unos mismos principios de Derecho: la expresión de cómo un conjunto de pueblos entiende y realiza el Derecho natural para regular sus relaciones.

Su publicación constituyó para mí una de las más grandes satisfacciones de mi vida, al constituir el inicio de unas relaciones con los administrativistas de los pueblos de América que fueron intensificándose con los años. Porque con motivo de aquel artículo publico un elogioso trabajo Jorge Tristan Bosch (a cuyo hijo, también administrativista, tuve ocasión de conocer personalmente años más tarde en Tucumán) y recibí una carta efusiva de felicitación del gran maestro argentino Rafael Bielsa, que fue el comienzo de una correspondencia epistolar bastante frecuente y de un intercambio de publicaciones, en el que yo resultaba claramente favorecido, porque Bielsa era mucho más prolífico que yo. En mi biblioteca ocupan un lugar destacado sus libros, con sus muy expresivas dedicatorias.

El número 48 de la *Revista de Estudios políticos* constituyó un éxito, lo que satisfizo plenamente a Javier Conde. Y poco después aparecía el número 1 de la *Revista de Administración pública*, en el que se incluía un trabajo de Villar Palasí sobre *La Federal Administrative Procedure Act de Estados Unidos*. Y comenzó la que se ha llamado *década prodigiosa* del Derecho administrativo español. Porque en ella se promulgaron tres leyes, con las que se culminó la construcción del Estado de Derecho: la Ley de expropiación forzosa de 1954, que instauró en los términos más amplios la responsabilidad patrimonial de la Administración pública; la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, que garantizó -salvo de pocas pero importantes materias- el pleno control de la actuación administrativa por órganos jurisdiccionales especializados encuadrados en el Poder judicial, y la Ley de procedimiento administrativo de 1958, que reguló los cauces formales a que debía sujetarse la actividad del Estado, haciendo posible la satisfacción de las necesidades públicas, sin detrimento del derecho de defensa de los administrados.

Una regulación uniforme de los procedimientos que se tramitan ante las Administraciones es tarea imposible. La diversidad de los fines a realizar y las modalidades de la función administrativa se traducen en la exigencia de tal número de procedimientos adecuados a cada una de ellas, que se resisten a una ordenación sistemática. Pretender que una Ley de procedimiento contuviera la regulación de todas las funciones administrativas sería tanto como una codificación de la legislación administrativa desde la pers-

pectiva formal. Y hace ya mucho tiempo que se constató que la codificación administrativa constituía un ideal inaccesible. Los procedimientos administrativos, cada procedimiento, ha de regularse en la ordenación de cada una de las funciones administrativas, sea de provisión de medios o de realización de fines. El procedimiento de selección de funcionarios vendrá regulado en el ordenamiento de la función pública; el de adquisición de bienes, en las leyes sobre el patrimonio de los entes públicos y, en su caso, en la legislación expropiatoria; los procedimientos de gestión, liquidación y recaudación de tributos, en las leyes de los respectivos impuestos, además de en la reglamentación sobre procedimientos recaudatorios; los procedimientos para el otorgamiento de concesión de aprovechamiento de aguas en la legislación de aguas; los de aprobación, modificación y revisión de planes de urbanismo, en la legislación sobre ordenación del suelo y sus reglamentos, etcétera. En cada uno de estos bloques normativos, en atención a la finalidad perseguida, se articulará el procedimiento idóneo en cada caso.

Esto supuesto, ¿hasta dónde puede llegar una regulación uniforme del procedimiento administrativo? A tal efecto puede ser útil la distinción entre los que se han llamado procedimientos formalizados y procedimientos no formalizados.

Porque el legislador, al regular una actuación administrativa, puede adoptar uno de estos dos criterios: establecer el cauce formal que ha de seguirse determinando en qué orden y en qué momento han de realizarse todos y cada uno de los trámites que integran el procedimiento de que se trata, o dejar al instructor en libertad para seguir el procedimiento que estime idóneo, atendiendo a las ideas de simplicidad, eficacia y garantía.

Pues bien, ¿cuál ha de ser el contenido de una ley de procedimiento administrativo respecto de cada una de estas categorías de procedimiento administrativo?

Existen, por supuesto, una serie de normas de la ley de procedimiento administrativo que deben tener -y realmente tienen- una aplicación general, cualquiera que fuera el tipo de procedimiento. Son normas que regulan aspectos, incluso estrictamente procedimentales, respecto de los que no tiene la menor relevancia el objeto sobre el que incida el procedimiento. Pensemos, como ejemplo típico, el de las normas reguladoras de la actividad de ordenación. No tiene sentido que los actos por ellas regulados deban estar sujetos a régimen distinto en función de la materia. Los actos de notificación, comunicación entre órganos, certificación, desglose de documentos y todos los estrictos de ordenación deben ser idénticos y, por tanto, una sola la regulación: las normas sobre ellos de la ley de procedimiento administrativo serán aplicables cualquiera que sea el procedimiento.

Pero, en general, la función de una ley de procedimiento administrativo será muy distinta según la categoría de los procedimientos.

Respecto de los procedimientos no formalizados, una ley general de procedimiento administrativo ha de contener la regulación de las exigencias mínimas a las que en todo caso ha de ajustarse aquél al que corresponde la instrucción del procedimiento, así como los instrumentos jurídicos que necesita para realizar la función administrativa encomendada. La ley general regulará -y regulará detalladamente- cada uno de los instrumentos que puede utilizarse -alegaciones, prueba, información pública, audiencia y vista, etcétera-. Y el instructor utilizará en cada caso aquéllos que sean necesarios, y prescindirá de todo trámite inútil. Reducido al mínimo el principio de preclusión, se realizarán sólo todos los que sean estrictamente indispensables para cumplir con la debida eficacia los fines perseguidos.

Respecto de los procedimientos formalizados, se impone una elemental distinción. Porque si bien la naturaleza de la función ejercitada y la materia sobre la que recae condicionan decisivamente el cauce formal al que debe ajustarse la actividad administrativa, esto es así en líneas generales. Pero existen procedimientos que no están condicionados por el objeto. No influye para nada la materia sobre la que puedan versar. El ejemplo típico lo constituyen los procedimientos de revisión de los actos administrativos. Los trámites que han de seguirse para la decisión de un recurso administrativo no variarán en absoluto por el hecho de que el acto objeto de impugnación sea una licencia de construcción, una liquidación tributaria o el acto de destitución de un funcionario. Cuando de lo que se trata es de verificar la legalidad de un acto, su conformidad con el ordenamiento jurídico, es irrelevante su contenido. Como también es irrelevante en los procedimientos sancionadores: podrá variar, según la materia, el cuadro de las faltas y el de las sanciones aplicables a cada una de las faltas tipificadas por la ley. Pero el procedimiento para imponer la sanción debe ser el mismo, en cuanto viene informado por las garantías constitucionales frente al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, que deben ser las mismas que la Constitución establece frente al ejercicio de la potestad penal.

En este supuesto, resulta evidente que la función de una ley de procedimiento administrativo ha de ser distinta respecto de unos y otros procedimientos.

Si la razón por la cual estimamos que una ley de procedimiento administrativo no puede -ni debe- ser una ley de procedimiento no es otra que la diversidad de procedimientos impuestos por la materia sobre la que versen; en los supuestos en que no ocurra así y sea posible una reglamentación al margen de la función administrativa ejercitada y materia sobre la que recae, debe ser una ley de procedimiento administrativo la que regule el procedimiento. Estamos ante procedimientos formalizados, y formalizados en la propia ley general. No tiene sentido, por ejemplo, que en cada uno de los bloques normativos, al regular las diversas funciones administrativas, se articule un sistema de recursos o, en general, de revisión de los actos administrativos.

Respecto de aquellos procedimientos que están condicionados por el objeto, en los que se estima que no debe quedar la tramitación al criterio del instructor, la reglamentación detallada corresponderá al ordenamiento de la función administrativa respectiva.

Pero ello no supone que esta reglamentación detallada no guarde la menor conexión con la ley de procedimiento administrativo. Pues, aun cuando ésta es una ley ordinaria -y, por tanto, no tiene fuerza vinculante respecto de otra norma ulterior del mismo rango jerárquico-, al contener los principios y garantías que, dimanantes de la Constitución, deben informar los procedimientos administrativos, constituye la ley cabeza de grupo de las normas sobre procedimiento de las distintas ordenaciones sectoriales.

Por otro lado, al formalizarse el procedimiento en cada uno de estos Ordenamientos, no será necesario que reiteren, reproduciendo la normativa de la ley general, la regulación de los distintos trámites. Sino que podrán -y lo lógico y procedente es que así se haga- remitirse a la regulación general. Así, una ley de ordenación urbanística o de otorgamiento de una concesión administrativa de servicio público o cualquier otra pueden estimar necesario que en un determinado procedimiento exista un trámite de información pública; pero si este trámite está regulado con carácter general entre los instrumentos previstos en la ley general de procedimiento administrativo, bastará que la ordenación sectorial establezca el trámite, remitiéndose a aquélla.

España ha sido la primera Nación que ha tenido una ley de procedimiento administrativo, la ley de 19 de octubre de 1889; pero se trataba de una ley de bases que había de desarrollarse por los distintos Departamentos ministeriales a través de los correspondientes Reglamentos, que se aprobaron en fechas muy distintas, dando lugar a un conjunto heterogéneo de disposiciones en pugna con la idea directriz que había presidido la promulgación de la ley. De aquí la necesidad de una ley que superara el caos normativo existente. A esta necesidad se refería Gascón y Marín en aquel trabajo publicado en el número 48 de la *Revista de Estudios Políticos*, en estos términos:

Se impone el ir a la promulgación de un Código único de procedimiento administrativo. La diversidad de materias sobre que versan las reclamaciones o peticiones formuladas por los particulares no debe llevar a la variedad de plazo, de denominaciones y naturaleza de recursos que se advierten en los Reglamentos en vigor. Partiendo de una nueva Ley de Bases, y realizando, no una mera recopilación o refundición de los diversos Reglamentos, sino una verdadera obra de codificación sistemática y revisora del vario Derecho existente, debe ser publicado un Código de procedimiento administrativo para la Administración central, partiendo de la necesaria separación entre las disposiciones orgánicas de estructuración burocrática de cada Departamento ministerial y las verdaderas de procedimiento administrativo. Derecho procesal administrativo que debe ser uniforme. Cabe, sí, establecer inicialmente una delimitación de los diversos órganos administrativos que existen por igual en los diversos Departamentos ministeriales, dejando la organización interna de cada uno de los servicios a normas singulares de los mismos; debe aparecer determinada concretamente la competencia de cada uno de los órganos de intervención en el proceso administrativo. Señalada y definida también la diversa naturaleza y alcance de las decisiones de trámite y de resolución que puedan adoptar las autoridades administrativas, la posibilidad y casos de adoptar el procedimiento oral y el escrito obligatorio; unificar todo lo relativo a incoación de expedientes, a la condición de interesados en los mismos, a la comparecencia personal o por modo de representantes, a señalar la diferencia entre reclamantes e interesados, los casos de posibilidad de reclamaciones colectivas, simplificando el procedimiento, tanto en única como en ulterior instancia; unificando lo relativo a plazos, paralización, caducidad de expedientes, incidencias, notificaciones, recursos ordinarios y extraordinarios, potestad correctiva en los casos de anormalidades en la tramitación, diferenciando la acción que pueda ejercitar el interesado, para obtener la normalidad de procedimiento, de la correspondiente a los Jefes jerárquicos de quien dirige el procedimiento para imponer la normalidad en el mismo; significación del silencio administrativo; acción del particular para obtener decisión de la autoridad, incorporando en libros especiales al Código general lo especial de ciertos procedimientos, como el económico administrativo y el sancionador².

Respondiendo a esta demanda unánime, se hicieron varios intentos de elaboración de una ley, hasta que, siendo Secretario General Técnico de la Presidencia del Gobierno Laureano López Rodó, se nombró una Comisión encargada de la redacción de un anteproyecto de ley de procedimiento administrativo. Cuando, ya ultimado el trabajo, nos despedíamos con motivo de las vacaciones de Semana Santa de 1958, López Rodó nos dijo, a Manuel Ballbé y a mí -que habíamos tenido una importante participación en la Comisión- que quería tener la Exposición de Motivos de la Ley el lunes de Pascua. Recordándole que ese día era fiesta en Barcelona, logramos que nos prorrogara el plazo hasta el martes. Día en que me reuní con Ballbé para ensamblar las partes que habíamos redactado cada uno, el en Barcelona, y yo en Madrid precisamente el día de Viernes Santo, lo que resultó fácil dada la coincidencia de criterios. Y pudimos entregar el texto en el plazo fijado. De este modo, pudo repartirse el anteproyecto al día siguiente, y en el primer Consejo de Ministros, convertirse en proyecto, al ser aprobado y remitido a las Cortes³.

2. *Revista de Estudios Políticos* n° 48, pp. 39 y ss.

3. Así lo recuerdo en mi trabajo "Laureano López Rodó, *in memoriam*", que sirve de introducción al libro *El procedimiento administrativo y el control jurisdiccional*, INAP, 2001, pp. 11 y ss., que recoge las intervenciones en

La ley respondía a los principios antes resumidos. No trataba de regular un procedimiento administrativo al que hubiera de ajustarse la actuación administrativa de las distintas Administraciones públicas, siempre que la legislación aplicable no tuviera previsto un procedimiento especial. La ley reguló los distintos aspectos del procedimiento administrativo comunes a todos -formalizados y no formalizados-, así como aquellos procedimientos formalizados en cuya tramitación no incidía el objeto, como los de revisión -de oficio y recursos administrativos- y los ejecutivos; los instrumentos de los que podrían hacer uso los sujetos que intervienen en el procedimiento para su normal desarrollo cuando no existiera un procedimiento formalizado, y las garantías esenciales que habría que respetar en todo caso. Pero los aspectos procedimentales constituían solo una parte -y no la más importante- de la regulación en ella contenida. La ley regulaba el régimen jurídico de la acción administrativa en sus diversos aspectos, y no sólo el procedimental. En consecuencia, en ella se encontraba el ordenamiento jurídico de los sujetos de la acción administrativa -órgano administrativo y administrados-; del objeto; de los actos, no sólo los de trámite que integran el procedimiento, sino del régimen general del acto, administrativo -requisitos, validez y efectos-, y del procedimiento administrativo en el sentido antes expuesto, como la regulación de los procedimientos formalizados no condicionada por el objeto y, muy especialmente, los de revisión.

La influencia de la ley española de procedimiento administrativo en los Ordenamientos jurídicos americanos ha sido destacada por el Prof. Brewer-Carías en uno de los libros que, según nos dice en la *Nota explicativa*, constituye uno de los precedentes del que ahora aparece. Esta ley -dice- “ha tenido una enorme importancia, no sólo en el propio desarrollo del derecho administrativo español, el cual es, precisamente, a partir de finales de la década de los cincuenta que comienza a renovarse y a alcanzar los extraordinarios niveles de excelencia de la actualidad, sino en el desarrollo del derecho administrativo contemporáneo de América Latina pues, puede decirse, que en una u otra forma dichas leyes han inspirado las leyes reguladoras de la actividad administrativa que se han dictado en nuestros países, en las últimas cuatro décadas”⁴.

La primera reglamentación americana del procedimiento administrativo con influencia de la ley española fue el “Reglamento de Normas Generales de Procedimientos administrativos” de Perú, aprobado por Decreto Supremo número 006-67,56, de 11 de noviembre de 1967, a las que se otorgó fuerza de ley por el Decreto-Ley n° 26111, que distaba mucho de lo que debía ser una reglamentación básica del procedimiento administrativo, tal y como se configuraba en la ley española. De aquí las críticas de que fue objeto, así como las modificaciones ulteriores⁵, hasta llegar a la ley n° 2744 titulada *Ley de procedimiento administrativo general*, publicada en el DO de 11 de abril de 2001, en cuya elaboración la Comisión tuvo en cuenta, aparte de los precedentes iberoamericanos -en España ya estaba vigente la ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común-, la legislación alemana y la italiana, como reconoce uno de los más relevantes miembros de la Comisión⁶.

las VI Jornadas hispano-argentinas de Derecho administrativo en homenaje al Profesor Laureano López Rodó, celebradas en Santiago de Compostela en marzo de 2000.

4. *Principios del procedimiento administrativo*, Editorial Civitas, Madrid 1990, p. 24. En términos análogos, VIDAL PERDOMO, en DANOS y otros, *Comentarios a la Ley del procedimiento administrativo general. Ley 27444*, Ara Editores, Lima 2001, p. 85.

5. Críticas que se reflejan en la obra de MORÓN URBINA, *Derecho procesal administrativo*, I, 2ª ed., Lima 1999, pp. 115 y ss.

6. DANOS ORDÓÑEZ, Jorge, en el estudio preliminar de la primera edición oficial de la Ley, agosto 2001.

El significado de la ley queda reflejado en el art. 159.1, reproducción casi literal del art. 78.1 de la ley española de 1992, que, a su vez, reitera el art. 81.1 de la ley de 1958. El art. 159.1 de la ley peruana, dice:

Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, serán realizados de oficio por la autoridad a cuyo cargo se tramita el procedimiento de evaluación previa, sin perjuicio del derecho de los administrados a proponer actuaciones probatorias.

Teniendo en cuenta el rango reglamentario y ámbito de la Reglamentación peruana de 1967, puede considerarse que la primera Ley argentina en el que tuvo reflejo el procedimiento español, fue la ley de procedimientos administrativos argentina n° 19.549 de 1972 la que, después de un Título I, en el que, además de delimitar el ámbito de aplicación, se consagran los principios generales informantes del procedimiento administrativo y los requisitos generales de la actuación administrativa, se regula: el régimen de la competencia y de los titulares del órgano administrativo en el Título II; los requisitos y efectos del acto administrativo y del silencio, en el Título III, y la impugnación de los actos en el Título IV. Como afirmaba Tomas Hutchinson, al comentar la ley varios años después, “la ley nacional de procedimientos administrativos es un cuerpo legal que, además de organizar recursos contra ciertos actos administrativos, establece normas respecto de la actuación de los funcionarios en lo que atañe a compaginación de expedientes, un trámite interno al margen de todo petitorio del particular y, en general, a ciertas formas procedimentales que deben observarse por quienes ejercen funciones administrativas. Como dijimos, contiene también normas de fondo. Es un instrumento político-arquitectónico útil para una buena conducción del Estado actual”⁷.

La parquedad de la ley nacional argentina, contrasta con la extensión de la ley n° 27444 de Perú (243 artículos, 7 disposiciones finales y 5 transitorias), y de las *Normas Generales de actuación administrativa en la Administración central*, de Uruguay, aprobadas por el D. 500/991, con sus 239 artículos, que sustituyó al D. 640/973, que si bien constituye norma básica que modifica los reglamentos sobre procedimientos especiales o técnicos a que se refiere su artículo 1º, en cuanto “contradigan con la naturaleza de estos procedimientos”, sólo se aplicará supletoriamente a los procedimientos administrativos sometidos a regímenes particulares en razón a la especialidad de las reparticiones en las que se aplican”, en los puntos en que esos regímenes especiales carezcan de regulación⁸.

Costa Rica rompió la tradición legislativa con su *Ley General de la Administración pública*, en la que se reflejan las genialidades del gran jurista que fue Eduardo Ortiz Ortiz. Ley elaborada con una tan depurada técnica, que al promulgarse me planteé serias dudas sobre su viabilidad, y así se lo hice ver a Eduardo. No obstante, funcionó. Lo que refleja el alto nivel del funcionariado de aquella Nación. Me lo comentaba años después, cuando coincidimos en Toledo con motivo de unas Jornadas sobre el *Derecho político a finales del siglo, una perspectiva iberoamericana*, unos meses antes de su muerte.

Como dice Brewer-Carías, esta ley constituye casi un *Manual* de Derecho administrativo redactado en forma de artículos, en los “que se encuentra explicado el Derecho administrativo como si se tratase del desarrollo de un programa de un curso sobre esta disciplina, expuesto en un muy hermoso y rico texto”.

7. *Ley nacional de procedimientos administrativos*. Ley 19549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales, Buenos Aires 1985, I, p. 7.

8. CAJARVILLE, *Procedimiento administrativo en el D. 500/991*, Montevideo 1992, p. 15.

En Colombia se aprovechó la reforma del Código Contencioso-Administrativo de 1984 para llenar uno de los más grandes vacíos de su legislación que radicaba en la ausencia casi total de regulación de los procedimientos administrativos con la incorporación a aquél de un libro (el primero) dedicado a los procedimientos administrativos⁹.

La ley de Honduras (Decreto n° 152-87), de 28 de septiembre de 1987 es, sin duda, la que en su estructura y contenido sigue más fielmente el modelo de la española.

Méjico no tuvo una ley de procedimiento administrativo a nivel federal ni al de las entidades federativas hasta la ley federal de procedimiento administrativo de 14 de julio de 1994. Un importante precedente fue un proyecto elaborado por la Coordinación General Jurídica del D.F. (integrada por Fix-Zamudio, García Ramírez, Gutiérrez De Velasco, Ovalle, Soberanes y Vázquez Alfaro) que puede conocer y comentar en unas conferencias que pronuncié en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, a las que sugirieron unos interesantes coloquios en los que intervinieron los redactores del proyecto y cualificados funcionarios del Distrito Federal. La nueva Ley de 1994 no fue muy bien recibida por la doctrina¹⁰, ni positivos los comentarios posteriores, al destacar la vaguedad e imprecisión de su articulado y llegarse a dudar de la constitucionalidad para la denegación global y tácita de leyes anteriores que en ella se contenía y por la violación de las garantías de seguridad jurídica y de legalidad¹¹. No obstante, constituyó un paso importante en la estructuración de esta pieza esencial que es el procedimiento administrativo en un sistema de justicia administrativa¹². Y dio lugar a que los Estados

9. Aunque en estricto rigor de técnica legislativa la regulación no encuadra exactamente dentro de un Código contencioso-administrativo, "las críticas que pueden hacerse a dicha inexactitud formal no pueden desmerecer la bondad, la utilidad y la oportunidad de un Ordenamiento jurídico cuya existencia se venía echando de menos de vieja data". Así, EZQUERRA PORTOCARRERO, en "El campo de aplicación de los procedimientos administrativos", en la Obra colectiva *Comentarios al Código contencioso*, 2ª ed., Biblioteca de la Cámara de Comercio de Bogotá 1986, p. 48.

10. Así, en *Boletín jurídico, Despacho de Emilio Margáin y Asociados* n° 200, octubre de 1994, p. 6, dice: "De la lectura del articulado de la Ley Federal de Procedimiento administrativo, que entrará en vigor el 1º de julio de 1995, se observan grandes confusiones, aclaraciones innecesarias, omisiones, etcétera, que indican la intervención de numerosas personas -se sostiene que el proyecto fue modificado por el grueso de las Direcciones Generales Jurídicas de las Secretarías de Estado y hasta por la Unidad Jurídica de la Presidencia- que terminaron por desnaturalizar lo que inicialmente redactaron sus autores.

Si buen número de los directores de las unidades jurídicas de las Secretarías de Estado poco conocen del Derecho administrativo, volviéndose prácticos de las leyes que corresponden a sus dependencias, piénsese en el problema con que se enfrentarán los nuevos directores de esas unidades que tomarán posesión con el nuevo Poder Ejecutivo que entrará a gobernar al país el 1º de diciembre próximo y que se van a encontrar con esta ley que trabajo les costará entenderla".

NAVA NEGRETE, *Derecho administrativo mexicano*, México 1995, p. 290, dice que "debiera revisarse con gran acuciosidad, pues fue una ley producida sin debate, sin una mínima apreciación por los legisladores, indudablemente más preocupados por sus futuras posiciones políticas y personales".

11. ACOSTA ROMERO, Herrán y VENEGAS, *Ley Federal de Procedimiento Administrativo y Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal*, comentadas, Porrúa, México 1996, pp. 105 y ss. y pp.167 y ss.

12. Así, en mi trabajo *Procedimiento administrativo federal*, Editorial Porrúa y UNAM, 2000, pp. XIV y ss. Se aparta en cierto modo de esta opinión general Lucero ESPINOSA, al decir en su trabajo *Ley federal de procedimiento administrativo comentada*, México 1998, p. X, que "aunque la promulgación de la Ley Federal de Procedimiento administrativo representa un avance que se había buscado, sin lograrlo, durante un buen número de años, el ordenamiento en estudio adolece de obscuridad, imprecisiones y contradicciones, y hasta faltas gramaticales. Si la ley está promulgada, con sus fallas y deficiencias; ahora nos toca a nosotros, los integrantes de asociaciones jurídicas, profesores de la materia y profesionales del derecho en general, hacer las observaciones correspondientes para depurar lo que ya está hecho, a fin de lograr una mejor regulación en este ámbito. Es cierto que hubiera sido mejor que previamente a la promulgación de la ley, las Comisiones legislativas consultaran escuelas y facultades de derecho y asociaciones jurídicas, para lograr un mejor instrumento legal; pero como ya había sucedido antes, también existía el riesgo de que las buenas intenciones nuevamente se quedaran en el camino. En lo particular, en los últimos 10 años nos tocó conocer tres diversos anteproyectos de Ley de Procedimiento Administrativo, que sólo

de la República vayan promulgando sus leyes de procedimiento, después de que el Distrito Federal promulgara la suya de 14 de diciembre de 1995. Concretamente, el Estado de México promulgó, el llamado Código de procedimientos administrativos el 6 de febrero de 1997, en el que, después de un Título primero dedicado a las disposiciones comunes al procedimiento y al proceso administrativo, dedica el Título segundo al procedimiento administrativo (arts. 106 a 198) y otro, el Título tercero, al proceso administrativo (arts. 199 a 293). Y el 9 de febrero de 1999, el Estado de Aguascalientes publicó su ley de procedimiento administrativo.

En Brasil, el 29 de enero de 1999 se sancionó la *Ley n° 9.784 que regula el procedimiento administrativo en el ámbito de la Administración pública Federal*, en la que se nota la influencia del Código de procedimiento administrativo portugués aprobado por Decreto-Ley n° 442/91, de 15 de noviembre, en cuya exposición de motivos se reconoce que en su elaboración se han tenido en cuenta las enseñanzas del Derecho comparado y la larga experiencia de la aplicación de “leyes de procedimiento administrativo en países con sistemas político-administrativos tan dispares como Argentina, los Estados Unidos de América, España, Yugoslavia y Polonia, por citar algunos de los más importantes sobre este punto de vista”, mereciendo “particular atención la ley de procedimiento administrativo de la República Federal Alemana publicada en 1976”. El Profesor Freitas Do Amaral destacaría después la “marcada influencia de la ley de procedimiento administrativo española de 1958, de la ley norteamericana de 1946 y del Código alemán de 1976”¹³.

Del elenco de leyes de procedimiento administrativo de lengua española merece destacarse la Ley Orgánica de procedimientos administrativos de Venezuela, que publicó el n° 2818 extraordinario de la *Gaceta Oficial* de 1° de julio de 1981. Y entró en vigor el 1° de enero siguiente. En la introducción que redactó Brewer-Carías para la publicación de su texto en la Colección de textos legislativos de la Editorial Jurídica venezolana, decía:

Esta Ley Orgánica, sin duda, producirá un impacto fenomenal en el funcionamiento de nuestra Administración Pública, similar a una revolución administrativa, pues cambia radicalmente la situación anterior. En efecto, en primer lugar, producirá un cambio de carácter jurídico, al transformar la informalidad administrativa anterior en un formalismo procedimental positivizado, y la situación anterior de los administrados, de impotencia y sujeción, en una situación colmada de garantías y derechos; y en segundo lugar, producirá un cambio de carácter administrativo, al transformar la irracionalidad anterior por normas y procedimientos técnicos racionales. Queremos insistir brevemente en estos dos aspectos en los cuales incidirá la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos sobre el funcionamiento de nuestra Administración Pública, pues en ellos es que la Ley Orgánica provocará un cambio radical respecto de la situación anterior, que sólo su aplicación sucesiva consolidará. Las revoluciones administrativas, estamos convencidos, no se producen de un plumazo, sino que sólo pueden resultar de un esfuerzo deliberado y consciente de transformación continuada, el cual sin embargo, debe iniciarse mediante un acto formal. La Ley Orgánica, en este sentido, es el inicio de un proceso de transformación que dará sus frutos, dentro de algo más que una década, siempre que se defina una política adecuada para su aplicación permanente¹⁴.

lograron alcanzar ese nivel. Hoy el paso está dado; vayamos adelante con la depuración que nos toca proponer para mejorar esta ley”.

13. En “A Codificação do procedimento administrativo em Portugal: razão de ser. Tradicoes e enquadramento constitucional” en *Procedimiento administrativo. Ponencias del I Coloquio hispano-portugués*, Santiago de Compostela 1995, p. 32.

14. Pp. 10 y ss. de la 8ª edición.

Precisamente por la revolución que suponía, a fin de facilitar el proceso de transformación, el Gobierno venezolano fletó un avión en el que viajaron a España altos funcionarios cualificados que habrían de tener una intervención decisiva en la aplicación de la nueva ley, para que durante unas semanas participaran en un curso intensivo que se organizó en la entonces Escuela Nacional de Administración pública de Alcalá de Henares, en el que intervinimos los que habíamos colaborado en la elaboración de la ley española de 1958 y la aplicábamos diariamente, como funcionarios o como abogados de los administrados. La experiencia acumulada durante los más de veinte años de vigencia de nuestra ley nos permitiría dar a conocer a nuestros colegas venezolanos las dificultades con que nos habíamos encontrado -que serían análogas a las que ellos se encontrarían- y el modo de poder superarlas para que pudieran cumplirse las finalidades de todo Ordenamiento del procedimiento administrativo. Aquellos días de gratísima convivencia, tan útiles para todos -siempre se aprovecha mucho en los cambios de impresiones entre quienes tienen preocupaciones comunes- culminaron en una cena que nos ofreció el Embajador de Venezuela, a la que asistió como testigo cualificado Manuel García Pelayo, a la sazón Presidente del Tribunal Constitucional español.

Las leyes de procedimiento administrativo objeto del estudio del Prof. Brewer-Carías consagran, de forma más o menos expresa, los principios que informan la regulación del procedimiento administrativo, reiterando a veces las normas de las Constituciones respectivas. Principios que tienen valor muy distinto, pues no pueden ser en modo alguno homologables los de *economía*, *celeridad* y *eficacia*, que figuraban en el artículo 29 de la ley española de 1958 y se han reiterado en casi todas las americanas con más o menos variantes, con los de legalidad, debido procedimiento o de confianza legítima. Mientras estos son auténticos principios generales del Derecho, aquellos son más bien principios de organización. Y así lo ha destacado la doctrina. Ya Hildegard Rondón de Sansó, en el estudio preliminar que, con la introducción de Brewer-Carías, se incluye en el texto de la ley orgánica de Venezuela publicada por la Editorial Jurídica Venezolana, distinguía entre los “principios relativos a las garantías jurídicas (*audire alteram partem*, principio de imparcialidad, principio de publicidad)”, y los “principios relativos a la eficacia administrativa (economía procedimental, racionalización, actuación de oficio)”¹⁵. Y Cajarville, al estudiar las *Normas Generales de actuación administrativa de la Administración central* de Uruguay, dice que los principios generales por los que se rige el procedimiento administrativo -que enumera el artículo 2º del D. 500/91, indiscriminadamente- pueden agruparse en dos grandes categorías: “Unos, -dice- son, realmente, principios generales del Ordenamiento en su conjunto, que como tales se aplican también en esta materia; otros, son específicos del procedimiento administrativo y derivan de las características de la función que en él se ejercita”. Incluye entre los primeros a los siguientes¹⁶:

- Debido procedimiento o derecho a defenderse.
- Derecho al honor y a la dignidad. Presunción de inocencia.
- Imparcialidad.
- Derecho a la seguridad.
- Buena fe, lealtad y producción de verdad, salvo prueba en contrario.
- Incluye entre los segundos a estos otros:
- Legalidad objetiva.

15. Pp. 63 y ss. de la edición citada.

16. Procedimiento administrativo, *cit.*, pp. 20 y ss.

- Verdad material.
- Impulsión de oficio.
- Delegación material.
- Principios relativos a las formalidades.
- Gratuidad.

Clasificación que no responde al criterio diferencial señalado, porque algunos de estos últimos -legalidad objetiva y antiformalismo- son auténticos principios generales del Derecho y, como tales, sirven de fundamento al Ordenamiento, orientan la labor interpretativa y se aplicarán para llenar las lagunas de la ley. Y es que el art. 2º de las Normas, después de enumerar indiscriminadamente los principios, establece que “servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento”.

El problema de la delimitación de lo que constituyen auténticos principios generales de Derecho que informan la regulación del procedimiento administrativo de los principios de organización ha preocupado especialmente a Eloy Espinosa-Saldaña al estudiar la ley del Perú n° 27444. Ya Danós, al estudiar el proyecto, había explicado que deliberadamente la Comisión redactora sólo había incorporado los principios que regulan la actuación administrativa y que tenían repercusión en los distintos procedimientos, no habiendo considerado los que configuraban la organización de la Administración pública¹⁷. Espinosa-Saldaña estima que debió haberse determinado cuándo estamos o no ante un principio general según que se fundamentase en el reconocimiento de mandatos constitucionales que presiden e informan toda la actuación administrativa o la garantía de los derechos y libertades fundamentales de los administrados¹⁸.

Principios del procedimiento administrativo en América Latina es el título del libro que tengo el honor de prologar. Pero el libro es mucho más. Estudia, efectivamente -y exhaustivamente- los principios que informan los Ordenamientos jurídicos de estas Naciones. Pero, partiendo de cada uno de ellos, va examinando las reglamentaciones respectivas, con sus similitudes y diferencias, ofreciendo un ejemplo de lo que debe ser un estudio de Derecho comparado. Y como el procedimiento administrativo es el cauce de la función administrativa y las leyes de procedimiento administrativo extienden su regulación al régimen jurídico de la actividad en que se concreta tal función, este nuevo libro del Prof. Brewer-Carías viene a ser un Manual, un excelente Manual de Derecho administrativo, del que puede decirse lo que él dijo de la Ley General de la Administración pública de Costa Rica de Eduardo Ortiz Ortiz: que en él se encuentra explicado el Derecho administrativo, como si se tratase del desarrollo de un programa de un curso sobre esta disciplina expuesto en un muy hermoso y rico texto.

Recordaba al principio que el día de Viernes Santo de 1958 escribía la parte que me correspondió de la Exposición de Motivos de la ley española de 1958. Y es precisamente el Viernes Santo de este año 2002 cuando termino de escribir estas líneas que servirán de introducción a este precioso libro de Allan Randolph Brewer-Carías. Al que debemos expresar nuestra gratitud por esta importante aportación a la Ciencia del Derecho administrativo iberoamericano.

17. DANOS, “Comentarios al Proyecto de la Nueva Ley de Normas Generales de Procedimientos administrativos”, *Themis* n° 39, Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 237 y ss.

18. En la obra colectiva comentarios a la *Ley de procedimiento administrativo general*, Ara Editores, Lima 2001, pp. 262 y ss.

§ 68. LES NOUVEAUX ASPECTS DE LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE NON CONTENTIEUSE EN FRANCE

Pierre Delvolvé

Profesor de la Universidad de París II, Francia

1. Parmi les nombreux travaux du Professeur Brewer Carías, ceux qu'il a consacrés à la procédure administrative non contentieuse tiennent une place importante.

Il en a fait bénéficier les étudiants en doctorat de l'Université Panthéon-Assas-Paris II dans un cours donné en 1990 et qui a heureusement pu profiter à un public plus large grâce à sa diffusion écrite¹.

Il a pu montrer, au regard des solutions adoptées dans d'autres pays, les limites de celles du droit français. Non que la France n'ait pas eu de procédure administrative non contentieuse: plusieurs études en ont aussi montré les aspects et les insuffisances².

Toutes ont appelé à des améliorations. Elles ont trouvé des réponses dans le grand mouvement qui a atteint le droit administratif en France au tournant du siècle et a porté sur la procédure administrative non contentieuse autant que sur d'autres aspects du droit administratif.

2. De ceux-ci on ne peut évoquer que les plus marquants tant pour le fond du droit que pour le contentieux dont son application fait l'objet.

Ils ont porté d'abord sur les institutions. Le phénomène des autorités administratives indépendantes s'est particulièrement développé³. Il n'était pas entièrement nouveau: des organismes anciens pouvaient correspondre à la notion sans avoir l'appellation; désormais celle-ci est officiellement attribuée par le législateur à de nouvelles créations. Leur originalité tient à ce que non seulement elles sont placées hors de la hiérarchie administrative et soustraites à l'autorité du gouvernement, mais aussi elles détiennent des pouvoirs qui sont normalement ceux de l'exécutif (pouvoir réglementaire) ou du judiciaire (sanctions, solution de différends).

Les exemples de la Commission des opérations de bourse, du Conseil supérieur de l'audiovisuel, de l'Autorité de régulation des télécommunications, de la Commission de régulation de l'électricité sont les plus significatifs, mais ils ne sont pas les seuls. Le

1. "Les principes de la procédure administrative non contentieuse". *Etude de droit comparé (France, Espagne, Amérique latine)*, préf. MODERNE, F., Economica, Paris 1992. *L'ouvrage est paru également en espagnol* (préf. GARCÍA DE ENTERRIA, E.), Civitas, Madrid 1990. Il figure aussi dans les *Etudes de droit public comparé*, qui rassemblent heureusement les principaux travaux du maître, Bruylant, Bruxelles, 2001, préf. R. DRAGO.

2. Notamment HOSTIOU, R., *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, LGDJ, 1975; G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, LGDJ, 1968; DUPUIS, G. (dir.), *Sur la forme et la procédure de l'acte administratif*, Economica, 1978; AUBY, J.M., "La procédure administrative non contentieuse", D. 1956 chr. 27; HONORAT, E., "L'acte administratif unilatéral et la procédure administrative non contentieuse", *A.J.D.A.* n° spécial, 1996, p. 76; LOPEZ-RODÓ, L., "La procédure administrative non contentieuse", *R.D.P.* 1980, p. 607.

3. V., notamment Conseil d'Etat, Rapport public 2001, "Les autorités administratives indépendantes", *E.D.C.E.* n° 52, 2001, pp. 253 et ss.

Conseil constitutionnel en a admis la constitutionnalité⁴, notamment eu égard aux garanties qui encadrent l'exercice de leurs pouvoirs et qui relèvent de la procédure administrative non contentieuse.

C'est une des illustrations de l'enrichissement du droit administratif par le droit constitutionnel. Il en est d'autres, comme pour des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République", dont la liste s'est enrichie non seulement par les décisions du Conseil constitutionnel, auxquelles le Conseil d'Etat a donné suite, par exemple à propos de l'indépendance des professeurs d'université⁵, mais directement par les arrêts du Conseil d'Etat lui-même, sans intervention préalable du Conseil constitutionnel, comme l'interdiction d'extrader un étranger dans un but politique⁶.

D'autres branches du droit encore ont enrichi récemment le droit administratif: de *l'extérieur*, le droit communautaire par exemple pour tout ce qui concerne les marchés publics et concessions de travaux publics⁷, le droit de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, par exemple en ce qui concerne les publications étrangères ou le respect des biens⁸ de *l'intérieur*, le droit pénal⁹, le droit de la concurrence¹⁰, le droit de la consommation¹¹, qui s'insèrent pleinement aujourd'hui dans la légalité.

La responsabilité administrative aussi s'est étendue: la condition de la faute lourde a été abandonnée pour plusieurs activités¹²; la responsabilité sans faute a été reconnue dans de nouveaux cas¹³.

3. Ces progrès résultent essentiellement du contentieux.

Celui-ci en a connu lui-même, dans son organisation et dans son exercice.

La même année, en 1987 a été identifié comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République, le principe "selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative, l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République, les organismes placés sous leur autorité ou leur contrôle"¹⁴, et ont été créées les cours administratives d'appel, s'insérant en principe entre les tribunaux administratifs et le Conseil d'Etat (loi du 31 décembre

4. C.C. n° 88-248 DC 17 janvier 1989, Rec. 18; "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel", par FAVOREU, L. et DALLOZ, Philip L., 11e éd., 2001, p. 713; n° 89-260 DC 28 juillet 1989, Rec. 71; RFDA, 1989. 671, note GENEVOIS; n° 96-380 DC 23 juillet 1996, Rec. 107; A.J.D.A. 1996. 694, note SCHRAMECK.

5. C.C. n° 83-165 DC 20 janvier 1984, Rec. 30; "Les grandes décisions du Conseil constitutionnel", p. 571; C.E. 22 mars 2000, Ménard, Rec. 124.

6. C.E. Ass. 3 juillet 1996, Koné, Rec. 255; *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, par LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLVÉ P. et GENEVOIS B., DALLOZ, 13e éd., 2001, n° 109, n° 777.

7. C.E. Ass. 6 février 1998, Tête, Rec. 30, concl. Savoie; Sect. 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont de Barr*, Rec. 201, concl. Savoie.

8. C.E. Sect. 9 juillet 1997, *Association Ekin*, Rec. 300; *Les grands arrêts ...*, n° 111, p. 794; Sect. 3 juillet 1998, *Bitouzet*, Rec. 288, concl. Abraham; Ass. 11 juillet 2001, *Ministre de la défense C. Préaud*, RFDA, 2001, 1047, concl. Bergeal.

9. C.E. Sect. 6 décembre 1996, *Société Lambda*, Rec. 466, concl. Piveteau; *Les grands arrêts...*, n° 110, p. 785.

10. C.E. Sect. 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, Rec. 406, concl. Stahl; *Les grands arrêts...*, p. 112, p. 803.

11. C.E. Sect. 11 juillet 2001, *Société des eaux du Nord*, A.J.D.A. 2001.853, Chr. Guyomar et Collin.

12. C.E. Ass. 12 avril 1992, *Epoux V.*, Rec. 171, concl. Legal; *Les grands arrêts ...*, n° 105, p. 743.

13. C.C. Sect. 3 nov. 1997, *Hôpital Joseph Imbert d'Arles*, Rec. 412; RFDA, 1998.90, concl. Péresse.

14. C.C. n° 86-224 DC 23 janvier 1987, Rec. 8; *Les grands arrêts ...*, n° 99, p. 688.

1987); puis les restrictions à leur compétence en excès de pouvoir ont été progressivement supprimées et leur nombre a été accru¹⁵.

Le pouvoir d'injonction, que le juge administratif se refusait à exercer à l'encontre de l'administration, lui a été expressément reconnu par la loi du 8 février 1995¹⁶. Il en a été fait un usage très fort¹⁷.

Les procédures de référé ont été profondément remaniées par la loi du 30 juin 2000 principalement pour permettre d'obtenir, en urgence, la suspension de l'exécution d'une décision administrative faisant l'objet d'un recours en annulation ou en réformation lorsqu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision ou encore, toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté une atteinte grave et manifestement illégale¹⁸.

4. Les nouveaux aspects de la procédure administrative non contentieuse ne sont ainsi qu'une des manifestations du développement récent, voire du renouveau, du droit administratif.

Ils méritent d'être présentés en eux-mêmes, ne serait-ce qu'en hommage au dédicataire de ces lignes.

Ils sont marqués par la volonté d'améliorer les relations entre l'administration et le public. Cela ne se limite pas à la procédure administrative non contentieuse. La recherche de la transparence administrative et de la démocratie administrative a porté sur d'autres objets¹⁹.

En particulier l'accès aux documents administratifs, déjà ouvert par la loi du 17 juillet 1978, a été étendu par celle du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. Cette même loi a voulu, plus largement, faciliter l'accès aux règles de droit, reconnu comme une liberté: à cette fin "les autorités administratives sont tenues d'organiser un accès simple aux règles de droit qu'elles édictent"; bien plus, "la mise à disposition et la diffusion des textes juridiques constituent une mission de service public au bon fonctionnement de laquelle il appartient aux autorités administratives de veiller". C'est ainsi que, par un décret du 7 août 2002, a été créé un service public de la diffusion du droit par l'internet, qui permet d'obtenir gratuitement les textes constitutionnels, législatifs, réglementaires, les conventions collectives nationales, les traités et accords auxquels la France est partie, les directives et règlements communautaires, la jurisprudence (constitutionnelle, administrative, judiciaire, communautaire, européenne)²⁰. L'ouverture du site le 16 septembre 2002 a connu un succès tel que le système a été rapidement engorgé et que son renforcement technique a dû être réalisé en urgence.

Dans la même ligne est recherchée la simplification des démarches et formulaires administratifs. Deux décrets (2 décembre 1998, 2 février 1999) y avaient contribué; la

15. La loi du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice prévoit la création d'une nouvelle cour administrative d'appel, ce qui portera leur nombre à 8.

16. Aujourd'hui art. L. 916-1 et s. du code de justice administrative.

17. C.E. Ass. 29 juin 2001, *Vassilikiotis*; 27 juillet 2001, *Titran*, *A.J.D.A.* 2001.1046, chr. Guyomar et Collin.

18. Art. L. 521-1 et 2 du code de justice administrative. V.C.E. Sect. 18 janvier 2001, *Commune de Venelles*, et 5 mars 2001, *Saez*, *Les grands arrêts ...*, n° 118, n° 864.

19. DELAUNAY, B., *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, LGDJ, 1993.

20. <http://www.legifrance.gouv.fr>.

loi du 12 avril 2000 y incite encore; le décret du 25 mai 2001 améliore le système avec un nouveau site, où peuvent être réalisées des *téléprocédures*²¹.

La loi du 12 avril 2000 (art. 3) confirme l'œuvre de codification entreprise depuis plusieurs années, et qui, si elle ne se limite pas au droit administratif, s'y est particulièrement appliquée avec le code général des collectivités territoriales²² et le code de justice administrative²³.

5. Cette même loi du 12 avril 2000 comporte d'autres dispositions, propres à la procédure administrative non contentieuse. Elle apparaît comme un texte central, pour celle-ci autant que pour d'autres aspects.

Elle n'est pas le seul. D'autres dispositions législatives et réglementaires ont également été adoptées.

La jurisprudence a aussi apporté sa contribution, non seulement pour préciser le sens des textes et en garantir l'application, mais pour adopter, de sa propre autorité, d'autres solutions. Son rôle créateur s'est illustré particulièrement dans l'arrêt *Ternon* du 26 octobre 2001 dont on parlera plus loin (N° 34). Lui non plus n'est pas le seul exemple d'innovation récente.

La conjonction des différents apports du *jurislatureur* a abouti à des infléchissements sensibles du régime applicable aux actes administratifs unilatéraux, aussi bien dans leur préparation que dans leur adoption.

Les nouveaux aspects de la procédure administrative non contentieuse en France sont en effet les uns, antérieurs à la décision (I) et les autres, propres à la décision (II).

I. LES ASPECTS ANTERIEURS AUX DECISIONS ADMINISTRATIVES

6. Les décisions administratives donnent lieu, avant d'être prises, à toute une procédure en vue de leur adoption. Cette procédure comporte des aspects collectifs (A) et des aspects individuels (B). Les uns et les autres ont donné lieu à des innovations récentes.

1. Les aspects collectifs

7. Les aspects collectifs de la procédure sont ceux par lesquels un grand nombre de personnes sont associées à la préparation des décisions administratives. Dans certains cas, il s'agit de personnes indifférenciées, des administrés en général, voire de collectivités: leur participation est aujourd'hui élargie (1°). Dans d'autres cas (qui peuvent d'ailleurs parfois se combiner avec les précédents), des organismes collégiaux, dont la composition est arrêtée par les textes qui les constituent, sont saisis en vue de la décision, soit pour donner un avis soit même pour prendre la décision: avant d'arriver à celle-ci, ils doivent de toute façon respecter certaines règles ou certains principes de procédure (2°).

8. *La participation du public* à la préparation d'un projet n'est pas une nouveauté.

21. Service-public.fr.

22. Adopté par la loi du 21 février 1996 pour la partie législative et le décret du 7 avril 2000 pour la partie réglementaire.

23. Adopté le 4 mai 2000 par ordonnance pour la partie législative et par décret pour la partie réglementaire.

Depuis longtemps, des enquêtes publiques doivent précéder l'adoption de certaines mesures: le meilleur exemple est celui des enquêtes préalables aux déclarations d'utilité publique. Leur insuffisance a pu être dénoncée. Plusieurs réformes ont déjà cherché d'une part à les étendre, d'autre part à les renforcer.

La loi du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement répondait à ce double objectif.

C'est précisément la préoccupation de l'environnement qui a conduit à compléter le dispositif et à l'élargir de l'enquête publique au *débat public*.

Le législateur a formulé à ce sujet, dans la loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement "le principe de participation, selon lequel chacun a accès aux informations relatives à l'environnement", qui a été renforcé par la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité en précisant que "le public est associé au processus d'élaboration des projets ayant une incidence importante sur l'environnement ou l'aménagement du territoire"²⁴.

Ces mêmes lois ont institué, puis réformé "la Commission nationale du débat public, autorité administrative indépendante", "chargée de veiller au respect de la participation du public au processus d'élaboration des projets d'aménagement ou d'équipement d'intérêt national de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics et des personnes privées... dès lors qu'ils présentent de forts enjeux socio-économiques ou ont des impacts significatifs sur l'environnement ou l'aménagement du territoire. / La participation du public porte sur l'opportunité, les objectifs et les caractéristiques principales du projet./ La participation du public est assurée pendant toute la phase d'élaboration du projet, depuis l'engagement des études préliminaires jusqu'à la clôture de l'enquête publique". La Commission nationale peut constituer des commissions particulières pour certains projets.

Le rôle de la Commission nationale et des commissions particulières du débat public est exclusivement procédural : elles "ne se prononcent pas sur le fond des projets qui leur sont soumis". Au vu des projets dont elle est saisie, la Commission nationale décide s'il y a lieu d'organiser un débat, soit par elle-même soit par une commission particulière. Si c'est le cas, à l'issue de la procédure (dont la durée ne peut normalement excéder quatre mois), le débat fait l'objet d'un compte rendu et d'un bilan.

C'est au maître d'ouvrage ou à la personne responsable du projet qu'il appartient ensuite de décider du principe et des conditions de la poursuite de celui-ci, en précisant le cas échéant les principales modifications qui lui ont été apportées au vu du débat.

9. *L'enquête publique* à laquelle doit donner lieu le projet ne peut être engagée qu'à l'issue du débat public, selon les règles qui lui sont propres. Elle aboutit à un rapport dans lequel les personnes chargées de l'enquête (commission ou enquêteur unique) doivent émettre un avis, favorable ou défavorable.

Qu'elle succède à un débat public ou qu'elle soit engagée pour un projet au sujet duquel un tel débat n'est pas nécessaire, l'enquête publique doit être menée dans des conditions permettant encore au public de connaître le projet et d'émettre une

24. Dispositions figurant à l'article L.110-1 du code de l'environnement. Sur le sujet, v., HELIN, J. Cl. et HOS-TIOU, R., "Participation, décentralisation et déconcentration: une nouvelle donne en matière de grands projets" *A.J.D.A.* 2002.291. La convention d'Aarhus du 25 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, dont l'approbation a été autorisée par la loi du 28 février 2002 et la publication a été effectuée en vertu du décret du 12 septembre 2002 (J.O. du 21), a contribué à l'adoption des dispositions nouvelles en France.

appréciation. Elle avait déjà été améliorée par la loi de 1983 pour les projets concernant l'environnement. Celle de 2002 apporte quelques aménagements, notamment pour permettre aux collectivités locales d'engager elles-mêmes une enquête pour les projets ne nécessitant pas une expropriation.

De plus, dans tous les cas, l'enquête en vue d'une déclaration d'utilité publique peut donner lieu, à l'initiative du commissaire enquêteur, à des réunions d'information et d'échange avec le public.

Ainsi peuvent se succéder deux phases de participation du public: celle du débat public, celle de l'enquête publique.

10. *L'enquête publique* peut elle-même, le cas échéant, déboucher sur deux décisions.

La loi du 27 février 2002 prévoit un effet qu'à l'issue d'une enquête publique en vue d'une expropriation, doit être adoptée une déclaration de projet se prononçant sur l'intérêt général de l'opération. Si l'expropriation est réalisée au profit de l'Etat, la déclaration d'utilité publique tient lieu de déclaration de projet. Mais si l'expropriation doit bénéficier à une collectivité locale, celle-ci doit adopter la déclaration de projet avant que l'Etat prononce l'utilité publique.

Il y a là une source de complication dont le législateur a eu conscience puisqu'il a limité les possibilités de contester la déclaration de projet.

Il n'évite pas pour autant les difficultés pouvant naître de la consultation de certains organismes qui peut être également nécessaire avant d'arriver aux décisions en cause.

11. Pour les *organismes collégiaux*, de nouvelles exigences procédurales ont été apportées récemment.

Déjà le décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers avait, parmi d'autres dispositions, plus ou moins discutables²⁵, précisé le fonctionnement des organismes consultatifs placés auprès des autorités de l'Etat et des établissements publics administratifs de l'Etat.

C'est la jurisprudence qui, au cours de la période récente, a été amenée à préciser la portée du principe *d'impartialité*.

Ce principe n'est pas nouveau²⁶ Mais ses exigences ont dû être particulièrement rappelées et précisées pour des organismes collégiaux érigés en autorités administratives indépendantes et dotés notamment de pouvoirs de sanction (supra, N° 2).

Le Conseil constitutionnel en a fait lui-même état à leur sujet²⁷.

La Cour de cassation a eu l'occasion d'en censurer la violation par des autorités administratives indépendantes dont, par dérogation au principe de séparation (v. note 14), le contentieux lui a été confié: Commission des opérations de bourse²⁸, Conseil de la concurrence.

25. Par ex. C.E. Sect. 9 novembre 1966, *Commune de Clohars-Carnoët*, Rec. 591; D. 1967.92, concl. BRAIBANT; A.J.D.A., 1967, 34, chr. Lecat et Massot; R.D.P., 1967, p. 334, note WALINE.

26. Décision du 28 juillet 1989, précitée note 4, à propos de la Commission des opérations de bourse.

27. Cass. Ass. plén. 5 février 1999, *Commission des opérations de bourse c/Oury*, Bull. Civ., A.P. n° 1, p. 1.

28. Cass. Com. 5 octobre 1999, *SNC Campenon-Bernard*, Bull. Civ. IV, n° 158, p. 133.

Le Conseil d'Etat a eu également à vérifier le respect du principe d'impartialité par les autorités dont il a conservé le contentieux²⁹.

12. L'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui donne droit à *un tribunal indépendant et impartial* pour les "contestations sur (les) droits et obligations de caractère civil" et *toute accusation en matière pénale*, a contribué à préciser les solutions en matière administrative, puisqu'il ne se limite ni, d'une part, aux seuls litiges d'ordre civil au sens français, ni, d'autre part, aux seules juridictions: il s'applique notamment aux sanctions infligées par les autorités administratives. Même en dehors de son champ d'application³⁰, le principe d'impartialité s'impose à titre de principe général du droit³¹, voire comme principe constitutionnel en tant que corollaire du principe d'égalité.

Il détermine en particulier dans quelles conditions le rapporteur d'un dossier relatif à une sanction peut participer à la formation collégiale qui va statuer. Si le rapporteur n'est pas à l'origine de la saisine, ne participe pas à la formulation des griefs, n'a le pouvoir ni de classer l'affaire ni d'élargir le cadre de la saisine, si ses pouvoirs d'investigation ne l'habilitent à exercer aucune contrainte, et s'il n'a pas outrepassé ses pouvoirs, son rôle parfaitement neutre, qui ne se différencie pas de ceux de la formation collégiale à laquelle il appartient, ne l'empêche pas de participer à celle-ci quand elle statue³².

En revanche, lorsque le rapporteur ou toute autre personne exerce des pouvoirs impliquant une prise de position avant la délibération de l'organisme compétent pour statuer, il ne peut y participer³³.

Les mêmes solutions valent évidemment pour les juridictions³⁴.

Ainsi la procédure administrative non contentieuse peut rejoindre la procédure contentieuse. Ce peut être le cas aussi pour certains de ses aspects individuels.

2. Les aspects individuels

13. L'administré peut avoir l'impression d'être méconnu par l'administration, en particulier lorsqu'il ignore le sort des demandes qu'il lui adresse (1°) ou parce qu'elle ignore la situation où ils se trouvent (2°). Sur ces deux aspects, des améliorations récentes ont été réalisées.

14. *Les demandes à l'administration* avaient déjà donné lieu à des dispositions du décret du 28 novembre 1983 (art. 4 à 7). Mais celles-ci ne valaient que pour les services administratifs et les établissements publics administratifs de l'Etat.

La loi du 12 avril 2000, couvrant (art. 1er), non seulement les administrations de l'Etat, mais les collectivités territoriales, les établissements publics à caractère

29. C.E. Ass. 3 déc. 1999, *Didier*, Rec. 399; *Les grands arrêts...*, n° 115, p. 836, à propos du Conseil des marchés financiers; du même jour, *Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresbœuf*, Rec. 397; *R.F.D.A.* 2000.574, concl. Combrexelle, à propos de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

30. Ainsi pour la C.N.I.L. : en ce sens l'arrêt *Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresbœuf*, cité note 29.

31. En ce sens notamment C.E. 27 octobre 1999, *Fédération française de football*.

32. En ce sens les arrêts *Didier* et *Caisse de crédit mutuel de Bain-Tresbœuf*, cités note 29.

33. En ce sens a contrario les arrêts cités note 32 ; positivement les arrêts de la Cour de cassation cités notes 27 et 28, et Cass. Civ. 23 mai 2000, Bull. I. n° 151, p. 99; *A.J.D.A.*, 2000, 762, note Sargos.

34. C.E. Sect. 3 déc. 1999, *Leriche*, Rec. 402, concl. Schwartz; Ass. 23 février 2000, *Société Labor Metal*, Rec. 83, concl. Seban; Ass. 6 avril 2001, *S.A. Entreprise Razel frères*, L.P.A. 7 août 2001 concl. Seban.

administratif, les organismes de sécurité sociale et les autres organismes chargés de la gestion d'un service public administratif, a élargi les solutions antérieures dans leur champ d'application organique.

Elle étend aussi leur champ d'application matériel puisqu'elle régit aussi bien les demandes formulées à l'occasion d'un recours gracieux ou hiérarchique que les demandes initiales alors que seules celles-ci bénéficiaient du régime antérieur³⁵.

15. De manière générale art. (16), toute demande devant être présentée avant une date limite ou dans un certain délai, comme le dépôt d'une déclaration, l'exécution d'un paiement ou la production d'un document, peut être effectuée jusqu'à la date prescrite soit par un envoi postal, le cachet de la poste faisant foi, soit par un procédé télématique ou informatique permettant de certifier la date d'envoi.

En second lieu (art. 19), toute demande adressée à une autorité administrative fait normalement l'objet d'un accusé de réception sauf si elle n'appelle pas d'autre réponse que le service d'une prestation ou la délivrance d'un document. Cette exception marque le lien entre la nouvelle mesure et la procédure administrative: l'accusé de réception n'est nécessaire que si la demande est destinée à provoquer une décision.

C'est pourquoi il doit préciser, outre la date de la réception, si la demande est susceptible de donner lieu à une décision implicite de rejet ou d'acceptation et dans quel délai; il doit indiquer également les délais et voies de recours contre une décision implicite de rejet - faute de quoi ces délais sont inopposables.

Des dispositions particulières permettent de pallier les erreurs de la demande: si elle a été adressée à une autorité incompétente, celle-ci doit la transmettre à l'autorité compétente en avisant l'intéressé; si la demande est incomplète, elle doit lui demander de produire les pièces manquantes.

Il n'est fait exception à ces règles que, d'une part, pour les demandes auxquelles des textes font naître au profit du demandeur une décision au terme d'un bref délai (15 jours ou moins), d'autre part, pour celles qui sont abusives notamment par leur nombre, leur caractère abusif ou systématique³⁶.

Lorsqu'un administré adresse une demande à l'administration, cela la dispense d'appliquer les dispositions régissant *les observations des intéressés*.

16. La loi du 12 avril 2000 (art. 24) procède à ce sujet à une extension.

Depuis longtemps, la jurisprudence avait imposé à l'administration de mettre à même une personne à l'encontre de laquelle elle projette d'infliger une sanction ou même seulement en considération de laquelle elle envisage une mesure, de faire valoir sa défense ou ses observations³⁷.

Le décret du 28 novembre 1983 est venu réglementer cette obligation mais seulement pour certains services de l'Etat et de ses établissements publics.

Comme pour le régime des demandes, la loi du 12 avril 2000 élargit le dispositif à toutes les administrations (v. N° 14).

17. Il s'applique aux décisions individuelles qui doivent être motivées en vertu de la loi du 11 juillet 1979, c'est-à-dire principalement à celles qui sont défavorables aux

35. C.E. Sect. 29 mars 1991, *S.A. Laboratoire Lafon*, Rec. 113.

36. Sur les détails, v., le décret n° 2001-492 du 6 juin 2001.

37. C.E. Sect. 5 mai 1944, *Danse Trompier-Gravier*, Rec. 133; *Les grands arrêts...*, n° 58, p. 357; Sect. 20 janvier 1956, *Nègre*, Rec. 24.

intéressés: non seulement sanctions, mais mesures de police, autorisations subordonnées à des conditions restrictives ou imposant des sujétions, retrait ou abrogation d'une décision créatrice de droits, refus d'un avantage dont l'attribution constitue un droit, refus d'une autorisation, invocation d'une prescription, d'une forclusion ou d'une déchéance.

Comme sous le régime du décret de 1983, ne sont donc pas couvertes les décisions qui n'ont pas un caractère individuel (qu'elles soient réglementaires ou non).

Ne le sont pas non plus les décisions individuelles prises en cas d'urgence ou de circonstances particulières, celles pour lesquelles une procédure contradictoire particulière est instaurée par d'autres dispositions législatives.

De plus le risque de compromettre l'ordre public ou la conduite des relations internationales peut aussi justifier que le dispositif de la loi ne soit pas mis en œuvre - ce qui peut prêter à bien des discussions et contestations.

18. Normalement, pour les décisions visées, l'administration doit mettre à même la personne intéressée de présenter des observations écrites, et, si celle-ci le demande, de présenter des observations orales, le cas échéant avec l'assistance d'un conseil ou par un mandataire (il peut ne pas être donné suite aux demandes d'audition abusives).

19. La loi de 2000 va ainsi plus loin que les solutions antérieures, non seulement parce que, organiquement, elle étend le champ d'application du décret de 1983, mais parce que, comme lui, elle ne se limite pas aux mesures pour lesquelles étaient déjà garantis les droits de la défense. En exigeant que les intéressés puissent formuler des observations au sujet de décisions qui les concernent personnellement, elle organise une sorte de participation individuelle à la préparation de ces décisions, de la même manière que pour des mesures générales est organisée la participation du public (supra N° 8 et s.).

Liant cette participation individuelle à l'obligation de motivation, elle tient compte des aspects propres à la décision.

II. LES ASPECTS PROPRES AUX DECISIONS ADMINISTRATIVES

20. Le statut des décisions administratives elles-mêmes a été mis au point depuis longtemps: la manière de les prendre, leur formulation ont fait l'objet d'apports successifs de la législation et de la jurisprudence. Si des précisions et des améliorations pouvaient encore être souhaitées, elles ne paraissent devoir être que des ajustements.

Les solutions récemment adoptées vont à certains égards beaucoup plus loin. Il ne s'agit pas de révolution, mais au moins de réformes assez sensibles.

Les unes concernent l'adoption des décisions (A), les autres leur retrait (B).

1. L'adoption des décisions

21. S'agissant de l'adoption des décisions, c'est essentiellement leur forme qui a donné lieu à des modifications: le régime des décisions implicites a été renouvelé dans son ensemble (1°); celui des décisions explicites n'a pas donné lieu à des mesures aussi générales, mais a été précisé pour certaines d'entre elles (2°).

22. *Les décisions implicites* sont apparues avec la loi du 17 juillet 1900 qui, pour permettre de lier le contentieux malgré l'inertie de l'administration, a donné valeur de décision de rejet à son silence consécutif à une demande, pendant une durée fixée classiquement à quatre mois³⁸.

Déjà des textes épars avaient modifié le régime de droit commun soit pour modifier la durée du délai à l'expiration duquel apparaît une décision implicite, soit pour donner à cette décision implicite la valeur, non d'un rejet de la demande, mais au contraire d'une acceptation: cette solution a particulièrement été appliquée aux autorisations, notamment en matière d'urbanisme (permis de construire), d'agriculture (défrichement, cumul d'exploitations agricoles), de santé (ouverture ou extension de cliniques privées). Le système s'était développé au point de rendre nécessaire des précisions juridictionnelles tant dans le principe³⁹ que sur les modalités: en particulier sur la nécessité que la demande soit adressée à une autorité compétente⁴⁰ et ait été accompagnée d'un dossier complet⁴¹ pour que le délai commence à courir, ainsi que sur la computation du délai⁴².

La loi du 12 avril 2000 est venue renouveler le système pour favoriser l'adoption de décisions implicites.

Les solutions ne sont pourtant pas uniformes. Elles comportent encore une distinction entre les cas de rejet et ceux d'acceptation.

23. L'article 21 maintient le *principe* selon lequel "le silence gardé... par l'autorité administrative sur une demande vaut décision de *rejet*".

Un délai différent peut être établi par des décrets en Conseil d'Etat "lorsque la complexité ou l'urgence de la procédure le justifie".

Les décrets pris postérieurement à la loi du 12 avril 2000 n'ont guère établi le délai plus court. Ils ont au contraire repoussé soit à quatre mois, selon le droit commun antérieur, soit à six mois et même à neuf mois, selon les cas, le délai à l'expiration duquel est acquise la décision implicite de rejet⁴³: les exceptions au droit commun sont nombreuses.

Elles se justifient par l'objet des décisions sur lesquelles elles portent. Mais on ne peut pas dire que la simplification et l'unification recherchées par le législateur soient réalisées.

24. Cette observation se confirme si l'on considère les décisions implicites *d'acceptation*, auxquelles la loi du 12 avril 2000 consacre son article 22.

Le législateur, s'il n'a ni voulu ni pu ériger à ce sujet une solution de principe (c'est au contraire le rejet qui s'attache en principe au silence), a cherché néanmoins à étendre les solutions existant déjà, car elles sont favorables aux administrés: lorsque le silence consécutif à une demande vaut acceptation, ils bénéficient de la solution.

38. Le dernier texte général avant des mesures récentes était le décret du 11 janvier 1965.

39. Sur la question de savoir si l'aménagement de la portée, négative ou positive, d'une décision implicite, relève du domaine de la loi ou du règlement: C.C. n° 69-55 L 26 juin 1969, *Rec.* 27; n° 94-352 DC 18 janvier 1995, *Rec.* 170; C.E. Ass. 27 février 1970, *Commune de Bozas*, *Rec.* 139; *A.J.D.A.*, 1970, 225, chr. Denoix de Saint Marc et Labetoulle.

40. C.E. Sect. Sect. 18 décembre 1981, *Vernet-Lozet*, *Rec.* 483; Dr. soc. 1982.225, concl. BIANCARELLI.

41. C.E. Sect. Sect. 4 juin 1982, Hensel, *Rec.* 213; Dr. social 1982; 641, concl. Stirn; D. 1983.260, note MORDERNE; M. Monnier, *Les décisions implicites d'acceptation de l'administration*, LGDJ, 1992.

42. C.E. 6 mai 1985, *Ministre de l'agriculture c/Mme Bonnaire*, *A.J.D.A.* 1985.488, concl. Dutheillet de Lamotte; Sect. 24 janvier 1986, *Mattei et Maynard*, *Rec.* 13, concl. Bonichot.

43. Décrets du 20 juin 2001, du 3 octobre 2001, du 3 mai 2002.

Mais celle-ci peut dans certains cas nuire à l'intérêt public, aux tiers, voire à l'administration elle-même.

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 18 janvier 1995 (v. note 39), avait marqué les limites d'un système de décision implicite lorsqu'il est de nature à priver de garanties légales des principes et droits de valeur constitutionnelle, notamment la liberté individuelle, la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile. C'est pourquoi il avait censuré une disposition réputant acquise au bout de quatre mois après la demande, l'autorisation nécessaire pour établir un système de vidéo-surveillance.

Le législateur de 2000 s'en est souvenu et a exclu le régime de décision implicite d'acceptation lorsque s'y opposent l'ordre public, la protection des libertés ou la sauvegarde des autres principes de valeur constitutionnelle. Il a ajouté deux ordres d'exceptions: l'une tient aux exigences résultant d'engagements internationaux de la France ; l'autre, plus pragmatique est destinée à empêcher que l'administration soit engagée financièrement par surprise (n'ayant pas su que son silence produirait un tel effet) ou par connivence avec le demandeur: sauf dans le domaine de la sécurité sociale, aucun régime d'acceptation implicite d'une demande présentant un caractère financier ne peut être établi.

Même lorsqu'un tel régime est possible, il ne peut résulter que de décrets en Conseil d'Etat. Cela confirme que ce n'est pas un régime de droit commun.

Pourtant la loi tend à une solution générale lorsque de tels régimes sont institués: normalement le silence vaut acceptation au bout de deux mois (comme pour les décisions de rejet); et le bénéficiaire de la décision peut en obtenir l'attestation.

Mais ici encore des délais différents peuvent être fixés lorsque la complexité ou l'urgence de la procédure le justifie.

Le décret du 20 juin 2001, qui comporte déjà des dispositions propres aux décisions de rejet, en comporte quelques-unes au sujet de l'acceptation, mais elles sont beaucoup moins nombreuses. Elles ont pu réduire le délai de décision implicite dans certains cas (art. 35, art. 38: 15 jours; art. 62: un mois). Restent les dispositions antérieures qui imposent un délai plus long (par ex. en matière d'urbanisme).

25. L'ensemble du système garde une complexité qui l'éloigne des intentions de simplification du législateur. Les administrés peuvent s'y perdre.

C'est pour qu'ils s'y retrouvent qu'a été aménagée l'obligation d'accuser réception des demandes adressées à l'administration (supra, N° 15), leur indiquant notamment si et en quel sens elles peuvent provoquer une décision implicite.

26. Pour les décisions explicites, c'est seulement *l'obligation de motiver* qui a donné lieu récemment à quelques innovations.

On a déjà rappelé, en liaison avec l'obligation de mettre les intéressés à même de faire valoir leurs observations (v. N° 16 et s.), que la loi du 11 juillet 1979 avait imposé à l'administration de motiver ses décisions individuelles défavorables ou dérogatoires, non les autres.

Or l'obligation de motivation a été étendue à d'autres décisions, non par des mesures générales qui auraient pu avoir leur place dans la loi du 12 avril 2000, mais dans des mesures particulières de la loi du 27 février 2002 sur la démocratie de proximité, portant sur deux actes relevant du régime de l'expropriation.

27. Le premier est la déclaration d'utilité publique elle-même.

N'étant pas individuelle, même si elle n'est pas non plus réglementaire, elle n'avait pas à être motivée en vertu de la loi du 11 juillet 1979⁴⁴.

Selon l'article L. 11-1-1 ajouté au code de l'expropriation par l'article 145 de la loi de 2002, "l'acte déclarant l'utilité publique est accompagné d'un document qui expose les motifs et considérations justifiant le caractère d'utilité publique de l'expropriation".

On peut relever la particularité de la formule. Elle ne se borne pas à prévoir, comme la loi de 1979, que l'acte doit être motivé -ce qui normalement se traduit par des considérants précédant le dispositif-, mais qu'il doit être complété par un document. Il ne faut pas attacher d'importance à cette différence de forme: le *document* ne peut être considéré comme une annexe n'ayant pas de partie juridique; pour se distinguer formellement de l'acte, il sera un élément nécessaire à sa validité. De la même manière que l'absence ou l'insuffisance de motivation lorsque celle-ci est imposée par la loi de 1979⁴⁵, l'absence ou l'insuffisance du document devant compléter la déclaration d'utilité publique entachera celle-ci d'illégalité.

Ce document doit être relié à d'autres aspects de la procédure

L'un se situe en amont. Il tient d'abord à la participation du public, notamment par le débat public (*supra*, N° 8) et l'enquête publique (N° 9); le document permettra au public de retrouver éventuellement la trace de ses opinions. En second lieu, l'avis du commissaire enquêteur pourra et même devra être pris en compte par le document, notamment si l'avis est défavorable; il faudra justifier l'utilité publique du projet.

L'autre aspect se situe en aval et concerne la procédure contentieuse : le contrôle juridictionnel de l'utilité publique, notamment en application de la fameuse théorie du bilan⁴⁶ devrait être facilité par le contenu du document exprimant les motifs et considérations justifiant l'utilité publique.

L'illégalité de ce document pourra ainsi tenir à des raisons soit quantitatives (absence ou insuffisance de la motivation: illégalité externe) soit qualitatives (motifs ne justifiant pas l'utilité publique: illégalité interne).

28. Le second acte pour lequel l'article 145 de la loi de 2002 impose la motivation est la décision de refus de déclarer l'utilité publique d'un projet ou d'une opération (art. L. 11-1-nouveau du code de l'expropriation).

Classiquement de tels refus n'ont pas à être motivés et, au contentieux, ne donnent lieu qu'à un contrôle restreint à l'erreur de fait ou de droit, au détournement de pouvoir et l'erreur manifeste d'appréciation⁴⁷.

Désormais l'obligation de les motiver pourra conduire le juge à contrôler non seulement l'existence de la motivation (légalité externe) mais sans doute aussi le contenu des motifs, non plus de manière *restreinte*, mais de manière normale.

La question se pose de savoir si la même solution s'appliquera en amont au refus d'ouvrir l'enquête préalable à la déclaration d'utilité publique, qui, s'il n'est pas à proprement parler un refus de déclarer l'utilité publique, empêche de le faire. Si la réponse est positive, le contrôle de ce refus pourra également passer du stade *restreint*⁴⁸ au stade normal.

44. C.E. 11 février 1983, *Commune de Guidel*, Rec. 54; A.J.D.A. 1983.296, chr. Lasserre et Delarue.

45. Par ex. C.E. 24 juillet 1981, *Belasri*, Rec. 322; A.J.D.A. 1981.464, chr. Tiberghien et Lasserre.

46. C.E. Ass. 28 mai 1971, ..., "*Ville Nouvelle est*", Rec. 409, concl. Braibant; *Les grands arrêts...*, n° 93, p. 623.

47. Par ex. C.E. 20 mars 1991, *Commune du Port*, Rec. 95; A.J.D.A. 1991.651, note TEBOUL.

48. C.E. 7 mars 1979, *Commune de Vestric-et-Candiac*, Rec. 102.

Ici encore la procédure non contentieuse peut entraîner des conséquences sur la procédure contentieuse.

Des liens semblables vont se retrouver à propos du retrait.

2. Le retrait des décisions

29. Le régime du retrait des actes administratifs tient surtout au fond du droit; mais il relève aussi de la procédure administrative non contentieuse en ce qu'il comporte des règles de délai.

Il a été essentiellement déterminé par la jurisprudence à partir du célèbre arrêt *Dame Cachet* du 3 novembre 1922⁴⁹: un acte créateur de droits ne peut être retiré que pour illégalité, tant qu'il est susceptible d'être annulé par le juge administratif, c'est-à-dire pendant la durée de recours contentieux et, en cas de recours, pendant la durée et dans les limites de l'instance.

Ce principe a donné lieu à des solutions qui ont été aménagées tant par le législateur (1°) que par la jurisprudence (2°).

30. *Le législateur*, par l'article 22 de la loi du 10 avril 2000, est revenu sur le régime de retrait qu' avait précisé la jurisprudence au sujet des *décisions implicites d'acceptation pour lesquelles aucune publicité n'est imposée*.

Pour celles-ci, le Conseil d'Etat, considérant que l'autorité compétente était dessaisie à l'issue du délai de décision implicite et n'avait donc plus de pouvoir au-delà de ce délai, ne pouvait pas retirer la décision⁵⁰. Le souci de préserver la sécurité juridique qui avait conduit à instituer un régime de décision implicite d'acceptation a conduit aussi à en empêcher le retrait: si celui-ci avait été admis selon le droit commun, pendant la durée du délai du recours contentieux, il aurait été possible indéfiniment puisque, faute de publicité, le délai de recours n'aurait jamais commencé à courir.

Mais la solution inverse qu'avait adoptée le Conseil d'Etat aboutissait à un autre extrême: l'impossibilité du retrait.

31. L'article 22 de la loi du 12 avril 2000 arrête une solution plus équilibrée.

Pour les décisions implicites d'acceptation pour lesquelles aucune mesure d'information des tiers n'a été mise en œuvre, le retrait est possible pendant un délai de deux mois à compter de la date à laquelle la décision est intervenue; en outre, si un recours contentieux a été formé, le retrait est possible pendant la durée de l'instance. Sur ces deux aspects, la loi revient sur la jurisprudence *Eve*.

Si elle couvre aussi le cas des décisions implicites d'acceptation donnant lieu à des mesures de publicité à l'égard des tiers, elle n'établit pas de solution nouvelle: le retrait est possible pendant la durée du recours contentieux et, en cas de recours, pendant celle de l'instance.

32. La loi n'innove pas non plus quant aux conditions de fond (tenant à l'illégalité de l'acte initial) ni quant aux actes autres que les décisions implicites d'acceptation: ni le actes explicites ni les actes non créateurs de droits ne sont régis par elle.

Pour eux, les solutions sont déterminées par *la jurisprudence*.

49. *Rec.* 790; *Les grands arrêts...*, n° 40, p. 241.

50. C.E. Sect. 14 novembre 1969, *Eve*, *Rec.* 498, concl. BERTRAND.

33. Celle-ci a elle-même apporté des innovations qui sont encore liées à la procédure administrative non contentieuse.

Elle a réglé d'abord le cas des décisions explicites au sujet desquelles l'administration doit indiquer au destinataire les voies et délais de recours, faute de quoi ceux-ci ne sont pas opposables. L'application des principes de la jurisprudence *Dame Cachet* aurait permis à l'administration, lorsqu'elle a omis de préciser les délais de recours, de retirer indéfiniment sa décision puisque le délai de retrait est normalement lié au délai du recours.

Par l'arrêt du 24 octobre 1997, *Mme de Laubier*⁵¹, le Conseil d'Etat (Ass.) a fait échec à une solution dont la rigueur juridique aurait été une inconséquence pratique. Il a jugé que l'auteur de l'acte ne pouvait invoquer les dispositions lui imposant d'indiquer les voies et délais de recours pour retirer, de sa propre initiative, une décision au-delà du délai de deux mois consécutif à la notification.

L'arrêt ne touche pas aux autres cas de retrait: en particulier il laisse possible le retrait sur demande d'une personne ainsi qu'en cas de recours intenté contre la décision.

34. L'arrêt *Ternon* du 26 octobre 2001⁵², a procédé à un revirement beaucoup plus important, en découpant, au moins dans certains cas, le retrait et le recours:

sous réserve de dispositions législatives ou réglementaires, et hors le cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire, l'administration ne peut retirer une décision individuelle explicite créatrice de droits, si elle est illégale, que dans le délai de quatre mois suivant la prise de décision.

Ainsi il n'est fait référence ni au délai de recours ni au recours: le retrait est possible dans un délai de quatre mois (alors que le recours ne l'est que dans un délai de deux mois); le point de départ du délai du retrait est la date de la décision (alors que celui du délai de recours est la date de la publicité de la décision); au-delà de quatre mois, le retrait n'est plus possible alors même qu'un recours a été intenté.

C'est fondamentalement le souci de la sécurité juridique qui a conduit à cette *révolution* contentieuse. Mais si une révolution est l'achèvement d'un cycle, le retour aux origines, c'est bien ce sens qui s'applique ici, car, comme en 1922, le Conseil d'Etat a voulu en 2001 assurer une sécurité juridique que des solutions antérieures ne permettaient plus de garantir.

35. La solution nouvelle n'en a pas moins ses limites.

Elle ne s'applique qu'aux décisions individuelles explicites créatrices de droits.

Pour les décisions individuelles implicites créatrices de droit, c'est le régime établi par la loi du 12 avril 2000 qui continue à s'appliquer (supra, N° 31).

Pour les décisions non créatrices de droits, l'arrêt *Ternon* n'apporte aucun élément nouveau, pas plus que la loi: tel est le cas pour les décisions réglementaires et pour les décisions individuelles de rejet (à moins que celles-ci créent des droits pour les tiers), que ces dernières soient implicites ou explicites.

De plus, pour des décisions individuelles explicites créatrices de droits, l'arrêt *Ternon* d'une part fait lui-même exception pour le retrait demandé par le bénéficiaire (qui n'est donc pas enfermé dans le délai de quatre mois à compter de la décision), d'autre part

51. *Rec.* 371; *R.F.D.A.* 1998.527, concl. Préresse; *A.J.D.A.* 1997.936, chr. GIRARDOT et RAYNAUD.

52. *R.F.D.A.* 2002.77, concl. Seners, note DELVOLVÉ, P., *A.J.D.A.* 2001.1034, chr. GUYOMAR et COLLIN, et 2002.738, note GAUDEMET, Y.

laisse ouvertes les exceptions résultant de dispositions législatives ou même réglementaires (ce qui est un appel à des aménagements par les textes).

Si la sécurité juridique s'est développée, on ne peut en dire autant de la simplicité. L'administration et a fortiori les administrés peuvent se perdre dans les solutions.

36. Les remarques qui viennent d'être formulées à propos des différents régimes de retrait peuvent être étendues à l'ensemble des nouveaux aspects de la procédure administrative non contentieuse: à rechercher le perfectionnement, on trouve la complexité; on perd d'un côté ce que l'on veut obtenir de l'autre.

Or le Conseil constitutionnel a reconnu comme un "objectif de valeur constitutionnelle" l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi⁵³. La formule peut valoir aussi bien pour le droit en général, le droit administratif en particulier, et tout spécialement la procédure administrative non contentieuse.

On peut se demander si les progrès récents ne constituent pas à cet égard un recul plutôt qu'une avancée.

Certes les administrés sont mieux associés aux décisions, mieux informés de leur préparation et de leur adoption, mieux protégés. La transparence administrative se développe. La *démocratie administrative* vient compléter la démocratie politique.

La sécurité juridique devrait en être renforcée.

37. Il n'est pas sûr qu'elle le soit lorsque l'accumulation et la combinaison des procédures finissent pas constituer des pièges pour la légalité et des causes de contentieux.

Car plus les règles de procédure se développent plus les risques de contentieux s'accroissent. On a relevé à plusieurs reprises les liens entre la procédure administrative non contentieuse et la procédure administrative contentieuse. Ces liens peuvent déboucher sur le contentieux tout court.

Celui-ci, déjà encombré, peut se trouver surchargé par le développement des procédures non contentieuses: le non-contentieux peut accroître le contentieux.

Ce n'est sans doute pas une amélioration.

38. L'accessibilité et l'intelligibilité pourraient être atteintes par la rédaction d'un code de procédure administrative non contentieuse englobant toutes les règles la régissant.

L'idée a été émise et discutée il y a longtemps⁵⁴, notamment par le Professeur Brewer-Carías (v. note 1).

En France elle se traduira dans le *code de l'administration* actuellement en préparation⁵⁵. "Ce code doit grouper des dispositions générales sur les procédures et les structures administratives qui ne sont pas reprises dans des codes spécifiques". Sous le thème *des relations des administrations avec le public*, "il a vocation à codifier les règles de portée générale s'imposant à l'ensemble des activités administratives, par opposition aux règles particulières résultant des législations ou réglementations sectorielles, c'est-à-dire aussi bien les grands textes... qui sont habituellement rattachés

53. C.C. n° 99-421 DC 16 décembre 1999, *Rec.* 136; *A.J.D.A.* 2000-31, notre SCHOETTEL.

54. WIENER, C., *Vers une codification de la procédure administrative*, PUF, 1975; GAUDEMET, Y., "La codification de la procédure administrative non contentieuse en France", *D.* 1986 chr. 107

55. DOUZIEME, V., *Rapport annuel de la Commission supérieure de codification*, 2001, Editions des Journaux officiels, p. 20.

aux thématiques de l'amélioration des relations entre l'administration et ses usagers ou de la transparence administrative, que ceux régissant ce que l'on a coutume de désigner sous le terme de procédures administratives non contentieuses”.

39. Cette présentation suscite deux sortes de remarques.

L'une concerne la notion même de procédure administrative non contentieuse, qui apparaît comme ambiguë puisqu'elle est ici présentée comme distincte de l'amélioration des relations entre administration et administrés et de la transparence administrative, alors que ces deux objets sont recherchés par la procédure administrative non contentieuse.

L'autre observation est que la procédure administrative non contentieuse ne sera dans ce code traitée ni de manière autonome ni de manière complète. Elle sera associée à des règles régissant l'organisation administrative, même si deux parties distinctes en traiteront. Elle ne donnera lieu dans le code qu'à la formulation de règles générales, que l'on pourrait qualifier de *transversales*. Resteront hors de ce code, pour se trouver éventuellement dans d'autres, celles qui régissent des activités particulières.

40. Quels que soient les progrès, déjà réalisés ou en cours de réalisation, grâce notamment au projet de *code de l'administration*, on peut exprimer une crainte devant le développement actuel de la procédure administrative non contentieuse: celle d'un excès, entravant l'action de l'administration et à travers elle, la satisfaction de l'intérêt public.

Selon la formule célèbre, la procédure est la sœur jumelle de la liberté. Elle l'est aussi de l'administration. Il ne faudrait pas quelle devienne fratricide.

§ 69. LA PROHIBICIÓN DE LA REFORMA EN PERJUICIO (*NON REFORMATIO IN PEIUS*) EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE SEGUNDO GRADO

Luis Fraga Pittaluga

Profesor de la Universidad Católica del Táchira,
Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

La Administración Pública, a diferencia de los particulares, tiene el extraordinario privilegio de revisar sus propias actuaciones para corregirlas, modificarlas, o extinguirlas, si así lo exige la aplicación de la regla de derecho o si la oportunidad y conveniencia de los intereses generales tutelados por ésta, así lo reclama, con el único obstáculo, según se suele sostener con apoyo en la interpretación más ortodoxa de las normas pertinentes de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, del respeto a los derechos subjetivos e intereses legítimos, particulares y directos de los administrados. Este privilegio exorbitante es una de las manifestaciones de la potestad de autotutela administrativa.

Ahora bien, la potestad que tiene la Administración para revisar sus actos oficiosamente, corre paralelamente a la posibilidad que tienen los titulares de derechos subjetivos o de intereses personales, legítimos y directos, de instar al ente emisor del proveimiento para que examine su manifestación de voluntad y establezca si la misma está viciada de nulidad, relativa o absoluta, en atención a la intensidad del vicio que se denuncia. Los mecanismos fundamentales para lograr esta revisión son los recursos administrativos -de reconsideración, jerárquico y extraordinario de revisión- y la solicitud de reconocimiento de nulidad absoluta, llamada por algunos *acción de nulidad*.

Esta posibilidad de provocar la revisión de los actos administrativos, desarrollada por la ley, tiene sin embargo rango constitucional y se enmarca, principalmente, en las previsiones de los artículos 49 (derecho al debido proceso y en particular a la defensa) y 51 (derecho de petición y oportuna y adecuada respuesta) de la Carta Fundamental de 1999. De otra parte, su estudio se encuadra en la teoría general de los medios impugnativos¹, o sea, en los principios generales que incardinan el control de la regularidad de los actos procesales o administrativos, a través de la interposición de recursos².

1. VESCOVI, E., *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Depalma, Buenos Aires 1988.

2. Como en otros lugares (PITTALUGA FRAGA, L., *La Terminación anormal del proceso administrativo por inactividad de las partes*, Vadell Hermanos Editores, Caracas 1996, pp. 1, 14 y 15), aquí nuevamente insistimos en no confundir los recursos con las acciones. El *recurso*, desde el punto de vista procesal, es una de las especies del género *medio de impugnación* cuyo objetivo es corregir o remediar las irregularidades que se producen durante el curso del proceso; se trata pues, de una actividad de las partes que procura la corrección o eliminación jurisdiccional de los posibles defectos o injusticias en que incurre el acto procesal. Esa actividad deriva de un poder que

En estas breves líneas pretendemos analizar hasta dónde alcanza la exorbitante potestad revisora de la Administración cuando la misma es incitada por el administrado, es decir, cuando se inicia un procedimiento administrativo de segundo grado por voluntad de un titular de derechos subjetivos o de un interesado legítimo, a través de la interposición de un recurso de reconsideración, jerárquico o de revisión y en concreto nos interesa analizar el fenómeno de la reforma en perjuicio o peyorativa (*reformatio in peius*) en el marco del procedimiento administrativo sancionatorio de segundo grado.

La razón que justifica analizar la posibilidad de la *reformatio in peius* en el procedimiento administrativo sancionatorio, radica en que en este tipo de procedimiento es frecuente que la situación jurídica del recurrente sea desmejorada y, por otra parte, es en este caso, tal vez con más intensidad que en cualquier otro supuesto, donde pueden percibirse las graves consecuencias que la reforma peyorativa comporta.

Trataremos entonces de establecer si cuando se intenta un recurso administrativo, la Administración puede modificar el acto administrativo sancionatorio en tal medida que desmejore o agrave la situación del impugnante o si tal posibilidad está proscriba en el ámbito de la revisión gubernativa en mérito de la confrontación de la amplísima potestad de autotutela con las normas constitucionales y legales y los principios que gobiernan el procedimiento administrativo sancionatorio. Así entonces, examinaremos lo que para algunos es la posibilidad de aplicar el principio procesal de la *non reformatio in peius* o prohibición de reforma peyorativa o en perjuicio, en el procedimiento administrativo sancionatorio de segundo grado.

II. LA *NON REFORMATIO IN PEIUS* EN EL ÁMBITO PROCESAL

La sentencia es el acto procesal que pone fin al proceso de conocimiento que se inicia con la interposición de la acción. De acuerdo con Guasp, la sentencia "...es aquel acto del órgano jurisdiccional en que éste emite su juicio sobre la conformidad o disconformidad de la pretensión de la parte con el derecho objetivo y, en consecuencia, actúa o se niega a actuar dicha pretensión, satisfaciéndola en todo caso"³. Se trata entonces del acto crucial y culminante del proceso, porque a través del mismo se da respuesta a la pretensión procesal, materializando de esta forma uno de los cometidos fundamentales de la jurisdicción, esto es, el acto de juzgar.

Es un acto procesal complejo que contiene en sí mismo dos partes fundamentales, a saber, la formalización del razonamiento judicial o del silogismo mediante el cual se resuelve el conflicto intersubjetivo de intereses planteado en el proceso, a partir de la

tienen las partes, el cual a su vez dimana del derecho de acción. En el ámbito del procedimiento administrativo, el recurso también es un mecanismo de revisión, control y corrección de los defectos, pero esta vez del acto administrativo. La *acción*, por su parte, es, según ALCALÁ-ZAMORA, Niceto y CASTILLO, N., "La posibilidad jurídicamente encuadrada de recabar los proveimientos jurisdiccionales necesarios para obtener el pronunciamiento de fondo y, en su caso, la ejecución, respecto de una pretensión litigiosa". La acción así concebida es un derecho subjetivo procesal que constituye la energía o principio anímico de toda la actividad realizada por las partes dentro del proceso, que únicamente así, y no reclusa en la demanda, alcanza su pleno desarrollo y se erige, por su trascendencia, en uno de los tres conceptos fundamentales del Derecho Procesal. ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, N., "Enseñanzas y Sugerencias del Algunos Procesalistas Sudamericanos Acerca de la Acción", *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso*, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1974, pp.317 y ss.

3. GUASP, J., *Derecho Procesal Civil*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1968, t I, p.511.

confrontación de la pretensión deducida y de la resistencia a la misma (*litis*), y una manifestación de voluntad del Estado producida a través del juez, que pone fin al señalado conflicto aplicando el derecho objetivo al caso concreto.

Ambos aspectos del más importante de todos los actos procesales, están condicionados por la causa que le da origen al pronunciamiento judicial y que, como hemos dicho, se ubica en el conflicto intersubjetivo de intereses creado por la pretensión procesal y la resistencia a la misma. Suele llamarse a este condicionamiento la *congruencia*, esto es, la relación entre el objeto del proceso y la sentencia. Guasp define la congruencia como "...la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan este objeto. Es, pues, una relación entre dos términos uno de los cuales es la sentencia misma (...) y otro el objeto procesal en sentido riguroso"⁴.

Este requisito impone que el fallo no contenga más de lo pedido (*ne eat iudex ultra petita partium*), so pena de incurrir en incongruencia positiva; ni menos de lo pedido (*ne eat iudex citra petita partium*), lo que supone incongruencia negativa; ni algo distinto a lo pedido (*ne eat iudex extra petita partium*), lo que genera incongruencia mixta. Así pues, la jurisdicción tiene un límite objetivo muy claro (objeto y causa del proceso) y el juez está obligado a proferir su fallo dentro de ese límite. Nuestra Ley procesal señala que la "Toda sentencia debe contener: (...omissis) 5º Decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, sin que en ningún caso pueda absolverse la instancia" (artículo 243, ordinal 5º, del Código de Procedimiento Civil).

Esta limitación objetiva impuesta a la función jurisdiccional, cuyo origen primigenio es el principio dispositivo, se proyecta en todas las instancias del proceso. Así, mientras la sentencia de primera instancia debe ser *congruente* con la pretensión procesal, la defensa o excepción correspondiente y las pruebas ofrecidas y evacuadas durante la secuela del proceso, la decisión de segunda instancia debe ser igualmente congruente con el recurso interpuesto y el contenido de la decisión del *a quo*. De esta forma se manifiesta también el principio dispositivo en la segunda instancia, a través de la regla *tantum devolutum quantum appellatum*. Dice Vescovi que "Resultaría inconsecuente con lo sostenido antes de que el objeto de la sentencia (de primera instancia y también de segunda...) está delimitado por las pretensiones de las partes (principio de congruencia), admitir ahora que el tribunal del alzada puede ir más allá de lo pedido por el apelante"⁵.

Al lado de esta regla que dibuja los confines del efecto devolutivo de la apelación, surge otra norma procesal de principalísima importancia que impide desmejorar la situación del recurrente como consecuencia del recurso interpuesto, siempre que no haya apelación de la otra parte. Es aquí donde nace, como otra manifestación del principio dispositivo, la prohibición de reforma peyorativa.

Señala el profesor Arístides Rengel Romberg, que en nuestro sistema procesal y, específicamente, respecto al efecto devolutivo⁶ de la apelación rige el principio según el

4. *Ib.*, p. 517.

5. VESCOVI, E., Los recursos judiciales...*cit.* p. 163.

6. Entendiendo por tal, "la transmisión al tribunal superior del conocimiento de la causa apelada. O como dice COUTURE: 'el efecto inherente al recurso de apelación, consistente en desasir del conocimiento del asunto al juez inferior sometiéndolo al superior'. El efecto devolutivo se produce en la apelación y es, por tanto esencial a la misma, puesto que por un lado hace perder al juez *a quo* el conocimiento del asunto y, por otro, hace adquirir al juez *ad quem* la jurisdicción sobre la cuestión apelada; ya sea el mérito de la pretensión planteada ante el primer

cual “el conocimiento del juez superior se produce en la medida de la apelación” (*tantum devolutum quantum appellatum*); principio éste que a su vez se fundamenta en los principios *dispositivo* (*nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio*); del *vencimiento como causa de la apelación* (*non gravatus non potest appellare*), y en el de la *personalidad de la apelación*, según el cual la decisión de alzada no produce beneficio a la parte que ha consentido el fallo sino a aquella que lo ha apelado. Como consecuencia de ello, advierte que en nuestro sistema procesal rige el principio llamado de la “prohibición de la *reformatio in peius*”, que es una limitación que tiene el poder del juez de alzada en ciertos casos y que puede definirse así: “*Cuando existe vencimiento recíproco entre ambas partes y una sola de ellas apela, el juez de alzada no puede reformar la sentencia apelada empeorando la condición del apelante*”⁷. La doctrina procesalista española entiende la *reformatio in peius* como una violación del requisito de la congruencia que debe satisfacer la sentencia.⁸

Así pues, nuestro sistema de apelación está dominado por el principio que prohíbe la *reformatio in peius*, por lo cual el juez de alzada no puede reformar la sentencia empeorando la situación del apelante, salvo en aquellos casos en los que la contraparte haya interpuesto también apelación principal o se haya adherido a la apelación de la contraria⁹. De acuerdo con lo expuesto, la prohibición de la *reformatio in peius* es -en pala-

juez, o bien de alguna cuestión o punto incidental controvertido resuelto en la instancia inferior”. RENGEL-ROMBERG, A., “Teoría General del Proceso”, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, t III, Editorial Arte, Caracas 1992, p. 416.

7. De acuerdo con RENGEL-ROMBERG que “la jurisprudencia de nuestra casación ha sido constante bajo el Código de 1961 en el sentido de considerar que la violación de la *reformatio in peius* constituye una infracción del Art. 189 de dicho Código (hoy Art. 297), así como de los Arts. 12 (hoy también 12), 21 (hoy Art. 15) y 162 (hoy Art. 243) *ejusdem*, pues al excederse en el límite en que había recibido el problema a decidir, no se atiende el juez de alzada a lo alegado y probado en autos, ni mantiene a las partes en los derechos que le son privativos, ni se atiende a las acciones deducidas en el límite establecido por la apelación; y esta doctrina se mantiene bajo el nuevo Código. *Ib.*, pp. 417-420.

8. Señalan MONTERO AROCA y FLORS MATÍES que: “Se ha venido considerando como una manifestación característica del principio de la congruencia en la segunda instancia, la prohibición de la denominada *reformatio in peius*, es decir, la prohibición de que el tribunal *ad quem*, al resolver el recurso, modifique por sí la sentencia apelada en perjuicio del apelante, empeorando o agravando la posición del mismo. Si el ámbito de la apelación y de las facultades decisorias del Tribunal *ad quem* vienen determinados, conforme al principio dispositivo, por la regla *tantum appellatum quantum devolutum* y la esencia de la legitimación para recurrir radica en la existencia de gravamen, ello implica que aquellos pronunciamientos de la sentencia de instancia que no haya sido objeto de impugnación y que resulten favorables al apelante, conservarán plena eficacia para él, pues lo que pretende con la interposición del recurso genera, por tanto, para el recurrente una expectativa de reforma de la resolución recurrida en aquello que le resulte desfavorable, sin que en ningún caso le quepa esperar un resultado que le perjudique. La sentencia de apelación que introdujera, sin petición de la parte contraria, una reforma peyorativa incurriría, evidentemente, en incongruencia. Es por ello por lo que la prohibición de la *reformatio in peius* solamente puede tener lugar si la otra parte no apeló o no impugnó la resolución apelada, pues en tal caso, por efecto de los mismos principios antes aludidos, el tribunal *ad quem* entra a conocer de todo lo que se le propone como materia de decisión en la segunda instancia por las dos partes litigantes y también recurrentes, de modo que en caso de estimar la pretensión deducida por una de ellas que hubiera sido desestimada en la primera instancia, provocará, obviamente, una reforma peyorativa para la contraria, pero ella será consecuencia, precisamente, del principio de la congruencia”. MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J., “Los recursos en el proceso civil”, Tirant lo blanch, Valencia 2001, pp. 346-347.

9. Según el maestro LORETO, Luis de acuerdo con nuestro sistema procesal, “...todo litigante debe tomar la iniciativa de la reforma de la sentencia en todo aquello que le es gravoso, ya de manera autónoma, por la interposición de un recurso principal, ya en forma subordinada mediante el ejercicio del derecho a adherir, lo que presupone en este caso la preexistencia de la apelación de la parte contraria. Por ello, para dicho autor no cabría distinguir entre sentencias que contienen un sólo punto o puntos distintos y opuestos de los cuales se apela, siempre que en la decisión de ellos se produzca perjuicio a ambas partes. TICIO demanda a CAYO para que le pague 100 y éste es condenado en primera instancia a pagarle sólo 50, habiendo negado la obligación. De esta decisión que contiene un

bras de Eduardo Couture- un principio negativo, ya que consiste principalmente en una prohibición “no es posible reformar la sentencia apelada en perjuicio del único apelante”. Aduce dicho autor que no faltaron intentos de la doctrina, sobre todo penalista, que sostuvieran la inexistencia de este principio en todas las ramas. Sin embargo, justificadamente estas tesis no hallaron eco en el pensamiento procesal más autorizado.

En efecto, para la mayor parte de la doctrina procesal, “la prohibición de reformar en contra del recurrente no es sino la consecuencia de ciertas normas generales ya anticipadas. Así, conducen hacia esa prohibición los principios *nemo iudex sine actore*, expresión clásica del proceso dispositivo vigente en nuestros países; del *ne procedat ex officio*, que prohíbe, en línea general, la iniciativa del juez fuera de los casos señalados en la ley; y el principio del agravio, que conduce a la conclusión ya expuesta de que el agravio es la medida de la apelación. El juez de la apelación no tiene más poderes que los que caben dentro de los límites de los recursos deducidos. No hay más efecto devolutivo que el que cabe dentro del agravio y del recurso: *tantum devolutum quantum appellatum*”¹⁰.

De lo anterior podemos afirmar que en virtud de la *reformatio in peius*, en nuestro sistema procesal el juez *ad quem* no puede reformar de oficio la sentencia para empeorar la situación del apelante, salvo que exista un acto expreso de adhesión del apelado que le permita beneficiarse del efecto devolutivo pleno de la apelación principal, determinando así los confines dentro de los cuales pretende también que se efectúe el examen y control de la alzada¹¹.

La jurisprudencia, por su parte, ha señalado que el principio de la *non reformatio in peius* impide al juez de alzada empeorar el agravio causado por la sentencia sometida a revisión, cuando la contraparte no haya hecho a su vez uso del recurso de apelación ni

sólo punto, el demandado CAYO apela únicamente (sic). En tal supuesto, si el actor TICIO no adhiere en forma alguna a la apelación de CAYO, por no concurrir a la segunda instancia o por cualquier otro motivo, el juez de alzada no podría reformar la sentencia en favor de TICIO empeorando la situación de CAYO, aun cuando de las actas procesales pudiere surgir la convicción de que el apelante debe pagar efectivamente 100. A falta de adhesión de TICIO a la apelación de CAYO éste no podría ver empeorada su condición de condenado a pagar 50, debiendo confirmarse la sentencia. La adhesión tiene precisamente por finalidad ampliar el campo de conocimiento de la causa y decisión del juez *ad quem*, incorporando al debate de segunda instancia todas aquellas cuestiones que por el dispositivo de la sentencia sean gravosas por acción u omisión para la parte apelada y sin cuya denuncia mediante la adhesión, el juez no podría decidir las de oficio, empeorando con ello la condición del apelante. Lo propio sucede cuando la decisión se refiere a varios puntos decididos algunos de modo favorable y otros desfavorablemente a ambas partes, en cuyo caso el juez no podrá agravar la situación del apelante si el apelado no manifiesta su voluntad de obtener una reforma de la sentencia en su favor, mediante un acto de adhesión. En tratándose de puntos completamente distintos u opuestos a los de la apelación, el Tribunal de alzada no podría decidir nada sobre ellos, sino en tanto que el apelado haya manifestado con la adhesión, su voluntad de que sean reformados en la medida de los gravámenes que denuncie. Si en todos estos supuestos el apelado no concurre a la alzada, o guara silencio, no habiendo adherido, el juez no podría proveer a sus intereses (...) Quedan a salvo, desde luego, la aplicación de las leyes de orden público y el problema de la correcta subsunción de los hechos bajo las normas, en todo lo cual la figura de los litigantes no vincula al juzgador (*iura novit curia*). LORETO, L., “Adhesión a la apelación”. *Ensayos Jurídicos*, Fundación Roberto GOLDSCHMIDT, Editorial Jurídica Alva, Caracas 1987, p. 445.

10. COUTURE, E., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 3ª Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1981, p. 368.

11. Siendo que la adhesión en nuestro derecho es un verdadero y propio recurso o, mejor dicho, un remedio de naturaleza subordinada a la del recurso principal, lógicamente supone que quien lo ejerza se halle perjudicado por la decisión. Recuérdese que lo pretende el apelado al adherirse a la apelación es mejorar la situación en que le colocó la sentencia recurrida. Por tales motivos, cuando el apelado se limita en la segunda instancia a defender la sentencia y solicitar su confirmación, aun cuando le sea gravosa, sin utilizar para ello el recurso de adhesión a la apelación contraria, no podrá aspirar obtener en la alzada una reforma del fallo a su favor, pues el juez se encuentra limitados sus poderes para tal fin (*ne procedat iudex ex officio; no eat iudex ultra petita partium*). V., LORETO, L., *ob. cit.*, p. 450.

se haya adherido al de la otra¹², puesto que la apelación transmite al tribunal superior el conocimiento de la causa, en la extensión y medida en que fue planteado el problema en el libelo introductivo de la instancia ante el juez de origen, y en la extensión y medida del problema, tal como haya quedado reducido el debate en el momento de la apelación. Es decir, que "...el efecto devolutivo que provoca la interposición del recurso de apelación, no se produce sino en cuanto a los puntos de la sentencia que hayan sido atacados por los litigantes, de manera que la parte apelada del fallo será la única que pasa al conocimiento del tribunal de alzada, y el resultado de esa apelación no afectará, naturalmente, sino a los litigantes que hayan intervenido en el punto o proceso accionado, pues los puntos o negocios no apelados habrán causado ejecutoria, y el superior no tendrá sobre ellos jurisdicción alguna: son cosa juzgada"¹³.

En forma constante y pacífica la Corte Suprema de Justicia y la doctrina más conspicua, sostenían que el vicio de la *reformatio in peius* o reforma peyorativa comporta una violación del principio *tantum devolutum quantum appellatum*, implícito en el artículo 288 del Código de Procedimiento Civil, y no constituye *ultrapetita*, que consiste en acordar algo que no ha sido pedido en la fase de alegación del proceso, vicio en el cual pudiese incurrir tanto el juez de alzada como el de primera instancia; en tanto que la *non reformatio in peius* es una obligación que se impone exclusivamente a los jueces de alzada, de ceñirse rigurosamente a lo que es el tema del recurso de apelación, sin favorecer a quien no lo interpuso¹⁴. Sin embargo, este criterio ha sido modificado, en los siguientes términos:

Vista la figura del (sic) *reformatio in peius*, como un principio jurídico que emerge en abstracto de la conducta del jurisdiscente, a través de la cual desmejora la condición del apelante, sin que haya mediado el ejercicio del precitado recurso por la contraria, es de lógica concluir, que no existe norma expresa en nuestro ordenamiento jurídico que la contemple y la cual pudiera ser, verdaderamente objeto de violación directa; siendo así, no se puede continuar inficionando dentro del campo de los artículos 288 del Código de Procedimiento Civil y 1.365 del Código Civil, para justificar la violación de una norma inexistente, argumentándose dicha ficción, en los principios de *tantum appellatum quantum devolutum*; la realidad de la conducta del *ad quem*, al desmejorar al apelante, está circunscrita a la figura jurídica de la *ultrapetita*, pues viola el principio de congruencia de la sentencia, conectado a la limitación de decidir solamente sobre lo que es objeto del recurso subjetivo procesal de apelación; en igual manera la *reformatio in peius*, está ligada a la garantía constitucional del derecho a la defensa, por lo cual quien ejerce ese derecho no puede ver deteriorada su situación procesal, por el sólo hecho de haberlo ejercido. Sobre la base de estos considerandos, se deja establecido que el principio de la *reformatio in peius*, en el cual incurre el juez de alzada, al conocer en función jerárquica vertical, debe ser denunciado como una infracción de forma, sobre la violación de los preceptos establecidos en los artículos 12, 15, 243, ordinal 5 y el 244 del Código de Procedimiento Civil, y con apoyo en el ordinal 1, del artículo 313 *ei usdem*¹⁵.

En cuanto a la gravedad de este vicio, se ha considerado que la *reformatio in peius* configura una violación del derecho a la defensa de los litigantes, de manera que se trata de una trasgresión al orden público procesal que habilita a casar de oficio el fallo que incurra en la misma, de acuerdo con la facultad que en ese sentido establece para la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil. Pero adicionalmente, desde el punto de vista constitucional, se ha

12. Cf., Ss. CSJ/SCC, 23-09-92 y 25-11-99.

13. Cf., S. CSJ/SCC, 16-12-92.

14. Cf., Ss. CSJ/SCC, 23-09-92 y 25-11-99.

15. Cf., TSJ/SCC, 16-02-01.

reconocido la posibilidad de utilizar los mecanismos procesales extraordinarios como el amparo constitucional para accionar contra la sentencia que incurra en la reforma peyorativa, porque la misma supone una violación del derecho a la defensa¹⁶ y una trasgresión del principio de la seguridad jurídica¹⁷.

III. LA *NON REFORMATIO IN PEIUS* EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE SEGUNDO GRADO

El principio de la *non reformatio in peius* que, como hemos visto, es una institución oriunda del derecho procesal, tiene, no obstante ello, proyección en el Derecho Administrativo Formal, desde que en el ámbito interno de la Administración existe la posibilidad de que la manifestación de voluntad, de juicio o de conocimiento de ésta, que afecta los derechos subjetivos o intereses personales, legítimos y directos de un particular, sea objeto de una revisión rogada (recurso), bien ante el mismo órgano que dictó el acto o bien ante el superior jerárquico correspondiente.

Así, en mérito de esa revisión existiría en principio la posibilidad de que el órgano que revisa pueda modificar totalmente la decisión examinada, al punto de desmejorar o agravar la situación jurídica de quien insta dicha revisión. Esta posibilidad, ya se ha dicho, no existe en el proceso judicial y la interrogante es entonces, si tampoco ha de existir en el procedimiento administrativo de segundo grado, en especial cuando el acto objeto de revisión comporta una sanción para el administrado.

De allí que, entenderemos por *reformatio in peius* en el Derecho Administrativo Formal, la modificación de un acto administrativo en su contenido material como consecuencia de la decisión de un recurso administrativo, que comporta disminuir los efectos favorables, agravar los desfavorables o incluir nuevos resultados perjudiciales para el recurrente. Alguna doctrina incluye dentro del concepto la extensión del impacto del acto original a sujetos que no estaban afectados en principio por el mismo¹⁸, pero nosotros creemos que tal supuesto es distinto al de la reforma peyorativa, que sólo debe ser examinada, en nuestra opinión, con respecto al sujeto que recurre y no en relación a los terceros. En el supuesto anotado, el problema que sea plantea no es si el acto ha sido modificado para afectar de manera distinta (peor) la situación de quien interpone el recurso, sino si el acto que originalmente se dirigía a un sujeto en particular, puede ampliar su radio de acción hasta tocar los derechos subjetivos e intereses personales, legítimos y directos de terceros ajenos al procedimiento administrativo constitutivo y,

16. “En orden a lo anterior, esta Sala considera que la *reformatio in peius*, además de ser un vicio de carácter legal que afecta la validez del fallo, también resulta ser un vicio que vulnera tanto el derecho a la defensa como al debido proceso del apelante. De allí que la procedencia de la acción de amparo contra el fallo que en él incurra, puede ser factible, en tanto sea inadmisibles contra dicho fallo el extraordinario recurso de casación, que es el medio judicial apropiado e idóneo para remediar la situación jurídica lesionada como consecuencia de la indebida reforma de la sentencia, que desmejore la situación del único apelante (*reformatio in peius*); pues, se reitera una vez más que el mecanismo del amparo está condicionado a la inexistencia de otros medios procesales que permitan el restablecimiento de la situación jurídica que se alega infringida, o de la situación que más se le asemeje, tal como lo dispone el artículo 5 de la Ley Orgánica de la materia”. Cf., S. SCJ/SCC, 15.07.98.

17. Cf., S. CSJ/SCC, 18-11-99.

18. GONZÁLEZ NAVARRO, F., “La *reformatio in peius* en materia de contrabando”, *Revista de Administración Pública* n° 76, Instituto de Estudios Políticos, Madrid enero-abril, p.182.

por supuesto, extraños al procedimiento de segundo grado. No es un problema del contenido del acto (elemento objetivo), sino de los sujetos pasivos del mismo (elemento subjetivo).

De entrada es preciso señalar que las razones por las cuales la sentencia de primera instancia no puede ser modificada por el juez *ad quem* en perjuicio del apelante, no son trasladables al ámbito del procedimiento administrativo porque ambos cauces formales -el proceso judicial y el procedimiento administrativo- presentan características no sólo diversas, sino en ocasiones diametralmente opuestas.

Esto ha llevado a algunos a descartar de plano que la *non reformatio in peius* sea un principio susceptible de ser transportado al terreno de los recursos administrativos. Pero es el caso que la respuesta no es tan sencilla, porque a pesar de las indiscutibles diferencias que han de reconocerse entre ambos mecanismos de revisión de actos precedentes (el acto administrativo definitivo por una parte y la sentencia por la otra), el *telos* de la revisión pareciera ser el mismo: el escrutinio de la decisión original para lograr su conformidad con el derecho.

La discusión teórica ha sido enconada, larga e irreconciliable y en algunos países como España, ha debido ponerse fin mediante reformas legislativas drásticas¹⁹. Pero en otras latitudes, como ocurre en nuestro país, tales cambios no se han producido y las dudas siguen y, lo que es peor, la realidad cotidiana enseña que, en efecto, los actos administrativos sometidos a revisión a través de los recursos administrativos, son en muchas ocasiones modificados para desmejorar o empeorar la situación del recurrente.

Tratar de encontrar una salida a este *atolladero* teórico, no es tarea sencilla porque como apuntaba Juan Alfonso Santamaría Pastor, antes de que el asunto recibiera solución legislativa en España, la *reformatio in peius* "...es uno de esos temas sobre los

19. El artículo 89 de la Ley de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPPAC), dispone que la resolución que ponga fin al procedimiento debe decidir sobre todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo. Explica SANTA MARÍA Pastor que el término *cuestiones* que emplea el precepto no tiene el mismo sentido que en el ámbito del proceso y en ese sentido señala que son cuestiones, como la propia norma señala, las peticiones concretas formuladas por el propio interesado en su solicitud, pero también todos aquellos otros temas sustantivos que él mismo o la Administración pudieran plantear con posterioridad al acto de iniciación. Ahora bien, indica el autor que la resolución de cuestiones que no hubieren sido planteadas por los interesados, sino por la Administración, están sujetas a límites que tratan de impedir que el procedimiento se convierta en una trampa para aquéllos: i) Con carácter general y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 89.1 de la LRJAPPAC, que cuando se trate de cuestiones conexas que no hubieren sido planteadas por los interesados, el órgano competente podrá pronunciarse sobre las mismas, poniéndolo antes de manifiesto a aquéllos por un plazo no superior a quince días, para que formulen las alegaciones que estimen pertinentes y aporten, en su caso, los medios de prueba. Lo que en nuestra opinión indica que el legislador español ha entendido que lo contrario supondría una violación del derecho a la defensa y a la prueba. ii) En el caso exclusivo de los procedimientos iniciados a instancia del interesado y según lo previsto en el artículo 89.2 *ejusdem*, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por el interesado, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si procede. Con esta salvedad, dice SANTA MARÍA, Pastor, se ha querido excluir la posibilidad de a vieja práctica de las resoluciones que suponen una *reformatio in peius*, forma indirecta de desalentar las solicitudes comprometidas o incómodas para la Administración y que lo mismo han sido consideradas como contrarias al derecho a la tutela judicial efectiva. SANTA MARÍA, Pastor, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*. Editorial Centro de Estudios Ramón Arce, S.A., 2da. Edición, Volumen II, Madrid 2000, pp. 103-104. De acuerdo con MENÉNDEZ RESACH "...si la Administración considera que la tramitación del expediente ha puesto de relieve la existencia de hechos que deben comportar un empeoramiento de la posición jurídica del interesado, no puede extraer las consecuencias pertinentes al resolver el procedimiento iniciado a instancia de aquél, sino que deberá incoar de oficio un nuevo procedimiento, limitándose a terminar el iniciado a instancia de parte de acuerdo con el principio de congruencia". MENÉNDEZ RESACH, A., "Procedimientos Administrativos: Finalización y Ejecución". *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid 1993, p. 253.

cuales es literalmente imposible ponerse de acuerdo, en los cuales parece que ambas partes llevan razón, por muy anticientífico que esto resulte en pura lógica aristotélica”. Y no le faltaba razón al distinguido profesor español pues el tema no sólo ha sido arduamente discutido, sino que, en efecto, cada una de las posturas contrapuestas ofrece argumentos bastantes sólidos.

El aserto precedente, sin más explicación, conduciría entonces a replantear la utilidad del esfuerzo que hemos emprendido, el cual, por lo visto, podría ser un intento más, tal vez frustrado, de abordar con éxito la solución de un problema impenetrable. Sin embargo, esta renuncia apriorística, a pesar de las enormes dificultades apuntadas, no es aceptable, pues las consecuencias de tal actitud no se quedan en el plano teórico, sino que dejan sin respuesta un importantísimo problema práctico y absolutamente cotidiano, cual es la creciente desconfianza y rechazo de los recursos administrativos como medios idóneos para conciliar el ejercicio de la potestad de autotutela, por una parte, y el pleno goce y disfrute del derecho constitucional a la defensa, por la otra, en particular en un régimen jurídico en el cual, desafortunadamente y en la mayoría de los casos, tales recursos son una antesala inexcusable que ha de transitarse antes de acceder al proceso contencioso administrativo.

Por ello, no es casual que antes de abordar el tema específico de la *non reformatio in peius* en el procedimiento administrativo sancionatorio de segundo grado, comencemos por refrescar los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos en el ámbito de dicho procedimiento, para luego recordar los alcances y los límites que enfrenta la potestad revisora de la Administración, pues definitivamente estos son los extremos antagónicos que es preciso conciliar si se pretende encontrar la respuesta que buscamos.

La referencia a estos derechos y garantías constitucionales, no está en lo absoluto desconectada del tema que nos ocupa, sino, muy por el contrario, íntimamente vinculada al mismo, desde que algunos de ellos son de inexcusable consideración para saber si la autotutela de segundo grado en el procedimiento sancionador, puede tener el mismo alcance que su hermana gemela en el procedimiento administrativo ordinario o si, en cambio, debe verse modulada en este ámbito particular²⁰. Además, no cabe duda de que la Constitución de 1999, ha provocado un cambio profundo al proclamar categóricamente que el *debido proceso* debe aplicarse no sólo en el ámbito judicial, sino también en el de los procedimientos administrativos, y no se ha quedado en una mera afirmación de tal principio sino que se ha ocupado, sin limitarlo, de darle un contenido concreto.

20. Dice el profesor BREWER-CARÍAS que: “La primera y más importante de las fuentes del derecho administrativo y, por tanto, fuente de legalidad administrativa es la Constitución del 23 de enero de 1961 (...) De acuerdo con nuestra tradición constitucional que se remonta al primer Texto constitucional de la República del 21 de diciembre de 1811, la Constitución, tanto en su parte orgánica como en su parte dogmática, contiene una serie de normas que están en la cúspide del ordenamiento jurídico y que son de aplicación directa e inmediata a los funcionarios y ciudadanos. Todos los principios del ordenamiento jurídico administrativo encuentra su fuente y consagración en dicho Texto, el cual es la Ley Suprema del ordenamiento. Por tanto, toda ley, norma o acto está subordinado a la Constitución y no puede haber acto alguno superior a ella (...) Ahora bien, cuando se indica que una de las fuentes del derecho administrativo -la primera y de carácter supremo- es la Constitución, ello significa que la Administración debe, ante todo, respetar las normas constitucionales, tanto las que se establecen en los *artículos* del texto, como las que resulta de los *principios* constitucionales”. BREWER-CARÍAS, Allan R., “La Constitución como fuente del Derecho Administrativo”, *Revista de Derecho Público* n° 47, EJV, Caracas julio-septiembre 1991, V., también, BREWER-CARÍAS, Allan R., “Bases constitucionales del Derecho Administrativo en Venezuela”, *Revista de Derecho Público* n° 16, EJV, Caracas octubre-diciembre 1983.

IV. BREVE APUNTE SOBRE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

Una de las manifestaciones más importantes del poder de policía administrativa se produce a través del ejercicio de la potestad sancionatoria²¹, esto es, de aquella actividad administrativa que encuentra su fundamento en el genérico *ius puniendi* del Estado²² y que supone la imposición de sanciones administrativas, que no son otra cosa que actos de gravamen que disminuyen o debilitan la esfera jurídica de los particulares, bien sea mediante la privación de un derecho (interdicción de una determinada actividad), bien mediante la imposición de un deber antes inexistente (condena al pago de una suma de dinero). Se trata pues de lesiones jurídicas que el particular tiene el deber de soportar como consecuencia de su actuación ilícita²³ o, como ha dicho la jurisprudencia, de castigos a las infracciones del orden jurídico administrativo²⁴.

El ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria tiene como fundamento constitucional el *ius puniendi* del Estado²⁵ y como presupuesto de hecho, la ocurrencia de un ilícito administrativo. Los ilícitos administrativos se producen cuando ocurre el incumplimiento de los compromisos de subordinación al Estado o, como expresa el profesor Chiossone, cuando hay una trasgresión de un deber o de una obligación frente a la Administración.²⁶

Las sanciones administrativas tienen la naturaleza de actos administrativos²⁷, es decir, manifestaciones de voluntad de la Administración proferidas en ejercicio de una potestad administrativa sometida al bloque de la legalidad y dictada con miras a la consecución de un fin de interés público. Para un sector importante de la doctrina, las sanciones administrativas se distinguen de las penales (Garrido Falla, Villar Palasí, Nieto, Sosa Gómez, Chiossone y De Laubadère), mientras que otros consideran que se trata de categorías idénticas (Parada Vazquez, García de Enterría, Martín Retortillo, Suay Rincón)²⁸.

21. "La actividad de policía administrativa puede, ciertamente, suponer la imposición de sanciones por parte de la Administración. En este ámbito, la aplicación de los principios desarrollados a la luz del Derecho Penal a la actividad punitiva de la Administración en cuestión ampliamente sostenida por la doctrina, y que nuestro más Alto Tribunal y esta Corte han sostenido reiteradamente..." Cf., S. CPCA, 12-07-95, Caso *Merck, Sharp & Dohme de Venezuela, C.A.*, exp.16.613.

22. Así lo reconoce la doctrina patria, V., RONDÓN DE SANSÓ, H., "La potestad sancionatoria en el derecho venezolano", *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías*, Funeda, Caracas 1996, p. 239.

23. SUAY RINCON, J., *Sanciones Administrativas*, Publicaciones del Real Consejo de España, Bolonia 1989, p. 27.

24. Cf., CSJ/SP, 29-04-97, Caso *Eloy Lares Martínez y otros en amparo constitucional*, expediente n° 853.

25. Al igual que la potestad penal de los jueces y tribunales, la potestad sancionatoria de la Administración forma parte de un genérico *ius puniendi* del Estado (NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid 1994, p. 80.). La potestad sancionadora no es un fin en sí misma, sino un medio para hacer más eficaz el ejercicio de otras potestades que el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración para satisfacer intereses generales. La tesis del *ius puniendi* único del Estado no es obstáculo para reconocer que una correcta política punitiva pasa por depositar en manos de la Administración la potestad de sancionar, en aquellos sectores en que tiene potestad para intervenir y ordenar (DE PALMA DEL TESO, A., *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid 1996, p. 38.).

26. CHIOSSONE, T., *Sanciones Administrativas*, UCV, Caracas 1973, pp. 43-44.

27. LAUBADERE, A., VENEZIA, J.C., GAUDEMET, Y., *Traité de Droit Administratif*, t. I, L.G.D.J., París 1996, pp. 709-710.

28. Sobre este particular nuestra jurisprudencia ha señalado lo siguiente: "Ardua y sostenida ha sido la discusión en el campo doctrinario en materia de sanciones administrativas, en dos orientaciones. En un primer aspecto, la controversia se ha suscitado entre quienes sostienen la existencia de un Derecho Penal Administrativo, distinto del Derecho Penal, propiamente dicho, y aquellos autores que niegan en forma absoluta esa posibilidad y mantienen la unicidad del Derecho Penal. En un segundo aspecto, respecto al cual la polémica ha sido más ardorosa, se

En nuestra opinión, las sanciones administrativas son categorías jurídicas autónomas de las sanciones penales fundamentalmente por el interés que protegen y por el órgano encargado de su aplicación, pero en todo caso, con independencia de la posición que se adopte en torno a la naturaleza jurídica de la sanción administrativa, bien como categoría jurídica autónoma, bien como especie de la sanción penal, lo verdaderamente importante para nuestro particular propósito es dejar sentado que la misma comporta, indiscutiblemente, una lesión.

Por tal motivo, todos los ordenamientos jurídicos del mundo civilizado se ocupan de crear diversos límites al ejercicio del poder punitivo por parte del Estado, de modo que las sanciones administrativas no trasciendan las fronteras del castigo razonable, ni afecten a quien no ha podido defenderse, ni, por supuesto, a quien no ha cometido infracción alguna. En nuestro sistema, la máxima expresión de tales límites está conformada por una serie de derechos y garantías que recoge, expresa o implícitamente, la Constitución y que vertebran toda una estructura ordenada a la protección del ciudadano frente a la potencial arbitrariedad del titular del poder sancionador.

Puede hablarse entonces de un verdadero *sistema* de derechos y garantías que protegen al administrado frente al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, que por tal razón debe ser entendido y aplicado como una unidad. Cada uno de estos derechos y garantías constitucionales está íntimamente vinculado con los demás, a tal punto que muchos de ellos son causa necesaria y eficiente para la existencia de otros, dentro de una perfecta y continua relación simbiótica.

Por esa razón, nos ha parecido necesario un breve repaso de estas garantías y derechos constitucionales que se aplican dentro del procedimiento administrativo sancionatorio, pues ello servirá luego para determinar si la *reformatio in peius* puede convivir con éstos sin transgredirlos o si por el contrario, la vigencia de estos derechos y garantías constitucionales y su proyección e influencia en el resto del derecho positivo, hace ilegítima la aplicación de la reforma peyorativa.

El ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria no es un poder ilimitado que poseen las Administraciones Públicas; antes por el contrario, se trata de una actividad modulada intensamente, como hemos dicho, por una serie de principios que, en su mayoría, derivan de la Constitución y por otros que, aun careciendo de una regulación expresa en el Texto Fundamental, tienen conexión con derechos inherentes a la persona humana y que por tanto pueden estimarse también reconocidos por la Constitución, de acuerdo con lo previsto en su artículo 22, o derivan de principios generales del derecho.

discute la naturaleza misma de la infracción administrativa en comparación con la infracción penal. El Profesor de la Universidad de Barcelona, España, MONTERIO PUERTO, Miguel en su obra *Infracción Administrativa, Características, Manifestaciones y Sanciones*, recoge esta última controversia y divide en tres grupos las opiniones doctrinarias: 1.- concepciones opuestas a una diferencia entre la infracción penal y la infracción administrativa; 2.- concepciones que admiten diferencias entre la infracción penal y la infracción administrativa, aun cuando tal diferencia no sea tomada sobre la base de una distinta naturaleza; 3.- doctrinas que admiten distinción, por razón de la naturaleza, entre la infracción penal y la infracción administrativa. Faltaría agregar, dentro de ese mismo contexto, que es abundante la doctrina que niega a la sanción administrativa el carácter de pena en sentido técnico. Se ve pues, que aun en el caso de las infracciones administrativas propiamente dichas, teniendo por tales las violaciones a determinadas reglas contenidas en estatutos legales, en sentido general, no hay acuerdo doctrinario respecto a si la infracción tiene carácter penal y tampoco sobre si la sanción que amerita, constituye una pena". Cf., S. CSJ/SP, 29-04-80, bajo la ponencia del Magistrado Dr. NUÑEZ ARISTIMUÑO, José.

El principio de seguridad jurídica exige que la sanción de todas las conductas que están legalmente tipificadas como ilícitos administrativos, se realice a través de un procedimiento que permita la salvaguardia del interés general y de los derechos y garantías de los administrados²⁹. De allí surge el concepto del debido proceso (*due process of law*³⁰), en el cual quedan comprendidas las siguientes garantías formales fundamentales, a saber:

1. Derecho a la defensa o a ser oído

Dentro del procedimiento administrativo sancionatorio, con más intensidad que en cualquier otro supuesto posible, es de esencial importancia la existencia de una oportunidad para que el imputado se defienda, para que alegue en cualquier estado y grado del mismo todo aquello que contribuya a la defensa de sus derechos e intereses. Así lo establece de manera categórica la Constitución en su artículo 49, numerales 1 y 3, en los que se prevé que la defensa es un derecho inviolable en todo estado y grado de la investigación y del proceso y que toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso. Esta garantía es de cardinal importancia en el tema que ocupa nuestras reflexiones, desde que una de las críticas fundamentales que se hacen al ejercicio de la reforma en perjuicio en los procedimientos administrativos sancionatorios de segundo grado, es que ésta no permite que el interesado se defienda antes de que la sanción agravada o las nuevas sanciones, le sean impuestas en la resolución del recurso intentado.

2. Derecho a promover y evacuar pruebas

Asimismo, una de las garantías procedimentales de trascendental importancia y profundamente vinculada e interdependiente con el derecho a la defensa y al debido proceso, es la libertad de pruebas, es decir, la posibilidad de promover y evacuar toda clase

29. Así lo ha establecido en numerosas ocasiones la jurisprudencia: "El procedimiento administrativo sancionatorio constituye uno de los medios a través de los cuales se materializa la potestad sancionatoria. De allí que para el ejercicio de esta potestad, la Administración debe abrir el procedimiento y notificarle a los presuntos transgresores las faltas que se le imputan, es decir, debe hacerle conocer con toda claridad y certeza de qué se le presume responsable a los fines de que en ejercicio de su derecho a la defensa, presenten el escrito de descargos con sus respectivas pruebas..." Cf., S. CPCA, 04-02-97, Caso *Griselda Zorrilla de Mora vs. UCV*, expediente n° 95-16851. "El trámite administrativo para la imposición de sanciones pecuniarias agota una primera instancia, la cual por eso mismo, debe iniciarse con la notificación del administrado y en ella debe dársele oportunidad para promover y evacuar las pruebas que estime pertinentes, en ejercicio del derecho a la defensa consagrado en el artículo 68 de la Constitución Nacional. Dicho procedimiento administrativo puede y debe ser definido por vía Reglamentaria o por Resolución Ministerial, caso de no estar previsto en una norma legal de superior categoría, en beneficio de la Administración misma y del particular. Sin embargo, su inexistencia no puede privar al administrado de su legítimo e impostergable derecho de defensa (...). Los lapsos y oportunidades de actuar que se establezcan en el procedimiento administrativo, constituyen verdaderas garantías procesales para el administrado y son las que van a dar sentido y contenido práctico a su derecho de defensa constitucional (...). En estos casos, de infracciones a la Ley de Hidrocarburos, la notificación del concesionario, requisito indispensable para iniciar la primera instancia administrativa, debe constar en el acta fiscal prevista en el artículo 128 del Reglamento de la Ley de Hidrocarburos, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 420 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, y es por esto que la omisión de la firma del concesionario en dicha acta, o de la constancia de la autoridad de que aquél se negó a firmarla, constituyen un vicio que afecta la validez del procedimiento que se ha seguido". Cf., S. CSJ/SPA, 21.01.75, ratificada en S. de la misma Sala 24-04-80, bajo la ponencia del Magistrado Dr. CORONIL, Domingo A.

30. Sobre el particular consúltese, GELLHORN, E., LEVIN, R., *Administrative Law and Process*, West Publishing Co., Minnesota 1997.

de medios de prueba durante el trámite formal correspondiente. En este sentido el artículo 49, numeral 1, de la Constitución, señala que toda persona tiene derecho de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. El principio de libertad probatoria es reafirmado en el artículo 58 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y es recogido también en algunas leyes especiales que tipifican ilícitos administrativos y sanciones de la misma especie. También esta garantía viene muy a propósito pues, al igual que en el caso anterior, la reforma peyorativa también implica la privación de una oportunidad normalmente concedida para probar contra la nueva sanción.

3. Interdicción de las pruebas ilegítimas

Otra de las garantías fundamentales de los procedimientos administrativos sancionatorios, incorporada ahora de manera expresa por la Constitución de 1999, es la interdicción de las pruebas ilegítimas. En efecto, señala el artículo 49, numeral 1, de la Constitución, que serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Esto significa que la demostración de que determinado sujeto ha cometido un ilícito administrativo, no puede estar basada en pruebas que han sido obtenidas: i) sin el debido conocimiento del sujeto imputado; ii) sin permitir al imputado la contraprueba correspondiente; iii) en violación de la garantía constitucional del secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas (artículo 48 de la Constitución); iv) mediante el robo, hurto o apropiación indebida de documentos incriminadores; v) mediante el forjamiento o elaboración de pruebas *ad hoc* preparadas con la finalidad de apoyar los hechos descritos en un acto administrativo sancionatorio definitivo; vi) en violación del derecho a no autoinculparse (artículo 49, numeral 5, de la Constitución). De acuerdo con lo expuesto, si existe una prueba incriminadora que ha sido obtenida por la autoridad pública violando la garantía del debido proceso según lo antes expuesto, tal prueba será nula y por tanto, no podrá en ningún caso convertirse en el fundamento de un acto administrativo sancionatorio, so pena de que el mismo también esté viciado de nulidad absoluta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19, ordinal 1^o, de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en concordancia con el artículo 49, numeral 5, de la Constitución.

Más adelante analizaremos si el hecho de que la sanción administrativa originalmente impuesta al término del procedimiento administrativo constitutivo, sea modificada con base a hechos que el imputado no pudo discutir ni con respecto a los cuales tuvo la oportunidad de presentar pruebas en contrario, podría calificarse como la fundamentación de actos sancionatorios en pruebas ilegítimamente obtenidas.

4. Derecho a la formación del expediente administrativo y de acceder al mismo

También es una garantía procedimental de principalísima importancia en el ámbito del derecho administrativo sancionador, la existencia de un expediente administrativo debidamente foliado y certificado por la autoridad correspondiente, en el cual consten, en perfecto orden consecutivo y sin alteraciones ni enmendaduras de ninguna especie, todas y cada una de las actuaciones cumplidas durante el procedimiento sancionatorio

de primer grado, todo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 31, 32, 51 y 50 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. A este expediente administrativo debe tener acceso constante el sujeto interesado en el procedimiento administrativo sancionatorio, para consultarlo cuantas veces sea necesario dentro del horario normal de la oficina pública de que se trate, pudiendo tomar anotaciones del mismo o pedir, si fuere el caso, copias simples o certificadas de todos o algunos de los documentos que reposen en él. El acceso al expediente para el interesado debe ser fácil, sencillo, sin trabas de ninguna especie ni trámites burocráticos engorrosos e innecesarios, debiendo existir un lugar apropiado para su consulta en la oficina pública correspondiente (artículos 37 y 38 de la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos).

5. Derecho a la notificación

De acuerdo con el artículo 49, numeral 1, de la Constitución, toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga. Esta garantía tiene una trascendencia superlativa en el procedimiento administrativo sancionatorio y supone que el sujeto imputado conozca a plenitud la iniciación de un procedimiento para determinar la comisión de un ilícito administrativo en el cual él aparece como presunto infractor. Por tanto, como condicionante del efectivo ejercicio del derecho a la defensa, el administrado tiene derecho a imponerse o enterarse de todo acto administrativo de efectos particulares que afecte sus derechos, incluso de aquellos que sean de mero trámite, tal como se deduce del artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Es decir, cualquier acto que se produzca dentro del procedimiento o que le ponga fin, si afecta los derechos del administrado, debe notificársele y esa notificación debe reunir todas las formalidades a las que se refiere el referido artículo 73 de la referida Ley.

Para que esta garantía formal sea efectiva, ha de privilegiarse la notificación personal practicada en el domicilio del sujeto imputado (sea persona natural o jurídica), tal como lo revela la lectura concordada de los artículos 74 y 75 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Así lo ha entendido la jurisprudencia, al señalar que las autoridades administrativas deben dar preferencia a la notificación personal, agotando todos los medios necesarios para que ésta se lleve a cabo y es lógico que así sea pues la notificación personal es la forma más idónea de garantizar la posibilidad de ejercicio del derecho a la defensa³¹.

De igual manera, de acuerdo con el artículo 73 de la misma Ley, la notificación ha de contener una serie de requisitos formales que están destinados a asegurar que el imputado pueda ejercer adecuadamente su derecho a la defensa; tales requisitos son: i) información suficiente sobre el acto que se notifica; ii) recursos u oportunidades para promover alegatos y pruebas a que haya lugar y plazos para ello; iii) información suficiente sobre el organismo competente que sustancia el procedimiento. La notificación es una condición de eficacia del acto³², es decir, mientras la manifestación de voluntad, juicio o conocimiento de la Administración no sea comunicada al administrado, no

31. Cf., CSJ/SPA, 4-12-97, Caso *Consortio Autopistas Barlovento*, consultada en original.

32. Para un breve panorama del asunto en nuestra legislación, consúltese, RODRÍGUEZ GARCÍA, N., "La eficacia de los actos administrativos", *Revista de Derecho Público* n° 38, EJV, Caracas 1989, pp. 17 y ss.

surte efecto alguno frente a éste³³. La ineficacia del acto comporta dos consecuencias fundamentales; la primera de ellas es que el mismo no puede ser ejecutado válidamente por la Administración; y la segunda, que no corren los lapsos para que el acto sea impugnado en vía administrativa o judicial.

La ausencia de la notificación entonces puede ser causa eficiente de la indefensión del administrado frente a la conducta de la Administración, si es posible comprobar que los derechos o intereses de aquél han resultado lesionados por no habersele comunicado formalmente, no sólo el contenido del proveimiento, sino también los medios de defensa contra el acto, los plazos para ejercerlos y los órganos ante los cuales debe hacerlo³⁴.

También aquí surge la interrogante sobre si la *reformatio in peius* satisface el derecho a la notificación e información de cargos, pues, como se verá, el administrado se entera de los nuevos hechos que se le imputan o de la nueva apreciación que de los mismos hace la Administración, cuando ya la sanción ha sido impuesta, no durante el procedimiento formativo de la voluntad de la Administración.

6. Derecho a la motivación

El administrado tiene derecho a conocer las razones de hecho y de derecho que fundamentan el acto administrativo sancionatorio. Así pues, no basta con que estas razones existan, sino que las mismas deben ser expresadas pues lo contrario supone una violación flagrante del derecho a la defensa y por ende la nulidad del acto.

En efecto, por exigencia de los artículos 9 y 18, ordinal 5, de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, los actos administrativos definitivos deben ser motivados, es decir, deben expresar formalmente las razones de hecho y de derecho en que la Administración se ha fundamentado para emitir su manifestación de voluntad en un caso concreto.

La exigencia de la motivación proscribire en nuestro ordenamiento jurídico la arbitrariedad de los entes administrativos, obligándoles a circunstanciar sus decisiones de tal suerte que el juez contencioso, de cuyo control no escapa ningún acto administrativo, pueda valorar la apreciación de los hechos y la aplicación del derecho realizada por la autoridad que ha dictado el acto.

Pero además, la motivación o expresión formal de los motivos, se enlaza con la protección del derecho constitucional a la defensa del cual no puede ser privado, en ningún caso, el ciudadano.

33. Al respecto la jurisprudencia ha señalado: “Todo acto administrativo para ser perfecto requiere validez y eficacia: válido es todo administrativo que ha nacido conforme al ordenamiento jurídico vigente, la eficacia sólo se vincula a su ejecutoriedad, a su fuerza ejecutoria, a la posibilidad de ponerlo inmediatamente en práctica. Un acto administrativo se hace eficaz adquiriendo ejecutoriedad mediante su publicación o notificación cuando se trata de actos administrativos de carácter general o de carácter particular, respectivamente. Es decir, la notificación o publicación, según sea el caso, es una formalidad posterior a la emisión del acto. Sin el previo cumplimiento de la publicidad o notificación el acto administrativo podrá ser válido más no eficaz, pues en la medida en que no se haya efectuado se considerará que los administrados ignoran su existencia, ya que el fundamento de la publicidad y de la notificación consiste en llevar al conocimiento del interesado el acto administrativo”. Cf., S. CSJ/SPA, 20-07-93 y también. S. CSJ/SPA, 10-10-89, 23-02-94, *et passim*.

34. Sobre este particular la jurisprudencia ha indicado lo que sigue: “La notificación de los actos administrativos, prevista en el artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no es más que la materialización de la garantía del derecho a la defensa consagrado en el artículo 68 de la Carta Magna”. Cf., S. CPCA, 04-05-94.

Ciertamente, sólo el adecuado, completo y exhaustivo conocimiento que tenga el administrado de las razones que impulsaron a la administración a actuar, le permitirá esgrimir argumentos y aportar pruebas en su defensa.

Ante el silencio de la administración o frente a las pocas motivaciones, el administrado no sólo se confunde y queda sumido en las sombras de la ignorancia, sino que es incapaz de defenderse de aquello que afecta sus derechos subjetivos o sus intereses, personales legítimos y directos³⁵.

La garantía formal de la motivación tiene también especial relevancia en los procedimientos administrativos sancionatorios porque éstos envuelven siempre, como se comprende con absoluta facilidad, un contenido gravoso, a veces en grado superlativo, para el administrado.

No puede entonces la Administración salvaguardarse en la odiosa interpretación conforme a la cual la motivación no tiene por qué ser exhaustiva, porque tal criterio sólo es válido cuando no estamos en el campo de los actos administrativos de gravamen. Se ha dicho al respecto, que la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos³⁶.

7. Derecho al doble grado de instancia

Es un principio general dentro del derecho administrativo sancionatorio, que antes de que la sanción sea impuesta, ha de concederse al imputado la posibilidad de alegar y probar todos los hechos que coadyuvan en la defensa de sus derechos e intereses.

En consecuencia, el derecho a ser oído, que como hemos visto es reconocido de manera expresa por la Constitución a toda persona y en cualquier clase de procedimiento o proceso (artículo 49, numeral 3), debe ejercerse antes de que se pronuncie el acto administrativo sancionatorio.

35. Sobre la vinculación entre el derecho a la motivación y el derecho a la defensa la jurisprudencia ha dicho lo que sigue: "El derecho a la defensa en el procedimiento administrativo está íntimamente vinculado al derecho a la motivación, porque el conocimiento oportuno de los motivos de la acción administrativa es lo que puede determinar la eficacia y acierto de las decisiones que se dicten, su correcta adecuación al derecho objetivo y el debido equilibrio entre los intereses públicos y particulares involucrados en la decisión, a iniciativa de los interesados. Basta por lo tanto con que el acto administrativo no esté debidamente motivado para que se considere que tácitamente ha habido indefensión de los particulares que han podido oponerse a la decisión, antes de que ésta llegue a afectar sus intereses legítimos, personales y directos, y de allí la necesidad de hacer referencia a las razones que han sido alegadas entre los requisitos de la motivación, aludida en el ordinal 5° del artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos". Cf., S. CPCA, 14-03-88, Caso *Nelly M. Chirinos vs. Instituto Nacional del Menor*, consultada en: *RDP* n° 34, EJV, Caracas 1988, pp. 85-86.

36. Cf., S. Tribunal Constitucional Español, 17-06-81. En este orden de ideas la jurisprudencia ha expresado lo que sigue: "(...) En efecto, al exigírsele a la Administración que las sanciones deben imponerse mediante resolución motivada y con fundamento en las actas en las cuales se consignen los hechos relacionados con la infracción, se busca dejar sentado que los funcionarios actuantes ajusten su proceder a principios de legalidad y se cumpla en su actuación con el requisito de motivación indispensable para que el administrado conozca los hechos y fundamentos legales en que la Administración apoya su actuación permitiéndole conocer si actúa ajustada a la realidad de los hechos y, bien informada del derecho, pudiendo el administrado ejercer, así, su legítimo derecho a la defensa, si la actuación administrativa no responde a aquellos principios legales...". Cf., S. CSJ/SPA, 16-02-95, Caso *Nalco de Venezuela, C.A.*, bajo la ponencia de la Magistrado Dra. SOSA GÓMEZ, Cecilia.

Esto es lo que se ha llamado el derecho al *doble grado de instancia* en los procedimientos administrativos sancionatorios y que supone que el imputado no sólo pueda defenderse cuando ya la Administración ha impuesto la sanción, sino, principalmente, antes de que esto ocurra, es decir, durante el procedimiento administrativo constitutivo³⁷.

37. Sobre este particular, la jurisprudencia ha establecido lo siguiente: “Por lo que respecta a la presunta violación del primero de los derechos mencionados, esto es, el derecho a la defensa y al debido proceso, esta Sala observa que el presunto agravante señala en su informe que el agraviado sí tenía conocimiento de que la Administración estaba haciendo el análisis de la Resolución n° 310, que le asignara la ruta internacional Caracas-Lisboa-Madrid-Roma y viceversa, lo cual deriva, según expone, de los escritos presentados en fecha 3 de junio de 1997, así como el dirigido al Procurador General de la República el 20 de mayo de 1997. Constata esta Sala que tal afirmación no se atiene a las constancias en autos, por cuanto los alegatos en torno a la validez de la Resolución n° 310 contenidos en el escrito que fuera dirigido al Procurador General de la República por el Ministro de Transporte y Comunicaciones, no revela la intención del Ministerio a su cargo de declarar la revocatoria de dicha resolución, sino que, por el contrario, en la misma se afirma que tanto AVENSA como las demás líneas aéreas venezolanas tenían capacidad para explotar las rutas internacionales (...). Por otra parte, la decisión de revocar la Resolución n° 310 fue tomada mediante la Resolución DM1028 del 7 de julio de 1997, sin que se notificase previamente a sus destinatarios de la apertura de un procedimiento contradictorio que les permitiese defender los intereses que con la misma se consagraban a su favor infringiéndose así su derecho fundamental a la defensa, al no permitírsele participar en el iter de una decisión que afectaría sus intereses. Ahora bien, este primer acto, cualquiera que sea la calificación que al mismo se intente darle, se pronuncia sobre uno de los efectos directos y necesarios de la Resolución n° 310, negándolos y fundamentando tal negativa en la consideración de que la decisión de la cuestión no pudo haber creado derecho alguno ni producir efectos jurídicos, por cuanto era de imposible e ilegal ejecución. En consecuencia, con esta decisión se dictó un pronunciamiento que incide sobre la esfera jurídica de los solicitantes del amparo, afectando sus eventuales derechos, sin que se les hubiese permitido la defensa de los mismos durante un procedimiento formal, planteado en forma contradictoria. Este primer acto, una vez que ha hecho el pronunciamiento sobre la invalidez de la Resolución n° 310 y su consiguiente ineficacia, ordena la apertura de un procedimiento sumario en la forma prevista en el artículo 67 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos ‘a los fines de pronunciarse sobre la legalidad de la referida resolución y sobre su revocatoria’. De allí que, en el texto de la decisión Ministerial en forma inmediata a la negativa de reconocimiento de efectos de la Resolución n° 1310, lo que implica la declaración de su invalidez, se les informa a los interesados (quienes habían solicitado del organismo ministerial intervenir ante el Ministerio de Relaciones Exteriores para que éste comunicase a los países correspondientes a la ruta que le fuera asignada por la mencionada resolución, el contenido de la misma) que se decidió abrir un procedimiento sumario de cinco (5) días para que demuestren que tal resolución es válida. Choca indudablemente, incluso al menos versado en el campo jurídico, la contradicción e inconsecuencia del acto, por su evidente falta de coherencia conceptual, por cuanto mal puede hacerse efectiva una sanción y, en la misma oportunidad, requerirse del sancionado, que ejerza su derecho a la defensa contra ella. De lo anterior emerge la flagrante evidencia de la violación al derecho a la defensa, con el agravante de una intención simulada de abrir un contradictorio que era a todas luces innecesario al haberse ya producido el pronunciamiento invalidante, lo cual resalta de los propios términos de la primera decisión. Por lo que atañe a la segunda decisión, en la misma no hay ningún elemento nuevo de juicio, sino que, a través de un brevísimo procedimiento sumario, la Administración simplemente confirma todos y cada uno de los elementos sobre los cuales se había precedentemente pronunciado. En efecto, la ausencia de voluntad real del Ministro de Transporte y Comunicaciones, de abrir un procedimiento administrativo contradictorio, una vez declarado como lo fuera la ineficacia de la Resolución n° 310, constituye un acto de simulación que se confirma con los recortes de prensa (...) que aparecen mencionados y transcritos en la sentencia de esta Sala del 7 de agosto de 1997, relativa a la admisión de la presente acción de amparo. Estas declaraciones, que fueron formuladas en el lapso que mediara entre la Resolución originaria y la reeditada -y que no han sido desvirtuadas por el Ministro de Transporte y Comunicaciones-, informan que el despacho a su cargo aspira a que las empresas que participen en el proceso de subasta de las rutas de Viasa, tengan las características que en las mismas se señalan. Igualmente, en la noticia periodística se comunicaron detalles, tales como la determinación de si las rutas serían subastadas en bloque o por separado; y se aludió a la posibilidad de que las empresas que compareciesen fuesen nacionales o en sociedad con compañías extranjeras. Todo lo anterior revela que existió un estado de total indefensión de la empresa destinataria del acto administrativo, inicialmente declarado ineficaz (...) y posteriormente anulado por la Resolución n° 006 del Ministerio de Transporte y Comunicaciones. Ahora bien, es indiscutible que la Resolución n° 310 que le confirió a AVENSA las rutas internacionales, creó en ella, por lo menos, una expectativa de derechos. En efecto, esta Sala no puede calificar en esta sede de amparo, la titularidad de la actora como la de un derecho subjetivo o como la de un interés, por cuanto tal calificación sólo puede derivar del examen de los

La conexión de esta garantía con el tema de la reforma en perjuicio es patente, pues cuando el acto administrativo que culmina el procedimiento administrativo sancionatorio de segundo grado, agrava la sanción originalmente impuesta o sanciona hechos originalmente no considerados, pareciera que se priva al sujeto imputado de la oportunidad de defenderse que normalmente hubiera tenido durante la secuela del procedimiento administrativo constitutivo.

8. Derecho a ser presumido inocente

Uno de los principios fundamentales más importantes en el derecho administrativo sancionador y que ahora tiene expresa consagración constitucional (artículo 49, numeral 2), es que toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario. En materia de infracciones y sanciones administrativas, este principio ha tenido importantes limitaciones para lograr su plena vigencia pues, en numerosos casos, diversas leyes administrativas otorgan una presunción de certeza a ciertas actuaciones cumplidas por Administración. Afortunadamente, la jurisprudencia ha sido bien contundente al destacar la preeminencia de esta garantía sobre cualquier presunción de legitimidad que acompañe las actuaciones de la Administración³⁸.

Este mismo principio, enlazado con el del debido proceso, supone que quien acusa debe imputar de manera pormenorizada los cargos y notificarlos al presunto infractor para que se defienda de los mismos, contando con el tiempo suficiente para preparar su defensa y teniendo acceso a todos los medios de prueba que sean admisibles en derecho para tal fin, todo lo cual encuentre ahora expresa previsión constitucional en el artículo 49, numeral 1, de la Constitución. Pero además, no basta con que la Administración impute los cargos; antes bien, la presunción de inocencia opera una inversión automática de la carga de la prueba haciéndola recaer en el acusador, quien está obligado, en consecuencia, a acompañar sus imputaciones de las pruebas legales, pertinentes y suficientes para sustentar la acusación.

eventuales vicios que le fueron imputados al acto generador de sus pretensiones, esto es, de la Resolución n° 310 y, en el caso de que tales vicios existiesen, de la naturaleza de los mismos, es decir, de si podían o no ser subsanados. Los aspectos mencionados no pueden ser materia de la decisión de una acción de amparo que, como en el caso presente, se limita a constatar que el presunto agravante tenía una situación aparentemente protegida por un acto administrativo publicado en la *Gaceta Oficial* y dotado de una presunción de legitimidad, capaz de crearle, por lo menos, un interés personal, legítimo y directo a su destinatario. En consecuencia, la aludida situación no podía ser afectada a espaldas del beneficiario sin que mediara un procedimiento contradictorio, verdadero y propio, no simulado ni predeterminado en sus resultados en la forma en que se realizara, como ha quedado demostrado. El derecho a la defensa que las modernas corrientes subsumen dentro de la noción más amplia del derecho al debido proceso, extendiéndolo tanto al campo jurisdiccional como a la esfera administrativa, es un derecho fundamental que nuestra Constitución protege y que es de tal naturaleza, que no puede ser suspendido en el ámbito de un estado de derecho, por cuanto configura una de las bases sobre las cuales tal concepto se erige". Cf., S. CSJ/SPA, 18-08-97, Caso *Aerovías Venezolanas*, bajo la ponencia de la Magistrado Dra. RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard.

38. "Asimismo vulneró el Consejo de la Judicatura la presunción de inocencia que constituye una garantía fundamental e indispensable de seguridad de la persona humana (artículo 50 Constitución; artículo 13 Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 11, ordinal 1, Carta General de la ONU; Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XXVII). Esta garantía requiere que la acusación aporte la prueba individual de culpabilidad más allá de la duda (V., en este contexto el principio *in dubio pro reo*), manteniéndose la inocencia del indiciado mientras no exista una sentencia condenatoria (...)" Cf., S. CSJ/SPA, 1.12.94, Caso *Flor Morán Beda vs. Consejo de la Judicatura*.

9. Derecho a no autoinculparse

La nueva Constitución incorpora en su artículo 49, numeral 5, una garantía formal que supone un remarcable avance en cuanto a la protección de los derechos y garantías de los ciudadanos en general y que, lógicamente, tiene trascendental proyección en el ámbito de los procedimientos administrativos sancionatorios. Se trata del derecho a no declarar contra sí mismo o a no autoinculparse, que recluso antes en el ámbito del proceso penal, pasa ahora a convertirse en una garantía universal que protege a todo ciudadano en cualquier clase de proceso judicial o de procedimiento administrativo. Tal como veremos más adelante, esta garantía tiene especial significación a los fines de determinar si la reforma peyorativa es constitucionalmente posible en los procedimientos administrativos sancionatorios de segundo grado.

V. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA POTESTAD REVISORA DE LA ADMINISTRACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE SEGUNDO GRADO

En el capítulo precedente realizamos un breve recorrido por los derechos y garantías de las que disfrutan los ciudadanos en el seno de los procedimientos administrativos sancionatorios, con el objeto de remarcar que los mismos forman parte de un todo orgánico que funciona en perfecta relación de interdependencia y que, por tanto, exige una visión de conjunto para su correcta comprensión y eficacia. Así, la legitimidad de la reforma en perjuicio dentro del procedimiento administrativo sancionatorio, sólo es posible en tanto y en cuanto satisfaga plenamente las exigencias impuestas por el referido sistema de derechos y garantías.

Ahora bien, conviene analizar seguidamente la potestad revisora de la Administración en el ámbito de los procedimientos administrativos sancionatorios de segundo grado, pues es precisamente el ejercicio de esta potestad la que da origen al problema de la reforma peyorativa.

Nuestra Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos se encarga de precisar cuáles son los alcances particulares de la potestad revisora de la Administración en los procedimientos recursivos o de segundo grado, al establecer en su artículo 90 que: *“El órgano competente para decidir el recurso de reconsideración o el jerárquico, podrá confirmar, modificar o revocar el acto impugnado, así como ordenar la reposición en caso de vicios en el procedimiento, sin perjuicio de la facultad de la administración para convalidar los actos anulables”*.

La precitada disposición puede ser disgregada en las cinco potestades fundamentales en las cuales se manifiesta la llamada autotutela administrativa de segundo grado:

a.- La potestad de confirmar, esto es, de ratificar y asumir como propios los argumentos de hecho y de derecho que fundamentan la decisión del inferior jerárquico, sometida a revisión, manteniendo incólume la voluntad del órgano del cual emanó el acto administrativo.

b.- La potestad de revocar en sentido amplio que comprende a su vez, la potestad revocatoria *stricto sensu* por cuya virtud la administración retira o extingue los efectos de los actos administrativos que son contrarios al interés que ella tutela y que no hayan

hecho nacer derechos subjetivos o intereses particulares, legítimos y directos en un administrado, y la potestad anulatoria, mediante la cual el órgano administrativo revoca los proveimientos administrativos afectados por un vicio de nulidad absoluta³⁹.

c.- La potestad de reponer el procedimiento en caso de que el mismo se encuentre afectado de vicios formales de tal magnitud que no puedan ser convalidados y que ameritan un nuevo trámite del asunto.

d.- La potestad convalidatoria o de saneamiento, mediante la cual la administración subsana los vicios procedimentales -para no incurrir en las llamadas reposiciones inútiles-, o los vicios del acto calificables como intrascendentes o que sólo lo hacen anulable.

e.- Y, finalmente, la potestad modificatoria, en uso de la cual el jerarca, al asumir el control del acto, lo hace con *plena jurisdicción*, conociendo tanto de los hechos como del derecho, pudiendo en consecuencia apreciar nuevamente las circunstancias fácticas del caso, dándoles una nueva calificación jurídica o, manteniendo la apreciación de los hechos realizada por el inferior, aplicar normas distintas a las invocadas erróneamente por éste. Precisamente el ejercicio de esta última potestad *modificatoria* es la que puede dar origen a la reforma en perjuicio.

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, en el nuestro las facultades de la Administración en los procedimientos administrativos de segundo grado o recursivos no están circunscritas a los límites que impone la teoría general de las nulidades de los actos administrativos, pues ésta no sólo puede revisar para anular o no, cuando así lo pide el interesado, sino que está facultada para reponer, convalidar o modificar el acto.

Se dice con frecuencia que la revisión de los actos administrativos se produce a través de dos mecanismos fundamentales, a saber, la revisión de oficio y la revisión rogada o por vía de recurso. La primera encontraría su fundamento en la autotutela administrativa y tendría la extensión que permite esta exorbitante potestad; la segunda, en cambio, no sería una manifestación de la autotutela, sino de la teoría de las nulidades de los actos administrativos y allí encontraría sus límites⁴⁰.

En nuestro ordenamiento jurídico no puede predicarse, en nuestra opinión, tal diferencia, pues la revisión de los actos administrativos que se produce como consecuencia de un recurso, aun cuando en principio se activa como consecuencia de la presunta nulidad del acto, comprende también las extensas facultades que son acordadas a la Administración en el caso de la revisión de oficio o del ejercicio de la autotutela en su forma más pura. La pregunta es si esa circunstancia, por sí sola, es fundamento suficiente para considerar que la *reformatio in peius* es perfectamente legítima en nuestro sistema jurídico-administrativo.

El artículo 90 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativo, debe interpretarse concatenadamente con el artículo 89, *ejusdem*, a los fines de precisar los límites de la

39. Aunque alguna doctrina y jurisprudencia confunde las potestades anulatoria y revocatoria como si fueran una sola y hasta llegan a pensar que la Administración carece de facultad para reconocer la nulidad absoluta de sus actos, no obstante que la LOPA es clara e inequívoca al respecto, nosotros nos adherimos a quienes diferencian ambos poderes: V., RONDÓN DE SANSÓ, H., "Las Potestades de la Administración en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos", *El Procedimiento Administrativo, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, vol. IV, UCV, Caracas 1983; SAYAGUÉS LASO, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo 1986, pp.516 y ss.

40. BOCANEGRA SIERRA, R., *La revocación de los actos administrativos, en especial su anulación de oficio. III Jornadas internacionales de Derecho Administrativo*, Allan R. Brewer-Carías, Funeda, Caracas 1997, pp. 277 y ss.

autotutela de segundo grado. Esta norma indica que el órgano administrativo debe resolver todos los *asuntos* que *se sometan* a su consideración *dentro del ámbito de su competencia o que surjan con motivo del recurso aunque no hayan sido alegados por los interesados*.

Se observa en primer término que la revisión no es una facultad, sino, como claramente lo impone el texto expreso de la norma, un *deber* o, mejor dicho, una *potestad-deber*. En segundo lugar, la revisión se circunscribe a los *asuntos que se someten a la consideración del órgano dentro del ámbito de su competencia o que surjan con motivo del recurso aunque no los haya planteado el interesado*, de manera que aunque no puede predicarse la existencia de un requisito de congruencia similar al que existe en el proceso judicial, en el cual debe haber, por obra del principio dispositivo, perfecta sintonía entre lo alegado y probado por las partes y lo decidido por el juez, es lo cierto que sí debe haber conexión entre lo decidido y lo que se ha sometido a la consideración del órgano o lo que ha surgido con motivo del recurso. En todo caso, parece claro que las facultades inquisitivas de la Administración son bastante amplias y no están cercadas por las peticiones, alegatos, defensas y pruebas de los interesados, sino por el alcance del *asunto* del cual conoce. Nuevamente cabe preguntarse si esta circunstancia, aunada a la potestad modificatoria, sirven para justificar plenamente la aplicación de la *reformatio in peius* en el ámbito que nos concierne. Las respuestas a estas interrogantes son el objeto del próximo capítulo.

VI. APLICABILIDAD DE LA PROHIBICIÓN DE REFORMA EN PERJUICIO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE SEGUNDO GRADO

Quienes propugnan la interpretación del ordenamiento procedimental administrativo con sujeción estricta al texto expreso de las normas positivas correspondientes, prescindiendo de considerar los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos y su impacto en el Derecho Administrativo Formal, ofrecen una sola respuesta al tema que nos hemos planteado: la *non reformatio in peius* no tiene cabida en el procedimiento administrativo recursivo o de segundo grado en Venezuela, sea el ordinario o el especial sancionatorio. Esa posición, de entrada, no podemos compartirla.

Otros sostienen la plena aplicación de la *non reformatio in peius* en el procedimiento administrativo venezolano, pero tal vez en razón del contexto en el que dichos análisis han sido efectuados, los mismos no son lo suficientemente exhaustivos.

Conviene entonces revisar cada una de las posiciones antagónicas que se han esbozado sobre el asunto que nos ocupa, sin que ello suponga extraviarnos en la poco útil reproducción de doctrina que suele acompañar este tipo de análisis. Trataremos, por el contrario, de resumir los perfiles fundamentales de cada posición para entrar seguidamente y sin mayores preámbulos, a ofrecer nuestra visión del tema.

1. Perfiles fundamentales de las tesis que rechazan la admisibilidad de la prohibición de reforma peyorativa en el procedimiento administrativo

La interpretación gramatical de nuestra Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, puede conducirnos fácilmente a descartar *a priori*, sin mayores discusiones, la aplicabilidad de la prohibición de reforma en perjuicio en el procedimiento administrativo en general y en el sancionatorio en particular.

La mayoría de las tesis que apoyan la no aplicación del principio en el procedimiento administrativo, se sustentan en el texto expreso de las leyes de procedimiento administrativo de cada país en las cuales, con ciertos matices, se confiere a la Administración la potestad-deber de resolver todos los asuntos que surjan del expediente administrativo correspondiente, hayan sido o no planteados por los interesados. Nuestra Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos parece alinearse con esta posición, de acuerdo con lo que se lee del texto expreso de su artículo 89, según el cual:

El órgano administrativo deberá resolver todos los asuntos que se sometan a su consideración dentro del ámbito de su competencia o que surjan con motivo del recurso aunque no hayan sido planteados por los interesados.

Esta norma es ordinariamente concatenada con el artículo 90, *eiusdem*, que faculta a la Administración, como tuvimos la oportunidad de analizar precedentemente, para confirmar, modificar o revocar el acto administrativo impugnado.

Esta ha sido la posición de nuestra jurisprudencia:

...el principio *non reformatio in peius* no le es aplicable a la administración, principio consagrado en la doctrina y jurisprudencia venezolana con anterioridad a la vigencia de la Ley que rige la materia, según se precisa en la citada sentencia de la Sala 14-5-85, y, por supuesto, aplicable actualmente de conformidad con el artículo 90 en concordancia con los artículos 82 y 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁴¹.

Debe analizar igualmente la Sala la afirmación del recurrente en orden a que el acto impugnado empeoró su situación respecto a la que tenía antes de la interposición del recurso jerárquico y al respecto se observa: Con arreglo al artículo 39 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos 'el órgano administrativo deberá resolver todos los asuntos que se sometan a su consideración dentro del ámbito de su competencia o que surjan con motivo del recurso aunque no hayan sido alegados por los interesados'. Ha interpretado la doctrina que esta potestad general subrayada por la Sala otorgada por el legislador a la autoridad administrativa, permite a ésta, contrariamente a lo que sucede en el orden judicial, desmejorar la situación del recurrente (*reformatio in peius*) en vía administrativa si del examen del asunto encuentra razones que justifiquen un cambio en la calificación de los hechos y, por ende, sus consecuencias jurídicas⁴².

En definitiva, quienes apoyan esta tesis sostienen, resumidamente, lo que sigue:

i) Que si la Administración tiene la potestad-deber de analizar y resolver todos los aspectos que derivan del análisis del expediente administrativo y que tal actividad ha de cumplirla, según el texto expreso y categórico de la norma, aun cuando deba pronunciarse sobre asuntos no planteados por el interesado, luce claro que, a diferencia del juez, el órgano administrativo no se encuentra limitado por el principio dispositivo, en tanto no son solamente los planteamientos del administrado los que exigen su decisión y delimitan su labor indagatoria y valorativa, ni, por vía de consecuencia, su pronun-

41. Cf., S. CSJ/SPA, 11-08-88, Caso *Protinal del Zulia, C.A.*

42. Cf., S. CSJ/SPA, 4-10-94, Caso *Rafael Alcántara Van Nathan*.

ciamiento está gobernado por el principio de congruencia que, como hemos visto con anterioridad, es uno de los postulados que nutren la prohibición de reforma en perjuicio en el ámbito procesal.

ii) Que si la ley autoriza a la Administración a modificar la decisión que revisa y no señala expresamente, en apariencia, que tal modificación tenga un límite específico o, más concretamente, que no pueda conducir a desmejorar o agravar la situación del recurrente que insta la revisión del acto, nada obsta para que la resolución que se dicte en el procedimiento de segundo grado, al modificar el acto revisado, empeore la condición del administrado impugnante.

iii) Que el procedimiento administrativo está sometido a normas y principios muy distintos de aquellos que se aplican en el proceso judicial y que por tanto, el traslado no depurado de instituciones propias de este último al primero, no puede hacerse sin correr el riesgo de violar normas expresas de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y, lo que es por aún, desarticular la buena marcha del procedimiento administrativo.

Así, mientras en el juicio son las partes quienes tienen la carga fundamental de impulsar el proceso hasta su conclusión definitiva, so pena de sufrir la perención de la instancia, no ocurre lo propio en el procedimiento administrativo, constitutivo o de revisión, en el cual es la Administración quien tiene la potestad-deber de impulsión.

De la misma forma, mientras en el proceso ordinario las indagaciones historificadoras del juez, la captura de los elementos necesarios para conformar su convicción y, en general, el cumplimiento de todos los actos procesales que le corresponde ejecutar dentro del juicio hasta el definitivo y culminante que es la sentencia, deben conciliar la aplicación de los principios dispositivo e inquisitivo, según el caso y la naturaleza de las pretensiones deducidas por las partes, la situación en el procedimiento administrativo es totalmente distinta, pues el órgano encargado de decidir está obligado a buscar por todos los medios la verdad material y no la meramente formal y, por tal virtud, no son ni los planteamientos del interesado ni aun el contenido del acto administrativo objeto de revisión, los que delimitan su labor, pues ésta, como se ha dicho, es principalmente inquisitiva, oficiosa y exhaustiva.

iv) Que donde existe la necesidad de recorrer un procedimiento administrativo para obtener una manifestación de voluntad, de juicio o de conocimiento de la Administración, hay sin duda un interés general tutelado y, por tanto, los sostenedores de esta tesis piensan que sin desconocer el interés particular del administrado que insta la revisión del acto administrativo en un procedimiento de segundo grado, el propósito fundamental que persigue el órgano decisor en dicho trámite formal es cuidar, por encima de todo, el interés colectivo y ello significa, en un sistema como el nuestro, la subordinación total de la actuación administrativa al bloque de la legalidad. Por tanto, la posición jurídica del recurrente puede ser desmejorada si así lo exige la recta aplicación de la ley (*lato sensu*).

Por el contrario, el proceso judicial no existe necesariamente para proteger el interés general, sino como un medio de encausar los conflictos intersubjetivos de intereses particulares, evitando así las graves consecuencias de la autodefensa. De esta forma, el juez dará la razón al que haya probado tenerla dentro del juicio, en un complejo proceso intelectual que, simplificada, exige examinar las pretensiones contrapuestas, la prueba rendida en el juicio por cada parte y la aplicación del derecho objetivo al caso concreto. Por eso el juez no puede dar menos, más o algo distinto a lo pedido por las partes, so pena de que su decisión esté viciada de incongruencia (*citra petita, ultra peti-*

ta o *extra petita*, respectivamente), y si revisa la decisión del inferior, sólo puede hacerlo dentro de los límites fijados por quien apela (*tantum devolutum quantum apelatum*), quedándole vedado desmejorar la posición del recurrente (*non reformatio in peius*).

Como puede advertirse con facilidad, nada simple resulta rebatir estos argumentos, hilvanados a partir de clásicas interpretaciones de las normas que rigen el ordenamiento procedimental administrativo.

2. Perfiles fundamentales de las tesis que admiten la prohibición de reforma peyorativa en el procedimiento administrativo

En general, quienes aceptan la traspolación del principio procesal de la *non reformatio in peius* al procedimiento administrativo, expresan lo que sigue⁴³:

i) Que los recursos administrativos han sido creados en garantía de los ciudadanos y que esta naturaleza prima sobre cualquier otra, lo que como hemos visto es totalmente opuesto a la tesis conforme a la cual la Administración siempre actúa para proteger el interés colectivo y obedientemente sometida al bloque de la legalidad, incluso en el ámbito de los procedimientos administrativos recursivos.

Hay pues un aparente conflicto entre el principio de la legalidad administrativa y el principio de la seguridad jurídica, que en el plano de los recursos, según la posición que ahora comentamos, debe resolverse en favor de este último, pues es la propia Administración la que vulneraría, con el acto que *a posteriori* pretende modificar, el principio de la legalidad y es sólo ella quien debe soportar las consecuencias negativas de tal proceder.

ii) Que la posibilidad de la reforma peyorativa pugna con elementales principios constitucionales de garantía del administrado y en particular trastoca la garantía de la seguridad jurídica, pues nadie puede confiar en la posibilidad de obtener una decisión justa en la vía gubernativa, si existe el grave riesgo de que se le sorprenda con una resolución más gravosa que aquella que originalmente impugnó.

iii) Que la Administración no puede desconocer la existencia del acto previo que justamente es el que constituye el objeto de su revisión, pues ello desnaturalizaría la esencia del recurso.

43. Uno de los autores venezolanos que ha estudiado el tema, pero reconociendo que el mismo amerita un tratamiento individualizado y más exhaustivo, es el profesor ARAUJO JUÁREZ, José, quien ha expresado lo siguiente: "El tema ofrece perfiles muy sutiles y no es posible tratarlo aquí con extensión. Sin embargo, la admisión del principio de la reforma peyorativa pugna con elementales principios de garantía y seguridad jurídica. En efecto: (i) El recurso administrativo presupone la existencia de un acto administrativo que el órgano decisor no puede desconocer. El órgano administrativo no puede actuar como si no existiera la decisión objeto de impugnación, lo que iría contra la esencia del recurso administrativo. (ii) Lo que permite la revisión es, precisamente, la existencia del recurso administrativo, pues fuera del mismo, el acto declarativo de derechos sólo puede ser objeto de revisión administrativa en los supuestos y a través de los procedimientos que prevén los artículos 82 y 83, LOPA. Por lo que fuera de tales casos, las facultades de la Administración para resolver sobre sus actos, sólo existen en la medida en que se beneficie al administrado. (iii) Es cierto que el artículo 89, LOPA, reconoce al órgano competente potestad para decidir cuantos asuntos surjan del expediente, hayan sido o no alegados. Pero ello no puede conducir a la admisión de la reforma peyorativa, por cuanto del examen de la cuestión de fondo hemos de señalar que es evidente que el órgano puede decidir la anulación, por motivos distintos a los invocados como fundamento del recurso. Es en este sentido como ha de entenderse la expresión asuntos no planteados que surjan con motivo del recurso". ARAUJO JUÁREZ, J., *Derecho Administrativo Formal*, Vadell Hermanos Editores, Valencia-Caracas 1998, pp.434-435.

iv) Que el resultado de ejercer un derecho constitucional, en este caso el de la defensa, no puede ser dañoso al punto de colocar a quien hace uso del mismo en una situación jurídica peor que la que tendría si hubiera permanecido pasivo frente a la manifestación de voluntad original de la Administración. Hay que reconocer en verdad, como apunta con acierto González Navarro, que "...es muy difícil convencer a un particular que ve agravada su situación como consecuencia de la utilización de un recurso administrativo, de que aquello que ha manejado es una garantía"⁴⁴.

v) Que la posibilidad de la reforma peyorativa en el procedimiento administrativo recursivo, es una poderosa arma disuasiva en manos de la Administración, que puede conducir a que el administrado claudique injustificadamente de defenderse de un acto administrativo que viola sus derechos subjetivos o intereses legítimos, sólo por el fundado temor de que ese acto pueda llegar a ser aún más gravoso.

3. Nuestra posición

La *reformatio in peius* no es admisible en los procedimientos administrativos sancionatorios de segundo grado, pues a ello se oponen razones de orden constitucional, de orden legal y, finalmente, varios principios que rigen el Derecho Administrativo Formal en nuestro ordenamiento jurídico.

A. Derechos y garantías constitucionales que impiden la *reformatio in peius*

(a) *El derecho a la defensa*

Los recursos administrativos son, cualesquiera sean sus características particulares y su regulación adjetiva, la proyección más evidente e importante del derecho constitucional a la defensa en el ámbito de la actividad administrativa. Todas las teorías que parten de considerar a los recursos administrativos como un cauce formal orientado, casi exclusivamente, al ejercicio de la autotutela administrativa, arrancan de una premisa absolutamente falsa y por ello arriban a conclusiones erradas.

La llamada autotutela de segundo grado no es el fin, sino a lo sumo un producto derivado y totalmente secundario del ejercicio de los recursos administrativos. Quien impugna un acto administrativo porque éste lesiona sus derechos subjetivos o intereses legítimos, no lo hace impulsado por el altruista y ferviente deseo de que se restablezca la legalidad objetiva quebrantada por virtud de la defectuosa actuación del órgano administrativo; antes por el contrario, lo hace en ejercicio de su derecho constitucional a defenderse de una manifestación de voluntad, de juicio o de conocimiento que le perjudica en su esfera individual y que por tanto rechaza en su propio interés, no en el de la colectividad. Pensar lo contrario es aislarse de la realidad para flotar perdido en el mundo de las abstracciones teóricas.

Desde la perspectiva anterior, única aceptable en el plano terrenal, es imprescindible entender que el recurso administrativo persigue lograr la revocación total o parcial del acto y que el único escenario admisible por quien recurre como el peor de todos, es la

44. GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Procedimiento administrativo* (apuntes), ENAP, Madrid 1968, p. 55.

confirmación del proveimiento impugnado, nunca la agravación de sus efectos negativos o la disminución de los positivos que pueda contener.

Si se admite que por virtud del ejercicio del derecho a la defensa, mediante la interposición de un recurso administrativo, la situación jurídica del recurrente puede ser peor o menos favorable de la que hubiese tenido de no haber actuado, al provocar con ello la firmeza del acto, ha de admitirse también que el ejercicio del derecho a la defensa puede dar lugar a la indefensión, conclusión que, sin la menor duda, repugna a la lógica más elemental.

En efecto, la indefensión es un fenómeno que puede producirse, a grandes rasgos, como consecuencia de cuatro causas fundamentales:

i) La primera tiene lugar cuando el sujeto afectado permanece pasivo, inerte, admitiendo, tácita o expresamente, el perjuicio infligido a sus derechos o intereses. Este es un estado de indefensión que es, salvo que medie violencia, error o cualquier otro elemento que perturbe la libre manifestación del consentimiento, perfectamente legítimo, aunque moralmente reprochable.

ii) La segunda fuente de indefensión se materializa cuando, simple y llanamente, se niegan al justiciable los medios formales o materiales necesarios para defenderse. Esta es la manifestación más aberrante y atípica de la indefensión y sólo podría producirse donde el Estado de Derecho fuera un régimen totalmente inexistente y desconocido.

iii) La tercera causa de indefensión tiene lugar cuando, a pesar de existir los medios formales y materiales para el adecuado ejercicio del derecho a la defensa, tales medios admiten la posibilidad de que la situación jurídica del que actúa en protección de sus derechos o intereses, pueda ser agravada o empeorada como consecuencia de esa actuación. Sin ser tan grotesca como la anterior, esta es sin duda una forma ilegítima de indefensión, que burla la efectividad del derecho a la defensa, convirtiéndolo en un ornamento inoperante, recogido en una hipócrita declaración de derechos y garantías.

iv) Finalmente, la indefensión puede originarse cuando el justiciable es sorprendido en su buena fe a través de la alteración intempestiva e inesperada de la situación jurídica original frente a la cual reaccionó. Esta alteración priva al justiciable de una oportunidad de defensa que en otras circunstancias hubiera tenido. También esta es una forma ilegítima de indefensión pues supone que el esfuerzo defensivo primigenio se ha desperdiciado, con lo cual, como hemos dicho, se disminuye el alcance y la efectividad del derecho a la defensa.

Puede apreciarse de lo expuesto que dos de las causas principales que originan indefensión frente al ejercicio ilegítimo de las potestades y competencias administrativas, concretamente las señaladas en los incisos iii) y iv), se producen como consecuencia de la reforma en perjuicio. En este orden de ideas, es evidente que la posibilidad de que se produzca la *reformatio in peius* como consecuencia de la interposición de un recurso administrativo, supone el paradójico efecto de colocar en situación potencialmente más desventajosa a aquel que ejercita el derecho constitucional a la defensa, frente a aquel que renuncia al disfrute del mismo o, lo que es igual, que *la posibilidad de la reforma peyorativa premia al que no se defiende y castiga al que lo hace*. Este último aserto es, como se puede advertir con facilidad, suficientemente revelador de los perniciosos efectos que comporta la *reformatio in peius* dentro de los procedimientos administrativos de segundo grado, sobre todo en el ámbito de las sanciones administrativas, pues pone de bulto como

ésta se constituye en una forma de amedrentamiento, en una amenaza velada para que se toleren, resignadamente, las actuaciones ilegítimas del poder administrativo.

(b) El derecho a la notificación e información de cargos

Tal como fue expuesto en el capítulo segundo, de la segunda parte de estas breves reflexiones, la Constitución de 1999, consagra, dentro del concepto más amplio del debido proceso, el derecho de los ciudadanos a ser notificados de las actuaciones del poder público que afecten sus derechos e intereses, en especial en el plano sancionatorio, en el que existe la previsión expresa del derecho a la información y notificación de cargos, *ex* artículo 49, numeral 1.

Ahora bien, ya hemos advertido que la reforma peyorativa comporta en definitiva una innovación, desventajosa o menos provechosa, con respecto al contenido material de la manifestación de voluntad, de juicio o de conocimiento proferida originalmente por la Administración. Desde luego, esta innovación no es conocida y ni siquiera es previsible para el administrado cuando se le notifica el acto administrativo definitivo, es decir, el que pone fin al procedimiento administrativo constitutivo o de primer grado.

Trasladando lo anterior al ámbito de los procedimientos sancionatorios, la *reformatio in peius* significa que la sanción originalmente impuesta y frente la cual se defiende el presunto infractor, es *ab initio* indeterminada, pues su contenido material puede cambiar, para agravarse, como consecuencia del recurso intentado.

Naturalmente, el derecho a la notificación e información de cargos resulta gravemente violado cuando al acto original es sorpresivamente alterado en su contenido para hacerlo más gravoso, sin el conocimiento previo de su destinatario. Para algunos este reclamo es simplemente una fruslería, pues también se modifica el acto en su contenido material, sin informar antes al recurrente, cuando el recurso es declarado con lugar. Tal objeción no podría menos que calificarse de absurda pues, en primer lugar, en este caso se produciría justamente el resultado aspirado por el recurrente, de manera que no habría sorpresa alguna ni traición a la buena fe; y en segundo término, no hay en este supuesto lesión alguna a los derechos e intereses del recurrente y sin daño no hay nulidad (*pas de nullité sans grief*).

Cosa distinta ocurre cuando los cargos originalmente imputados se alteran para hacerlos más graves y esa alteración transcurre totalmente a espaldas del afectado, quien no puede defenderse de la nueva imputación, sino a través del recurso administrativo siguiente o acudiendo a la vía judicial.

(c) El derecho a la prueba

También el derecho constitucional a la prueba resulta afectado cuando se aplica la reforma en perjuicio en los procedimientos administrativos de segundo grado. En efecto, notificado el acto administrativo, el destinatario del mismo diseñará la estrategia argumentativa que sea menester para reaccionar contra la manifestación de voluntad, de juicio o de conocimiento que afecta sus derechos subjetivos o intereses personales, legítimos y directos. Sin embargo, la argumentación que tienda a desvirtuar la validez del proveimiento administrativo no es suficiente para demoler la presunción de legiti-

midad que lo acompaña, salvo que la disputa verse sobre cuestiones de mero derecho o que se trate de alguno de los supuestos donde el *onus probandi* recae sobre la propia Administración.

En el ámbito del procedimiento administrativo sancionatorio, aun cuando es la Administración quien está obligada a ofrecer suficientes, concordantes y pertinentes pruebas de cargo para sustentar el acto administrativo correspondiente, es indiscutible el derecho del supuesto infractor de aportar la prueba que sustente su defensa, y es además prudente que lo haga aun cuando se sienta amparado -ya que en efecto lo está- por el derecho constitucional a la presunción de inocencia.

Ahora bien, si después de desahogada la prueba en el procedimiento administrativo de segundo grado, el acto administrativo que culminó el procedimiento constitutivo es modificado para agravar la sanción impuesta a través de éste, bien porque la Administración invoque hechos nuevos o bien porque modifique la apreciación de los examinados originalmente, se habrá privado al supuesto infractor de una oportunidad que normalmente hubiera tenido de presentar pruebas que desvirtuaren la ocurrencia de tales hechos o la valoración que de los mismos haya hecho la Administración.

La gravedad de esta violación al derecho constitucional a la prueba, se aprecia en forma descarnada cuando se desciende del plano teórico a la realidad cotidiana de nuestros procedimientos administrativos. Imagínese por un instante que para lograr la anulación en vía administrativa de una grave sanción, que no sólo implique consecuencias de orden patrimonial, sino que suponga, por ejemplo, la pérdida de un derecho, el presunto infractor haya desplegado un magno esfuerzo de historificación de los hechos realmente ocurridos, distorsionados o no apreciados por la Administración respectiva al imponer el ilegítimo castigo, trazando para tal fin toda una estrategia probatoria, recopilando y promoviendo el material documental correspondiente, presentando e interrogando testigos, evacuando experticias e inspecciones judiciales y cualquier otro medio de prueba legal, pertinente y conducente a la defensa de sus derechos e intereses. Supóngase entonces que todo este despliegue de recursos económicos y humanos resulte, no sólo totalmente inútil sino además contraproducente, en tanto la respuesta de la Administración no será simplemente una confirmación del acto recurrido, sino su alteración para hacerlo más gravoso.

Compréndase que el derecho constitucional a la prueba no es una mera aspiración o una idealista declaración de principios, sino la columna vertebral del derecho a la defensa, el elixir vital sin el que éste no puede jamás existir. Para que el derecho a la prueba tenga un resultado proficuo, es preciso reconocerle plena efectividad y, para ello, no ha de permitirse bajo ningún concepto que quien hace uso del mismo, vea desperdiciado su esfuerzo al ser emboscado por un nuevo acto cuyo contenido no pudo prever y contra el cual, lógicamente, nada pudo probar oportunamente.

En adición a todo lo que ha quedado expuesto, y en sintonía con lo que se expuso al recordar los derechos y garantías constitucionales de los que disfruta el administrado dentro del procedimiento administrativo sancionatorio, conviene señalar que la *reformatio in peius* puede tener su origen en pruebas ilegítimas, cuyo uso está proscrito por la Constitución. Ciertamente y como ya fue señalado con anterioridad, uno de los casos de obtención ilegítima de una prueba, se configura cuando no se ha dado la oportunidad al interesado de presentar la prueba contraria antes de que se produzca la decisión definitiva del asunto de que se trate. Esto es precisamente lo que ocurre con la reforma peyorativa en el procedimiento administrativo sancionatorio de segundo grado, desde

que la misma debe estar basada en pruebas de cargo nuevas o no apreciadas durante el procedimiento administrativo constitutivo, pero con respecto a las cuales no ha existido la oportunidad para el interesado de presentar la prueba contraria.

(d) El derecho al doble grado de instancia

También expresamos con anterioridad que es un principio general dentro del derecho administrativo sancionatorio, que antes de que la sanción sea impuesta, ha de concederse al imputado la posibilidad de alegar y probar todos los hechos que coadyuven en la defensa de sus derechos e intereses y que, en consecuencia, el derecho constitucional a la defensa debe ejercerse antes de que se pronuncie el acto administrativo sancionatorio.

Ahora bien, es claro que cuando opera la reforma peyorativa en el procedimiento administrativo sancionatorio de segundo grado, el imputado no tiene la posibilidad de defenderse del acto que le impone una sanción distinta a la que recurrió antes de que tal acto se pronuncie, de manera que sin lugar a dudas se produce en este caso una violación del derecho al doble grado de instancia.

B. El derecho a no autoinculparse

Tal como antes señalamos, la Constitución de 1999, incorpora el derecho de todos los ciudadanos a no declarar contra sí mismos. Este derecho no sólo significa la proscripción de las confesiones arrancadas a través de la violencia o el engaño, sino también, que las actuaciones del imputado, especialmente aquellas que se orientan a su defensa, no pueden ser utilizadas en su perjuicio.

En el asunto que nos concierne, no cabe duda que la admisión de la reforma peyorativa en los procedimientos administrativos de segundo grado, implica aceptar que el recurso administrativo puede generar el efecto totalmente opuesto al que persigue quien lo intenta, es decir, que aunque el recurso es interpuesto para defenderse y lograr la revocación total o parcial del acto impugnado, el resultado puede ser no sólo la confirmación total de dicho acto, sino también su alteración en desmedro de la posición del recurrente.

En efecto, la reforma en perjuicio en los procedimientos administrativos sancionatorios de segundo grado se produce porque la Administración se vale del recurso para examinar el acto y todas las circunstancias que han rodeado su emisión y, al hacerlo, encuentra nuevos hechos que suponen nuevas infracciones al ordenamiento jurídico-administrativo o descubre que los hechos originalmente constatados no fueron apropiadamente calificados o las normas fueron incorrectamente aplicadas; así, y como consecuencia de ello, el órgano que resuelve el recurso intentado decide entonces imponer nuevas sanciones o agravar las que fueron originalmente aplicadas.

En este caso, el recurso administrativo puede calificarse como una especie de *declaración contra sí mismo* que hace el recurrente, desde que conduce no sólo a un fracaso de la defensa, sino a la obtención de un resultado más perjudicial de aquel que provocó la impugnación. Es el recurrente quien ofrece a la Administración la oportunidad de perjudicarlo. Paradójicamente, el recurrente actúa en perjuicio de sí mismo, porque su reacción es el medio a través del cual la Administración va a agravar su situación antes de defenderse.

En nuestra opinión, el recurso administrativo, en especial en un procedimiento administrativo sancionatorio, no puede obrar contra quien lo intenta, pues ello significa institucionalizar la *declaración contra sí mismo* como el mecanismo a través del cual la Administración corrige los errores o los defectos de su actuación. Por tanto, no cabe duda que la reforma peyorativa viola el derecho constitucional a no autoinculparse.

C. Normas legales que impiden la *reformatio in peius*

(a) *La irretroactividad de los nuevos criterios administrativos*

Afirma en forma generalizada la doctrina, que el acto administrativo no produce efectos sino hacia el futuro y que esto constituye uno de los pilares básicos del Derecho Administrativo, materializado en el principio de la irretroactividad de los actos administrativos, cuyo propósito es preservar la seguridad de las relaciones jurídicas, en tanto que llevar los efectos del proveimiento hacia el pasado, afectando situaciones jurídicas ya consolidadas, supone arbitrariedad y desorden⁴⁵.

Ya desde finales del siglo XIX el Consejo de Estado francés declaraba la nulidad de los actos administrativos que adolecían del llamado *vicio de retroactividad*, cada que vez que se constataba la anterioridad de los efectos del acto con respecto a la fecha de su entrada en vigencia. En 1925 el Consejo de Estado francés formula por primera vez el principio general de que los reglamentos no podían estatuir sino para el futuro⁴⁶, lo cual se extiende en 1948 a los actos administrativos individuales⁴⁷.

Sin duda, reconocer la posibilidad abierta e indiscriminada de la Administración de afectar relaciones jurídicas trabadas con anterioridad a la emanación del proveimiento administrativo, choca abiertamente con el principio de la legalidad en tanto es un atentado contra la seguridad y certeza jurídica de que deben gozar tales relaciones.

Afirma el profesor Rivero que el acto no produce efectos sino hacia el futuro y de allí la regla de la no retroactividad de los actos administrativos de la cual el Consejo de Estado ha hecho un principio general del derecho (25.06.48, *Société du journal L'Aurore*).

Dice el profesor francés que la Administración no puede remontar el efecto de su acto más allá de la fecha en la que intervino, sino cuando la ley la ha autorizado expresamente para ello⁴⁸. Comparten esta opinión Vedel⁴⁹, Garrido Falla⁵⁰, García de Enterría y Fernández⁵¹ y Dromi⁵², todos ellos admitiendo, sin embargo, algunas excepciones a la regla general.

45. Doctrina de la Procuraduría General de la República, Caracas 1983, p.43.

46. Cf., S. CE, Caso *Sieur Rodière*.

47. Cf., S. CE, Caso *Société de filatures et tissages de Madagascar*.

48. RIVERO, J., *Derecho Administrativo*, UCV, tr. 9a. ed., Caracas 1984, p.115.

49. VEDEL, G., *Derecho Administrativo*, Aguilar, tr. 6ta. ed., Madrid 1980, p.159.

50. GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, t I, Tecnos, Madrid 1987, p.454.

51. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, t I, Civitas, Madrid 1993, p. 568.

52. DROMI, J. R., *El acto administrativo. Instituto de Estudios de Administración Local*, Madrid 1985, p.25.

También con este parecer coinciden en nuestro país los profesores Brewer-Carías⁵³ y Lares Martínez, aclarando este último que puede ser retroactivo el acto si así lo dispone la ley o lo exige la naturaleza misma del proveimiento (*i.e.* actos declarativos)⁵⁴.

A la misma conclusión arriba Hernández Breton en una excelente monografía dedicada al tema, afirmando que el principio de irretroactividad de los actos administrativos no normativos aparece admitido hoy, a la luz de la jurisprudencia venezolana⁵⁵, como principio general del derecho⁵⁶.

El principio de la no retroactividad se refiere en general a la prohibición de que una norma nueva se aplique a situaciones de hecho nacidas con anterioridad a su vigencia; así, la nueva norma es ineficaz para regular situaciones fácticas consolidadas en el pasado⁵⁷. En el caso específico de los actos administrativos el principio alude a la nulidad de aquellos proveimientos cuyos efectos pretendan aplicarse a situaciones jurídicas consolidadas en el pasado antes de que el acto adquiriese eficacia jurídica. Por tal razón, deben distinguirse claramente tales actos de aquellos que se refieren a hechos o situaciones ocurridos en el pasado, pero cuyos efectos se proyectan hacia el futuro, en los cuales, lógicamente, no hay irretroactividad⁵⁸.

53. BREWER-CARÍAS, Allan R., *El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, EJV, Caracas 1982, p.196.

54. LARES MARTÍNEZ, E., *Manual de Derecho Administrativo*, 8va. ed., Caracas 1990, p.186.

55. “La jurisprudencia de esta Corte ha acogido el principio de que los actos administrativos particulares deben surtir efecto únicamente a partir del momento en que, después de perfeccionados, son notificados a los interesados, o lo que es lo mismo, que los actos de tal naturaleza no deben tener efectos retroactivos, porque tal circunstancia los viciaría de ilegalidad” *Cf.*, S. CSJ/SPA, 11-08-83.

56. HERNÁNDEZ BRETÓN, E., “El principio de irretroactividad de los actos administrativos no normativos en la doctrina y en la jurisprudencia de los tribunales de lo contencioso-administrativo”, *Revista de Derecho Público* n° 24, EJV, Caracas 1985, p.228.

57. *Cf.*, S. CPCA, 25-11-92, *RDP* n° 52, p.95.

58. Nuestra jurisprudencia ha definido la retroactividad del acto administrativo en los siguientes términos: “la retroactividad del acto administrativo se dirige a conferirle efectos en el pasado, es decir, antes de que el mismo entre en vigor, de donde resulta que la problemática de la irretroactividad del acto administrativo se enlaza con la de su eficacia, entendida ésta como la imposibilidad del acto para producir efectos jurídicos directos sobre terceros, si no ha sido exteriorizado debidamente a través de la publicación, bien por medio de su notificación, según se trate de actos generales o singulares”. *Cf.*, S. CSJ/SPA, 31-07-80. También se ha ocupado la jurisprudencia de advertir las diferencias que cabe distinguir entre los efectos retroactivos del acto administrativo y sus efectos inmediatos, señalando que los primeros suponen la eliminación o modificación de hechos pasados y consumados, de modo que se trata de regular una situación hacia el pasado; mientras que, por el contrario, los segundos son los efectos normales y ordinarios de las leyes y demás actos jurídicos, es decir, la regulación de las situaciones futuras. *Cf.*, S. CPCA, 29-01-87. Así pues, según la jurisprudencia que se comenta, la retroactividad consiste en cambiar situaciones y consecuencias consumadas, y sustituirlas por otras simplemente para hacerlas desaparecer, en tanto que la aplicación inmediata de los actos jurídicos a la realidad, cuyo origen es el pasado, es otra cosa. Entonces, lo importante es precisar si una decisión administrativa propiamente está desconociendo situaciones consumadas para aplicar consecuencias futuras, lo que sería retroactividad, o por el contrario, si al regular consecuencias futuras de situaciones pasadas, sin alterar éstas, lo que está haciendo es darle efectos inmediatos a dicha decisión. Esta misma decisión, especialmente didáctica, distingue situaciones claras de retroactividad de aquellas que suponen la simple y llana aplicación inmediata de las normas: “...pechar con nuevos impuestos de importación bienes que estaban libres de ello, es retroactividad, porque un hecho consumado, la importación exonerada o exenta de tributos, se modifica para gravarla cuando antes no lo era. Igualmente, efectuar un reintegro de un impuesto pagado, porque la actividad a la cual se refiere resultó después exonerada, es aplicar retroactivamente una exoneración para modificar el hecho pasado, o sea, la imposibilidad de la misma actividad. Pero, por ejemplo, si en un determinado momento los propietarios de inmuebles no soportan cierta obligación y posteriormente se les impone legalmente una nueva dentro del concepto de función social que trae el artículo 99 de la Constitución, no por ello los propietarios que lo fueran con anterioridad podrían alegar que a ellos no les es aplicable aquella obligación porque la adquisición de la propiedad ocurrió mucho antes. Por el contrario, esta nueva obligación es aplicable a los nuevos propietarios y a los antiguos,

En el pasado el fundamento del principio de la irretroactividad de los actos administrativos se hizo descansar sobre la intangibilidad de los derechos subjetivos de los particulares, a modo de límite infranqueable para la aplicación retroactiva de las manifestaciones de voluntad de la Administración. Se decía que “El fundamento de esta regla, como en el caso de la anulación (...) es la seguridad jurídica y el respeto a los derechos de los particulares”⁵⁹, pero hoy en día, al menos en nuestro país, es el artículo 24 de la Constitución de 1999 (44 de la Constitución de 1961), el principal basamento de dicho principio⁶⁰. En definitiva:

- El principio de la irretroactividad tiene rango constitucional.

- La regla de la irretroactividad debe ceder sólo en casos excepcionales, que no quebranten en modo alguno la norma constitucional y el principio fundamental que la inspira, esto es, el de la seguridad jurídica.

- La libertad de apreciación de la Administración y del juez contencioso de aquellos casos en que es posible la retroactividad del acto administrativo, es mínima y se encuentra irremisiblemente atada a la norma constitucional y a los límites que de su contexto dimanar.

Ahora bien, la reforma peyorativa supone aplicar hacia el pasado los efectos de un acto nuevo. Ciertamente, el acto administrativo que es producto del procedimiento constitutivo es capaz de crear derechos subjetivos o intereses legítimos, pero en todo caso, aun cuando lo anterior no ocurra, no puede discutirse que dicho acto genera una particular situación jurídica en cabeza del destinatario correspondiente. Cuando el acto administrativo resultante del procedimiento administrativo de segundo grado modifica esta situación jurídica para hacer más gravosa la condición del recurrente, se materializa un caso de retroactividad que debe calificarse como inadmisibles por inconstitucional, tal como hemos tenido la oportunidad de ver.

En efecto, al dictar el acto administrativo definitivo que luego es recurrido, la Administración ha constatado unos hechos, los ha calificado jurídicamente y los ha encuadrado en el presupuesto hipotético de la norma aplicable al caso concreto. Como consecuencia de estas operaciones, se ha producido una manifestación de voluntad, de juicio o de conocimiento que al exteriorizarse ha creado una situación jurídica determinada en cabeza del destinatario del acto. Ahora bien, cuando el interesado recurre permite que la Administración revise su actuación para corregir los defectos de su actividad, pero esa corrección no puede llegar hasta alterar extemporáneamente la calificación jurídica de los hechos constatados en perjuicio del recurrente, simplemente porque el órgano ha cambiado de criterio con respecto al caso concreto.

porque ello no significa una modificación del derecho mismo de propiedad, que sí sería retroactivo, sino que regula su ejercicio futuro”. Esta decisión ha sido ratificada en S. CPCA, 9-11-94, RDP n° 59-60, pp. 150-151.

59. GUAITA, A., “Eficacia del acto administrativo”, *Revista de Administración Pública* n° 25, Madrid 1958, p.164.

60. “(...) el principio de la retroactividad es en Venezuela de orden constitucional (art. 44 Constitución Nacional), y aún cuando aparece redactada refiriéndose únicamente a *disposiciones legislativas o leyes*, ya la jurisprudencia de esta misma Sala lo aplicó también a los *Reglamentos*, o sea, a los actos administrativos de efectos generales (...) y en esta oportunidad, lo extiende a los actos administrativos de efectos particulares” Cf., S. CSJ/SPA, 05-08-80. Así pues, sin desmedro del principio general de respeto a las situaciones jurídicas consolidadas en el pasado, puede sostenerse que en nuestro país, por vía de interpretación jurisprudencial, el principio de irretroactividad de los actos administrativos tiene su fundamento en la propia Constitución y es, como lo ha afirmado reciente sentencia de la Corte Suprema, bajo la ponencia del Magistrado LA ROCHE, Humberto “...*pedra angular de la seguridad jurídica...*”. Cf., S. CSJ/SPA, RDP n° 69-60, 21-07-94, p. 223.

Naturalmente y como ya hemos sostenido, los criterios de la Administración no pueden ser inmutables, pero la permisible modificación de los mismos sólo puede tener efectos *pro futuro* y en ningún caso hacia el pasado. Esta afirmación cobra relevancia superlativa cuando la nueva interpretación que pretende retrotraer sus efectos, se hace con respecto a una norma sancionatoria, porque en este supuesto la única retroactividad admisible es precisamente la opuesta a la reforma peyorativa, es decir, la que favorece al imputado.

Ciertamente, en la formulación constitucional del principio de irretroactividad puede encontrarse con facilidad la orientación necesaria para entender proscrita la posibilidad de la *reformatio in peius* en los procedimientos administrativos sancionatorios de segundo grado. Dice el principio que ninguna ley -ni como hemos visto, un acto administrativo- podrá tener efectos retroactivos, salvo cuando imponga menor pena, o, lo que es lo mismo, que la irretroactividad es inadmisibles excepto cuando sea en beneficio del justiciable. Por tanto, si en violación de esta regla general pretenden retrotraerse los efectos del acto que culmina el procedimiento de segundo grado o recursivo, y si además esa retroacción supone crear *ex novo* una situación jurídica más perjudicial que la que existía antes de intentar el recurso, no hay duda que la inconstitucionalidad de tal proceder es escandalosa.

Muy ilustrativo resulta el criterio que sostuvo la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, cuando señaló que la irretroactividad de la ley ha sido establecida en nuestro ordenamiento jurídico como una garantía *a la no alteración in peius de los derechos de los particulares* mediante la aplicación de una ley o reglamento cuya vigencia es posterior al nacimiento de tales derechos. Se trata pues, dice la Corte, de una amplia protección a los derechos de los ciudadanos, cuyo punto crucial lo constituye la determinación del momento en que efectivamente nace el derecho que se alegue *alterado in peius* bien por una ley o bien por un reglamento, pues para que el mismo entre en el ámbito de protección de la garantía es menester que sea anterior a la norma de cuya aplicación resulte la modificación desfavorable⁶¹.

Lo anterior, de acuerdo con todo lo que fue expuesto precedentemente, es perfectamente aplicable en el ámbito de los actos administrativos y en especial en cuanto a los de carácter sancionatorio, y pone de manifiesto la íntima conexión que existe entre la garantía constitucional de no retroactividad y el principio *non reformatio in peius*. La garantía de la irretroactividad está ordenada a la protección del valor fundamental de la seguridad jurídica y este también es el valor supremo que quiere satisfacer la interdicción de la reforma peyorativa. La retroacción de las normas o los actos administrativos está proscrita y sólo se le consiente cuando se hace en favor o beneficio del afectado, sencillamente porque no hay en este caso lesión alguna ni quebranto de la seguridad jurídica.

Pero la alteración sobrevenida y más dañosa de una situación jurídica pasada, no sólo trae consigo, evidentemente, una lesión, sino que sorprende y crea total desconfianza en el sistema, conspirando, precisamente, contra la seguridad jurídica.

61. Cf., S. n° 9, CSJ/SPA, 24-01-97.

(b) *La irrevocabilidad de los actos administrativos generadores de derechos subjetivos o intereses legítimos*

Dispone el artículo 82 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que los actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular, podrán ser revocados en cualquier momento, de lo que se ha deducido con acierto que si el acto hace nacer un derecho subjetivo o un interés legítimo, no puede en modo alguno ser revocado por la Administración, salvo que tal proveimiento se encuentre afectado de un vicio de nulidad absoluta y así sea establecido por sentencia definitivamente firme.

Este importante postulado -positivizado en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos- es la proyección concreta en el ámbito de la actividad administrativa de la garantía de la seguridad jurídica. Nadie es libre ni puede usar y gozar sus derechos si estos pueden ser desconocidos espasmódicamente, según el humor y los caprichos de los detentadores temporales del poder.

Por eso, cuando la Administración profiere una manifestación de voluntad, de juicio o de conocimiento de carácter definitivo, que reconoce un derecho subjetivo o lo crea *ex novo*, o que coloca al destinatario del acto en una especial situación de hecho que éste tiene interés legítimo, personal y directo en conservar, no puede luego desdecirse, pues ello supone el quebranto más grave que pueda imaginarse a la seguridad jurídica y un espaldarazo al imperio absoluto de la arbitrariedad.

Quienes defienden la posibilidad de la *reformatio in peius* en el procedimiento administrativo recursivo, no atisban a comprender que este mecanismo permite, precisamente, la revocación -so pretexto de un recurso- de actos administrativos preexistentes que al menos generan un interés legítimo que consiste en que sus efectos positivos no desaparezcan y que los negativos no sean más nocivos de lo que ya son.

En efecto, es absolutamente indiscutible que quien resulta afectado por un acto de la Administración y en mérito de ello lo impugna, desea la revocación total o parcial del mismo, previendo como el escenario menos favorable el fracaso del recurso y, por vía de consecuencia, la confirmación del acto. Puede sostenerse entonces que el acto impugnado hace nacer un interés legítimo a que el mismo se conserve, en el peor de los casos, en los términos en que ha sido dictado. Por el contrario, resulta casi una *perogrullada* afirmar que ningún recurrente puede estar interesado en que el acto impugnado se modifique para hacerlo más lesivo a sus derechos e intereses.

Para quienes invocan como justificación de la *reformatio in peius* la posibilidad que tiene la Administración de pronunciarse sobre todas las cuestiones que surjan en el caso concreto, hayan sido o no planteadas por el recurrente (artículo 89 LOPA) y la facultad que la asiste de revocar, confirmar o modificar el acto (artículo 90, *ejusdem*), conviene recordar que estas exorbitantes facultades no han sido creadas para auspiciar o proteger el uso arbitrario del poder, sino para satisfacer, a través de una autotutela responsablemente ejercida, el principio de la legalidad administrativa, cuya única razón de ser es el valor supremo, y por tanto más importante, de la seguridad jurídica, al cual apunta precisamente el principio de la irrevocabilidad de los actos creadores de derechos subjetivos o de intereses personales legítimos y directos.

D. Principios del Derecho Administrativo Formal que impiden la *reformatio in peius*

(a) *El principio de la buena fe*

El principio de la buena fe, cuya aplicación en el ámbito del derecho administrativo ha sido objeto de interesantes estudios⁶², comporta la necesidad de que los sujetos guarden en sus relaciones una conducta leal, honesta, vale decir, la que ordinariamente puede esperarse de un buen padre de familia. Expresa Rondón de Sansó que "...la buena fe es un concepto jurídico indeterminado que, en su sentido semántico, alude a la conciencia, convicción o intención de no perjudicar a otro o de no violar la ley (...) De todo lo anterior, podemos deducir que la buena fe como hecho ético social, alude a la lealtad, honestidad, fidelidad, confianza, credibilidad y a la segura creencia o convicción de no lesionar a otro"⁶³.

Este principio tiene consagración positiva en nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 1.160 del Código Civil y al igual que se ha expresado en otros ordenamientos jurídicos⁶⁴, en el nuestro esta norma, como muchas otras del señalado Código (principio de irretroactividad, vigencia de las leyes, reglas de la interpretación jurídica, etc.), tiene el carácter de *ius commune* en tanto se aplica a todo el ordenamiento jurídico.

En el ámbito específico de la actividad administrativa, el principio de la buena fe tiene expreso reconocimiento constitucional y legal, pues la Constitución de 1999 dispone en su artículo 141, que la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta, entre otros, en los principios de *honestidad* y *transparencia*, valores que sin duda están implícitos en el concepto más amplio de la buena fe en las relaciones Administración-administrados. Por su parte, el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Administración Pública⁶⁵ señala que la actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en una serie de principios entre los cuales destacan los de *buena fe* y *confianza*. Lo propio ocurre con la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, la cual dedica un capítulo especial, dentro de su título III, a la *presunción de buena fe*.

El respeto del señalado principio adquiere una especial relevancia en el ámbito de las relaciones entre los administrados y la Administración, pues la actuación de ésta no puede equipararse a la de cualquier sujeto, en tanto que la coherencia, pulcritud, objetividad y transparencia de sus actuaciones debe ser la regla y no la excepción. La Administración actúa en el ejercicio de potestades administrativas y de esta forma invade la esfera jurídico-subjetiva de los administrados, afectándola en formas muy diversas. No es posible otorgar tal poder sin la necesaria contrapartida de un sometimiento absoluto al derecho. Pero además, aun en el campo en que la Administración actúa con cierta libertad, la sumisión de sus comportamientos al principio de la buena fe, el respeto irrestricto de la confianza depositada en ella por los ciudadanos, es una obligación inexcusable.

62. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Civitas, 1989.

63. RONDÓN DE SANSÓ, H., *El principio de la confianza legítima en el derecho venezolano, III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan R. Brewer-Carías*, Funeda, Caracas 1997, pp. 303 y ss.

64. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El principio general de la buena fe...cit.*, pp. 37-38.

65. G.O. n° 37.305 del 17-10-01.

En definitiva, el principio de la buena fe implica en el ámbito del Derecho Administrativo:

- Que en tanto la actividad administrativa se lleva a cabo en ejecución de la ley, sus resultados han de ser siempre previsibles para los interesados, no sorpresivos ni encubiertos.

- Que la actividad administrativa debe desarrollarse mediante procedimientos formales transparentes, abiertos, accesibles y totalmente participativos, en los cuales el administrado debe tener la posibilidad de enterarse de todo hecho, acto, decisión, prueba o en general de cualquier acontecimiento que le interese y que todo aquello que le haya sido ocultado no puede servir válidamente de fundamento a ninguna resolución que afecte sus derechos e intereses.

- Que por cuanto toda la actividad administrativa debe estar ordenada hacia la consecución del bien colectivo, la Administración debe esforzarse porque todas y cada una de sus actuaciones inspiren una sensación permanente e inquebrantable de confianza en los ciudadanos.

No cabe la menor duda que la posibilidad de la *reformatio in peius* conspira contra la buena fe, en tanto se encuentra en contradicción con los pilares fundamentales sobre los cuales descansa este principio. En efecto, la reforma peyorativa supone: i) Una alteración inesperada e imprevisible de la situación jurídica del recurrente, que refleja incoherencia y contradicción en el actuar administrativo y que es recibida por el destinatario del acto como una acción desleal y sorpresiva que lo toma desprevenido y que, en definitiva, lo castiga por ejercer el derecho constitucional a la defensa. ii) Al suponer un cambio urdido a espaldas del recurrente, la reforma en perjuicio es opuesta a la transparencia y a la honestidad con la que debe conducirse la Administración Pública. iii) Del mismo modo, por cuanto la reforma peyorativa supone una contradicción evidente entre el acto administrativo que pone fin al procedimiento constitutivo o de primer grado y el que culmina el procedimiento recursivo o de segundo grado, no hay duda de que la misma derrumba la sensación de confianza que deben tener los particulares en la Administración. iv) Finalmente, la sola posibilidad de ser emboscado por una decisión inesperada e incongruente con la propia actuación del órgano administrativo, desploma la presunción de buena fe que debe existir en las relaciones de los ciudadanos con la Administración -sobre todo en el curso de un procedimiento sancionatorio- trocándola en una actitud defensiva, desconfiada, predispuesta y de poca o nula colaboración con el órgano encargado de decidir el recurso.

(b) El principio venire contra factum proprium non valet

En íntima vinculación con el principio de la buena fe, que rige en todas las relaciones intersubjetivas, existe un postulado que prohíbe a los sujetos ir en contra de sus propias actuaciones. La raíz de este principio puede ubicarse en el hecho de que la convivencia social exige que las personas guarden un cierto grado de coherencia, constancia y estabilidad en sus actuaciones, generando con ello la confianza necesaria para poder interrelacionarse normalmente con los demás. Aunque toda relación debe iniciarse sobre la base de una presunción de buena fe, es preciso que el hombre, como ser social, satisfaga la confianza que otros depositan en él y el primer paso que debe dar en tal sentido es ser consecuente con sus propios actos, desde que éstos constituyen la exteriorización de su voluntad, al menos en apariencia.

No significa esto que las contramarchas y rectificaciones producto de errores cometidos, sean moral o jurídicamente reprochables; al contrario, estas son las conductas apropiadas cuando se ha incurrido en una equivocación que precisa ser enmendada. En realidad, lo que predica la llamada *doctrina de los actos propios* no es la inmutabilidad

del comportamiento, sino que las consecuencias de las necesarias rectificaciones recaigan principal y especialmente sobre aquél que ha cometido un error y no sobre quien se ha relacionado de buena fe con éste y que luego se ve sorprendido por un cambio de actitud que frustra sus naturales expectativas.

Según Mairal, los particulares adoptan posiciones o siguen cursos de acción en sus relaciones jurídicas que luego descubren que son inconvenientes para sus propios intereses, por lo que luego procuran desdecirse y quienes habían confiado en el mantenimiento de la posición inicial de su contraparte para adoptar sus propias resoluciones, se ven sorprendidos ante el cambio inusitado de posición que defrauda sus expectativas y puede, incluso, generarles pérdidas o privarlos de un lucro esperado⁶⁶.

Si bien es cierto que el derecho no puede prohibir, como hemos dicho, que las personas vuelvan sobre sus pasos para tratar de corregir sus actuaciones erróneas, ni es posible pretender una coherencia impoluta en la conducta de los sujetos; es lo deseable, sin embargo, que exista un principio de autovinculación, que permita una cierta tranquilidad en el ámbito de las relaciones interpersonales, sancionando las contradicciones constantes y aviesas, producto de subterfugios y maniobras tendentes a generar incertidumbre en los demás, para obtener provecho propio.

En el ámbito del derecho administrativo en general, una moderna tendencia ha comenzado a estudiar las consecuencias que se derivan de los actos de la Administración que luego son contrariados por ésta, en perjuicio de los administrados, por una actuación posterior. Se trata aquí de la doctrina de los actos propios, resumida en el viejo aforismo latino *venire contra factum proprium non valet*. En el caso de la Administración Pública, nadie pone en duda la facultad exorbitante de la autotutela administrativa, en su diversas manifestaciones, que le permite a ésta modificar, corregir, revocar o anular sus propias actuaciones con el único obstáculo de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los particulares, siempre y cuando éstos no pretendan derivarse de una actuación absolutamente nula. Sin embargo, toda vez que la Administración actúa en busca de la satisfacción del interés colectivo, es de presumir que sus cambios de posición sólo pretenderán satisfacer mejor éste. Lo cierto es, no obstante, que la constancia e intensidad con la que incide la Administración en la vida de los particulares, su omnipresencia y omnipotencia en la vida cotidiana de los administrados, hace que éstos, normalmente, depositen su confianza en las actuaciones de aquélla, de tal manera que es razonable esperar una coherencia y constancia mayor que la aspirada en el ámbito de las relaciones privadas.

Se ha dicho que la Administración puede contradecir su conducta anterior cuando ésta es jurídicamente ineficaz por adolecer de un vicio de ilegitimidad, pero en opinión de Mairal⁶⁷, esta conclusión es demasiado simplista en cuanto pasa por alto la frecuencia con que la validez de una determinada conducta administrativa constituye cuestión opinable ante el entrecruzamiento, la falta de precisión o la ambigüedad de las normas aplicables. La doctrina de los actos propios puede ofrecer una solución justa en los casos en los cuales la interpretación inicial no era evidentemente contraria a derecho, sino que se trataba de una exégesis preliminar de las disposiciones aplicables, razonablemente acertada. Mairal señala que en aquellas situaciones en que la conducta administrativa posteriormente declarada ilegítima motivó un cambio en la conducta del particular, la doctrina de los actos propios puede servir para aceptar la nueva interpretación de la

66. MAIRAL, H., *La doctrina de los propios actos y la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires 1988, pp.1 y ss.

67. MAIRAL, H., *La doctrina...*, pp. 138 y ss.

Administración pero dejando a salvo el derecho del particular de demandar una indemnización por los daños y perjuicios causados, o bien repartiendo equitativamente la responsabilidad entre la Administración y el administrado⁶⁸.

En el caso que ocupa nuestras reflexiones, es claro que la aplicación de la reforma en perjuicio comporta un desconocimiento del propio acto, desde que la Administración se desdice de la manifestación de voluntad consignada en el acto administrativo que es producto del procedimiento constitutivo sancionatorio, a través de una nueva manifestación de voluntad, en este supuesto más gravosa para el particular, reproducida en el acto que culmina el procedimiento recursivo. Como hemos reiterado a lo largo de esta líneas, es obvio que quien intenta un recurso aspira que el acto original sea revocado o al menos modificado, pero naturalmente, la modificación deseada no es, en ningún caso, una que suponga la disminución o pérdida de un beneficio ya acordado, el incremento de una carga o el agravamiento de las sanciones originalmente impuestas.

Así, desde esa perspectiva, el recurrente aspira, con razón y amparado por el derecho, la estabilidad de aquella parte del acto administrativo que le favorece y que, por tanto, hace nacer para él un interés legítimo en su conservación. Si bien no es posible desconocer la potestad de autotutela de la Administración y que como resultado de la misma se corrijan errores cometidos por ésta, es claro que las consecuencias desfavorables de esa rectificación no deben recaer sobre el recurrente. Admitir lo contrario sería aupar los cambios espasmódicos y caprichosos de criterio por parte de la Administración, sin respeto alguno por las expectativas legítimas que su actuación ha generado en los particulares y, lo que es más grave, la aplicación retroactiva de nuevos criterios sobre un asunto previamente decidido, a lo cual se opone no sólo la doctrina de los actos propios, sino, como hemos visto, el principio de irretroactividad de los actos administrativos, *ex* artículos 24 de la Constitución y 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos⁶⁹.

(c) *El principio de la confianza legítima*

De acuerdo con la doctrina más autorizada, con la noción de confianza legítima "...se alude a la situación de un sujeto dotado de una expectativa justificada de obtener una decisión favorable a sus intereses (...) la nueva figura que analizamos va a constituir la base de una nueva concepción de los vínculos que los poderes públicos (poder legislativo, administraciones públicas) y los entes de autoridad en general poseen frente a los ciudadanos, cuando a través de su conducta, revelada en sus declaraciones, actos y doctrina consolidada, se pone de manifiesto una línea de actuación que la comunidad o sujetos específicos de ella, esperan que se mantenga. Igualmente alude a la expectativa de otorgamiento de una ventaja jurídica, aun cuando no exista un texto expreso que lo avale (...)"⁷⁰.

68. Tal como lo resolvió el Consejo de Estado francés en el caso *société des Huileries de Chauny*, 24-4-64. Recueil Lebon, p. 245.

69. En nuestro derecho positivo, el artículo 11 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos dispone que los criterios establecidos por la Administración pública, podrán ser modificados, pero la nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados y que, en todo caso, la modificación de los criterios no dará derecho a la revisión de los actos definitivamente firmes. Consagra el precitado artículo, como se advierte, tres principios: i) Que la Administración puede cambiar sus criterios; ii) Que tales cambios no pueden aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fueren más beneficiosos a los administrados; iii) Que la revisión de los criterios no puede conducir a la revisión de los actos administrativos definitivamente firmes ni de aquellos que han creado derechos subjetivos o intereses personales, legítimos y directos.

70. RONDÓN DE SANSÓ, H., *El principio de la confianza legítima...cit.*, pp. 295-296.

Hemos dicho precedentemente que la interposición del recurso genera la expectativa legítima de obtener la anulación del acto recurrido o al menos su modificación en términos más favorables para el recurrente, y que el escenario más negativo sólo puede ser el fracaso del recurso y por tanto la total confirmación del acto. Quien recurre lo hace para proteger sus derechos e intereses y obtener una decisión favorable, aunque sea parcialmente, en especial cuando el acto impugnado impone un sanción. Nadie se aventura a intentar un recurso si tiene la firme creencia de que va a perder o, peor aún, que va a resultar perjudicado en mayor medida por actuar contra el acto administrativo. Existe, pues, la *confianza legítima* en la posibilidad de ganar y, al propio tiempo, en que lo peor que puede ocurrirle al recurrente es ver confirmada en todas sus partes la manifestación de voluntad, de juicio o de conocimiento impugnada.

No hace falta mayor esfuerzo intelectual para concluir en que la sola potencialidad de la reforma peyorativa da al traste con la confianza legítima que se supone debe dimanar del ejercicio de un recurso administrativo. Lejos de existir tal confianza, el riesgo de la reforma en perjuicio convierte al recurso en una especie de *ruleta rusa*, una peligrosa apuesta de resultados inciertos e impredecibles, que puede desembocar en un mayor daño que aquel que ha querido conjurarse. De esta forma, los recursos administrativos dejan de ser la manifestación del derecho constitucional a la defensa en el seno de la Administración, para convertirse en un riesgoso juego de azar que sólo una de las partes -la Administración- puede manipular antojadizamente en su beneficio. Cuan difícil resulta explicar a un ciudadano común que el mecanismo creado en la ley para que se defiende de aquello que cree injusto, puede llegar a acrecentar la injusticia de la que se defiende. Que difícil es mantener la confianza hacia la Administración, en quien ha sido víctima de semejante atropello.

En conclusión y como corolario de todo cuanto ha sido expuesto, debemos afirmar que la aceptación de la *reformatio in peius* en los procedimientos administrativos sancionatorios de segundo grado, significa sacralizar algo que todo el mundo aborrece, una posibilidad que se opone a la razón y al ideal de justicia más básico que habita en el ciudadano común y que por tanto, el operador jurídico está obligado a rechazar.

**§ 70. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE
LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN LA
LEY DE TIERRAS Y DESARROLLO AGRARIO**

Alberto Baumeister Toledo
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello
Universidad Central de Venezuela

DEDICATORIA

A Allan Brewer-Carías, insigne estudioso y difundidor del Derecho Administrativo, con el deseo de que esta modesta investigación, sirva para testimoniarle mi reconocimiento como autor, docente y académico, y contribuir con ella al merecido reconocimiento que comporta la publicación de este Libro Homenaje.

“Después de esto podríamos continuar (nuestro discurso) hablando de la amistad. Esta es en efecto una virtud o va acompañada de virtud y, además, es lo más necesario de la vida. Sin amigos, nadie querría vivir, aun cuando poseyera todos los demás bienes”.....

“Cuando los hombres son amigos, ninguna necesidad de justicia hay (entre ellos) mientras que aún siendo justos, necesitan además de la amistad, de tal manera que parece que son los justos los más capaces de amistad. Pero la amistad no es solo algo necesario, sino algo hermoso”.

(Aristóteles, Libro VII de su “Ética a Nicómaco”)

I. PUNTUALIZACIÓN SOBRE EL TEMA OBJETO DE EXAMEN

El 13 de noviembre del año 2001¹ tuvo lugar la promulgación de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, por vía de Decreto con rango de Ley con fundamento en una Ley habilitante dictada por el Congreso de la República para delegar en el Poder Ejecutivo Nacional la preparación y puesta en vigencia de un considerable nuevo número de Leyes en diversos campos, de capital importancia para la economía y debido funcionamiento del Estado Venezolano².

1. G.O. de la República Bolivariana de Venezuela n° 37.323, ordinaria, en lo adelante citados abreviadamente, LTDA y G.O. respectivamente.

2. En torno a la modalidad adoptada por el Estado para llevar a cabo la promulgación de la citada Ley, se tejen las mas diversas opiniones que sustentan la inconstitucionalidad de la aludida habilitación, mas cuando que la nueva LTDA contempla la instauración de un nuevo impuesto predial, como medida expedita para procurar la total incorporación de fincas como factores de producción agroalimentarios efectivos y como medio para combatir el Latifundio (en general, pues como lo comentaremos más adelante, la Ley ahora no distingue entre latifundio útil cualitativamente o no, sino simplemente declara tales, aquellos fundos que exceden de una determinada mensura, de acuerdo a su calidad de tierras (Art. 7 LTDA), lamentable calificación que hace la Ley sin fundamento técnico de ninguna especie), consagra en general limitaciones al derecho de propiedad, estableciendo insólitas figuras tales

La nueva ley que regula la materia de Tierras y Desarrollo Agrario, crea un nuevo marco normativo a la materia Agraria nacional, dándole una nueva ideología en lo que refiere a la temática al desarrollo, organización, destino y vocación de las tierras en el ámbito nacional, su destino y fines y con ello al igual que lo ha sido menester para todo lo relacionado con la regulación de expropiaciones, manejo de tierras propias y adquisición de las mismas, fue menester preparar y consagrar un nuevo procedimiento administrativo para atender al manejo de toda la actividad administrativa que supondrán la peticiones, decisiones, regulaciones y control de toda esa nueva gama de nuevas instituciones que han entrado en vigor con la puesta en marcha de las nuevas ideas que inspiran la materia de tierras y desarrollo agrario, así como la nueva concepción, tanto constitucional como agraria sobre el desarrollo sustentable agroalimentario, y en lo que no ha supuesto cambios radicales de las viejas instituciones consagradas en la Ley de Reforma Agraria, evidentemente que por igual se han aplicado cambios y modificaciones en la nueva ley, en los procedimientos administrativos y jurisdiccionales y otras varias peculiares instituciones³.

Dentro de los más resaltantes cambios en la nueva normativa e ideología legislativa a nuestro entender está ahora la nueva concepción sobre la función social de la propiedad privada con vocación agrícola, condicionada ahora a las necesidades de la seguridad agroalimentaria del Estado, en virtud de lo cual, los propietarios de dichas tierras vienen obligados a someter su actividad productiva, en lo que les resulta propio (sus tierras) a las necesidades de producción de rubros alimentarios de acuerdo con los planes de seguridad agroalimentarias establecidos por el Ejecutivo Nacional (Art.2, numeral 5 LTDA), así como algunos nuevos procedimientos que se cumplen en sede administrativa relacionados con ocupación temporal de tierras, recuperación de tierras del Estado, etc., tal como lo hemos sostenido en trabajos de investigación y conferencias sobre dichas materias⁴.

como una orden de *Intervención* de fundos ociosos, o en situación de *rescate*, sin formula de juicio, ni intervención judicial, desconocimiento del valor y pertinencia de la indemnización de mejoras en fundos que pertenecen al Estado, a los Estados y a los Municipios, al Instituto Nacional de Tierras (nuevo ente ejecutor de las políticas de la LTDA) y entes a ellos pertenecientes. En torno a tan insólitas disposiciones chocantes con cualquier ordenamiento jurídico civilizado, y en curso ya de este Trabajo, el Tribunal Supremo de Justicia en fecha 20 de noviembre de 2002 ya hubo de declarar la nulidad total de los artículos 89 y 90 de la referida LTDA, lo cual si no constituye remedio total a los desaguisados de la mencionada Ley, cuando menos deja sin efecto dos de las mayores arbitrariedades que la misma consagraba relacionadas con la Intervención Administrativa y el no reconocimiento de mejoras y bienhechurías a que antes hicimos referencia. Más adelante insistiremos en el contenido de dicho fallo.

Sobre la eventual inconstitucionalidad de la llamadas leyes de la Habilitante, V., los trabajos contenidos en Publicación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, *La Ley Habilitante del 13-11-2000 y sus Decretos Leyes*, autores varios, MELICH O, José R., Ediciones de la Academia Nacional de Ciencias Políticas y Sociales n° 17, Serie Eventos, Isbn- 980-6396-17-0; Venezuela 2002, p. 308.

3. Todo ese nuevo ordenamiento ha sido concebido fundamentalmente para reordenar los fines y principios que inspiran la nueva concepción política del Estado venezolano en materia de desarrollo agroalimentario y usos de las tierras agro productivas contenida en la Constitución de la ahora llamada República Bolivariana de Venezuela, o constitución de 1999, cuya última publicación se encuentra realizada en la *G.O. Extraordinaria* n° 5.453 de fecha 24 de marzo del 2000 (en lo sucesivo CN), sobre la cual se han esgrimido argumentos de inexistencia e ilegitimidad, en tanto esa así publicada reproduce cambios y una exposición de motivos, que no emanó del órgano constituyente, ni tuvo autorización expresa del mismo para que así se la reprodujere.

4. Al respecto nuestra conferencia en Maturín, Estado Monagas, abril 2002, *El Nuevo Procedimiento Ordinario Agrario*; la dictada con patrocinio de la "Fundación de Derecho Agrario", en Caracas y Maracaibo, sobre los Regímenes de Propiedad en la LTDA, 2002 y nuestro trabajo, Aportaciones al Estudio del nuevo procedimiento de Expropiación contemplado en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, en el *Libro Homenaje al Dr. Gonzalo Pérez Luciani*, Publicaciones del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2002, a esta fecha por salir a la luz pública.

En materia de Procedimientos Administrativos internos, propios de las instituciones de la nueva Ley de Tierras, los mismos vienen regulados en diversos capítulos de la Ley, con ocasión de la creación de nuevas instituciones y mecanismos de índole agraria o agroalimentario, algunos de los cuales serán objeto de comentarios específicos en el curso de este trabajo, y adicionalmente, lo relacionado con el Procedimiento Contencioso Administrativo Agrario y al aplicable a las Demandas contra los Entes Estatales Agrarios contemplado en el Título V, (Jurisdicción Especial Agraria) Capítulos II, III y IV, artículos 171 al 198, ambos inclusive, en los cuales ciertamente se han introducido particularidades novedosas, una de las cuales tiene especial connotación, como resulta ser que de ese Contencioso, conoce ahora en Segunda Instancia, una Sala especial que se constituye en la Sala de Casación Social del ahora Tribunal Supremo de Justicia (Art. 191), que no la Sala Político Administrativo del mismo Tribunal, como parecería normal que lo fuere, de acuerdo a la naturaleza de la materia inmediata a que él se refiere y como resulta de la tradición administrativa que se ha impuesto en Venezuela desde hace ya algunos años

El objetivo de nuestro trabajo lo será precisamente el análisis y observaciones que nos merecen las nuevas disposiciones sobre algunos de los nuevos procedimientos administrativos internos, las peculiaridades de los estatuidos para ciertas materias y en general todo lo atinente al procedimiento administrativo ordinario, en primera y segunda instancia (Contencioso administrativo pleno y lo que refiere a las demandas contra entes públicos vinculados a la tierra y desarrollo agrario), pero no al Procedimiento Expropiatorio agrario, sobre lo cual ya hemos emitido nuestro parecer en otro trabajo publicado este mismo año y que por su especialidad e importancia en torno a éste y cualquiera otra materia por él afectada merece un tratamiento autónomo⁵.

Debe observarse, que la anterior Ley no dedicaba especial normativa general a lo relacionado con los procedimientos administrativos, ordinarios ni para el contencioso, estableciendo solo ciertas particularidades para algunas instituciones que se cumplían ante el Instituto Agrario (permanencia agraria, regulaciones de cánones arrendaticios, autorizaciones para desalojo y el de Expropiación agraria, que si se lo reguló de manera mas profusa)⁶.

Finalmente queremos recalcar, como se lo dijo antes, que la nueva Ley, se la promulgo como *Decreto con fuerza de Ley* con fundamento en una Ley habilitante dictada por el Congreso de la República para delegar en el Poder Ejecutivo Nacional la preparación y puesta en vigencia de un considerable nuevo número de Leyes en diversos campos, de capital importancia para la economía y debido funcionamiento del Estado Venezolano, pero dicha modalidad de instrumento normativo puede ser objeto de serias críticas, y hasta de poner en duda su constitucionalidad, más cuando que como lo hemos reseñado,

5. Aportaciones al Estudio del nuevo procedimiento de Expropiación contemplado en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, *Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, ya citado.

6. La anterior ley que regulaba la materia de reforma agraria, se denominaba Ley de Reforma Agraria, y fue promulgada el 19 de marzo del 1960 en *G.O.* n° 611 Extraordinaria "en lo sucesivo identificada abreviadamente LRA" y separadamente se pusieron en vigencia dos Leyes sobre Tribunales y Procedimiento Ordinario Agrario, sin que en aquella, ni en normativa posterior se contemplaran de manera sistemática normas especiales para el procedimiento administrativo interno o el contencioso administrativo agrario, con algunas precisas excepciones, los que como consecuencia de lo dicho se regulaban por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, *G.O.* Extraordinaria n° 2818 de fecha 1 de julio de 1981 "en lo sucesivo LOPA", y por lo que respecta al procedimiento contencioso jurisdiccional lo que dispone aún la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, *G.O.* Extraordinaria n° 1893 de fecha 30 de julio de 1976 "LOCSJ", con la expresa excepción del procedimiento de expropiación agraria, que tenía especial normativa en la LRA y su Reglamento.

en ella se contemplan entre otras instituciones, procedimientos judiciales y administrativos, atinentes a normar y regular la propiedad, establecimiento de impuestos, que por igual constituyen materia delicada de reserva legal, todo lo cual, a nuestro modesto modo de ver, resulta innecesario e intempestivo haberlo puesto en vigencia mediante el indicado mecanismo de una Ley habilitada, la que, en adición y a juicio de especialistas, dejó también de cumplir requisitos y formalidades que imponía la propia Constitución vigente, bajo cuyo amparo fue promulgada⁷.

A tono con los cambios constitucionales, por igual debe destacarse que en la nueva Ley se introduce una nueva ideología y filosofía del Estado sobre la materia y actividad agraria y así, como por igual se lo señaló *supra*, se sientan los principios que fijan lo que debe entenderse sea la función social de la propiedad privada con vocación agrícola, la que queda condicionada a las necesidades de la seguridad agroalimentaria del Estado, en virtud de lo cual, los propietarios de dichas tierras vienen obligados a someter su actividad productiva, en lo que les resulta propio (sus tierras) a las necesidades de producción de rubros alimentarios de acuerdo con los planes de seguridad agroalimentarias establecidos por el Ejecutivo Nacional (Art. 2, numeral 5 LTDA), todo ello de acuerdo a expresas disposiciones de la CN, lo que explicará así mismo varios de los profundos cambios que encontraremos en algunos de los procedimientos administrativos que se cumplen ante los entes de dirección agraria, que ahora consagra el legislador, o los nuevos principios y reglas que ahora los rigen, así como la desaparición de otros que estaban en la LRA.

Para concluir esta breve introducción al tema, estimamos prudente repetir las palabras de quienes fueron los redactores del Decreto Ley, en torno a los cambios fundamentales que el mismo contempla en materia de procedimientos, tanto administrativos como judiciales, y que literalmente se expresan en la *exposición de motivos* de la LTDA, así:

El nuevo marco legal agrario no solo regula lo referente a la materia sustantiva, sino igualmente a la materia procesal. Así, se consagra un título en el cual se desarrolla todo lo relativo a la jurisdicción agraria, tanto en lo referente a la jurisdicción ordinaria agraria, como a la jurisdicción contencioso administrativa en materia agraria. El título viene a sustituir, de esta manera, la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrario.

En lo relativo al contencioso agrario, se procura establecer un procedimiento más sencillo y rápido que el procedimiento contencioso administrativo general regulado en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, hasta que se dicte la ley que rijan la jurisdicción contenciosa administrativa. Con la finalidad de fomentar la unidad de jurisdicción y competencia material, evitando procesos paralelos y sentencias contradictorias, se prevé la creación, como sala especial dentro de la Sala de Casación Social, de una Sala Especial Agraria. Dicha Sala en virtud de la especialidad de la materia agraria, será la cúspide de la jurisdicción agraria tanto en lo relativo a los litigios ordinarios agrarios como en el contencioso administrativo agrario. Se busca así una unificación de criterios de especial importancia en virtud de la novedad que representa el presente Decreto Ley dentro del ordenamiento jurídico venezolano.....” (de la exposición de motivos que precede la publicación oficial en Gaceta de la citada Ley).

7. V., la comentada obra *La Ley Habilitante del 13-11-2000 y sus decretos -Leyes*, autores varios, el propio Profesor BREWER-CARÍAS, Allan R., tiene extensos comentarios sobre las irregularidades con las que se promulgó esta y otras leyes de las habilitadas, a cuya lectura remitimos a los interesados.

II. LOS PRINCIPIOS REGULADORES, TRÁMITES Y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALES EN SEDE INTERNA ADMINISTRATIVA AGRARIA

A falta de norma que disponga lo contrario, debe entenderse que en esta materia y en sede ordinaria administrativa privarán como normas ordenadoras del procedimiento administrativo, las de la LOPA⁸, en todo lo que expresamente no tenga regulación especial la LTDA, por ello, a objeto de hacer una aproximación adecuada a las novedades de la normativa examinada, nos limitaremos a destacar sólo lo que a nuestro juicio constituyen las modificaciones mas resaltantes y sus consecuencias o efectos, así como las eventuales diferencias que puedan presentar frente a la normativa administrativa ordinaria, a reserva de que pueden haber otros que podamos haber omitido o quienes piensen que deba o pueda insistirse en otros que para ellos les merezcan mas atención.

1. Enunciado de principios rectores

A. El artículo 21 LTDA dispone al respecto: “Para la ejecución de sus competencias, los organismos agrarios actuarán conforme a los principios constitucionales de la seguridad alimentaria, utilidad pública y función social de la tierra, el respeto de la propiedad privada, la promoción y protección de la función social de la producción nacional, la promoción de la independencia y soberanía agroalimentaria de la nación, el uso racional de las tierras los recursos naturales y la biodiversidad genética”.

Indiscutiblemente que en esta disposición fija el legislador los principios que deben inspirar los actos de las autoridades Agrarias, o cuyo cargo está la gestión del desarrollo agrario nacional, y representan la expresión de la filosofía del constituyente sobre el nuevo desarrollo agrario nacional, teniendo como norte precisamente los postulados constitucionales para el logro de la seguridad alimentaria, todo lo cual está investido del carácter de función social y se le reputa de interés y utilidad pública.

Dicha norma se complementa con la contenida en el artículo 275 *ejusdem*, que determina que “la interpretación y ejecución de los contenidos de las normas del presente Decreto Ley, están sometidas al principio constitucional de seguridad y soberanía nacional y privarán sobre cualquier otras disposición sustantiva o adjetiva que verse sobre la materia”.

En orden de importancia consideramos que la segunda de dichas normas que fija principios de interpretación de las regulaciones en el entorno de lo agrario, es la mas importante a la vez que deja un amplio margen de interpretación a la Ley y sus instituciones, al Ejecutivo Nacional, pues en esta materia, no hay siquiera lineamientos que permitan interpretar adecuadamente si la conducta oficial se apega o no a los principios constitucionales y no que interesadamente se las integre o interprete contra el concepto de propiedad privada⁹.

8. En torno a los principios que regulan la actividad, notas características, sistemas de recursos, etc. Debemos hacer referencia obligada y remitir a los lectores a la obra del mismo BREWER-CARÍAS, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Colección Estudios Jurídicos n° 16, 6ª edición, Isbn 980-365-063-7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2002, a la que se añadió ahora otro trabajo complementario del mismo autor, esto es *Los Principios del Procedimiento Administrativo*, absolutamente vigentes en la materia de procedimientos administrativos agrarios, en todo lo que, como hemos dicho, no haya quedado modificado por la nueva LTDA.

9. Es este, como lo señalaremos en varias ocasiones durante nuestra investigación, uno de los graves defectos y peligros de esta Ley, esto es, dejar a la interpretación dependiente o proveniente de otros entes y órganos, sin

La primera de dichas normas en cambio, repite y fija las bases en las cuales se sustenta la declaración de los fines de la Ley, contenidos en el artículo 1 de la misma Ley, todo a tono con lo dispuesto en el artículo 307 de la Constitución Nacional, lo que a juicio de Duque Corredor¹⁰ pone de relieve el fin mismo de la nueva regulación de la Ley de tierras, pero a nuestro modesto entender, tales declaraciones subyacen a los principios impuestos en el artículo 275 citado.

En torno al artículo 21, el nuevo concepto que se introduce con particular interés en la nueva filosofía agraria del Estado es el de que la misma debe cumplirse con miras a llenar las necesidades agroalimentarias y el autoabastecimiento del país, tal cual lo expresa el artículo 305 CN, para lo cual debe proveerse a una política de agricultura sustentable que debe promover el Estado¹¹.

Esos mismos principios, como por igual lo anota Duque C., hacen que se tome como criterio fundamental para establecer los límites al Derecho de Propiedad Privada, el concepto de Productividad de las tierras y actividades agroalimentarias¹², con lo que se sustituyen por igual los elementos que en la LRA permitían establecer los conceptos de función social de la propiedad.

La importancia a nuestro modo de ver de esta declaración de principios y fines de la Ley, y en ello coincidimos con Duque, es que ella establece en cierto modo los límites a la facultad de interpretación de los funcionarios administrativos (y también a los judiciales de la competencia agraria especial) para evitar las arbitrariedades en la aplicación del concepto de función social y utilidad pública de las tierras, lo que juega importante papel en una serie de instituciones especiales del desarrollo agrario nacional (expropiación, ocupación temporal de fundos, rescate de propiedades, etc.)¹³

Sin embargo es de apreciar, como lo hemos sostenido en conferencias y trabajos sobre la materia, y por igual así lo destaca Duque, en la Ley se dejan establecidos conceptos indefinidos, etéreos, que se prestan a interpretaciones vagas y genéricas, y no precisas, como lo es, en especial el de *conveniencia o necesidad agroalimentaria*, que queda librada, como lo dice el comentado autor, a los planes de seguridad agroalimentario que establezca el Ejecutivo Nacional, que es la afectación de su uso mediante su inclusión en la poligonales rurales y el ajuste de dichos planes, todo lo cual constituye una fuerte crítica a dicho instrumento legislativo, en tanto, los límites de los derechos fundamentales, como lo es el de propiedad, no pueden ser indeterminados, sino que deben precisarse, lo mas concretamente posible todos los criterios para evitar abusos y desviaciones.

El adecuado uso e interpretación de los principios contenidos en el citado artículo, y el debido desarrollo que a los mismos dé la jurisprudencia administrativa y judicial, constituirán el único freno sensato a las potestades ahora conferidas a la administración

parámetros ni condiciones específicas, la interpretación y aplicación de principios relacionados con el uso de las tierras y la agroalimentación, creando inseguridad, provocando desencanto y abandono en la actividad agroproductiva seria.

10. DUQUE CORREDOR, Román J., "Consideraciones Generales sobre el Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario", *Libro Homenaje a José Luis Aguilar G.*, t I, Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia, Editor Fernando PARRA ARANGUREN, Caracas 2002, pp 411 ss.

11. En torno al contenido de esa política agraria o al concepto agricultura de la Ley, DUQUE C., *op. cit.*, p. 414, considera que comprende lo propiamente agrario, ganadería, piscicultura, silvicultura e inclusive lo forestal. La nueva concepción filosófica, a la vez permite dar cabida a los principios que hacen repudiable y perseguible la existencia de latifundios y tierras improductivas.

12. *Op. cit.*, p 422.

13. *Op. cit.*, p 423.

pública y a los jueces de la competencia agraria, para lograr la debida protección contra intervenciones administrativas de las propiedades no justificadas y el abusivo ejercicio de las potestades cautelares del juez agrario (Arts. 36, 72, 73, 167 y 211 LTDA).

Con base a lo antes expuesto, resulta evidente, que la mentada norma servirá de guía a la administración y al poder judicial contencioso, en la interpretación racional de la LTDA, a la vez que hará como criterio de aplicación de los principios así establecidos, los de proporcionalidad, racionalidad y adecuación para su justa interpretación tal como lo disponen las normas de la LOPA (Arts. 11 y 12).

Precisa recordar por igual que a juicio precisamente de Brewer-Carías, el enunciado de estos principios y conceptos guía contenidos en los mandatos legislativos, no son puerta abierta a la absoluta discrecionalidad de la administración pública, sino que deben entenderse son conceptos jurídicos indeterminados, no vacíos de contenido, sino que el interprete o ejecutor de la norma debe llenar, racionalmente, interpretando el verdadero sentir del legislador, quien con la consagración de tales postulados procura mantener vigentes las normas, facilitando que las mismas sean interpretadas en el momento pertinente, de acuerdo a los conceptos imperantes en el medio social.

Esta interpretación, como también lo destaca Brewer-Carías ha sido adoptada por igual por nuestra Jurisprudencia del mas alto Tribunal de la República, y día a día es la interpretación predominante por igual a nivel de Derecho Comparado¹⁴

B. Otra novedosa norma referida al mismo tema de los principios de interpretación aplicables en los procesos de interpretación e integración de la ley, y que consagra en materia agraria el principio de primacía del fondo sobre las formas, es la regulada en el artículo 25 *eiusdem*, conforme al cual se faculta a los órganos jurisdiccionales de la competencia agraria y a los órganos de la administración ordinaria agraria, para apartarse y desconocer los efectos de actos, contratos y figuras jurídicas, cuando los mismos hayan sido utilizados con el fin de evadir, disminuir o lograr la desaplicación de los principios y postulados agrarios consagrados en la LTDA, lo cual será aplicable inclusive, frente a actos, contratos e instituciones constituidas o celebradas antes de la vigencia de la Ley, si de alguna manera con ellos se logra la evasión fraudulenta de los principios legales.

Si bien es cierto que dicha norma reproduce principios fundamentales del ordenamiento jurídico nacional, público y privado, que protegen el orden público y la integridad de la Ley, lo que resulta a todas luces criticable es que tales pronunciamientos sobre nulidad de dichos convenios o pactos, o en todo caso de inoponibilidad de los mismos, sean efectuados en sede administrativa, que no exclusivamente judicial.

No es necesario poner de relieve el peligro que supone dejar en manos de la propia administración la declaratoria de nulidad o inoponibilidad de convenciones, existencia de personería jurídica etc., dejando por lo demás sin debido derecho de defensa a los ciudadanos.

Podemos avizorar serios problemas derivados de esta normativa, la que a todas luces aparece exagerada e inconveniente en un Estado de derecho moderno y la que tampoco encuentra adecuada justificación, en la concepción del ahora propiciado *Estado democrático y social de Derecho y de Justicia* en la CN¹⁵.

14. BREWER-CARÍAS, Allan R., "Principios del Procedimiento Administrativo", en el *Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, op. cit., pp. 458 y ss.

15. En torno al peligro y posible confusión que genera esta concepción del "estado de justicia y derecho", nos hemos pronunciado profusamente en nuestro trabajo: *Las Modificaciones de la Constitución Nacional*. Aproxima-

C. Determinación de fuentes supletorias a todos los procedimientos administrativos de la LTDA. En extraña ubicación, y como formando parte del Capítulo VII comentado, se inserta el artículo 100 que fija las fuentes supletorias sobre normas procedimentales en materia de LTDA, el que dispone que serán aplicables a todas las modalidades de procedimientos en ella contemplados, supletoriamente, las disposiciones de la Ley Orgánica de Procedimientos administrativos, o como mejor lo destaca dicha norma, “las disposiciones de la Ley que regule los procedimientos administrativos”¹⁶ así como lo dispuesto en la Ley de Simplificación de trámites Administrativos¹⁷.

D. Adecuación de las normas procesales y precisión de su debido contenido y alcance. Para concluir con este tema de los principios, conviene resaltar por último, el nuevo mecanismo que se instituye en la LTDA, consisten en dar competencia a la Sala especial Agraria, para conocer de los recursos de interpretación sobre el alcance e inteligencia de cualquiera de las normas de dicha Ley, siempre que el peticionario demuestre interés inmediato y directo sobre el alcance e interpretación de una norma para un caso concreto.

Esta potestad del Tribunal Supremo, ya concedida por la misma CN a la Sala Constitucional para la interpretación de las normas o en los supuestos de colisión y conflictos por aplicación de las mismas, facilita cuando menos la adaptación de la norma a las realidades sociales, a parte de que evita en cierto modo un inadecuado manejo de las leyes (claro está si el Tribunal Supremo -a prueba de toda influencia y con absoluta independencia- se dedica a disponer cual sea la correcta interpretación del texto y alcance de las normas)

Novedad de recurso para la correcta aplicación de las normas que ya ha sido puesta a prueba en algunos casos por nuestra Sala Constitucional, con beneplácito para la comunidad, e inclusive por la propia Sala Especial Agraria.

Creemos que la clara descripción de la norma que establece el recurso hace innecesaria toda explicación adicional en torno a los supuestos, sujetos, legitimación e interés que exige la Ley para interponerlo, pero valiendo la pena referirnos al último aparte del artículo comentado, que diáfananamente destaca que no procede el recurso, cuando ya se ha producido un pronunciamiento sobre el asunto respecto al peticionante, para el momento en que ha sido planteado el recurso.

2. Procedimientos en torno al Régimen de uso de aguas con fines agrarios

El capítulo II del Título I de la LTDA, se refiere al régimen de las aguas, pero obviamente que estas son y solo pueden ser las que precisa el artículo 26 *ejusdem*, esto es, las que se destinan a fines de riego agrario y planes de acuicultura, en tanto, las demás

ciones en torno a algunos de sus efectos en especial en lo atinente a los conceptos de “norma jurídica, Justicia, Administración de Justicia, Función del Poder Judicial y Proceso” entre otros; en *III Jornadas de Derecho Procesal Civil*, Dr. Artístides Rengel Romberg, Editorial UCAB y Fundación Fernando Pérez-LLantada S.J., Caracas 2000, p 148 ss.

16. Nos llama la atención la forma en que se hace la remisión a la fuente supletoria sobre los procedimientos, pareciera que el Legislador tiene en mientes una reforma de la LOPA o bien que en la ya avisada Ley de Procedimientos del Contencioso, o Ley del Contencioso, se modificaran las normas generales sobre los procedimientos administrativos.

17. *G.O.* Extraordinario n° 5393 de fecha 22 octubre de 1999, Ley que por lo demás no ha tenido ni la difusión ni la aplicación deseable, pues de haberlo sido serían muchos los problemas y agilización de trámites que se hubiere logrado, pero la misma ha sido letra muerta para la propia administración y para el Gobierno que la promulgó.

vienen ordenadas normativamente en las de carácter general dictadas por el Ministerio del Ambiente y los Recursos Naturales Renovables, que resultarán así mismo aplicables en lo que constituyan su especialidad, y con la advertencia de que hasta tanto no se dicte el Reglamento de la nueva Ley, seguirán siendo aplicables las normas que sobre la materia ya consagra el actual Reglamento de la Ley de Reforma Agraria (Arts. 22 ss y 233 ss)¹⁸.

3. En torno al Registro Agrario

Es esta otra novedad en la nueva Ley, que posiblemente conlleve una innecesaria duplicidad en el sistema registral venezolano, el cual ahora por cierto procura concentrarse y dársele una nueva base catastral, materia esta que por igual ha sido objeto de una reforma por vía de la misma legislación habilitante a que hemos hecho alusión.

El registro en referencia está adscrito al Instituto Nacional de Tierras, y se supone realizará un análisis documental, geodésico y de ubicación de las propiedades con vocación agrícola y que operará vinculado al nuevo sistema de Catastro Nacional, también ahora recién establecido¹⁹.

El requisito de inscripción se demostrara mediante la emisión de la constancia o Carta de inscripción (Art. 32 *ejusdem*)

En lo relativo al procedimiento, solo destacamos que la nueva Ley (Art 30) impone la obligación de registrarse en él a los propietarios y ocupantes de tierras en las zonas afectadas por las poligonales de tierras con vocación agraria, con la peculiaridad, a nuestro modo de ver, absolutamente violatoria del orden constitucional, de que la inscripción con lleva la fijación de valor registral de las tierras, de acuerdo a su vocación agraria y *demás condiciones existentes*, sin precisar de paso, cuales sean ellas²⁰.

La ley en esta materia, no precisa tampoco el término dentro del cual los propietarios y ocupantes mencionados deben hacer la mencionada inscripción, ni aparece de otras disposiciones sanción alguna por el incumplimiento de dicho registro, sin embargo, como se lo verá la existencia de constancia de registro es requisito formal para lograr calificaciones y expedición de constancias relacionadas con los fundos y propiedades agrarias.

18. G.O. Extraordinario n° 1089 de fecha 2 de marzo de 1967 en lo sucesivo RLRA, el cual resulta aplicable a tenor de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda de la LTDA, en todo lo que no se oponga a las nuevas regulaciones.

19. G.O. n° 37002 del 28-07-2000 (GI 998 31-7) Ley de Geografía, Cartografía y Catastro Nacional.

20. Puede destacarse como un deplorable defecto legislativo de la LTDA, la frecuente alusión a términos, condiciones, instituciones y principios, no precisados adecuadamente, que se dejan abiertos o a la libre interpretación de las autoridades administrativas o judiciales, quedando un amplio margen a la discrecionalidad administrativa y por tanto proclive a generar inseguridad jurídica y motivo seguro de conflictividad. A nuestro modo de ver, este valor, en tanto lo hace aparentemente la autoridad registral administrativa, a su solo arbitrio, no puede tener influencia alguna para los efectos de la fijación de costo, valor de mercado, o valor de referencia para los efectos del nuevo impuesto predial, expropiaciones, ni instituciones similares contempladas en la nueva ley, o en todo caso susceptible de ser impugnado, atacado o controvertido por los afectados en dicha valoración en los citados casos, pues de lo contrario se establecería una notoria injusticia y se violaría el derecho de los particulares.

4. Procedimiento de Declaratoria de tierras Ociosas o Incultas

El Título II de la LTDA regula la Afectación de Uso y redistribución de tierras, y en él, se contempla el régimen para la Declaratoria de tierras Ociosas o Incultas, sean de índole privada o de las que son propiedad de los entes encargados de la gestión agraria.

En los Capítulos II al V de dicho Título, artículos 37 al 61, se establecen las normas que contemplan la declaratoria de tierras privadas como *incultas* u *ociosas*, la situación de fincas productivas y la de las fincas *mejorables*.

Son dichas nuevas regulaciones unas de las que resultan mas delicadas en el nuevo régimen de la propiedad de la tierra, y en las que eventualmente como podremos apreciar se causa mayor lesión al derecho de propiedad privada, en tanto que no existe claramente definido procedimiento ni efectos de los actos de los órganos agrarios en torno a dichos pronunciamientos, y por las consecuencias que a su vez produce la calificación de las tierras en las categorías indicadas de fincas ociosas o incultas, fincas productivas o mejorables.

No entraremos, para no salirnos del tema, al análisis sustantivo de dichas calificaciones, pero si analizaremos los procedimientos administrativos que deben cumplirse y las consecuencia de los mismos.

El proceso de declaratoria de propiedades ociosas o incultas se tramita en sede administrativa ante las Oficinas regionales del Instituto Nacional de tierras (en lo sucesivo INTI), sea por averiguación de oficio de la misma oficina o bien a solicitud de cualquier persona, sin acreditar inclusive interés alguno.

La LTDA no precisa que debe entenderse por ocioso o inculto, pero suponemos deba interpretarse a contrario *sensu*, que son las no productivas eficientemente, de acuerdo a los parámetros de producción agroalimentaria que tenga establecido el INTI, en todo caso, la declaratoria como tal supone la opinión técnica de los organismos competentes del INTI, que obviamente no será necesariamente vinculante y podrá ser desvirtuada a nuestro entender por cualquier medio de prueba, pero especialmente por la contra prueba que se realice por vía de una experticia.

La denuncia o la apertura de oficio de la averiguación dan lugar a la apertura de un expediente administrativo (ex art. 38 LTDA) el cual debe llenar todos los requisitos que exige la LOPA, en el que además del auto de apertura, debe ordenarse la elaboración del mencionado informe técnico.

Si del informe técnico resultare demostrado cuando menos con indicios serios, en tanto consideramos que un estudio a fondo de dicho aspecto podría suponer dispendio de considerable tiempo, se ordenara el emplazamiento al propietario de los mismos, o cuantas personas pudieren tener interés en dicho fundo, emplazamiento que supone llenar los requisitos de identificación del bien y sujetos, denunciados, si los hay, del propietario y ocupantes, si se los conoce, el cual se publicará en la *Gaceta Oficial Agraria*.

En torno a este requisito de publicidad, igualmente novedoso, se observa que es una manera de dar publicidad especial, oficial, a todo lo que se relaciona al entorno de la LTDA, viene expresamente consagrado en el artículo 277 LTDA y resulta ser un órgano de difusión cuya impresión estará a cargo de la Imprenta Nacional, se publicará en días hábiles, entendiéndose entonces que los serán todos, y no solo en aquellos en que exista material de publicación, pudiendo haber números extraordinarios, si fuere necesario, y en ella deberán (obsérvese la condición de imperatividad establecida por el legislador) insertarse todos los actos que por dicha Ley deban publicarse.

Los actos e informaciones en ella publicados están dotados de una presunción de certeza que les permite atribuirles carácter de públicos, y adicionalmente, dicha impresión, tiene la condición de documento público (ex Art. 278 *in fine*)²¹.

Debe aclararse, que tal notificación no debe reputarse válida y apta para cumplir sus efectos, con la sola publicación en ese o cualquier otro medio de publicidad, pues en efecto, como lo tiene recogida constante jurisprudencia de nuestros Tribunales, y la doctrina dominante, en la medida que se tenga conocimiento de quien o quienes sean los interesados en el proceso, debe y tiene que agotarse previamente la notificación, citación o llamado a juicio, personalmente, sin menoscabo de que para salvaguarda del derecho de terceros, por igual se ordene la mencionada publicación.

En ese mismo sentido se pronunció sobre dicho tema el Tribunal Supremo de Justicia, cuando para rechazar la denuncia por inconstitucionalidad que se hiciera de los artículos 40 y 43 de la LTDA en el proceso aludido en la nota 2 de esta investigación²² se dispuso y argumentó:

De manera que, el desconocimiento de la notificación personal de las personas que resultarán afectadas directamente por el acto administrativo es una conclusión que no compagina con el precepto constitucional que contiene el artículo 49, resultando no sólo insuficiente, sino improcedente, sostener -con base en el artículo 100 de la misma ley- que la normativa de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos puede complementar lo dispuesto en el Título referido a la Afectación de Uso de Redistribución de las Tierras, pues, en las normas contenidas en los artículos 40 y 43 no existe supuesto insuficiente alguno que suplir, no hay, dentro del contexto literal, un vacío en el tipo normativo que haga permisible la aplicación supletoria de la normativa de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, de manera que la interpretación a la cual fuerza la redacción de la norma atenta contra el derecho a la defensa, debiéndose entonces entender, en aras de lo que dispone el artículo constitucional y con apoyo adicional en el principio del procedimiento administrativo de *audire alteram partem*, que siempre, de ser conocidas o identificables, las personas a cuyo favor o en contra a los cuales deriven los efectos propios del acto, éstas sean notificadas personalmente de la apertura del procedimiento administrativo como del acto administrativo que dentro de él se dicte.

Con la declaratoria anterior, obviamente, como se acotó en el apartado correspondiente de este fallo, subsisten las normas, ya que no toda notificación por cartel o mediante Gaceta Oficial vulnera el derecho a la defensa y al debido proceso, pues, debe recordarse que tal mecanismo se instauró como una forma de garantizar, precisamente, Tales derechos, por lo que en el caso de que se desconozca o no se pueda identificar al propie-

21. En todo caso, consideramos que lo así dispuesto no resulta de todo adecuado para garantizar la debida publicidad y transparencia de los actos de contenido agrario o relacionados con la LTDA. En efecto ya es costumbre nacional la irregularidad de la publicación de la *Gaceta Oficial de la República*, y de todos conocido es, el manipuleo que se hace con la misma para insertar, reinsertar y modificar actos en ella ordenados publicar, así como el descaro de las modificaciones de las resoluciones y actos oficiales mediante el conocido procedimiento de “error de transcripción” o las demoras acomodaticias en sacar a la luz pública Gacetas donde deban aparecer insertos determinados actos. En todo caso, además, la circulación de dicha publicación no es del todo pública, no circula abiertamente en todo el entorno del país y en tal sentido nos permitiríamos señalar que no es confiable, ni garantiza adecuadamente la necesaria publicidad de los actos en ella insertados. Somos de opinión que se ha debido dejar el sistema a la publicación en Diarios de alta circulación Nacional, con lo cual los órganos jurisdiccionales podían hacer de censores en su las publicaciones cumplieran o no el fin realmente divulgativo que con ellas se supone se persigue.

22. Es el mismo fallo aludido en la Nota 2 de esta investigación, correspondiente a Decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 20 de noviembre del 2002, consultada en la p. web del TSJ, el 21-11-02.

tario o a los interesados para lograr su notificación personal, los supuestos establecidos en ellas se aplicarán, pero en caso contrario, la publicación en la Gaceta Oficial Agraria del cartel de emplazamiento, en el supuesto del artículo 40, y de la notificación del acto administrativo que declare como ociosas o incultas las tierras, en el caso del artículo 43, sólo se hará inmediatamente después de la consignación en el expediente administrativo de la notificación personal efectuada al propietario de la tierra o a los interesados del acto administrativo en los supuestos respectivos.

De esta manera acoge esta Sala, en los términos expuestos, el argumento esgrimido por la parte recurrente en este sentido, y, a su vez, hace suyo también el razonamiento que expusieron las sustitutas de la Procuradora General de la República cuando indicaron que “[s]i bien es cierto que la norma bajo análisis prevé la notificación del acto que declare las tierras como ociosas o incultas al propietario y a los interesados, mediante publicación en la Gaceta Oficial Agraria, ello en manera alguna significa, que tratándose de un acto administrativo de esta naturaleza no sea procedente agotar la notificación personal a quien afecta, a fin de salvaguardar la eficacia del mismo”, aunque el resto de la argumentación por ellas realizadas en este sentido no sea congruente con el extracto citado.

En todo caso emplazamiento será a fin de que el propietario o derecho habiente exponga las razones que le asistan en defensa de sus derechos, calificativos que a nuestro modo de ver resultan imprecisos, pues realmente lo que se entiende debe o puede hacer el afectado, es o bien acogerse a la condición de fondo como mejorable, o a desvirtuar las calificaciones del Informe pericial que hace suponer el carácter de ocioso o inculto del fondo correspondiente, lo cual deberá hacer en el término de ocho días hábiles a contar de la publicación .

La negativa a la apertura de la investigación o de ordenar la comparecencia, da lugar a recurso de reconsideración (si bien no lo dice la norma) para ante el Directorio del INTI, sin que se contemple ese ni otro recurso a la resolución que si acuerde la averiguación, lo cual coloca en franca desigualdad al propietario, quien debe resultar amparado de mayores seguridades.

La oposición fundada en que la propiedad en referencia si cumple la función agroproductiva, eficientemente (es decir que no permite la catalogación del mismo como ocioso o inculto) da lugar a una incidencia probatoria, que debe estar fundada en los requisitos que se exigen para la declaratoria de la finca como Productiva (Art. 45 LTDA).

Ese material probatorio resultará a todas luces costoso y demorado, pues supone acreditar la condición del debido aprovechamiento de la propiedad (inspecciones, recorrido, evaluación, etc., adecuación de la finca a los planes y lineamientos fijados por el Ejecutivo Nacional, situación socioeconómica del propietario (que realmente no viene al caso, en tanto el requisito de productividad responde a criterios objetivos y no subjetivos), y finalmente entre otros, la constancia de inserción en el registro Agrario, a que se aludió antes.

Si se formulará la oposición en la forma dicha y con o sin la prueba indicada, se deberá pasar el expediente al Directorio del INTI.

La decisión que recaiga sobre dicho asunto, en todo caso se pronunciara sobre la declaratoria del mismo como inculto u ocioso, o en su caso, con la Finca Productiva.

Si por el contrario el emplazado conviniere en que el fondo es ocioso o inculto, y opte por solicitar el certificado de finca mejorable, deberá hacerlo valer formalmente así, cumpliendo los requisitos del artículo 52 *ejusdem*, lo que por igual obligará remitir el expediente al Directorio del INTI, para que este resuelva.

La no comparecencia del propietario o derecho habientes, darán lugar a la declaratoria de las tierras como ociosas o incultas, para lo cual se remitirán las actuaciones al Directorio del INTI.

Conforme lo dispone el Art. 42, de forma poco clara, pero que entendemos es siguiendo los parámetros que seguidamente se destacan, el Directorio si no hubiere comparecencia, o si se encontrare procedente la condición de ocioso o inculto del fundo, podrá optar por acordar la Intervención Administrativa de las tierras, o bien ordenar el proceso expropiatorio contra el mismo, según los casos y en un todo conforme lo establecido en la LTDA. En todo caso recuérdese que respecto a la medida de Intervención, el mismo fallo a que hemos venido refiriéndonos, cuando examinó el artículo 89 LTDA, en que por igual se declara pertinente dicha medida de INTERVENCIÓN, se pronunció en los siguientes términos:

y no existiendo tampoco una proporcionalidad entre la intervención instituida por el artículo y el carácter ocioso o inculto de la tierra, pues una vez finalizado el procedimiento administrativo correspondiente, la Administración, por el principio de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, podrá entrar en posesión directa del bien, lo cual no justifica una intervención momentánea, esta Sala declara la inconstitucionalidad de la norma en referencia porque transgrede el derecho constitucional a la propiedad, dado que no es posible una interpretación que la adecue al ordenamiento constitucional.

Para nosotros tal pronunciamiento no dejó sin efecto totalmente la MEDIDA DE INTERVENCIÓN, reputando que se la debe entender procedente cuando la misma se la dicta como una modalidad de ejecución del proceso de declaratoria de las tierras como ociosas, al cual venimos haciendo referencia ahora, por lo que perfectamente puede entenderse que las autoridades Administrativas si pueden acordar la intervención cuando la finca es declarada OCIOSA²³.

El auto que declare ociosas o incultas las tierras, por parte del Directorio del INTI, causa estado y agota la vía administrativa, y deberá notificarse mediante publicación en la *Gaceta Oficial Agraria*, al propietario o derecho habiente, así como a los peticionantes, si fuere el caso, indicándose que contra el mismo podrá interponer recurso contencioso administrativo de nulidad en lapso no mayor a 60 días *continuos* por ante el Superior Agrario competente de acuerdo a la ubicación del inmueble²⁴.

La indicada norma a nuestro entender tiene una perversidad notoria, se trata en efecto de un acto de suma gravedad, que apareja inclusive la medida de intervención administrativa (vulgar ocupación), la que salvo justificado caso de desconocimiento del lugar donde se encuentre el propietario o derecho habiente, no puede dar lugar a que la notificación se entienda por cumplida con la pura publicación en la *Gaceta Oficial Agraria*, so pena de que se sorprenda a quienes tengan derecho para impugnar dicha resolución.

5. Certificación de Fincas productivas (Art. 44 a 51)

Al mismo se llega mediante la utilización de un procedimiento en que se constatan por parte del ente especializado (INTI) que una determinada finca, ubicada dentro de la poligonal rural, está ajustada a los planes de seguridad alimentaria, establecidos a su vez por el propio ente o el Ejecutivo Nacional, y en cuyo certificado o constancia, se

23. El fallo aludido es el del 20 de noviembre del 2002, y al que mas adelante nos volveremos a referir.

24. Consideramos por igual, si es cierto que no lo dice la Ley, que la negativa a dar curso a la averiguación, resulta recurrible, siguiendo las mismas pautas que para el caso de que lo reclamado fuere la declaratoria de ociosidad.

hará constar la identificación plena del fundo, extensión, calidad de tierras, rubros de producción y demás elementos que permitan identificar la productividad de la finca (Art. 44).

Al certificado se accede bien voluntariamente, mediante la formulación de la solicitud correspondiente que debe llenar los requisitos establecidos en el artículo 45, más suministrar la información técnica que por igual exige la última citada norma, por parte del peticionante, que no del INTI, o bien hacerla valer como defensa en el supuesto de que la finca haya sido denunciada como ociosa o inculca, siempre cumpliendo con los indicados requisitos.

El INTI deberá dar curso a la petición dentro de los treinta días hábiles siguientes, durante el cual el citado instituto constatará la veracidad y calidad de los informes técnicos y demás recaudos, o solicitar las ampliaciones pertinentes, con vista a lo cual declarará si es o no productiva.

Si se concede la calificación de productiva, la misma tendrá una validez de dos años a partir de su expedición, pudiendo ser renovada.

Si el pronunciamiento fuere de que no es productiva, se concederá al interesado un término de 20 días hábiles para que solicite la calificación de finca mejorable, bajo la sanción de que si no lo hiciere, continuara el proceso de declaración de intervención preventiva.

La constancia de finca productiva no impide que los órganos agrarios puedan ejercer cualesquiera otros derechos sobre la finca, en un todo conforme a la propia Ley.

6. Procedimiento de otorgamiento del Certificado de Finca Mejorable

El concepto de finca mejorable, al igual que el de Finca productiva es otro concepto clave y nuevo dentro de la normativa agraria, podría decirse complemento del concepto de Finca Productiva, a nuestro entender, igual que éste último, predominantemente técnico, pero por igual inadecuadamente indeterminado y el mismo se encuentra consagrado en el Capítulo IV del Título I, bajo la denominación de Certificación de Finca Mejorable.

El mismo es la constancia que expide el INTI, de que el propietario o derecho habiente de una finca rural, dentro de la poligonal de tierras agrarias aptas, que se encuentre en situación de ociosa o inculca, en el que, con vista al compromiso asumido por dichos titulares del derecho a la propiedad de comprometerse a ejecutar un plan de mejoramiento y adaptación de su propiedad, durante un término perentorio de dos años, de acuerdo a los lineamientos y planes del Ejecutivo Nacional sobre el destino y vocación de esa zona, para convertir dicha finca de inculca en finca productiva, so pena de que si así no lo hiciere, o sin no lo lograrse dentro del término establecido, comience a gravarse dicha finca con el Impuesto sobre Tierras Ociosas que contempla la misma Ley (Art. 101 ss.), por cada hectárea de tierra ociosa o inculca, y que en todo caso, deja en manos del INTI la potestad de que sea *intervenida* o *expropiada* dicha propiedad²⁵.

Podría sostenerse que la declaratoria de finca mejorable es un incentivo para el propietario, a fin de sustraer su propiedad de la condición de ser susceptible de expropiación o que se la intervenga administrativamente, y a la vez para que logre un mejor rendimiento de la misma, o mejor dicho el rendimiento óptimo mínimo, de acuerdo a los planes oficiales agroalimentarios para mejorar e incorporar y a la vez una causa para prorrogar la obligación de los titulares de tierras.

25. Art. 52 LTDA.

Se observa que la institución esta concebida por y para el propietario o derecho habiente de la propiedad en condiciones de ser tierra agroproductiva, y que esté dentro de la poligonal de tierras rurales, pues el Estado se limitará en todo caso a evaluar el potencial de dichas tierras, calificarla y asignarles el uso para un rubro productivo, es pues el propietario quien debe instar la solicitud si la fina es inculca u ociosa.

El trámite o procedimiento para lograr la declaración, es sumamente simple, partiendo de la petición o solicitud que debe formular el interesado ante el INTI, suponemos ante la Oficina regional respectiva, si bien no lo dice expresamente la Ley, pero no es una mera manifestación de voluntad para acogerse a la calificación de mejorabilidad, sino que en éste caso comporta asumir el compromiso de hacer (obligaciones de hacer) lo menester para que la finca se mejore efectivamente y se la pueda parangonar con los prototipos y lineamientos de productividad establecidos por el Ejecutivo Nacional.

La Ley contempla en el artículo 58 el que por caso fortuito o fuerza mayor, o cualquier otro hecho no imputable al propietario, no pueda lograrse el mejoramiento y en tal sentido se haya incumplido total o parcialmente el programa fijado, facultado al INTI para renovar la validez de la certificación por un lapso de dos años prorrogable, tomando en cada caso en cuenta las circunstancias del caso.

Entendemos que para ser posible dicha situación, esto es, optar por el certificado de mejorabilidad, es menester siempre que el Ejecutivo Nacional ya tenga preestablecidos los planes y lineamientos agroproductivos de la región concreta donde se encuentre la finca, con el objeto obviamente de evitar que se rompa la igualdad, y que efectivamente, con la anticipación necesaria, cada propietario conozca a que debe atenerse en cuanto al destino y esfuerzo técnico y económico que será menester realizar para mantener la finca en condiciones de productividad que satisfagan los criterios del INTI y no haga que la finca sea susceptible de ser denunciada como ociosa o inculca.

Dentro de los requisitos a nuestro modo de ver fundamentales para instar la declaratoria, se encuentra el de presentar el plan de mejoramiento, que por supuesto debe adaptarse a los indicados parámetros fijados por el INTI, en tanto que será ello lo que terminará siendo evaluado técnicamente por el Estado a fin de considerar si realmente la finca cumple o no con su posible mejorabilidad, tal como se lo establece en el artículo 54 *ejusdem*.

Este proceso de incorporación de fincas inculcas u ociosas a la productividad, supone además una evaluación permanente por parte del INTI, lo que queda ratificado en la potestad de dicho ente de *revocar* anticipadamente el certificado de mejorabilidad otorgado, si vencido el primer año, se determinare precisamente que no se han iniciado los trabajos indispensables para llevar adelante la incorporación productiva de la finca, en cuyo caso procederá igualmente la declaratoria de la finca como ociosa o inculca.

Con el objeto de preservar el derecho de la defensa del afectado, dispone la norma en comento (Art. 60) que a tal efecto se supone la existencia de un expediente administrativo, y en el cual se haga el emplazamiento del sujeto afectado para que en el término de diez (10) días hábiles exponga las razones que le asistan en su descargo.

Entendemos que entre otras puede alegarse precisamente el caso fortuito o fuerza mayor, el impedimento no dependiente de la voluntad del afectado (por ejemplo la perisología no expedida), el incumplimiento por parte del Estado de planes generales para la zona donde se encuentre el fundo y de los cuales dependiere precisamente la mejorabilidad, etc.

Si bien nada dice la Ley en estos casos sobre la recurribilidad de dicho acto, no tenemos la menor duda de que si lo serán, por vía de reconsideración e inclusive el contencioso, en tanto dichos pronunciamientos obviamente ponen en riesgo el derecho de propiedad.

La discusión técnico jurídica puede ser el efecto del recurso, pero a falta de norma expresa en contrario y por aplicación de los principios generales de procedimiento administrativo, debe sostenerse la ejecutividad del acto salvo que se solicitare, y constaren los elementos necesarios, para la suspensión de los efectos de dicho acto.

Presentada la solicitud con sus recaudos, el INTI, dispone de un plazo de treinta días hábiles, siguientes al recibo de la solicitud para su examen y evaluación, así como para que en caso de reputarlo factible, fije el programa de mejoramiento y adaptación a los planes y lineamientos oficiales (Art. 54), plazo que nuevamente nos permitimos considerar demasiado exiguo si se toma en consideración la conveniencia y necesidad de que dicha evaluación sea realmente seria y técnicamente realizada, y lo que dependerá en todo caso del tamaño de cada finca, condiciones edafológicas, ubicación, factores externos que incidan en la mejorabilidad, etc. no siempre fáciles de evaluar en tan corto tiempo.

La certificación en ningún caso se expedirá por periodo mayor a dos (2) años contados a partir de su expedición.

Si la evaluación es favorable y se logra la mejora e incorporación a la producción adecuada de la finca, el propietario, al vencimiento del término fijado para validez de la certificación solicitará el certificado de *Finca Productiva* (Art. 58), por el contrario si venciere el plazo y sus eventuales prórrogas sin haber logrado la mejora, o si la finca o los planes no satisficieren los parámetros de mejorabilidad, el INTI procederá a declarar las tierras como ociosas o incultas, en cuyo caso se generará el correspondiente impuesto (Art. 55).

Al igual que para los casos de control de las Fincas Productivas, se impone al INTI la obligación de llevar un Registro de las Finca que se encuentren bajo la situación de mejorabilidad (Art. 59).

7. Primacía del interés social y público en la protección del fin agroalimentario

Como se lo dejó esbozado precedentemente, es importante advertir, que tanto la calificación de finca productiva, como la que se conceda para mejorarla, a pesar de estar vigentes y llenar todos los requisitos establecidos por la Ley, ceden ante el interés social y los fines de protección de la sociedad, así como para hacer prevalecer la finalidad agroalimentaria de la política de desarrollo agraria del Estado, de tal manera, que si es menester establecer un plan o proyecto especial de producción o uno ecológico, o cuando exista un grupo poblacional apto para el trabajo agrario que no posea tierras o las tenga en cantidades insuficientes (*rectius...* y no tengan como satisfacerse racionalmente las necesidades de su ubicación y asignación de tierras para su sostenimiento), siempre prevalecerá la potestad del INTI de proceder a la expropiación de dichas fincas, tal como lo dispone categóricamente el artículo 61 de la LTDA.

Este principio de prevalencia de los fines superiores, o de jerarquización de los fines de la administración, por lo demás es normal en la doctrina, y encuentra su precedente igualmente en la misma LRA, que preceptuaba idéntica excepción para los casos de fincas que gozaban de la calificación de inexpropiabilidad o se aplicaban aún a la *reservas* establecidas en beneficio de los propietarios de fincas afectadas a expropiación.

8. Procedimiento para la Adjudicación de Tierras

Viene contemplado en el Capítulo V del mismo Título que venimos examinando, artículos 62 al 70 de la LTDA.

Es quizás la figura de la *adjudicación*, la más importante desde el punto de vista de Derecho Agrario, por los efectos y fines que con ella se persiguen.

Cabe decir que la figura sustituye el anterior régimen de las denominadas *dotaciones* contemplado en la LRA, si bien no por ello deroga o menoscaba los efectos de las que en su momento fueron concedidas, siempre que se cumplan los requisitos y supuestos de hecho que fijaba la Ley para reputarlas válidas y con plenos efectos.

Respecto a su peculiaridades, caben destacarse las siguientes: Es un acto administrativo de efectos plenos ante terceros y el propio solicitante, su principal efecto, como lo señala la misma Ley (Art. 69 y 12) es que constituye un acto jurídicamente válido para producir la “transferencia legítima de la posesión de tierras agrarias agroproductivas” esto es, supone que solo transfiere los derechos de uso y goce de las tierras cuya posesión se transfiere, que mantiene en el tiempo sus efectos plenos mientras lo adjudicado se mantengan ocupado y trabajado por el adjudicatario, no transferible sino por causa de muerte (herencia) y aún en tal supuesto condicionado a que los beneficiarios lo sean sus descendientes y en defecto de ellos sus colaterales y cuya enajenación simple a cualquier título y directa por el titular de la misma está expresamente prohibida²⁶.

La misma no es pues forma de *adquisición de la propiedad* ni mucho menos, ni pública ni privada, si bien la doctrina especializada en materia Agraria se empeña en sostener que es un modo especial de adquirir la *Propiedad Agraria*, que es, en el nuevo modelo legislativo, una forma de propiedad limitada, o como lo señala el argot popular, *chucuta*, incompleta, pues solo concede a sus beneficiarios dos de sus atributos clásicos, el *ius utendi* y el *ius fruendi*, lo que choca expresa y precisamente con el dispositivo constitucional vigente a cuyo amparo se promulgó la LTDA, el que ahora, por vez primera, no solo se limita a consagrar el respeto a la propiedad privada como garantía constitucional, sino que invoca y desarrolla los elementos que la constituyen e integran.

Con lo dicho, precisemos por igual entonces, que lo transferido por vía de adjudicación agraria es la *posesión* que legalmente tenga el INTI sobre tierras agroproductivas, pues en las que no lo sean, si bien puede facultar la posesión temporal a los no titulares, lo es por medida especial de *intervención administrativa*, sin que pueda en tal caso provocar los demás efectos anexos al de uso y disfrute temporal.

El acto de adjudicación es un acto administrativo formal, que dimana de un acto administrativo complejo, que supone precisamente el trámite, formalidades y pronuncia-

26. Sobre el nuevo concepto de posesión agraria, estimamos pertinente remitir a los interesados a los trabajos de UXUA OJER, San Miguel, “Efectos de la posesión de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario”, *Libro Homenaje a José Luis Aguilar G. cit.*, t II, pp. 1 y ss., y al de ARGÜELLO LANDAETA, Israel en la misma obra, t I, pp. 113.

mientos de diversas dependencias de la administración y que culminan en la adjudicación.

La principal de las formalidades de dicho acto es su publicidad especial, en tanto que debe ser promulgadas (publicadas) dichas adjudicaciones en la *Gaceta Oficial Agraria* (Art. 66) y la sigue en orden de importancia, el que en su otorgamiento deben hacerse constar, con base a los planes de desarrollo del Ejecutivo Nacional, cual es el proyecto de producción de la parcela adjudicada.

Este último, aparente insignificante requisito de Ley, reviste especial importancia, pues permitirá controlar el que efectivamente las adjudicaciones se hagan con un fin útil y que sea el perseguido por la Ley, y propiamente por la CN esto es, que sean hechas con miras a garantizar la producción agroalimentaria, el autoabastecimiento, y llenar las necesidades agrícolas para un lugar y tiempo determinados y que no se las destine a la política barata, ni para complacer el populismo.

Esto último fomentara la arbitrariedad y constituirá siempre *desviación o abuso de poder*, en tanto será quitar a uno lo suyo, bajo la excusa de destinarlo a un mejor fin y darlo a otro, que sin tal requisito, podrá tenerlo para idéntico fin no loable, o para uno inclusive más depauperado.

Consideramos que esta interpretación, por demás racional y lógica, impuesta clara y terminantemente por el Legislador, debe y tiene que hacerse cumplir con toda fuerza, pues será, repetimos, una verdadera garantía del buen fin perseguido por la Ley, y de protección al derecho de propiedad.

No pudiendo detenernos más en el escabroso pero interesante tema de la propiedad y efectos de las adjudicaciones, so pena de sacrificar el verdadero objeto de nuestro estudio, continuaremos analizando el procedimiento administrativo *strictu sensu* de la comentada modalidad de transferencia de la posesión de tierras agrarias, destacando que el mismo no pareciere un acto de origen directo de la administración, sino que supone siempre la petición o solicitud por parte de quien asume la carga de mantenerlas bajo su posesión y en trabajo efectivo, y de preferencia quienes ya las mantuvieron en su poder, con o sin autorización del INTI, y en este último caso, que hayan logrado su eficiencia productiva por término mayor de tres años consecutivos, en cuyo caso, además les da preferencia para ser adjudicatarios.

Tocado tangencialmente el tema de la eficiencia productiva, vale la pena destacar y observa que en la nueva regulación de la LTDA, a diferencia de la LRA, en la que especialmente se insistía en este elemento para medir, apreciar o calibrar, como mejor se lo quiera, la finalidad agroproductiva, no hace mención expresa a ello sino en especiales ocasiones, como lo es en el caso recién citado, pero como se lo observa en la definición misma de la adjudicación, no se hace referencia alguna a ello, sino al deber de trabajarlas sin calificar si ese trabajo debe o tiene que ser eficiente o no siendo ese por igual el compromiso que debe mantenerse, so pena de que sea revocada la adjudicación, que no el de que dicho trabajo sea eficiente y eficaz o que llene o cumpla parámetros agroproductivos o agroalimentarios.

Cabe observar igualmente, que la inalienabilidad de lo adjudicado o inexistencia del atributo del *ius abutendi* en los derechos cedidos por el INTI, no comportan la no transferibilidad a ningún título de lo que es objeto de aquella.

En efecto, conforme al artículo 68, lo que está vedado y no produce efecto alguno es la transferencia del adjudicatario a un tercero, sea cual fuere la modalidad de negocia-

ción, si la misma no viene autorizada por el INTI, mediante un acto formal que denomina la *Ley Acta de Transferencia*, en la que adicionalmente se contempla la asunción de obligaciones de diversa índole por parte del nuevo adquiriente o llamémosle mejor sujeto transferido o beneficiario de la transferencia.

Para que no se nos acuse de inconsecuentes con las opiniones que dejamos vertidas antes, precisa destacar que esas transferencias pueden operar en la forma dicha sobre dos tipos de tierras, las adjudicadas sobre tierras ordinarias, sometidas a los requerimientos de un plan, tal cual se lo determinó antes, atendido a lo dispuesto en el Art. 65, en cuyo caso interpretamos que tales obligaciones son solo de continuar o mantener el cumplimiento de dichos planes; o cuando se trate de adjudicaciones de los llamados *fundos estructurados*²⁷ en cuyo caso las obligaciones de hacer se incrementan e imponen el compromiso de mantener la producción eficiente por un término no menor de tres años, y durante los cuales, según lo dispone la norma indicada, la autorización de transferencia, da solo cualidad temporal al título de adjudicación.(Art. 68 *in fine*).

Finalmente, esa adjudicación no permite, comprometer ese derecho, a pesar de que puede usarse la modalidad de crédito agropecuario para facilitar el destino productivo de la adjudicado, en tanto que no teniendo el beneficiario adjudicatario el *ius abutendi*, solo puede comprometer la cosecha como garantía de dichos créditos (Art. 11) y siempre que se cuente con la autorización escrita de la Oficina regional del INTI (ahora denominada Certificado para constituir Prenda Agraria).

Para concluir con este procedimiento, destacaremos que la adjudicación es susceptible de *revocatoria*, pero condicionado a que la misma se la fundamente en que el adjudicatario no ha cumplido con el compromiso de trabajo de la tierra, destacando, una vez más, que ese trabajo no tiene que ser calificado de especialmente apto, productivo o eficiente, a tenor literal de la norma que lo consagra (Art. 70 *ejusdem*).

9. Procedimiento de rescate de las tierras

El Capítulo VII del comentado Título I de la LTDA pauta lo relacionado con el procedimiento administrativo del rescate de tierras, lo que constituye otra novedad mas de la Ley, pues ahora modifica el viejo y tradicional sistema que se contemplaba para el rescate de baldíos y tierras del dominio privado de la Nación, confiriendo la competencia para ello al INTI, bien sea que dichas tierras estén ocupadas ilegal o ilícitamente, e independientemente de que sean de su propiedad, de la República o de otros entes de la misma (Art. 86 y 87).

Destaca la Ley que tal procedimiento no menoscaba las garantías que reconoce la Ley a los ocupantes, arrendatarios y conuqueros, que efectivamente, en forma directa, vengán trabajando y usando las tierras, tal como lo precisan los artículos 17, 18 y 29 de la LTDA, que les otorga el derecho de permanencia agraria²⁸

27. Contemplado dicho concepto tanto en la mencionada norma, como en el Arts. 8, 15 y 17 LTDA, de una manera otra vez genérica e imprecisa, con las consabidas objeciones que hemos hecho a tal estilo de establecer instituciones y principios dentro de la nueva Ley.

28. En torno al Derecho de Permanencia Agraria, directamente derivado de la posesión agraria especialmente calificada, es uno de los principales mecanismos agrarios que se concede doctrinariamente y a nivel general en Derecho Agrario Comparado, para proteger, consolidar y ejercitar el derecho a que mantengan la tierra quienes efectivamente la explotan, a pesar de que como se observa de la Ley, y así lo destacan entre otros el Profesor ARGUELLO LANDAETA, Israel, *ob. cit.*, p 132, no se establece ningún procedimiento específico para tramitarlo

Por igual establece la Ley una excepción general a la procedencia de la pretensión de rescate, materialmente convertida en un obstáculo de admisibilidad con fundamento en la falta de interés procesal y sustancial, cuando las tierras susceptibles de rescate se encuentren en condiciones de *optima producción con fines agrarios*, en total adecuación a los planes y lineamientos establecidos por el Ejecutivo Nacional y que no excedan de dos (2) unidades del patrón de parcelamiento establecido en la zona por el INTI (Art. 88 LTDA), dejando a salvo de una vez, casos excepcionales en que el INTI por razones de interés social o interés público las repute necesarias de rescate, haciendo prevaler la utilidad pública o social.

Obsérvense los claros términos que usa en éste caso el Legislador, a diferencia de cómo lo acostumbra hacer en otros, cuando califica que el tipo de explotación realizado sea *optima* y que en adición sea compatible o comprendido dentro de los lineamientos de los planes establecidos por el Ejecutivo Nacional, requisitos que deben ser coetáneos y simultáneos.

Adviértase también que la legitimación en los procesos de recuperación de las tierras es exclusiva y excluyente para el INTI, quien a tales efectos debe ser titulado como propietario para poder incoar las acciones, no bastando que sea mero mandatario de la entidad titular real del bien ilegal o ilegítimamente ocupado, tal como se desprende del artículo 87 *in fine*, de allí que cuando actúe rescatando terrenos de la República, o de otros entes, estos le deban efectuar la transferencia plena de la propiedad.

Respecto a esta situación especial de tierras no pertenecientes al INTI, es preciso referirnos al artículo 99 de la LTDA, no del todo claro, conforme al cual, a nuestro entender, lo que pretendió establecer el legislador es que a pesar de haberse operado la transferencia de esas tierras ocupadas, al INTI, para los expresados fines (recuperación) las mismas no cambian su estatus o régimen jurídico (baldíos, bienes del uso privado, etc.) en virtud de lo cual, aún rescatadas, conservan su coedición de bienes del dominio público, si lo fueren y por tanto y como tales, son imprescriptibles²⁹.

En torno al procedimiento administrativo para el logro del rescate, no es muy afortunada la redacción del capítulo entero, y puede dar lugar a entender que tal rescate se cumple con la sola intervención de las tierras en referencia, si las mismas se encuentran ociosas o incultas (Art. 89 LTDA), lo cual no es acertado, constituyendo ello, a nuestro entender una especie de medida preventiva y temporal y así parece ratificarlo el contenido del mismo citado artículo en los apartes primero y siguientes.

Precisa recordarse que la medida contemplada en el Art. 89, esto es la INTERVENCIÓN de la propiedad o tierras, fue declarada igualmente inconstitucional, tal como lo declara el fallo de la Sala Constitucional de fecha 20 de noviembre del 2002, en la se dispone:

d) De la inconstitucionalidad del artículo 89.

administrativamente, en forma alguna ha desaparecido en la LTDA, pues por un lado se exteriorizan y reconocen sus efectos principales, inamovilidad, preferencias, etc., para continuar en posesión de la tierra que se ocupa, con los condicionantes legales y por otro, expresamente se reconoce la pretensión jurisdiccional para su declaratoria, dentro del proceso jurisdiccional agrario y que encuentra sustento inclusive en la propia CN (Arts 305 y 306) el cual va más allá que el simple derecho a no ser desalojado, tal como lo sostiene ARGÜELLO, *op. cit.*, p. 134 y en ello por igual, con mayor énfasis, insiste el tratadista de Derecho Agrario VENTURINI, Alí José, *El derecho de permanencia Agraria y el Desalojo de Fondos rústicos arrendados u ocupados unilateralmente*, Publicaciones del Ian, Venezuela, s/f, pp. 128.

29. En torno a la imprescriptibilidad, es preciso recordar que la doctrina y la propia jurisprudencia no han sido unánimes, y que una celebre sentencia de la Sala Política Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Suplente POLANCO A., Tomás, reconoció la prescriptibilidad de los baldíos.

Respecto a la inconstitucionalidad de la norma que contiene el artículo 89, que dispone que iniciado el procedimiento de rescate de tierras, la Administración *podrá intervenir* las mismas, expresó la parte recurrente que ésta transgrede el principio de separación de los poderes públicos, ya que dispone el rescate de tierras de propiedad pública que se encuentre en manos de terceras personas y presenten la característica de estar en estado de ociosidad, lo que constituye una violación al principio constitucional de la separación de los poderes públicos, pues con dicho dispositivo la Administración, con su sola voluntad, puede declarar inculta la tierra y la faculta para dictar una medida cautelar en una causa donde el mismo es parte y asume el rol de juzgador.

En su criterio (...) *tal atribución debería ser producto de la materialización de un proceso judicial que conduzca al juzgador a tal concepto, garantizándole al ciudadano los derechos fundamentales de igualdad, defensa e imparcialidad que la actividad jurisdiccional otorga a diferencia del ente administrativo, el cual por esencia tiene el predominio del ius imperium y un compromiso con una gestión política, imprescindible pero que le hace parcial en sus criterios.*

En este sentido, la Sala hace valer acá los argumentos expuestos en el apartado anterior para señalar que, con el ejercicio de los poderes inquisitivos de la Administración en el procedimiento administrativo, *per se*, no se está transgrediendo el principio de división de poderes, ya que la estructura orgánica y funcional del Estado, que estableció nuestra Constitución vigente, al igual que la imperante bajo la vigencia de la Constitución de 1961, estipula una División de Poderes (conceptualización flexible) que permite que cada uno de los órganos que ejercen los distintos Poderes Públicos colaboren entre sí, surgiendo como corolario de esta situación que la separación de funciones no coincida directamente con la división de poderes, encontrándose muchas veces en la actividad jurídica de los órganos del Estado, que éstos ejerzan, además de las funciones que le son propias por orden constitucional, funciones que son características de otros Poderes.

Sin embargo, también es de indicar que los procedimientos administrativos ablatorios, aquellos que tienen por objeto disminuir la esfera jurídica de los administrados mediante la restricción de un derecho, deben estar dotados de mayores garantías para aquéllos, de forma tal que la potestad administrativa sea ejercida de manera congruente y adecuada a los fines propuestos por el ordenamiento, garantizándose así el apego a la ley de la actuación administrativa.

Es así como el *test* de constitucionalidad de una norma que disponga la posibilidad de que la Administración instaure un procedimiento ablatorio es más estricto, pues con ella se están restringiendo, de manera directa, derechos subjetivos afectándose enormemente la situación jurídica del administrado. En tal sentido, se observa que si bien el título al cual pertenece la norma en referencia trata del rescate de las tierras propiedad del Instituto Nacional de Tierras, el artículo 89 trata de la intervención de esas tierras, rubricadas como ociosas o incultas, de manera preventiva, para hacer cesar esa situación, esto es, el carácter ocioso o inculto.

Como puede desprenderse, la finalidad de la intervención previa no guarda correspondencia con la instauración del procedimiento ablatorio, esto es, la necesidad de recuperación de las tierras propiedad del Instituto Nacional de Tierras ocupadas ilegal o ilícitamente, inexistiendo la debida adecuación a los hechos de esa potestad otorgada a la Administración, ya que, en todo caso, esa será una medida que corresponde con la necesidad de solventar el carácter ocioso o inculto de la tierra y no con la ocupación ilegal o ilícita de la misma, por lo cual, ante esa situación, y no existiendo tampoco una proporcionalidad entre la intervención instituida por el artículo y el carácter ocioso o inculto de la tierra, pues una vez finalizado el procedimiento administrativo correspondiente, la Administración, por el principio de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, podrá entrar en posesión directa del bien, lo cual no justifica una inter-

vención momentánea, esta Sala declara la inconstitucionalidad de la norma en referencia porque transgrede el derecho constitucional a la propiedad, dado que no es posible una interpretación que la adecue al ordenamiento constitucional. Así se decide”.

Toma mayor fuerza nuestra posición, en tanto que los artículos 94 y siguientes pautan una secuencia de actuaciones procedimentales, que a nuestro criterio si constituyen realmente el procedimiento administrativo del rescate, el cual a nuestra manera de ver, debe y tiene que concluir con un pronunciamiento que declare la titularidad del INTI, de la República o del ente que corresponda, donde se declare quien o quienes son los ocupantes irregulares y donde se disponga la obligación que tienen los mismos de entregar, lo ocupado ilegal o ilegítimamente, sin reparación ni indemnización alguna, y sin perjuicio de que durante el curso de dicho procedimiento el INTI como titular legítimo, pueda disponer de sus tierras autorizando temporal o definitivamente la intervención de las mismas o su adjudicación.

Ese proceso pues, conforme a los artículos 89 y 94 al 98 inclusive, se cumple en la siguiente manera:

El Directorio del INTI, resuelve acometer el proceso de rescate, disponiendo si podrá o no acordarse de que se haga ocupación colectiva, temporal y condicional, el tiempo de intervención, las normas de protección al medio ambiente y cualquier otra condición que se estime pertinente (Art. 89).

Con dicha disposición, se abrirá el procedimiento mediante auto en que se identifiquen debidamente las tierras y sus posibles ocupantes ilegítimos, si se conocieren (Art. 94) y en todo caso se ordenará librar e insertar en la *Gaceta Oficial Agraria* un cartel notificando a los ocupantes, si se les conociere o a cualquier otro interesado a fin de que comparezcan a exponer las razones que les asistan como tales ocupantes, acreditando sus títulos y derechos en el plazo de ocho días siguientes a la publicación.

En ningún caso los ocupantes podrán hacer valer contra el INTI su condición de poseedores (ni de ocupantes, agregaríamos nosotros) ex artículo 96 *ejusdem*, ni tampoco reclamo por indemnización derivada de la existencia de mejoras o bienhechurías por ellos fomentadas sobre las tierras ocupadas ilegalmente (Art. 90).

Por igual y respecto a esta norma del artículo 90, también objetada por inconstitucionalidad, ya a la presente fecha está declarada nula de nulidad absoluta, como se lo comentó al referirnos a la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia del 20 de noviembre del 2002, la cual en sus partes pertinentes dispone:

e) De la inconstitucionalidad del artículo 90: el artículo 90 del Decreto con fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, que dispone que los ocupantes ilegales de las tierras susceptibles de rescate no podrán reclamar indemnización, aseverando que ninguna calificación, ni tan siquiera la de ejercer ocupación ilegal, puede autorizar al Estado negarle la propiedad de las bienhechurías del ocupante y negarle el derecho a que se le pague el valor de tales derechos de dominio, por cuanto, en un supuesto contrario, se atentaría contra el derecho a la propiedad.

Al respecto, las sustitutas de la Procuradora General de la República indicaron que la ocupación ilícita o ilegal de las Tierras era una conducta irregular que despliega un ocupante; que en el primero de los casos no existe una relación jurídica preexistente entre el ocupante y el propietario de la tierra, y, en el segundo, el ocupante ha rebasado los límites de la relación jurídica preestablecida, colocándose al margen de lo que ha sido permitido por la ley.

Que, siendo ese el escenario, era indiscutible que el Estado como propietario despojado de sus tierras despliegue una actividad tendente a rescatarlas. De allí, que no era procedente el pago de indemnización alguna, como dispondría el artículo impugnado, ya que, como principio general

del Derecho, lo ilícito no genera derecho alguno, por lo que sostuvieron la constitucionalidad del dispositivo en referencia.

Al respecto se debe señalar que, si bien, es cierto que por principio general del Derecho, lo ilícito no genera derecho alguno, tampoco es menos cierto que el Estado Social de Derecho y de Justicia, que propugna nuestro Texto Fundamental en su artículo 2, tiene implicaciones más profundas que ameritan una revisión de las instituciones jurídicas cuando se trata del aspecto social, aspecto al cual las mismas sustitutas de la Procuradora General de la República de una u otra manera hicieron referencia cuando, en un pasaje de su escrito, citaron parcialmente la exposición de motivos del Decreto legislativo impugnado.

Precisamente, del texto de la exposición de motivos del Decreto legislativo objeto de impugnación se evidencia que la idea sustancial de la reforma del régimen jurídico de las tierras productivas obedeció a que “[e]l valor del ámbito agrario no se limita a los efectos económicos beneficiosos sobre la producción nacional, sino que trasciende dicha esfera y se ubica dentro de la idea mucho más integral, del desarrollo humano y social de la población” (Exposición de Motivos del Decreto legislativo).

Que, las “(...) directrices constitucionales no hacen sino manifestar la decisión fundamental hecha por el soberano de constituirse en un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, en el cual (...) la tierra y la propiedad no son privilegios de unos pocos, sino que están al servicio de la población, dentro de los valores de solidaridad e igualdad de oportunidades” (*eiusdem*).

La función social de la propiedad no es incompatible con el reconocimiento de los derechos que al superficiario puedan corresponder por bienhechurías o frutos, pues el desideratum del Decreto legislativo es “(...) profundizar y dar operatividad concreta a los valores constitucionales de desarrollo social a través del decreto orgánico” (*cf.* Exposición de Motivos del Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario).

El artículo 90, en definitiva, no se corresponde con la idea sustancial de la Constitución y de la ley misma, pues pretende desconocer la existencia de la propiedad y la utilidad social que dentro del ámbito agrario cumple, con lo cual, de admitirse la tesis que propugna el indicado artículo, se estaría atentando no sólo contra el derecho a la propiedad estatuido en el artículo 115 de la Constitución, sino contra todo aquello que ha inspirado durante décadas el Estado Social y de Derecho recogido tanto en el texto constitucional vigente como en la Constitución de 1961.

No reconocer la propiedad de los bienes que existan sobre las tierras del indicado Instituto Nacional de Tierras, atenta contra el derecho a la propiedad, y hace que el Instituto incurra en un enriquecimiento sin causa, pues se subvierte la idea de accesión inmobiliaria en sentido vertical, que acarrea la inconstitucionalidad de la norma.

El derecho a la propiedad es un derecho esencialmente limitable, dado su utilidad social, pero dicha limitación no puede suponer un desconocimiento del derecho, por su rango constitucional, una absorción de las facultades del propietario al extremo que llegue a eliminarlo, pues de ese modo no se estaría garantizando esa protección que la Constitución le otorga. De tal manera que, siendo que con la norma en referencia se desconoce de manera absoluta el derecho a la propiedad sobre las bienhechurías realizadas por los ocupantes de las tierras del Instituto Nacional de Tierras, esta Sala declara la nulidad del artículo 90 del Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario.

Con este fallo cuando menos parcialmente ha sido enmendada lo que he debemos reputar cuando menos desatinado instrumento jurídico, al declarar inconstitucional el artículo 90 de la LTDA, que consagraba un evidente atropello la propiedad privada y que en adición creaba graves problemas a los ocupantes y detentadores de tierras nacionales, en tanto desconocía valor alguno al trabajo y vicisitudes de la naturaleza, a quienes normalmente soportan las peores consecuencias del campo, esto es los pequeños

sembradores que habitualmente se desenvuelven en las tierras baldías nacionales, las estatales y las municipales .

Vencido el plazo para acreditar derechos o justificar la ocupación, el INTI deberá resolver (acordar el rescate y demás pronunciamientos complementarios) dentro de los diez días hábiles siguientes (Art. 97).

La decisión en referencia es recurrible en vía Contencioso administrativa por nulidad, ante el Juez Superior Agrario competente por la ubicación del fundo, dentro de los sesenta días continuos siguientes a la notificación que de la resolución pertinente hubiere dictado el INTI, sea por los ocupantes o a los interesados que se hubieren hecho parte del procedimiento (Art. 98).

10. Pronunciamientos complementarios en casos de rescate

De acuerdo a los artículos 91, 92 y 93, declarada la ocupación ilegal, son por cuenta e los ocupantes los daños causados a los recursos naturales y al medio ambiente, en cuya determinación podrá intervenir el Ministerio del Ambiente y Recursos Naturales renovables (Arts. 91 y 92) Si en el inmueble existieren bienhechurías adheridas al inmueble destinadas a vivienda del ocupante y las mismas no afectaren el proyecto de desarrollo establecido en la zona, el INTI podrá convenir en adjudicar al ocupante precario (ilegal o ilegítimo) el lote al cual correspondan las citadas bienhechurías, ajustándose en todo caso a los patrones del parcelamiento (Art. 93).

Para nosotros, repetimos, la redacción de las normas de este capítulo realmente dejan mucho que desear y se prestarán a todo género de confusión y reclamos.

En efecto en lugar alguno se establece cual es el fin y pronunciamiento final del procedimiento de rescate (¿la sola declaración de ocupación ilegal o ilegítima?, ¿La disposición de obtener la efectiva posesión del bien así ocupado e identificado en el procedimiento administrativo? ¿La disposición de que uno o más terceros puedan ocupar dicho bien para fines agrarios?)

En torno a los pronunciamientos accesorios ocurre lo mismo, así cabe preguntarse ¿Quién dispone, liquida y ordena el pago de los daños o gastos de recuperación del ambiente y los Recursos?

Finalmente, cuando se dispone sobre la preferencia reconocida al ocupante (aún precario, ilegal o ilegítimo) para que mantenga la posesión del lote donde se encuentren ubicadas las bienhechurías que constituyen su vivienda ¿Antes o después de ordenar el parcelamiento?

Como se observa quedará mucho camino bien a la Sala especial para aclarar por vía del Recurso de Interpretación que y como culmina y se lleva a cabo este procedimiento, a la jurisprudencia administrativa, sobre como llevar a cabo el procedimiento y las medidas complementarias, y a la doctrina para escudriñar mas a fondo cual es el verdadero objeto de dicho proceso.

En torno al desconocimiento que en todo caso queda hecho a la posesión, inclusive anterior a la vigencia de la LTDA, ya en un serio e interesante estudio, el Dr. Ángel Viso A se ha pronunciado cuestionando seriamente el desconocimiento que en la ley se hace de la posesión, las disposiciones sobre intervenciones temporales, etc., todo ello en sede administrativa, sin proceso jurisdiccional, y con evidente o eventual daño para esos poseedo-

res, dignos de analizarse y estudiarse con detenimiento y a ello remitimos a nuestros lectores³⁰.

III. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO AGRARIO

En el título V de la LTDA se contempla lo relacionado con la Jurisdicción Especial Agraria, disponiendo en su Capítulo I lo relacionado con las Disposiciones Fundamentales, comunes al Proceso Ordinario Agrario y al Contencioso Administrativo agrario, incluyendo lo atinente a las demandas patrimoniales contra los entes estatales agrarios y los procedimientos.

1. Principios rectores en el contencioso agrario

i- Guía y norte de las potestades del Juez y potestad cautelar especial para la protección de los fines públicos de la actividad agraria y agroalimentaria:

Tiene particular interés en este capítulo, en lo que refiere al Contencioso Administrativo, lo dispuesto en el artículo 167 LTDA, donde el Legislador fija los principios cardinales a los que deben estar dirigidas las actuaciones y potestades del Juez especial Contencioso Administrativo Agrario, y que denotan por así decirlo los fines de esta competencia, que aparecen claramente determinados en la mentada norma así:

- a- La continuidad de la producción agroalimentaria,
- b- La continuidad en el entorno agrario de los servicios públicos,
- c- La conservación de los recursos naturales y el medio ambiente,
- d- La conservación de la infraestructura productiva del Estado,
- e- La cesación de actos y hechos que puedan perjudicar el interés social y colectivo,
- f- El establecimiento de condiciones favorables al entorno social e intereses colectivos.

Continúa el artículo analizado disponiendo que: A tales efectos, dictará de oficio, las medidas preventivas que resulten adecuadas a la situación fáctica concreta y conforme al supuesto de hecho de la norma que le sirva de fundamento contenida en el presente Decreto Ley, imponiendo órdenes de hacer o no hacer a los particulares y a los entes estatales agrarios, según corresponda.

En la primera parte de la norma, de forma clara y terminante, se establecen los fines y principios de la Competencia judicial Agraria, lo que antes no estaba tan claramente

30. VISO, Angel Gabriel, "El Derecho de Propiedad en la V República", en *Libro Homenaje a José L. Aguilar G., cit.*, pp. 805 y ss. En concreto, al referirse a los efectos de la Ley de Tierras y desarrollo agrario, objeta y destaca el que dicho proceso de rescate viola abiertamente el principio de separación de los poderes, la potestad de administrar justicia, el derecho a ser juzgado por los jueces naturales, etc.; por igual el sacrificio que se impone a los poseedores de sus mejoras y bienhechurías que se encuentran en las tierras rescatadas en franca contradicción a disposiciones del Código Civil, la ineficacia de la posesión ejercida, frente a la que se reconoce en otros campos y finalmente el que dicho procedimiento se lo establece en beneficio exclusivo de tierras del INTI, República y otros entes públicos, en franca desigualdad ante lo que se dispone para la propiedad particular.

consagrado, si bien se deducía perfectamente del contenido general de la Ley de Tribunales y Procedimientos Agrarios³¹.

Con base a dichos principios, nuevamente se establece, en resguardo de los intereses públicos que tiene confiados, la potestad cautelar necesaria, para aún de oficio y con motivo de cualquier procedimiento, adoptar las medidas necesarias y convenientes para dejar a salvo los altos intereses sociales de orden público y que invisten todo lo agroalimentario y el especial y particular interés del Estado en mantener la autosuficiencia agrícola y la actividad agroalimentaria en los niveles necesarios para atender las necesidades colectivas.

Dichas medidas, y así lo tenía interpretado ya la Jurisprudencia durante la vigencia de la Ley anterior, pueden ser tomadas en cualquier estado y grado de la causa, conjunta o separadamente de las demás cautelas ordinarias en beneficio de las partes o de los fines mismo del proceso administrativo, y pueden consistir en obligaciones de hacer o no hacer impuestas tanto a los particulares involucrados o no en el proceso, como a las propias autoridades a quienes se tiene confiado velar por el desarrollo agroalimentario y agrario en general³².

ii- Facilitar y provocar la solución conciliatoria de los conflictos, aún tratándose de los intereses públicos que supone el actuar administrativo, a reserva claro está del cumplimiento de las formalidades y requisitos que permitan la homologación de acuerdos que versen o tengan por objeto intereses, cometidos o bienes públicos (Art. 168 *ejusdem*). Es esta ahora una tendencia general en todos los procedimientos reglados a posteriori de la CN en tanto reconoce ésta como una vía para lograr la paz social y administrar justicia, los medios alternativos de solución de conflictos, y en especial la conciliación³³.

iii- Acorde también a los nuevos principios de la CN y para el logro de una justicia mas perfecta y expedita, se recalca que el proceso es un instrumento para la realización de aquella, que no un fin en si mismo, y así mismo que las formas esenciales del proceso deben acatarse y respetarse, pero no pueden predominar sobre el fondo mismo del asunto, dando lugar a reposiciones inútiles y sin sentido. Solo la infracción de aquellas formas que realmente sean sustanciales y cuya omisión impida que los actos cumplan su fines son las que resultan dignas de especial protección y su omisión dará lugar a rehacer los actos para cumplir con las formas (Art. 169).

iv- En torno a los rasgos fundamentales que debe inspirar la conducción del proceso contencioso agrario, al igual que los demás jurisdiccionales de esa competencia, se

31. G.O. Extraordinaria n° 3015 de fecha 13 de septiembre de 1982, derogada obviamente por disposición expresa de la LTDA y en lo sucesivo aludida como LOTPA.

32. En el pasado fue característica del uso de esta potestad cautelar general especial en previsión para la protección del orden público e interés general, su indebido o mejor dicho *inadecuado uso*, así como la confusión que suponía su aplicación cuando se lo invocaba, terminando por proteger intereses privados o colectivos pero dejando a un lado su verdadero fin, esto es, la protección del interés general. Por ello lo difícil para el Juez Contencioso será no perder el norte de sus actuaciones, analizar debidamente lo que está en juego y cual es realmente el efecto final de la cautela que se dicte y el para que se la decreta.

33. Es esta realmente una tendencia casi mundial, y se la reconoce en asuntos tan atinentes al interés público como lo relacionado a familia, niños y adolescentes, tomando particularmente en cuenta que la mejor de las soluciones en casos de conflictos, donde estén en juego intereses individuales o colectivos, es que las partes eventualmente involucradas o lesionadas, sean quienes se den las soluciones más convenientes para lograr el arreglo de las diferencias, la adecuada reparación de los daños, etc. Un ejemplo claro es en la Ley Orgánica de Protección al Niño y al Adolescente, donde por igual se impone al Juez instar siempre la conciliación.

declaran como fundamentales los de intermediación, concentración, brevedad, oralidad, publicidad y el carácter eminentemente social del mismo.

En torno a los cinco primeros, recordemos que la idea es la de que predominantemente puedan aplicarse los mismos, sin que por ello deban o pretendan excluirse la mediación, la escritura, etc., cuando sean convenientes al mejor desarrollo de los actos, no entorpezcan el buen curso de los procesos, y constituyan la vía más adecuada para garantizar la seguridad jurídica.

v- Se establece de manera general una “caducidad para la válida y tempestiva presentación de los recursos contenciosos, contra cualesquiera clase de actos administrativos agrarios, que ocurre al vencimiento de sesenta días continuos a partir de su notificación o de la publicación de los mismos en la Gaceta Oficial Agraria (Art. 194, con el expreso señalamiento de que la citada norma y las que se citan seguidamente, forman parte del Capítulo IV, bajo la denominación Disposiciones Comunes al procedimiento Contencioso Administrativo Agrario y las demandas contra los Entes Estatales Agrarios).

vi- En el mismo Capítulo, artículo 198, se precisa que los lapsos de prescripción de las acciones y derechos, se regulan por lo que al respecto contempla para cada caso el derecho común.

vii- La perención de la instancia en los procesos contencioso administrativos agrarios procederá de oficio o a instancia de parte, cuando hayan transcurrido seis (6) meses sin que se haya producido ningún acto de impulso procesal por la parte actora. La inactividad del Juez después de vista la causa o habiéndose producido paralización por causas no imputables a las partes, no producirá perención.

viii- El requisito previo de antejuicio administrativo para la interposición de demandas patrimoniales contra entes agrarios se rige por lo dispuesto en la Ley que regule la Procuraduría General de la República³⁴.

ix- Por último, la misma Ley determina que mientras no se encuentre operando la Gaceta Oficial Agraria los actos cuya divulgación y publicidad venga impuesta por la Ley, se insertarán en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (Disposición Transitoria décima sexta de la LTDA).

2. Regulaciones propias del Contencioso Administrativo agrario

Con la advertencia de que por igual se extiende a los procedimientos en los cuales se demanden entes estatales agrarios, en el Capítulo II del Título V se establecen las normas y regulaciones propias del Contencioso específicamente.

A. Competencia

El artículo 171 dispone que la competencia de Primera Instancia será exclusiva de los Tribunales Superiores Agrarios de la ubicación del inmueble y la Segunda Instancia

34. También modificada el pasado año y publicada *G.O. Extraordinaria* n° 5554 del 13 de noviembre del 2001.

corresponderá a la Sala Especial Agraria de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia³⁵.

Observamos que la redacción del numeral primero no es del todo pertinente, en la medida que en muchas ocasiones el contencioso administrativo agrario, no necesariamente estará vinculado a la propiedad inmobiliaria, dejando ello lagunas por definir cuando se trata de causas del contencioso donde no se debata nada relacionado con inmuebles o derechos sobre los mismos.

Quizás lo recomendable debió haber sido establecer que tal competencia devendría del lugar donde estuviere ubicado el inmueble si ese fuere el caso, o de aquel donde se hubiere pronunciado el acto, en los demás supuestos.

Esta nueva redacción facilita la descentralización, lo cual era deseable para garantizar mejor acceso a la justicia, en tanto que la legislación anterior centralizaba en el Superior Agrario de la Capital todo asunto relacionado con actos emanados del Instituto Agrario Nacional.

B. Materia abarcada por la competencia especial

El artículo 172 *ejusdem* precisa que son de esa competencia y atribuyen potestad a los indicados órganos jurisdiccionales en sus correspondientes instancias todos los actos relacionados con la actividad u omisión de los entes administrativos a cuyo cargo esté la gestión agraria, incluyendo el régimen de contratos administrativos, de expropiaciones, demandas patrimoniales y demás acciones que con arreglo al derecho común sean interpuestas contra cualesquiera órganos o entes agrarios.

Nos merece comentario adicional a la citada disposición que la enumeración de supuestos que conceden competencia, no es taxativa, sino meramente enunciativa, y por tanto comprende, sin lugar a dudas toda otra que directa o indirectamente tenga relación con lo agrarios o con organismos, dependencias o instituciones agrarias.

3. El trámite procesal propiamente dicho

La materia viene extensa y profusamente regulada en los artículos 174 al 190 de la LTDA en lo que refiere a la Primera Instancia y en las normas del 191 al 193, en lo que hace a la Segunda Instancia.

Como se podrá observar de lo que seguidamente se analiza, el proceso contencioso administrativo agrario, se regula ahora por dispositivo específico, diferente del general que se contemplaba en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, lo que le da fisonomía y peculiaridades propias, sin negar por ello que siga siendo fuente de aplicación supletoria, en todo lo que no se encuentre regulado en la nueva Ley, la citada LOCSJ.

35. En lo atinente a la competencia de la Sala Especial Agraria, como Segunda Instancia del Contencioso Administrativo Agrario, el artículo 199 numeral 3, ratifica el criterio de atribución de competencia aludido en la otra norma citada.

A. Ley procesal aplicable

Tales disposiciones, por estar referidas directamente al proceso, son normas adjetivas procesales y con ello supone que son de aplicación inmediata, con lo cual no aplica al Contencioso administrativo agrario, la *vacatio* de las nuevas normas procesales impuestas a los juicios ordinarios agrarios (272 *ejusdem*).

Conforme adecuada técnica, a pesar de la paliación inmediata que se impone como regla sobre nuevas normas procesales, el legislador, establece una serie de disposiciones transitorias para facilitar la adecuación al nuevo régimen procesal, cuales son las contenidas en los artículos 268 al 271, conforme a las cuales queda establecido que:

i- las nuevas normas relacionadas con el proceso contencioso son aplicables a los procesos en curso al momento de entrada en vigencia de la LTDA, dejando a salvo la integridad de los actos procesales y hechos cumplidos bajo la vigencia de la Ley anterior, los cuales continuarán rigiéndose por lo en ella dispuesto, (Art. 268 encabezamiento)

ii- en lo atinente a recursos interpuestos, pruebas ya admitidas, pero en período de evacuación y términos o lapsos que hubieren comenzado a correr, se regirán por lo pautado en la LOTPA. (Art. 268)

iii- si la causa se hallare en primera instancia y no se hubiere verificado contestación de la demanda, el proceso se continuará instruyendo por el nuevo procedimiento de la LTDA. (Art. 269)

iv- si la sentencia definitiva de primera instancia estuviere apelada, el procedimiento de la segunda instancia se regulará conforme el procedimiento de la LTDA, (Art. 270) y

v- si estuviere anunciado y pendiente Recurso de Casación, el mismo se tramitará conforme lo establecido en la LTDA (Art. 271).

B. Forma para interponer los recursos y/o acciones contra entes públicos agrarios

Lo será ante el Tribunal que resulte competente, conforme las reglas ya expresadas, siempre por escrito, el cual debe llenar los siguientes requisitos:

i.- Determinación del acto cuya nulidad se pretende, acompañando copia simple o certificada del mismo o señalando la Oficina Pública u organismo donde repose y los datos que lo identifican.

ii.- Indicación de las disposiciones constitucionales o legales cuya violación se denuncia,

iii.- Acompañar el documento del cual se demuestre el carácter con el cual se actúa, si los actos provienen (sic se relacionan) con la titularidad de un derecho real, se identificará el inmueble con expreso señalamiento de linderos y copia certificada (sic se acompañará adicionalmente....) de los documentos o títulos que acreditan la titularidad aludida.

iv.- Los instrumentos o pruebas que se estime pertinente acompañar.

Como comentario a la norma que establece lo anterior (175 LTDA), nos permitimos destacar que no se exige el adelantamiento de prueba, como ahora se lo hace en casi todos los nuevos prototipos de procedimiento, para lograr una mejor preservación y control de la prueba por parte del Juez y permitiendo que sea un proceso más diáfano, más cuando una de las partes del mismo lo será la administración pública.

Por lo demás debe recordarse que dicho requisito ya existe en la LOCSJ, si bien es cierto que no se le ha conferido la importancia que el mismo merece.

C. Admisión o inadmisión (Art. 174, 176, 178 y 179):

Conforme a la LTDA solo serán admisibles en vía contencioso administrativa los recursos y demandas que no estén proscritos por la Ley, aquellos cuyo conocimiento no corresponda a otra autoridad judicial, pues si lo fuere deberá declinarse la competencia, que no estuviere caduca la acción o el lapso para interponer el Recurso, ni que se encuentre prescrita la acción, cuando sea manifiesta la falta de cualidad o interés del accionante o recurrente, cuando se acumulen pretensiones que se excluyan mutuamente o que sean contrarias entre sí o cuyos procedimientos resulten incompatibles, cuando no se acompañan los instrumentos fundamentales para verificar la admisibilidad de la demanda, cuando el correspondiente escrito que los contenga resulte ininteligible o de tal modo contradictorio que haga imposible su tramitación o contenga conceptos ofensivos o irrespetuosos, o cuando sea manifiesta la falta de representación que se atribuye el actor, o cuando habiéndose recurrido en vía administrativa, no hayan transcurrido los lapsos para que esta decida, así como cuando no se haya agotado la vía administrativa previa, ni cuando no se haya agotado la instancia obligatoria o el avenimiento que correspondan conforme a la Ley, cuando la pretensión sea manifiestamente contraria a los fines de la LTDA y a los preceptos constitucionales que rigen esta materia.

Respecto a dichos conceptos (Art. 177), llamamos especialmente la atención respecto al último citado criterio para negar la admisión, en tanto entraña el grave peligro que el Juez excediendo sus potestades, opte por considerar que en efecto, lo petitionado contradice los fines de la Ley o los preceptos constitucionales.

Respecto a la caducidad para interponer recursos contra los actos administrativos agrarios, la misma se establece de modo general en la LTDA (Art. 177 N° 3 y 194) en sesenta días continuos desde la publicación en la *Gaceta Oficial Agraria*, o de su notificación al interesado recurrente³⁶.

El lapso para proveer o no sobre la admisión, es de tres días hábiles siguientes a la interposición del recurso o la acción, lo cual se hará constar obviamente por escrito. (176).

En todo caso, ponemos de relieve que esa especie de Despacho saneador que debe hacer el Juez con la admisión no sustituye el derecho de los interesados opositores a la pretensión, los interesados opositores pueden hacer valer en la contestación al fondo cuantas razones de inadmisibilidad existieren, todas las cuales serán resueltas con las defensas de fondo en la sentencia definitiva.

No cabe recurso contra el auto que ordene la admisión, pero si contra el de negativa, que deberá ejercerse dentro del quinto día hábil.

36. La prescripción, obviamente, salvo norma especial agraria que disponga lo contrario, se regula por las disposiciones ordinarias del Derecho Común (195 *ejusdem*).

D. Emplazamiento

Pronunciada la admisión se ordenará la notificación del Procurador y a cuantos terceros hayan sido notificados o hubieren intervenido en la vía administrativa, quienes podrán oponerse al recurso dentro de un lapso de diez días hábiles y así mismo dispondrá el Tribunal le sea remitida, a tenor de lo dispuesto en los artículos 178 la remisión del expediente administrativo, los cuales se insertarán en pieza separada.

Nada se establece en cuanto a la forma para emplazar a los *demás interesados*, habiendo sido deseable se pautara la publicación de un edicto, para tales fines, convocando a cuantos tuvieren interés.

Si se tratare de admisión de demandas patrimoniales contra entes públicos a que se contrae la LTDA, se dispondrá la notificación al Procurador General de la República y la citación del ente administrativo agrario estatal, a fin de que den contestación a la demanda dentro de un plazo de quince días hábiles siguientes.

De una vez conviene destacar que la rebeldía de la República ni la de los representantes de los entes agrarios, jamás provocará confesión ficta, y a falta de contestación, en todo caso, se entenderá contra dicha la demanda (Art. 180).

En los casos de demandas o recursos interpuesto contra cualquier ente agrario o contra cualquier acto administrativo agrario, así como cuando sean proferidas sentencias interlocutorias o definitivas, será menester la “notificación al Procurador General de la República, y la falta de tal notificación dará lugar a la reposición de la causa, sea peticionada por él, o que el Juez la acuerde de oficio (Art. 181)

E Pruebas

Se admitirán como medios de prueba todos los previstos en el Código Civil, en el Código de Procedimiento Civil y en otras leyes (libertad general de medios probatorios), incluyendo por ello, los llamados medios libres de prueba, los cuales se tramitan conforme lo dispone el Código de Procedimiento Civil (Art. 185 LTDA)³⁷.

En todo caso se mantiene vigente el privilegio general para las autoridades y representantes legales de entes agrarios, conforme al cual los mismos no vienen obligados a absolver posiciones juradas ni a prestar juramento decisorio recordando por igual que la confesión espontánea del funcionario público o de sus sustitutos no tiene valor probatorio (Art. 185 *ejusdem*).

En torno a la prueba de experticia la misma podrá acordarse aún de oficio y en todo caso la practicará un solo experto designado por el Juez de la causa, quien fijará el lapso prudencial para su consignación en autos y con la advertencia de que el dictamen pronunciado no será vinculante para el Juez, quien podrá apartarse del mismo si existen otros medios de prueba que produzcan suficientes elementos de convicción, siempre que consten del expediente administrativo o reposen en los autos judiciales (Art. 186 *ejusdem*).

37. El citado Código, denominado Código del 87, en su última versión, luego de ligeras modificaciones que fuere menester realizarles es el publicado en la *G.O. Extraordinaria* n° 4.396 de fecha 2 de agosto de 1990, y en lo sucesivo se lo identifica como Cpc.

En cuanto al lapso probatorio y su pertinencia, vale la pena destacar que no habrá apertura del mismo cuando la controversia fuere de mero derecho o bien cuando el demandante o recurrente y el representante de los entes agrarios, así expresamente lo estipulen (187).

Conforme lo prevenido en el artículo 184 *ejusdem*, el trámite de las pruebas, es el siguiente: Si se admitiere la procedencia de pruebas, la causa quedará dispuesta para recibirlas a partir del día siguiente (hábil por supuesto) del vencimiento del término fijado para que tuviera lugar la contestación de la demanda o la oposición al recurso, y será de tres días hábiles, las cuales se agregarán a los autos al vencimiento del término de promoción, pero la parte no promoverte podrá oponerse a aquéllas, dentro del primer día de despacho siguiente.

Dentro de los tres días hábiles siguientes, el Tribunal proveerá sobre la admisión, y contra la negativa de admitir se oírá recurso en el solo efecto devolutivo, que deberá ser interpuesto dentro de los tres días hábiles siguientes.

El lapso para la evacuación será en todo caso de diez días hábiles.

F. Informes, sentencia y apelación: (Arts. 188 al 190 LTDA)

Vencido el lapso probatorio se fijará uno de los tres días hábiles siguientes para oír los informes, que en todo caso ahora serán recibidos en audiencia oral, y realizados estos o transcurrido el lapso para recibirlos, la sentencia deberá pronunciarse dentro de los sesenta (60) días hábiles siguientes.

Contra lo resuelto en el proceso, se podrá interponer recurso para ate la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de publicación del fallo, o a partir de que conste la notificación del mismo a las partes, en el supuesto de que se la hubiere proferido fuera de lapso.

La apelación en todo caso será fundada y en ella se expondrán las razones de hecho y de derecho en las cuales se la pretenda sustentar.

G. Trámite de la Segunda Instancia: (Art. 191 al 193 LTDA)

Transcurridos cinco días hábiles de la fecha en que se hubiere dado cuenta en Sala del recibo de un expediente en apelación, la causa quedará abierta a pruebas, sin requerimiento de auto expreso, y sin que la normativa limite las que puedan promoverse en dicha instancia, y a partir del vencimiento de dicho término transcurrirán tres días hábiles para la promoción, en los cuales se agregarán a los autos las que se estimen pertinentes y tempestivas, vencido el cual la contraparte podrá ejercer su derecho a oponerse a las consignadas, dentro del día hábil siguiente, para que en los tres días hábiles que le siguen, la Sala provea sobre su admisión.

El lapso para evacuación en segunda instancia será de cinco días hábiles, vencidos los cuales empezará a computarse un lapso de diez días hábiles para que tenga lugar la audiencia oral de Informes, transcurrido el cual la causa deberá ser sentenciada en los treinta días continuos siguientes.

Nos merecen comentario especial en torno al procedimiento contencioso administrativo, el que a pesar de las largas páginas que ya lleva la discusión sobre el tema de las potestades probatorias del juez contencioso, la LTDA nada hubiere contemplado al respecto, dejando abierta la ya tradicional discusión sobre si el magistrado del contencioso tiene o no potestades probatorias plenas, que no solo *ad aclarandum*, lo que atiene a la naturaleza misma de dicho proceso, pues como se sabe, hasta hay quienes ponen en duda que lo sea.

Nos adherimos al respecto a la doctrina clásica, y compartimos con el maestro Devis Echandiá³⁸ de que este tipo de debates es realmente un proceso, y es además un proceso contencioso, en el que con toda claridad ante órganos jurisdiccionales se desarrolla la pretensión, defensa y pruebas que controvierte entre sendas partes, aún cuando que tratándose de las nulidades administrativas, el concepto de legitimado pasivo se extiende de manera general a toda la administración del Estado, sin que sea inclusive menester su comparecencia a dicho proceso, para que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la existencia o no de vicios que impidan validez al acto impugnado, mas ello no significa que no tenga oportunidad para ejercer la defensa de su acto, ni que terceros puedan intervenir en el proceso con esa intención, en tanto para ellos puede derivar interés en la preservación del acto.

Dados los intereses en juego, y más en materia agraria, cuando que la Ley especial los declara de especial connotación pública, al menos en Venezuela, no cabe duda que el Juez contencioso goza de una potestad probatoria más amplia que el del ordinario civil y que el propio especial agrario, pues debe y tiene interés en preservar el interés público agroalimentario y los principios que sustentan el interés en el auto abastecimiento en dichos rubros y con ello la actividad administrativa impugnada.

Somos pues de opinión, que a diferencia de otros sistemas, en Venezuela el Juez del contencioso en cuenta de los hechos que dimanen del expediente administrativo y de los que se le invocaren o pudiere él deducir de los alegatos en la instancia, puede ejercer con toda largueza la potestad probatoria, siempre que preserve el derecho de control de la prueba para la contraparte y mantenga la absoluta igualdad entre los intereses en juego.

IV. POTESTAD CAUTELAR EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

A esta materia se dispone especial normativa en los artículos 182 y 183 de la LTDA, estableciendo principios reguladores novedosos y aclarando situaciones que se prestaban a duda bajo la regulación existente antes de dicha Ley.

En primer lugar, se admite plenamente la potestad cautelar ordinaria, con lo cual se despeja de que en dicha competencia, cabe, sin lugar a duda todo lo que se refiere a cautela nominada e innominada, lo cual se rige, a falta de normas expresas, por lo que al respecto disponen o bien el Cpc o los ordenamientos especiales que las contemplan.

En segundo término, en adición a la potestad cautelar ordinaria, especial o general, se ratifica expresamente la pertinencia de la “suspensión de los efectos de los actos impugnados, total o parcialmente, cuando así lo soliciten las partes se compruebe que su

38. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, “La prueba en el procedimiento contencioso en Colombia”, en *Derecho Procesal Administrativo*, GONZÁLES PÉREZ, J., DORMI, J. Roberto, MORALES MOLINA, H. y otros, Ediciones Rosaristas, Colombia 1980, pp 167 ss.

inmediata ejecución comporta perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva y se acompañe garantía suficiente, dentro de los cinco días hábiles siguientes a aquella en que se acuerde dicha suspensión.

No entraremos a desarrollar los presupuestos ni el carácter presuntivo de los elementos de prueba que deban aportarse, pues la jurisprudencia y doctrina, ya han allanado mucho los inconvenientes de la regulación que rige al respecto.

Destacamos sí que ahora no es de la libre apreciación del Juez exigir o no caución suficiente por los daños que pueden derivar de la suspensión, dada la forma de redacción al exigir la aludida garantía, sino que es mandataria, salvo los dos únicos casos de excepción que contempla la misma norma (Art. 182), esto es, cuando el peticionario de la suspensión, beneficiario de la LTDA carezca de recursos necesarios y lo compruebe fehacientemente, o cuando el beneficiario peticionario lo sea un representante de los entes estatales agrarios (en este último caso tampoco podrá revocarse por falta de impulso procesal) tal como se lo contempla en el aparte cuarto y final de la norma comentada.

A pesar de no dejar duda de la pertinencia de la posible suspensión, demostrados los extremos y cumplidos los requisitos adicionales que establece la Ley, se impone al Juez en todo caso el examen del posible conflicto de intereses que suponga la suspensión de los efectos, con los intereses colectivos en juego, debiendo entenderse el predominio de estos últimos cuando se deriven perjuicios al entorno social, por la sola protección de los intereses individuales.

Será esta una dura tarea para el Juez del contencioso agrario y el adecuado uso de la potestad, requerirá de hombres en el Poder Judicial, como los que preconiza la doctrina moderna para un verdadero Poder Judicial eficaz y comprometido con las causas de la Justicia³⁹.

La suspensión total o parcial acordada podrá ser revocada de oficio o a instancia de parte por falta de impulso procesal de la parte beneficiada con la cautelar, cuando no se consigne la garantía suficiente tempestivamente o cuando hayan variado las circunstancias originales que aconsejaron la suspensión.

Como modalidad interesante de reseñar, determina la nueva Ley (183) que cuando se peticione en el proceso sobre una cautelar ordinaria, y a reserva de la que debe ejercer conforme al artículo 167 *ejusdem* (cautela en protección de los intereses públicos de mayor entidad), el Juez ordenará la realización de una instancia única oral a fin de conocer las posiciones de las partes en conflicto, concluida la cual, se dispondrá sobre la cautela solicitada, pudiendo diferirse dicho pronunciamiento por una sola vez, y hasta por 48 horas adicionales, en el caso de que el juez lo estimare necesario para un mejor conocimiento del asunto.

V. OBSERVACIONES FINALES

A nuestro entender, la importancia y trascendencia del tema del desarrollo agrario y las necesidades agroalimentarias del país, merecían una nueva Ley que contara cuando menos con mayor información de la ciudadanía y mejor participación ciudadana en su elaboración.

39. Los que preconizan entre otros los maestros MORELLO, BERIZONCE y PEYRANO, Jorge W., entre otros.

En ningún caso, a no ser, por el mero aspecto político, era recomendable su preparación y promulgación por vía de una Ley Habilitada, pues a nuestro modo de ver perdió el necesario apoyo popular y seriedad, por ese solo hecho. Por lo demás no existían razones ni circunstancias fácticas ni políticas, que así lo exigieran o lo justificaran

En la Ley se aprecia una clara desjudicialización de todo lo que atiene al entorno agrario, en especial de lo que se refiere a la conflictividad derivada de la posesión y tenencia de las tierras, lo que a nuestro juicio rompe toda igualdad y pone en tela de juicio la real protección de la propiedad privada. Acusar a la anterior LRA de haber obstaculizado el proceso de reforma del campo y el agro, o al poder judicial especializado de crear conflictividad resulta además de injusto, carente de todo fundamento. La conflictividad y parálisis del proceso tuvo su origen como otras muchas cosas en nuestro país, en la politicasterria barata

En la nueva ley se omite toda referencia a la protección e incentivación a los procesos empresariales agrarios, a las nuevas modalidades contractuales que caracterizan la actividad agroproductiva a nivel mundial y a la conveniencia de su protección e impulso.

En la nueva Ley se confieren peligrosamente potestades a la administración pública para resolver sobre conflictos generados entre particulares entre sí y entre particulares y la propia administración, que no garantizan verdadera imparcialidad ni transparencia.

Inusitadamente se pretermite la debida atención al concepto de posesión agraria, y se desnaturaliza el de propiedad, para crear un extraño híbrido, que, según hemos podido precisar persigue evitar el encarecimiento del factor tierra para el adecuado desarrollo agrario, cuando que existían otros mecanismos legales o contractuales que podían coadyuvar a una solución menos compleja del problema.

En nuestro criterio es conveniente un proceso de revisión a la brevedad posible del ordenamiento contenido en el Decreto con fuerza de Ley para Tierras y Desarrollo Agrario.

Hemos tenido que recurrir en muchos de los análisis al método exegético para el examen de las instituciones y modificaciones de la Ley, pero la inexistencia de modelo anterior, la novedad en las regulaciones y los nuevos substratos dados a aquellos, nos obligan a efectuarlo de tal manera, dejando abierto el camino para investigaciones mas profundas sobre origen, naturaleza y efectos de las novedades y cambios producidos.

Ciertamente que queda mucho por decir, pero cuando menos pensamos que hemos dejado abierta la puerta para la inquietud investigativa y las siempre fértiles discusiones doctrinarias.

§ 71. EL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD DE LA ACCIÓN SANCIONADORA ADMINISTRATIVA Y LAS CONDICIONES NECESARIAS PARA GARANTIZAR SU EFECTIVIDAD

Blanca Lozano Cutanda

Profesora de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, España

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN: LA CONSIDERACIÓN TRADICIONAL DE LA POTESTAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PARA PROCEDER A SANCIONAR, POSICIONES DOCTRINALES AL RESPECTO Y PROBLEMAS QUE COMPORTA

El artículo 25 de la Constitución española de 1978 establece que el principio de legalidad en materia punitiva se aplica tanto a la represión penal como a la administrativa, y prohíbe la imposición de sanciones administrativas que “directa o indirectamente impliquen privación de libertad”. De esta forma, a la vez que se realiza un inequívoco reconocimiento constitucional de la potestad sancionadora administrativa, adopta una visión unitaria del fenómeno represivo, al situar en pie de igualdad las categorías de *delitos, faltas e infracciones administrativas* respecto del principio de legalidad. Esta regulación unitaria ha sido ampliada por el Tribunal Constitucional a todos los aspectos de la potestad sancionadora administrativa, al reconocer, desde sus primeras sentencias de amparo en la materia, que “*los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido con técnicas administrativas o penales*” (Sentencias de 30 de enero y 8 de junio de 1981).

En consecuencia, el Tribunal Constitucional ha declarado aplicable a la potestad sancionadora administrativa no sólo los principios sustanciales de legalidad o de culpabilidad sino también las garantías procesales previstas en el art. 24 de la Constitución, “en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base de este precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución” (Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1081), principios que, en su mayor parte, han sido incorporados a nuestra legislación en el Título IX (“De la potestad sancionadora”) de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/92, en adelante).

Uno de los principios rectores del proceso punitivo penal que se esquiva tradicionalmente en el procedimiento sancionador es el denominado *principio de oficialidad o de obligatoriedad del ejercicio de la acción punitiva derivado del de legalidad*. Este principio comprende, como se deduce del artículo 4 del Código Penal y ha explicado el Tribunal Supremo:

“dos terminantes declaraciones, una de ellas, de naturaleza *negativa*, puesto que, los Tribunales, no pueden incriminar hechos que no se hallen penados por la Ley, absteniéndose de todo procedimiento sobre ellos y debiendo limitarse a exponer al Gobierno las razones que les asistan para creer que deberían ser objeto de sanción penal, y, la otra, de índole *positiva*, consagrada en el segundo párrafo de dicho artículo (art.2 -actualmente párrafo 3º del artículo 4-), la cual *compele a los Tribunales a ejecutar desde luego la sentencia, aunque, ellos, estimen que la acción u omisión de que se trate no debería ser punible, o que la pena es notablemente excesiva*” (STS de 23 de mayo de 1987, R.A. 3119).

Pues bien, en el ámbito sancionador administrativo tradicionalmente se ha venido aceptando una pretendida *discrecionalidad* de la autoridad administrativa para proceder o no a iniciar las actuaciones, lo que conlleva como consecuencia ineludible que no puede compelerse a la Administración a abrir un expediente sancionador y, por tanto, el denunciante no está legitimado para recurrir contra el archivo de una denuncia.

Se trata éste de un tema sobre el cual todavía se discute en la doctrina, como vamos a ver, con posiciones a favor y en contra de su aceptación, a lo que contribuye sin duda el que en las normas que regulan con carácter general el procedimiento sancionador administrativo no encontramos disposiciones que lo aclaren explícitamente.

Lo que se deduce a nuestro entender de la regulación que, de modo general y subsidiario¹, realiza el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto (RP en adelante), es más bien un apoyo a esa pretendida discrecionalidad de la Administración para ejercitar su potestad sancionadora. De acuerdo con el RP, la iniciación del procedimiento sancionador se produce de oficio, esto es “*por acuerdo del órgano administrativo competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia*”.

Por denuncia, añade el reglamento, se entiende “El acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa”. Estas “peticiones -añade el RP- deberán expresar, en la medida de lo posible, la identidad de la persona o personas presuntamente responsables (las denuncias *anónimas* no se reputan por tanto formalmente como tales, aunque constituyen una fuente de información que puede dar lugar, en su caso, a la iniciación del procedimiento sancionador por propia iniciativa de la autoridad competente); las conductas o hechos que pudieran constituir infracción administrativa y su tipificación; así como el lugar, la fecha, fechas o periodo de tiempo continuado en que los hechos se produjeron”.

1. La Ley 30/92, a diferencia de la anterior Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, no regula de forma completa un procedimiento sancionador sino que se limita a establecer una serie de principios a los que deben sujetarse los procedimientos sancionadores. V., J. PEMÁN GAVÍN, “La regulación de la potestad sancionadora de la Administración en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Notas sobre su tramitación parlamentaria” en *Revista de Administración Pública* n° 132, 1993. Para justificar esta falta de regulación, con carácter general y básico, de un procedimiento sancionador completo, la Exposición de Motivos de la Ley 30/92, invoca la doctrina constitucional en virtud de la cual el procedimiento es una cuestión adjetiva y va por ello siempre asociada a una determinada materia, afirmando que “el establecimiento de los procedimientos materiales concretos es cuestión que afecta a cada Administración pública en el ejercicio de sus competencias”. De esta forma, a quien corresponde la competencia sustantiva, corresponde constitucionalmente también la competencia sobre el procedimiento. En principio, por tanto, el Estado regula sus propios procedimientos en relación con las materias de su competencia y las Comunidades Autónomas y Administraciones locales los suyos propios. Con base en el art. 149.1.18 el Estado puede, todo lo más, establecer a lo sumo, en la Ley 30/92, los principios básicos del procedimiento administrativo (y en el título IX lo hace respecto de la potestad sancionadora).

El Reglamento afirma que “La formulación de una petición *no vincula al órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador*, si bien deberá comunicar al órgano que la hubiera formulado los motivos por los que, en su caso, no procede la iniciación del procedimiento”, y “*cuando se haya presentado una denuncia*, se deberá comunicar al denunciante la iniciación o no del procedimiento cuando la denuncia vaya acompañada de una solicitud de iniciación”. Esta “comunicación” al denunciante es el único elemento de mayor toma en consideración de las peticiones de apertura de expediente formuladas por los particulares que el RP ha introducido respecto de la anterior Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. Por lo demás, la discrecionalidad del órgano competente para determinar o no la iniciación del expediente sancionador se mantiene en los mismos términos, no existiendo ningún deber de motivar o justificar la apertura o no del procedimiento sancionador.

Lo curioso es que, siendo ésta una cuestión de enorme trascendencia, la doctrina administrativista apenas ha prestado atención a esta cuestión hasta tiempos muy recientes. Y hoy no puede considerarse como una cuestión intrascendente, dada *la actual proliferación de la previsión de infracciones y sanciones*. En los últimos treinta años se ha producido lo que puede calificarse de una “*eclosión de la potestad sancionadora de la Administración*”. Esta ampliación del campo de aplicación se corresponde con la extensión de los ámbitos de intervención del Estado, pues a las misiones de regalía tradicionales se han venido a añadir funciones de lo más diversas (entre las que cabría destacar la protección del medio ambiente, del patrimonio histórico-artístico o de la ordenación urbanística), o bien asociadas a la idea de un Estado supervisor, responsable de conciliar los diferentes imperativos u objetivos de interés público en las actividades privadas liberalizadas (dado que las actuales tendencias liberalizadoras de la economía o de reducción del intervencionismo administrativo inclinan hoy la balanza hacia la prestación de servicios, tradicionalmente reservados al monopolio estatal, por empresas particulares), mediante la utilización de la regulación, y toda extensión de la regulación se acompaña, por regla general, de nuevas infracciones. Este fenómeno se ve impulsado además por una cada vez mayor demanda de seguridad por parte de la sociedad, hasta el punto de que se ha llegado a hablar de una *infantilización* generalizada de la sociedad, que se hace cada vez más exigente respecto a las garantías de la seguridad por parte del Estado, lo que impone cada vez más la articulación de medios de concertación en un principio, y de restricción y sanción a continuación².

2. V., QUASTANA, J., “La sanction administrative estelle encore une décision de l’administration?” en *L’actualité juridique- Droit administratif*, número especial dedicado a “Les sanctions administratives. Actualité et perspectives”, 20 de octubre de 2001, pp. 143 y 144.

Un ejemplo de actualidad lo tenemos en la creación de las *Agencias de Seguridad Alimentaria*, constituidas por una Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria que se coordina con las Agencias nacionales creadas con el mismo objetivo, que no es otro que el de reducir, eliminar o evitar los riesgos para la salud derivados de los alimentos. Este sistema de protección de la seguridad en los alimentos se ha articulado en gran medida como respuesta al mal conocido de las *vacas locas*. En nuestro país, la Ley 11/2001, de 5 de julio, creó la Agencia de Seguridad Alimentaria como organismo autónomo adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, con el objetivo general, como dice la Exposición de Motivos de la Ley, “de proteger la salud pública, contribuyendo a que los alimentos destinados al consumo humano -considerando la cadena alimentaria en su integridad desde la producción primaria hasta el consumo- sean seguros y garantizar su calidad nutricional y la promoción de la salud”.

Pues bien, el riesgo de la *encefalopatía espongiforme* derivada del consumo de carne procedente de vacuno alimentado con piensos animales es uno de los supuestos que ADAMS, John, profesor del University College of London, define como *riesgos virtuales*. Junto a los riesgos directamente perceptibles (subir a un árbol, conducir un coche etc.), y a los riesgos perceptibles con la ayuda de la ciencia, tales como una epidemia de cólera u otra enfermedad contagiosa, ADAMS, en un libro expresivamente titulado *Cars, Cholera and Cows: Virtual Risk and the management of Uncertainty (Coches, Cólera y Vacas: Riesgos virtuales y la gestión de la Incertidumbre)* -Londres

Como consecuencia de la confluencia de estos factores, el catálogo de infracciones ha aumentado tan prodigiosamente que no es exagerado afirmar, como dice Alejandro Nieto, que “no existe ni un solo ciudadano que pueda estar seguro de no estar contraviniendo alguna norma. El Ordenamiento Jurídico ha colocado a todos los ciudadanos, incluso a los más escrupulosos, fuera de la ley, y sólo la tolerancia personal de las autoridades y sus agentes, así como la propia debilidad del aparato represivo evitan que todos los españoles estén ‘empapelados’”³.

Hasta tiempos bien recientes, sin embargo, esta potestad apenas ha sido ejercida por la Administración, lo que a juicio de Nieto, hace más *tolerable* esta potestad. Mientras la proliferación de la previsión de infracciones y sanciones iba acompañada de una tolerancia administrativa generalizada, salvo en algunos ámbitos muy concretos como las multas de tráfico o las sanciones tributarias, los efectos perversos que podían derivarse de la discrecionalidad administrativa para el principio de seguridad jurídica de los administrados apenas resultaban perceptibles.

Por ello, hay autores que, como el propio Alejandro Nieto, han venido justificando el ejercicio facultativo de la potestad sancionadora, aunque este autor muestra una posición cada vez más matizada en las sucesivas ediciones de su obra *Derecho Administrativo Sancionador*. Parte Nieto de un presupuesto fáctico en virtud del cual, como hemos expuesto, “la Administración no ejerce de ordinario su potestad sancionadora, de tal manera que sólo una mínima parte de las infracciones que se cometen llegan a ser castigadas”⁴. Lo cierto, sin embargo, es que en determinados ámbitos en los que existe una fuerte conciencia social de la necesidad de protección de los bienes puestos bajo la tutela de la Administración, este presupuesto está cambiando aceleradamente, pudiendo citarse en este sentido las sanciones en el ámbito de la protección del medio ambiente. La Administración de la protección del medio ambiente, impulsada por una cada vez mayor concienciación social y por un aparato burocrático que ha ganado mucho en eficacia (hay que alabar en este punto la labor que están llevando a cabo los agentes del SEPRONA, “Servicio de Protección de la naturaleza de la Guardia Civil”), está comenzando a sancionar con dureza a las empresas que incurren en ilícitos medioambientales⁵.

1999-, califica de virtuales los riesgos en los que “Los científicos no están de acuerdo. No existen pruebas irrefutables. Se basan en una hipótesis”. Los riesgos virtuales que alarman a la sociedad occidental están sufriendo un incremento espectacular, cuando paradójicamente (o precisamente por ello) las cotas de salud y bienestar son más altas que nunca, desde la comida transgénica, el agujero de la capa de ozono, el *síndrome de la clase turista*, el recalentamiento de la tierra..., y el problema es que, como señala este autor “los riesgos virtuales pueden ser o no imaginarios, pero tienen consecuencias reales” en cuanto vivimos en una sociedad, como dice John CARLIN, “que exige garantías totales contra todo riesgo, que ha cogido el hábito de echar inmediatamente la culpa a las autoridades si no se imponen todas las medidas para que la utopía de la seguridad absoluta se haga realidad algún día” (“Riesgos virtuales”, artículo publicado en el diario *El País*, de 4 de febrero de 2001).

3. NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, 3ª edición ampliada, Editorial Tecnos, 2002.

4. *Ibidem*, p. 142.

5. Por lo que respecta a la Comunidad de Madrid, la Consejería de Medio Ambiente en el año 2001 impuso 3.430 multas por delitos medioambientales, un 35% más que el año anterior. La mayor parte de las multas se debió a vertidos ilegales, motocicletas circulando por zonas rurales protegidas u hogueras en acampadas no autorizadas. La sanción más grave hasta ahora impuesta lo ha sido, en el año 2002, a una empresa dedicada a la extracción de áridos, por actuar de manera ilegal en una zona declarada por la Unión Europea de especial protección de las aves. Los infractores han de pagar 600.000 euros en concepto de multa, 140.636 como indemnización por daños y perjuicios, y además, están obligados a reparar los daños causados en la zona, que pueden establecerse en unos 120.000 euros (datos extraídos del periódico *El País*, de 22 de abril y de 4 de octubre de 2002).

Y la justificación que da este Nieto al ejercicio facultativo de la potestad sancionadora administrativa, que a su juicio “también en esto se distingue de la necesidad, salvo excepciones, de las acciones penales”, es puramente fáctica, basada en *la realidad*. Así lo explica el autor:

Sería ingenuo decir que la realidad debe imponerse porque ya se encarga ella de hacerlo sin que nadie lo propugne: la realidad se impone indefectiblemente y ella es la que nos enseña que *es materialmente imposible sancionar y aun expedientar a todos los infractores*. Sostener, por tanto, el carácter obligatorio supondría multiplicar por cien o por mil el número de funcionarios y ni aun así. *Ad impossibilia nemo tenetur*; el derecho se detiene ante las puertas de lo imposible⁶.

La consideración de que la incoación de un expediente sancionador o su archivo son facultativos para la Administración aparece para este autor, como bien señala Magide Herrero, como “un intento de racionalizar una situación patológica, fruto de la combinación de la escasez de medios de la Administración y de un régimen sancionador desproporcionado”. Ante la evidencia de que sólo un pequeño número de las infracciones se persigue, que deriva en muchos casos en situaciones verdaderamente arbitrarias, la abierta consideración como discrecional de la persecución de las infracciones administrativas que propugna, como veremos, este autor, se presenta, añade Magide, “probablemente con cierta razón, como una respuesta garantista dentro del realismo (...). Este planteamiento supone un ejercicio de realismo, siempre sano, más hay que ser conscientes de que *la aceptación de esta situación no colabora en absoluto a su deseable corrección*”⁷.

Ciertamente, el planteamiento realista defendido por el profesor Nieto y más recientemente por Huergo Lora⁸, aparte de que resulta imposible de conciliar con el principio de legalidad, dada la redacción imperativa que revisten las normas sancionadoras, puede ser además refutado con argumentos extraídos también de la realidad práctica, y en este sentido pueden hacerse dos tipos de consideraciones:

El mismo argumento podría aplicarse a la potestad represiva del juez penal en determinados delitos, como en el caso, por ejemplo, de ciertos delitos societarios, como es el tipificado en el art. 290 del Código Penal (aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), en el que se castiga con pena de prisión de hasta tres años y multa el falseamiento de las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad. Resulta bien conocido que la doble contabilidad o falseamiento en alguna medida de los datos contables de las empresas es un fenómeno muy extendido, y que reprimir todas las conductas incumplidoras exigiría, al igual que dice Nieto respecto de las infracciones administrativas, “multiplicar por cien o por mil el número de funcionarios y ni aun así”, pero eso no empece que, cuando un fraude de este tipo es descubierto, la maquinaria judicial deba necesariamente ponerse en marcha para su represión.

Si las sanciones administrativas se aplicaran sin excepción en todos los supuestos previstos, *no haría falta esa “inflación” de sanciones administrativas* y, sobre todo, *se lograría mucho mejor el fin de las sanciones* que, como dice el propio Nieto, “es, en último extremo, el cumplimiento de determinadas normas” o, lo que es igual, *la disuasión de la infracción del ordenamiento jurídico*. No resulta en absoluto contrastado por los hechos, sino más bien lo contrario, “que en ocasiones es más eficaz a tales efectos la benevolencia que el rigor y tal es la política que se sigue actualmente en casi todas las administraciones públicas”.

6. *Ibidem*, p. 144.

7. *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 2000, p. 340.

8. HUERGO LORA A., “La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos” en *Revista de Administración Pública* n° 137, 1995, pp. 189 y ss.

Late aquí, y el propio autor lo reconoce, una concepción de la sanción como *amenaza* en virtud de la cual “La Administración advierte primero, antes de castigar, o castiga por días o por zonas, si es que cree que con ello se propicia el respeto posterior a las normas”. La sanción, sin embargo, no puede operar como una amenaza, lo que supondría vulnerar frontalmente el principio de legalidad en materia sancionadora, sino como el castigo vinculado necesariamente por la ley a determinada conducta infractora, pues lo contrario supondría volver a una idea premoderna del *ius puniendi* del Estado, pudiéndose citar en este sentido las palabras de M. Foucault: lo característico del castigo en el Estado moderno es que “se pide eficacia a su fatalidad, no a su intensidad visible; *es la certidumbre de ser castigado, y no ya el teatro abominable, lo que debe apartar del crimen*”⁹.

Tal concepción va además en contra, como hemos señalado, del propio efecto disuasorio de la potestad sancionadora, como el propio Nieto reconoce más adelante, al afirmar que “la conciencia de vivir fuera de la ley desestimula al individuo a la hora de cumplirla. Sabiendo que es imposible (*sic*) evitar las infracciones y sabiendo que depende del azar el ser sorprendido por un agente o de la tolerancia (comprada o gratuita) de autoridades o funcionarios, ya no se tiene demasiado interés en legalizar las situaciones”¹⁰.

Experiencias recientes en materia de tráfico vienen a demostrar que un sistema sancionador que funcione con eficacia y de acuerdo con el principio tolerancia cero despliega una enorme eficacia disuasoria de las conductas infractoras: cuando se establece un régimen de aparcamiento controlado, como el que se ha implantado en los últimos años en muchas ciudades españolas, en el que el infractor sabe que con una altísima probabilidad, casi certeza, va a ser sancionado si no cumple con la norma (pagar la tasa de estacionamiento y no permanecer en la plaza más tiempo del permitido), el cumplimiento se convierte en la norma y no hace falta incrementar la cuantía de las sanciones para que éstas tengan mayor capacidad disuasoria. Por ello, señala el magistrado Sabán Godoy, la obligatoriedad de la acción sancionadora administrativa es posible “que produjera una disminución de previsiones sancionadoras con lo que éstas volverían a ser únicamente consecuencia de una agresión al interés público y no una amenaza”¹¹.

Este último argumento, de especial peso en cuanto supone que la falta de obligatoriedad en el ejercicio de la potestad sancionadora viene a *desvirtuar por completo el carácter disuasivo de la sanción* ha sido puesto de manifiesto también por M. Rebollo Puig, que señala que la eficacia disuasoria de las sanciones administrativas se ve completamente desactivada desde el momento en que la sanción “ya no sería consecuencia jurídica necesaria de la infracción que puede lícitamente quedar impune a voluntad de la Administración, sino de la *conjugación de una serie de factores aleatorios entre los que jugarían un papel fundamental las buenas relaciones con las autoridades y funcionarios, empezando por los mismos inspectores*”¹².

Y enlazamos así con el segundo y gravísimo problema que entraña esta tradición de que la Administración pueda libremente decidir no imponer la sanción aunque concu- rrieran todos los requisitos para ello. Nos referimos al *fenómeno de la corrupción*, que

9. Vigilar y castigar, traducción española, Siglo XXI, Madrid 1992, p. 17 (tomo la cita de A. HUERGO LORA, *ob.ult.cit.*).

10. *Ibidem*, p. 146.

11. SABÁN GODOY, A., *El marco jurídico de la corrupción*, Cuadernos Cívitas, Madrid 1991.

12. REBOLLO PUIG, M., *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, editado por el Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid 1989, p. 714.

tanto en el sector económico como en el de la actuación de los poderes públicos es un tema que mantiene por desgracia su actualidad incluso en las democracias más desarrolladas¹³. Con mucha claridad expone este problema A. Sabán Godoy:

Ante el exceso de poder y la amplitud de posibles infractores, *la inacción, en su sencillez y comodidad, otorga la más incontrolable potestad*. Sancionar es tarea comprometida, penosa y expuesta; no hacerlo, o dejar prescribir la facultad, en la práctica resulta impune. Asociada esta posibilidad a las cuantías en juego en algunos sectores (nuclear, mercados, fiscal etc.) aquélla nos da una idea de los eventuales efectos que puede tener para la introducción de intereses ajenos a los públicos¹⁴.

El problema no se limita, a mi entender, a la introducción de “intereses ajenos a los públicos”, lo cual puede suceder evidentemente, sino a que el ejercicio de la potestad sancionadora se haga depender de la concurrencia de otros intereses públicos, que no fueron los contemplados en la norma cuando reguló determinadas conductas y previó para el incumplimiento de la regulación la imposición de determinadas sanciones. Pensemos, por ejemplo, en el ámbito del medio ambiente, en el que una empresa puede estar, por ejemplo, contaminando por encima de los umbrales permitidos por la legislación, pero las autoridades competentes para sancionar consideran que, puesto que se trata de una empresa que proporciona muchos puestos de trabajo y enriquece a la colectividad, y la aplicación estricta de las sanciones conduciría con toda probabilidad a su cierre, prefieren mirar hacia otro lado y permitir que la empresa siga infringiendo la legalidad y, lo que es más grave, vulnerando los derechos e intereses de los vecinos¹⁵.

El ejercicio facultativo de la potestad sancionadora genera además *un problema grave de inseguridad jurídica en los ciudadanos* que ha sido detectado por Nieto. Este autor reconoce que, ante la libertad de la Administración de proceder o no a sancionar, “el ciudadano está en manos de la Administración, cuya tolerancia ha de comprar con la sumisión política y con la colaboración en la corrupción. El individuo que hace un gesto de protesta o de crítica no será castigado por ello, naturalmente; pero corre el riesgo -y en determinados casos, la certeza- de que será visitado por inspectores fiscales, inspec-

13. Sobre el fenómeno de la corrupción, V., entre otras, las siguientes obras (ordenadas cronológicamente): MENY, Y., *La corruption de la République*, Editorial Fayard, París 1992; DELLA PORTA D. y MENY Y., *Démocratie et corruption en Europe*, Ediciones La Découverte, París 1995; SÁNCHEZ F.J., *Detrás del escándalo político: opinión pública, dinero y poder en la España del siglo XX*, Tusquets Editores, Barcelona 1995; ROSE-ACKERMAN, Susan, *Corruption and Government: causes, consequences and reform*, Cambridge University Press, 1999; CAIDEN, G.E., DWIVEDI, O.P., JABBRA J., (editores), *Where corruption lives*, Connecticut 2001.

14. *Ob. cit.*, p. 43.

15. Este riesgo de corrupción o, como mínimo, de desviación de poder, es señalado también por el profesor REBOLLO PUIG:

“La *libertad de disposición* sancionadora puede conducir en el sector concreto que nos ocupa a distorsionar de tal forma el mercado que sustituya completamente sus mecanismos por el de la voluntad política de turno, pues no otra cosa será regular hasta en los más ínfimos detalles la actividad empresarial -lo cual resulta lícito en defensa de la salud pública y los intereses del consumidor- y prever sanciones ante su transgresión que pueden suponer de hecho la práctica imposibilidad de subsistir para la mayor parte de las empresas, y después hacer depender la efectividad de todo ello -no sólo de las sanciones, sino de la real efectividad de la regulación material de la actividad, pues una cosa conllevará la otra normalmente- de una decisión administrativa completamente libre que puede atender en su selección de los sancionados a los criterios más variados, desde electorales hasta puramente personales, incluso muy lícitos, como la confianza que para los funcionarios y autoridades pueda merecer una empresa en que se detecta la infracción muy grave y la desconfianza en aquella otra en que se detecta una leve. No hace falta decir que todo ello da cabida también a cualquier criterio menos legítimo que los anteriores y sin que haya ningún medio para combatirlo, pues perfectamente ajustada a Derecho sería la imposición de una sanción a una empresa que realmente ha cometido la infracción y la no imposición a otra en igual situación, sin que tan siquiera quepa alegar en el primer caso desviación de poder, ni violación de la igualdad (...)” (*ob. cit.*, p. 713).

tores de industria, inspectores de policía, que constatarán inevitablemente infracciones suficientes como para hacerle arrepentirse de su gesto desencadenante. Dicho en una palabra: *el ciudadano vive entre la arbitrariedad y el azar: unas condiciones que convierten en un sarcasmo (...) las garantías del Derecho Administrativo Sancionador y permiten sospechar razonadamente de las pregonadas virtudes del Estado de Derecho*¹⁶.

A pesar de detectar estos problemas, algunos autores, como el propio Nieto tal y como hemos visto, o de forma reciente E. Cobreros Mendazona¹⁷, no propugnan la supresión del principio de oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa sino su limitación.

En el caso de Alejandro Nieto¹⁸, parte de que “parece conveniente (o más bien inevitable) dejar en manos de la Administración la decisión de perseguir, o no, a los infractores, salvo que haya interesados -afectados en sus derechos o intereses legítimos, se entiende- que así lo soliciten”, pero “*la oportunidad debe entenderse como discrecionalidad -y, en cuanto tal, controlable- y no como arbitrariedad*”, y los “criterios de tal control” (supuesto que, obviamente, se parte de la no obligatoriedad) se basan fundamentalmente, a su juicio, en que, para no incurrir en arbitrariedad “la Administración tiene que justificar las razones que le impulsan a perseguir una infracción concreta en un contexto de tolerancia”.

Este argumento es equivalente a la necesidad que se le impone a la Administración de motivar sus actos cuando se separen de los precedentes anteriores, pero presenta la quiebra de que, como el propio autor reconoce, “tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional han sentado la doctrina de que la igualdad no puede invocarse dentro de la ilegalidad”, lo que ha sido incluso aplicado a los denominados “precedentes ilegales”¹⁹, por lo que por mucho que la Administración se haya separado del criterio mantenido con carácter general nunca podrá alegarse, ni contemplar los jueces que se ha vulnerado el principio de igualdad de los ciudadanos y que, por tanto, se ha incurrido en arbitrariedad²⁰. Curiosamente, el argumento que ha avanzado el Tribunal Supremo para justificar esta inoperancia del principio de igualdad frente a la ilegalidad es el mismo que le ha llevado a Nieto a defender el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción sancionadora y su pretendido límite en la arbitrariedad, y no es otro que la imposibilidad de sancionar a todos los infractores. Así lo argumenta el TS en la Sentencia de 4 de noviembre de 1996 (R.A. 7887):

“existe una justificación posible para un posible tratamiento desigual” pues “el respeto a las garantías procedimentales y procesales y la necesidad de una prueba de cargo *impide que pueda afirmarse que necesariamente todas las conductas objetivamente punibles puedan ser sancionadas*”.

16. *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 146.

17. COBREROS MENDAZONA, E., “El reconocimiento al denunciante de la condición de interesado” en el *Derecho Administrativo Sancionador en el umbral del siglo XIX. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, coordinador SOSA WAGNER, F., Editorial Tirant lo blanch, t II, Valencia 2000, pp. 1437 y ss.

18. *Ob.ult.cit.*, pp. 146 y 147.

19. De acuerdo con la STS de 20 de febrero de 1991, R.A. 1053, “El precedente ilegal no vincula, puesto que el principio de igualdad juega tan sólo dentro de la legalidad” (...) “el precedente ilegal no justifica la impunidad ni excluye la antijuricidad”.

20. Entre otras muchas, podemos citar la STS de 16 de marzo de 2001, R.A. 4143, que, ante la separación definitiva del servicio impuesta a un policía de la Ertzaintza por haber sido condenado penalmente como autor de un delito de colaboración con banda armada y frente a la alegación del sancionado de vulneración del principio de igualdad porque a otros compañeros suyos en situación similar no se les impuso la misma sanción, sostiene que “el principio de igualdad (...) es demandable en la legalidad y no en la ilegalidad”.

Cobrerros Mendazona, por su parte, establece dos criterios “a partir de los cuales no sea legítimo reconocer a la Administración competente margen alguno de discrecionalidad en el caso de que se trate, como son: 1º) la gravedad del hecho constitutivo de infracción; y 2º) las repercusiones de dicha acción o, más concretamente, la entidad del riesgo originado o del riesgo efectivamente producido. En los restantes casos, esto es, en los que podemos considerar como infracciones leves o de livianas consecuencias, de mejor o peor grado quizá haya que rendirse a la evidencia de un cierto margen de discrecionalidad en manos de la Administración”. El problema de estos límites fundamentales (pues el autor establece también algunos límites o elementos correctores como él los denomina, del principio de oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa²¹), estriba en que los límites que impone están constituidos por conceptos jurídicos indeterminados (“*la gravedad del hecho*”, “*la entidad del riesgo originado*”), que habrá de apreciar la Administración al aplicar unas sanciones que, con frecuencia, presentan ya en su tipificación un amplísimo margen de apreciación, recurriendo también a conceptos muy semejantes, por lo que difícilmente podrá controlarse la discrecionalidad de la Administración al apreciar si concurren o no las circunstancias requeridas para que resulte obligatorio poner en marcha el aparato sancionador²².

Nos adscribimos, por ello, con la que puede considerarse doctrina mayoritaria, a la defensa de el principio de oficialidad u obligatoriedad del ejercicio de la potestad sancionadora. Pueden destacarse en este sentido, además de las opiniones ya reflejadas de Rebollo Puig y de Saban Godoy, la muy autorizada de E. García De Enterría y T. R. Fernández, que afirman taxativamente que “*En modo alguno puede admitirse que abrir un expediente sancionatorio y sancionar dentro de él constituya una potestad discrecional de la Administración*”²³.

Esta posición resulta hoy, a nuestro entender, *la única defendible en cuanto resulta una consecuencia ineludible del principio de legalidad que rige la potestad sancionadora de la Administración* y la única además, que permite que la potestad sancionadora siga expandiéndose sin poner en grave peligro la seguridad jurídica y la garantía del derecho a la igualdad de los interesados, y así lo corroboran además, como exponderemos a continuación, tanto la evolución desde el principio de oportunidad al de oficialidad que ha tenido lugar en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, como nuestra jurisprudencia y alguna norma de reciente aparición.

21. Estos *elementos correctores* destinados a impedir la arbitrariedad administrativa son los siguientes: “En primer lugar, ha de insistirse en que la discrecionalidad, caso de existir, se referirá sólo al momento previo del ejercicio de la potestad sancionadora; una vez decidida su incoación y puesto en marcha el correspondiente procedimiento, la actuación dejará de ser discrecional para ser, en principio, estrictamente reglada. En segundo lugar, debe seguir manteniéndose el control pleno de la Jurisdicción contencioso-administrativa tanto de su ejercicio como de su omisión, si ello resultara discriminatorio, desviado o inspirado por finalidad desviada respecto de la específicamente prevista. Finalmente, no puede reconocerse discrecionalidad alguna a la hora de incoar un procedimiento sancionador cuando la infracción sea denunciada por un interesado, sin perjuicio de las facultades que tiene la Administración de comprobar la veracidad de los hechos denunciados”, *ob. cit.*, pp. 1454 y 1455.

22. Así, por ejemplo, si en caso de las infracciones a la Ley de prevención y control integrados de la contaminación (Ley 16/2002, de 1 de julio), la diferencia entre las sanciones muy graves y las graves cuando se trata de “incumplir las condiciones establecidas en la autorización ambiental integrada”, es que se haya o no “producido un daño o deterioro grave para el medio ambiente” o que se haya o no “puesto en peligro grave la seguridad o salud de las personas” (art. 31), los criterios que propone COBRERROS otorgan un doble margen de discrecionalidad a la Administración: para decidir si la sanción es muy grave o grave y, para en cualquiera de los dos casos, determinar si la entidad de “la gravedad” le obliga o no a sancionar. En el caso de las sanciones *muy graves* parece que en todo caso habrán de estimarse concurrentes, pero ¿qué ocurre en el caso de las graves?. Se trata de un criterio que reduce sólo en una medida muy limitada la amplísima discrecionalidad de la Administración para iniciar o no el expediente sancionador.

23. GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Cívitas, vol. II, 5ª edición, Madrid 1998, p. 186.

II. LA OFICIALIDAD DE LA POTESTAD SANCIONADORA
ADMINISTRATIVA COMO NECESARIA CONSECUENCIA DE LA
APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. SU RECONOCIMIENTO
EN LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE Y LA EVOLUCIÓN SUFRIDA EN
ESTE SENTIDO POR OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente sobre el principio de obligatoriedad de la acción penal, y lo ha hecho declarándola como una consecuencia insoslayable del principio de legalidad en materia punitiva que vincula tanto a la Administración como a los Tribunales. En la Sentencia 173/2002, de 9 de octubre de 2002, afirma así que:

Es indudable que forma parte del conjunto de las facultades inherentes a la potestad de juzgar, privativa de los Jueces y Tribunales por mandato de la propia Constitución (art. 117.3), la de seleccionar la norma jurídica aplicable al caso concreto de entre las varias posibles, su interpretación y la subsunción en ella de los hechos (STC 76/1995, de 22 de mayo, FJ5). Ahora bien, tampoco cabe duda de que el art. 117.3 CE no faculta al juez a que, una vez seleccionada la única norma aplicable al caso concreto, simplemente la inaplique, soslayando, por una parte, el procedimiento expresamente establecido en la norma suprema a tal fin (la cuestión de inconstitucionalidad del art. 163), y desconociendo, por otra parte, el principio de legalidad inherente al Estado de Derecho que la Constitución enuncia en su Título preliminar (art.9.3), y que es un límite no sólo de la actuación administrativa (art.103.1) sino también de la judicial (art. 117.1 CE; STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 2). La norma legal, en tanto que este Tribunal no la declare inconstitucional y, por ello, nula, está vigente (STC 23/1988, de 22 de febrero, FJ 2).

De esta última Sentencia del Tribunal Constitucional se deduce ya que el principio de legalidad, con su corolario de obligatoriedad de aplicación de la norma sancionadora prevista, resulta de necesaria aplicación en el ámbito de la actuación administrativa. Así lo confirma el Tribunal Supremo en la Sentencia de 4 de mayo de 1999 (R.A. 10096): *“el principio de legalidad, de sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, que gobierna la actuación de las Administraciones públicas, impone la corrección de las infracciones administrativas que hayan podido cometerse”* (en el mismo sentido, puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1992 -R.A. 2245²⁴-).

Del mismo modo, y por lo que respecta a la vertiente negativa de la vinculación de la potestad sancionadora al principio de legalidad, el Tribunal Supremo ha declarado que

24. En esta Sentencia, ante una denuncia en materia urbanística que se había archivado de modo improcedente, el Tribunal declara:

“El último argumento del Ayuntamiento apelante, convirtiendo en una simple facultad el deber de abrir expediente ante una denuncia del tipo de la de autos, es aún más rechazable, ya que ante el problema de una posible infracción administrativa, en general, y muy especialmente ante una de naturaleza urbanística, la Administración no tiene opciones, puesto que la simple sospecha de encubridora de cualquiera de ellas, no sólo representa una dejación de sus deberes de orden público, sino hasta motivo de reprobación por la ciudadanía de carácter ético-político.

Deber que en esta materia no sólo se impone por las consideraciones de orden teórico y de principio que hemos señalado, ya que viene reforzado por una norma inequívoca de derecho positivo, como es la contenida en el art. 52 del Reglamento de Disciplina Urbanística”.

De acuerdo con este precepto del Reglamento de Disciplina Urbanística (aprobado por Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio), “En ningún caso podrá la Administración dejar de adoptar las medidas tendentes a reponer los bienes afectados al estado anterior a la producción de la situación ilegal. Las sanciones por las infracciones urbanísticas que se aprecien se impondrán con independencia de dichas medidas”. De la redacción de este precepto se deduce claramente una obligación de la Administración de reponer los bienes afectados por las infracciones al estado interior, lo que conlleva necesariamente, la determinación de la infracción como presupuesto necesario y la consiguiente imposición de la sanción correspondiente.

la Administración “no puede a su libre voluntad, sancionar cualquier hecho que considere constitutivo de infracción jurídica, ni imponer la sanción que tuviere por conveniente” (Sentencia, Sala 3ª, de 4 de noviembre de 1980).

Ha de notarse que, al reiterar el Tribunal Supremo el sometimiento pleno de la Administración “a la ley y al Derecho” que impone el art. 103 de la CE, está reconociendo que el principio de legalidad se vería vulnerado por la no corrección de las infracciones administrativas que hayan podido cometerse, *sin perjuicio del rango, legal o reglamentario, que revista la norma tipificadora*, que es en el único aspecto en el que el Tribunal Constitucional ha admitido una cierta flexibilización del principio para las sanciones administrativas.

La vulneración frontal del principio de legalidad que provoca la aceptación de la oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora es evidente, pues la aplicación de la norma, con la imposición de la sanción correspondiente, ya no se deriva exclusivamente de la realización de las conductas establecidas en la norma, sino que se incorpora también, como condición necesaria, una decisión de la Administración no vinculada por la predeterminación normativa de los ilícitos y su sanción.

Consideramos, por tanto, que los principios que rigen nuestro derecho sancionador imponen, tal y como confirman diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo, el principio de oficialidad de la acción punitiva del Estado, cuyo reconocimiento legislativo propugnamos. Hoy tal reconocimiento resulta necesario y urgente, cuando la tolerancia administrativa, además de generar los problemas de seguridad jurídica apuntados, puede encubrir fenómenos de connivencia entre las autoridades sancionadoras y los infractores, como ocurre, en concreto, en el ámbito de los nuevos delitos en los que el sistema penal actúa como un refuerzo de acción administrativa, como es el caso, ya señalado, del sector de la protección del medio ambiente. En este ámbito, *si el sistema sancionador administrativo no funciona con un respeto escrupuloso del principio de legalidad, se desploma todo el sistema de garantía de la protección del medio ambiente mediante la represión pública*, dado el carácter accesorio que reviste la represión penal a través del fenómeno de los llamados *delitos en blanco*, en los que se utiliza la técnica del reenvío a la normativa o a las técnicas de control administrativas (contar o no con la autorización pertinente, por ejemplo), para la descripción de la conducta merecedora de reproche penal²⁵.

Salvo en los supuestos en los que los particulares acudan directamente a la jurisdicción penal utilizando la acción pública, será la Administración quien, mediante los sistemas de control e inspección establecidos²⁶, determinará la concurrencia de ilícitos y habrá de pasar el tanto de culpa a los Tribunales cuando consideren que revisten gravedad penal. Ahora bien, determinadas autoridades administrativas, ante los poderosos y más rentables políticamente a corto plazo intereses económicos, podrá tolerar industrias o actividades económicas que incumplan la normativa ambiental, y guardarse incluso la amenaza de la sanción como instrumento de coacción o de corrupción, con lo que la ilegalidad podrá no ser descubierta y dejará de reprimirse aun en el caso de que por su entidad revistiera un supuesto de delito ecológico.

25. Sobre la configuración de la mayoría de los delitos ecológicos en el Código Penal español como “delitos en blanco”, V. LOZANO B., *Derecho ambiental administrativo*, Editorial Dykinson, 3ª edición, Madrid 2003, pp. 503 y ss.

26. Sobre los distintos medios de inspección con que cuenta en la actualidad la Administración, V., el reciente y completo estudio de FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Editorial Comares, Granada 2002.

Hay que señalar que el principio de oficialidad de la acción punitiva de la Administración se está imponiendo de hecho gradualmente en los países de nuestro entorno jurídico.

En el caso de Alemania, la Ley Reguladora de las Infracciones (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten -OwiG-* de 2 de enero de 1975), establece la discrecionalidad *vinculada* para la persecución de las infracciones administrativas²⁷, pero esta inicial libertad de ha ido acotando por la jurisprudencia, en especial, limitando la posibilidad de no persecución a las infracciones leves²⁸.

Pero sobre todo, resulta destacable el caso de Italia, puesto que fue Guido Zanobini quien más contribuyó, incluso en España, a imponer la clásica concepción de la sanción como una penalidad “cuya aplicación constituye para la Administración, a la que se refieren los deberes de sancionar, *un derecho subjetivo*”²⁹. Esta concepción tradicional ha sufrido sin embargo una evolución radical, hasta el punto de que la doctrina actual afirma como uno de los principios rectores del ilícito administrativo el de “*legalidad- obligatoriedad procedimental*”, por el cual en el ejercicio de la actividad sancionadora la Administración se halla obligada a ejercitar la acción represiva al igual que el juez penal³⁰.

El fundamento de este principio de obligatoriedad procedimental se halla, como señalan Paliero y Travi, en las exigencias de imparcialidad y racionalidad sancionadas por los arts. 97 y 3 de la Constitución italiana, entendidas “no sólo en su aspecto sustancial -de adecuación de la entidad de la sanción a la gravedad del ilícito-, sino también desde su aspecto formal -de no discriminación en su irrogación-, sin admitirse condicionamientos de “oportunidad, ni *objetiva* (intereses administrativos particulares), ni, aun menos, *subjetiva* (persona del infractor)”³¹.

El Tribunal Constitucional italiano así lo ha reconocido expresamente, al afirmar que “también respecto de las sanciones administrativas rige la exigencia de la predeterminación *ex lege* de rigurosos criterios de ejercicio del poder relativo a la aplicación (o a la no aplicación) de éstas” (Sentencia de 14 de abril de 1988, núm. 147).

A juicio del Tribunal Constitucional italiano, esta exigencia se fundamenta en el principio de imparcialidad del art. 97 de la Constitución, y en la prescripción, contenida en el art. 23, de que “ninguna prestación personal o patrimonial puede ser impuesta si no

27. Art. 47.1 de la *Ordnungswidrigkeitengesetz* (OWiG): “La persecución de las infracciones depende de la discrecionalidad vinculada (*pflichtgemessenes Ermessen*) de la Administración sancionadora, quien puede ordenar el archivo del expediente mientras el procedimiento sea de su competencia” (tomo la traducción de NIETO, *Derecho sancionador administrativo*, cit., p. 143).

28. V., en este sentido, las observaciones de TIEDEMANN K., en ROXIN, ARTZT y TIEDEMANN, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, Editorial Ariel, Barcelona 1989.

29. Esta tesis fue formulada por primera vez por ZANOBINI G., en *Le sanzioni amministrative*, Fratelli Bocca Editori, Turín 1924, y en nuestro país fue recibida por MONTORO PUERTO M., quien afirmó que “poseyendo la Administración la potestad de sancionar las infracciones cometidas contra el ordenamiento jurídico administrativo, surge de esa potestad el derecho de imponer la sanción al caso concreto, derecho que puede ser ejercitado o no, según convenga al mejor cuidado de los intereses de cautela” (*La Infracción administrativa, características, manifestaciones y sanción*, Editorial Nauta, Barcelona 1965). Esta concepción aún late en los autores que se inclinan por el principio de oportunidad en la persecución de las infracciones administrativas, y en este sentido aparece citada en la obra de NIETO, A., aunque el autor se inclina, como “más moderna y más sencilla”, hacia “la explicación dogmática a través de la discrecionalidad” (*Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 142).

30. V., PALIERO C.E. y TRAVI A., *La sanzione amministrativa, profili sistematici*, Editorial Giuffrè, Milán 1988; y SANDULLI, M. A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie, principi sostanziali e procedimentali*, Ed. Jovene Editore, Nápoles 1983, pp. 196 y ss.

31. *Ob. cit.*, p. 143.

es en base a la ley”. Ello no obsta, a juicio del Tribunal, para que sea la propia ley la que autorice, con carácter general, la renuncia a la punición³².

Resulta por tanto preciso en nuestro ordenamiento un reconocimiento legislativo, con carácter de legislación básica, del principio de oficialidad u obligatoriedad del ejercicio de la acción punitiva derivado del de legalidad, aunque su falta no obsta su necesaria aplicación en todo caso, en cuanto consecuencia ineludible, como hemos visto, del principio de legalidad. Algún avance se contiene en la *legislación sectorial* a este respecto, pudiendo señalarse a este respecto:

En materia de infracciones de tráfico, donde parecería que por el ingente número de sanciones a imponer y la abundancia de sanciones leves, debería imponerse el principio de oportunidad en el ejercicio de la potestad sancionadora, la Ley establece claramente el principio de oficialidad. Así, de acuerdo con el art. 75.2 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo), se establece que “Los agentes de la Autoridad encargados del servicio de vigilancia del tráfico *deberán denunciar las infracciones que observen cuando ejerzan funciones de vigilancia y control de la circulación vial*”³³.

El Reglamento de Costas (aprobado por RD 1471/1989, de 1 de diciembre), en el que se establece que siempre que los denunciantes hayan fundamentado suficientemente los hechos denunciados, los funcionarios y autoridades correspondientes, *están obligados a tramitar las denuncias* (art.192).

En el ámbito de la defensa de la competencia puede deducirse *a sensu contrario* la vigencia del principio de la obligatoriedad del ejercicio del *ius puniendi* con carácter general, de la previsión expresa que realiza la Ley de Defensa de la Competencia de determinados supuestos concretos en los que, al modo de la *OwiG*, se permite excepcionalmente “acordar la no iniciación de los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas”. Así lo dispone el Artículo Vigésimo tercero de la Ley 59/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, por la que se añade a esta Ley un nuevo artículo 36 bis, con el siguiente contenido:

Artículo 36 bis. Supuestos de inadmisión y terminación convencional.

1. El Servicio de Defensa de la Competencia podrá:

1. Acordar la no iniciación de los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los *artículos 1 y 6 que, por su escasa importancia, no afecten de manera significativa a las condiciones de competencia.*

32. Así ocurría en el caso decidido por este pronunciamiento, y fue por ello por lo que el Tribunal Constitucional italiano declaró la legitimidad de una ley regional (Ley de la Región de Toscana, de 21 de febrero- 26 de abril de 1978), que autoriza “la renuncia de los créditos de módico valor (no superior a 2500 liras) incluyendo los créditos derivados de la irrogación de una sanción administrativa” V., un comentario de esta Sentencia en PALIERO y TRAVI, *ob. cit.*, pp. 144 y ss.

33. En desarrollo de este precepto, el Reglamento de Procedimiento sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial (aprobado por Real Decreto 320/1994, de 25 de febrero), establece en su artículo 4 dos tipos de denuncias: las de carácter voluntario, que podrá interponer *cualquier persona*, y las de *carácter obligatorio* que corresponden a los agentes de la autoridad encargados del servicio de vigilancia del tráfico. En concreto, el precepto dispone:

Artículo 4. “Denuncias de carácter obligatorio y voluntario.

1. Los agentes de la autoridad encargados del servicio de vigilancia del tráfico deberán denunciar las infracciones que observen cuando ejerzan funciones de vigilancia y control de la circulación vial (artículo 75, apartado 2, del Texto articulado).

2. Cualquiera persona podrá, igualmente, formular denuncias por hechos que puedan constituir infracciones a los preceptos del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial o de sus Reglamentos”.

2. Acordar la no iniciación de los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas previstas en el artículo 7 de esta Ley cuando estime que no concurren las circunstancias previstas en dicho artículo.
 3. Acordar la terminación convencional de una investigación que se haya iniciado de oficio o a instancia de parte interesada por posible infracción de los artículos 1, 6 y 7 de la Ley, siempre que la misma no resulte contraria a lo dispuesto en esta Ley, y esté encaminada a finalizar las actuaciones administrativas.
2. En los *procedimientos de terminación convencional*, el Servicio determinará quiénes son los interesados en el asunto, con el fin de que puedan ser oídos en el curso del mismo.

La terminación convencional de los procedimientos *no podrá acordarse en aquellos casos en que resulte contraria al ordenamiento jurídico y resulte perjudicial para terceros*. Tampoco podrá acordarse la terminación convencional una vez notificado el pliego de concreción de hechos.

Nuestra legislación parece por tanto avanzar hacia el reconocimiento del principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa. Ahora bien, el mero reconocimiento legal del principio de obligatoriedad de la acción no resultaría sin embargo suficiente para garantizar su cumplimiento, dado que no operaría ningún elemento de control sobre la decisión, aun motivada, de no abrir el expediente sancionador. Señala en este sentido el magistrado Saban Godoy, que “*En el derecho penal, la inacción se transforma necesariamente en un acto, la inadmisión o el archivo que, a su vez, puede ser objeto de recurso, cuya estimación daría lugar a la acción*”. En la órbita administrativa, añade con agudeza este autor, “esto sería, en la práctica, inviable por la opacidad del comportamiento público sin cuya voluntad positiva es inabordable la imposición de sanciones. La única forma de franquear el obstáculo consiste en algo tan simple como la admisión del interés del tercero en el ejercicio de potestades sancionadoras, quizás con la limitación exclusiva de la disciplinaria por ofensas personales, y la estimación de la obligatoriedad en el ejercicio de la potestad, de tal forma que la infracción haya de seguir la sanción y ello con abstracción de quién lo solicite”³⁴.

Resulta por lo expuesto necesario analizar la cuestión en nuestro ordenamiento jurídico del reconocimiento al denunciante de la condición de interesado, como requisito *sine qua non* para que pueda aplicarse con eficacia el principio de oficialidad de la acción administrativa.

III. EL RECONOCIMIENTO AL DENUNCIANTE DE LA CONDICIÓN DE INTERESADO EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR CUANDO SE VEAN AFECTADOS SUS INTERESES LEGÍTIMOS Y LA NECESARIA INTRODUCCIÓN EN AQUELLOS ÁMBITOS EN LOS QUE SE TUTELAN DERECHOS COLECTIVOS DE LA ACCIÓN PÚBLICA Y DE LA LEGITIMACIÓN DE LAS ENTIDADES DEDICADAS A SU DEFENSA

Como hemos señalado, la mejor forma de garantizar que la Administración proceda a ejercitar la acción sancionadora en aquellos supuestos en que resulta obligado es *la admisión del interés del tercero denunciante en el ejercicio de las potestades sancionadoras*. Dos son los supuestos en los que, a nuestro entender, este reconocimiento resulta obligado:

34. *Ob. cit.*, pp. 45 y 46.

- Cuando exista un tercero perjudicado en sus derechos o intereses legítimos.
- Cuando se trate de ámbitos en los que la Administración actúe tutelando intereses de carácter colectivo, como son, por ejemplo, la defensa de los consumidores y usuarios o la protección del medio ambiente.
- Los supuestos son distintos y para ellos se postulan soluciones diferenciadas, por lo que requieren un tratamiento por separado.

1. Superación de la negación tradicional de legitimación procedimental al denunciante cuando éste es titular de derechos o intereses legítimos. Su reconocimiento por la jurisprudencia y la Ley de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas del País Vasco

La legislación general no reconoce, como hemos visto, la condición de interesado al denunciante en ningún caso, pues el RP se limita a reconocer el derecho del denunciante, cuando haya acompañado su denuncia de una solicitud de iniciación, de que la Administración le comunique la iniciación o no del procedimiento (art. 11.2 RP). De ello se desprende, como señala Garberí Llobregat, que “la denuncia no genera efecto vinculante alguno de cara a la iniciación del procedimiento administrativo sancionador, entrando dentro de las facultades de la unidad competente para la iniciación el determinar, previa o no la realización de las actuaciones investigadoras a que se refiere el art. 12 RP, la procedencia de dictar el oportuno acuerdo de iniciación”³⁵.

La idea de que el denunciante no es interesado en el procedimiento sancionador es predominante en la jurisprudencia, que tiende a considerar como único interesado en este procedimiento al presunto infractor³⁶, y califica al denunciante como *Agente de la Administración o testigo cualificado* y, carentes, en cuanto tales, para recurrir la desestimación de la denuncia o participar como interesados en el procedimiento sancionador³⁷.

Esta postura resulta hoy, sin embargo, únicamente sostenible *cuando el denunciante carece de derechos o intereses legítimos afectados*, por imperativo del derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos que consagra el art. 24 de la Constitución. La idea de que no todos los denunciantes son, por esta circunstancia, de la misma condición, la expresa muy bien R. Parada:

(Resulta) inexacta la tesis que se recoge en alguna jurisprudencia de que el denunciante no es un interesado en el procedimiento o de que por ello no tiene derecho a su tramitación, es decir a que una vez denunciados los hechos, el órgano competente decreta la iniciación del expediente (Sentencia de 23 de julio de 1987) o de que, una vez iniciado, deba reconocérsele derecho al

35. GARBERÍ LLOBREGAT J., *El procedimiento administrativo sancionador, comentarios al Título IX de la Ley 30/1992 y al Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración (Real Decreto 1398/1993)*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia 1994.

36. V., REBOLLO PUIG, M., *Interesados y denunciantes en el procedimiento administrativo sancionador* en “Poder Judicial”, n° 29, 1993, pp. 59 y ss. Esta obra puede consultarse también en el libro, coordinado por BARNÉS VÁZQUEZ, J., *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*, Editorial Cívitas, Madrid 1992, pp. 227 y ss.

37. La Sentencia de 12 de diciembre de 1970 (R.A. 5052), declara en este sentido que “los denunciantes tienen el carácter de Agentes de la Administración y como tales carecen de acción para recurrir e impugnar en esta vía jurisdiccional las resoluciones que aquélla dictara tanto si desestiman la denuncia como si no imponen la multa o la impuesta o es en cuantía que el denunciante no considera adecuada a los preceptos legales”. En el mismo sentido, pero calificando al denunciante como *testigo cualificado*, V., la Sentencia de 30 de octubre de 1991 (R.A. 9176). HUERGO LORA cita, además de estas sentencias, otras muchas que niegan la legitimación del denunciante para recurrir el archivo de las actuaciones (V., *ob.cit.*, nota n° 45).

trámite de vista y audiencia antes de la resolución (Sentencia de 16 de diciembre de 1985). Esta doctrina valdrá realmente para supuestos en que el denunciante no tiene ninguna otra vinculación con los hechos que el de su conocimiento, ni otro interés que el de cumplir en abstracto con su deber de colaboración ciudadana; *pero la solución no debe ser la misma cuando, además de que se instruya o no el procedimiento y de que se resuelva en uno u otro sentido, se deriven para él beneficios concretos, como las primas de denuncia, o la prevención de daños para el denunciante o su entorno, como pudiera entenderse en el caso de denuncia de conductas que perjudican como puede ser el caso de denuncia de infracciones urbanísticas*³⁸.

De esta forma, si ciertamente en el adecuado ejercicio de la potestad sancionadora está en juego el interés público, puede haber también, como destaca Cobrerros Mendazona³⁹, otros intereses de particulares en liza, y entre ellos, el más claro es el del perjudicado, cuando existe, de la infracción cometida. “Es incomprensible -afirma en este sentido Nieto- que el perjudicado por los humos de una fábrica vecina no pueda exigir de la Administración la sanción de la infracción de las medidas de filtrado”⁴⁰. En este ámbito de las actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas es donde más interés pueden tener los denunciantes en que se apliquen las sanciones previstas, especialmente si se trata de la imposición de una sanción rescisoria, de clausura o cierre a una industria o actividad que está produciendo molestias a los vecinos, molestias que hoy, de acuerdo con doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha sido acogida por el Tribunal Constitucional español, pueden constituir una vulneración de su derecho fundamental a la intimidad familiar del art. 18 de la Constitución⁴¹.

Existen también muchos supuestos en los que a la Administración le corresponde la función de supervisión del cumplimiento de la normativa en un ámbito remitido a la actuación de personas públicas y privadas (pensemos en aquellos sectores de servicio público abiertos hoy a la competencia entre varios operadores o concesionarios: telecomunicaciones, energía, servicio postal...). En estos casos la condición de denunciante y de interesado suelen ir unidas, pues al ejercer su actividad de supervisión muchas veces la Administración realiza una “*actividad arbitral*”, en el sentido amplio que otorga a este término R. Parada⁴², en cuanto “decide controversias o conflictos entre los particulares sobre derechos privados o administrativos”. Pensemos, por ejemplo, en la competencia que puede producirse entre los consumidores y las empresas que realizan un acuerdo contrario a la competencia, y que se resuelven mediante las sanciones que pueda imponer el Tribunal de Defensa de la Competencia.

En estos supuestos en los que concurre en el denunciante la condición de interesado, la jurisprudencia se muestra más favorable a admitir la legitimación del denunciante. Especialmente significativas resultan las sentencias que cita en este sentido Huergo Lora⁴³, entre las que podemos destacar:

38. PARADA, R., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Editorial Marcial Pons, Madrid 1993, p. 279.

39. *Ob. cit.*, p. 1440.

40. *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 26.

41. V., LOZANO CUTANDA B., *La ecologización de los derechos fundamentales: “La doctrina López Ostra C. España, Guerra y otros c. Italia y Hatton y otros c. Reino Unido del TEDH y su recepción por nuestro TC” en Cívitas, Revista española de Derecho Europeo* n° 1, 2002; y, en el mismo sentido, “The greening of Fundamental Rights and the Post- Constitutional Act on the Right of Petition” en *European Public Law*, septiembre de 2002.

42. *Derecho Administrativo. II Organización y empleo público*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2002, p. 568.

43. *Ob. cit.*, pp. 1443 y 1444.

La Sentencia de 12 de febrero de 1992 (R.A. 2817), en un caso de sanciones impuestas a un taller de reparación de automóviles, rechaza la alegación del recurrente (el sancionado), que pretendía que el denunciante (propietario del vehículo sometido a reparación) no estaba legitimado para intervenir como interesado en el procedimiento, diciendo que “es con él (con el denunciante) con quien (...) se establece la relación comercial de clientelaje de la que nace ese interés personal y directo que le legitima a efectos procedimentales”.

También es muy esclarecedora la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1998 (R.A. 5046), en donde un particular, que había formulado una denuncia contra una agencia de viajes, se encontró con que la Administración, por su parte, había archivado las actuaciones; a la vista de lo cual el denunciante acudió a la vía contencioso- administrativa. El Tribunal Supremo reconoció expresamente la concurrencia en el denunciante de intereses legítimos en el procedimiento sancionador con la siguiente argumentación: “Esta doble circunstancia que se da en la recurrente, que se considera perjudicada por una determinada conducta de una empresa turística, de tal forma que la resolución que se dicte en el expediente le va a afectar, por la repercusión que pudiera producir en el litigio en el que se ventila una posible responsabilidad civil de dicha empresa en orden a la constatación o no de la realidad de los hechos que la determinan. Por eso no se le puede considerar como simple denunciante, a los efectos de denegar su legitimación, pues su posición le permite intervenir en el procedimiento, haciendo alegaciones y aportando los elementos probatorios que estime oportunos para acreditar las circunstancias fácticas que han de fundar la decisión que se tome (...)”.

En el mismo sentido, la Sentencia de 20 de marzo de 1992 (R.A. 3113), en la que se dice que, incoado el expediente sancionador, “el denunciante, *si es precisamente el perjudicado por la conducta*”, puede intervenir en el procedimiento administrativo.

En definitiva, y como expresa con gran claridad la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2000 (R.A. 1811), “conceptualmente, no son situaciones equiparables la de denunciante y la del interesado, pues cabe que quien facilita la *notitia infractionis* a la Administración carezca de interés legítimo concreto en el caso”, pero cabe la figura del “*denunciante portador o titular de un interés legítimo*” supuesto en el que “estaría legitimado para exigir el control jurisdiccional de una resolución como la impugnada”, que acordó no iniciar procedimiento sancionador. En la Sentencia se precisa que es “*atendiendo a las circunstancias de cada caso en concreto como ha de decidirse si el denunciante es o no portador o titular de un interés legítimo en obtener una respuesta sancionadora*”⁴⁴.

Hemos de concluir, en atención a lo expuesto, que la consideración de interesado del denunciante dependerá de que ostente algún derecho o interés legítimo vinculado al ejercicio de la potestad sancionadora. Existiendo tal interés, no puede negársele la legitimación necesaria para ser parte en el procedimiento sancionador, bien personándose en el mismo y recibiendo información de las actuaciones, o bien recurriendo la decisión de no iniciación del mismo.

Este reconocimiento va a servir de control sobre el ejercicio de la potestad sancionadora cuando proceda, esto es, del respeto por la Administración del principio de oficialidad de la potestad sancionadora, pues cuando ésta no actúe debiendo hacerlo, el denunciante- interesado podrá recurrir la denegación de abrir el expediente ante los Tribunales, que podrán revisarla y declararla, en su caso, ilegal. Hay que señalar en este sentido que, si bien el acto de iniciación del procedimiento es un acto *de trámite*, que, en

44. Se trataba de una resolución que, ante la denuncia de un corredor de comercio contra otros corredores, decidió, tras la información reservada, no abrir expediente disciplinario a los corredores denunciados por estimar que no concurrían causas para ello. En este caso, el TS consideró que no había interés legítimo porque el recurrente “ningún beneficio legítimo puede obtener de la incoación del expediente y su eventual sanción”.

principio no son recurribles de forma autónoma, en este caso si cabe el recurso en cuanto se trata de un acto que “determina la imposibilidad de continuar el procedimiento” (art. 107.1 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Hay que destacar que ya existe una norma que acoge la propuesta aquí realizada de que se reconozca con carácter general la consideración de interesado en el procedimiento sancionador de quienes han visto afectados como consecuencia de la infracción sus derechos o intereses legítimos. Se trata de la *Ley de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco* (Ley 2/1998, de 20 de febrero), que ha sido calificada en este punto por la doctrina de “*vanguardista y original*”⁴⁵.

En cuanto al ámbito de aplicación de esta Ley, como señala en su Exposición de Motivos, “El régimen sancionador y el procedimiento administrativo son elementos instrumentales en la configuración jurídica de una materia, y, por ende, la competencia sobre los mismos deriva de la competencia que se tenga sobre la materia de que se trate, ello con el límite que marcan las competencias del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y sobre el procedimiento administrativo común, amén de la establecida en el artículo 149.1.1 de la Constitución (...). Siguiendo esta pauta, se afirma que “Debido a la conexión entre competencia sobre régimen sancionador y procedimiento y competencia sobre la materia sustantiva a que tal régimen y procedimiento hagan referencia, resulta obligado comenzar la ley expresando que *solamente será aplicable respecto de la potestad sancionadora que se ejerza en el territorio de la Comunidad Autónoma y en las materias en que las instituciones comunes de ésta tengan competencias normativas, bien plenas bien de desarrollo normativo* (artículo 1)”. La norma no se aplicará, por tanto, a aquellas materias en las que la Comunidad Autónoma sólo tiene competencias de ejecución (como sería, por ejemplo, en materia de defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español, o de tráfico y seguridad vial).

Por lo que respecta al tema que aquí nos ocupa, el artículo 30 de la Ley, titulado Interesados, establece: “Son interesados en el procedimiento, además de los inculpados, quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos”.

El artículo 34, referido a la iniciación de oficio, ha considerado conveniente precisar aún más que la condición de interesado no la ostenta *per se* todo denunciante:

La denuncia no convierte, por sí sola, al denunciante en interesado en el procedimiento sancionador. El denunciante, salvo que tenga legitimación en los términos establecidos en el artículo 30 de la presente ley y solicite la apertura del procedimiento, no tendrá más participación en el procedimiento que el derecho a recibir comunicación del órgano competente sobre la apertura o no de aquél y, en su caso, de la resolución que le ponga fin.

En el caso de que se trate de un denunciante *no interesado*, la Ley recoge el deber general de comunicarle o no la apertura del procedimiento, sin necesidad, como vemos, de que haya acompañado su denuncia de una solicitud de iniciación, y a ello añade, por lo que respecta a la regulación general del RP, el deber de comunicarle la resolución que, en su caso, le ponga fin.

45. TOLA RÚA, M.A., *La consideración jurídica del denunciante en el procedimiento sancionador en Actualidad Administrativa*, nº 31, 1999.

Ahora bien, cuando se trata de un denunciante- interesado y solicita la apertura del procedimiento, a esta solicitud se le exigen por un lado determinados requisitos formales, destacando una preocupación por la motivación de la misma⁴⁶, y, cuando estos requisitos se cumplen, se establece una tramitación específica de la misma, en virtud de la cual:

De la solicitud y de lo que con la misma se aporte se dará traslado a las personas que aparezcan en ella como presuntos responsables, a fin de que en el plazo común de diez días aleguen lo que a su derecho convenga.

Recibidas las alegaciones a que se refiere el punto precedente o pasado el plazo al efecto señalado, el órgano competente para resolver decidirá sobre la admisibilidad de la solicitud de apertura del procedimiento.

Si el órgano competente entendiera inadmisibile la solicitud de apertura así lo expresará en resolución motivada. Si por el contrario, estimara que tal solicitud es admisible procederá a dictar el acuerdo de apertura del procedimiento.

Aunque la Ley no lo dice expresamente, se entiende que la denegación de la solicitud de apertura que cumpla con todos los requisitos previstos por la Ley es susceptible de recurso, como lo prueba la exigencia de motivación, necesaria para que el órgano revisor pueda conocer y enjuiciar los motivos de inadmisión. Hemos de recordar aquí que, aunque la inadmisión es un acto de trámite, resulta recurrible, por aplicación de los principios generales establecidos en la Ley 30/92, en cuanto “determina la imposibilidad de continuar el procedimiento” (art.107.1).

La Exposición de Motivos de la Ley explica de forma muy clara, con argumentos de puro sentido común, los motivos por los que se ha introducido esta innovación legislativa:

El artículo 30 y 35 pretenden introducir el equivalente de la acusación particular del proceso penal.

No se encuentra motivo alguno para limitar la virtualidad del concepto general de interés legítimo en el procedimiento administrativo sancionador. El ciudadano no tiene derecho a castigar, pero, en cuanto víctima posible del ilícito penal o administrativo, tiene un claro interés en solicitar el ejercicio del poder público punitivo y en participar en el procedimiento previsto para encauzar tal ejercicio. *La infracción administrativa puede perjudicar los derechos e intereses individuales tanto como el delito o la falta penales (amén del perjuicio al interés general siempre presente), por lo que no se alcanza a comprender la causa de la limitación consistente en que en el procedimiento administrativo sancionador únicamente estén presentes el interés general y el individual del imputado.*

Esta regulación, unida a las cautelas adoptadas, como veremos, para impedir las acusaciones particulares infundadas, nos parece un modelo que debía adoptarse a nivel general, y que, incluso aunque no se haga, debe reconocerse, como ya hemos expuesto, por aplicación del principio de la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos que consagra el art. 24 de la Constitución.

46. La Ley distingue entre la iniciación *tradicional*, esto es, de oficio, en virtud de la cual “Los procedimientos sancionadores se iniciarán de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de petición razonada de otros órganos o de denuncia” (art. 34), y la iniciación “a instancia de parte interesada”, en cuyo caso la solicitud “será motivada y deberá contener, amén de lo indicado en el artículo 70.1 de la Ley 30/1992, los hechos constitutivos de la presunta infracción, la fecha, fechas o periodo continuado en que se produjeron, los preceptos en que se encuentren tipificados, las personas presuntamente responsables, la sanción o sanciones que correspondan y los preceptos en que se encuentran recogidas. Ello sin perjuicio de la posibilidad de modificar dichos extremos en las alegaciones posteriores que la parte interesada haga durante el procedimiento.

Con dicha solicitud podrán aportarse todos los documentos, instrumentos o pruebas en que el solicitante funde su condición de interesado y su pretensión”.

Ahora bien, ¿qué ocurre en aquellos supuestos en los que no existen particulares que ostenten un interés legítimo en la punición pero concurre, sin embargo, un interés colectivo para cuya protección se establece una regulación que otorga a la Administración la potestad sancionadora de sus incumplimientos?

2. El necesario reconocimiento de la acción pública y de la consiguiente legitimación en todo caso del denunciante cuando está en juego la defensa de derechos o intereses colectivos. El caso, especialmente significativo, de la protección del medio ambiente

Existen determinados ámbitos en los que el ordenamiento jurídico reconoce la denominada acción pública o acción popular, que supone que cualquier ciudadano puede ejercitar la acción para instar la potestad represiva, sin independencia de que haya sido o no ofendido por el ilícito. Así ocurre con carácter general en el *ámbito penal*, en el que la acción denominada *pública* (art. 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882), o *popular* (art. 270 de la misma Ley), la pueden ejercitar todos los ciudadanos españoles con arreglo a las prescripciones de la Ley (arts. 101 a 103 de la Ley), por lo que cualquiera puede querrellarse por la comisión de un delito y la inadmisión o archivo puede ser objeto de recurso. El ejercicio de la acción penal cuenta con un profundo arraigo, y se halla garantizada por la Constitución (por la combinación de los artículos 24 y 125, de acuerdo con la interpretación de los mismos del Tribunal Constitucional, Sentencias 55/90, 241/92 y 37/93)⁴⁷.

Por lo que se refiere a la legitimación, el Tribunal Constitucional ha realizado una interpretación amplia del término ciudadano empleado por la Constitución, en virtud de la cual “no sólo las personas físicas, sino también las personas jurídicas, se encuentran legitimadas para mostrarse parte en el proceso penal como acusadores populares” (Sentencias 241/1992, 34/1994 y 50/1998).

En el ámbito del *proceso contencioso-administrativo*, la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ley 29/1998, de 13 de julio, hace mención expresa de la posibilidad de que ostente legitimación activa ante este orden jurisdiccional “*Cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular*”, pero limita el reconocimiento de esta acción a “*los casos expresamente previstos por las leyes*” (art.19.1.h).

En aquellos supuestos en los que las leyes reconocen la acción popular para recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa, cualquier ciudadano podrá denunciar las infracciones administrativas y, ante la negativa o pasividad de la Administración para proceder a su punición, podrá recurrir ante los tribunales. En la actualidad, y a nivel estatal, no son muchos los ámbitos en los que se reconoce la acción pública para recurrir las actuaciones de la Administración ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

El más conocido es el del urbanismo, en el que el art. 304 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Le-

47. Esta acción pública es gratuita, aunque el particular querellante ha de prestar fianza de la clase y en la cuantía que fije el Juez o Tribunal para responder de las resultas del juicio (art. 280 Ley de Enjuiciamiento Criminal), teniendo en cuenta que la fianza no podrá ser de tal cuantía que impida el ejercicio de la acción (en este sentido se pronunciaron dos Sentencias del Tribunal Constitucional, de 11 de julio de 1983 y de 29 de noviembre de 1984, cuya doctrina ha recogido la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 20.3).

gislativo 1/1992, de 26 de junio, declara que “Será pública la acción para exigir ante los Organos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación urbanística y de los Planes, Programas, Proyectos y Ordenanzas”⁴⁸.

En estos supuestos en que se reconoce la acción pública, los Tribunales han de reconocer la condición de interesado del denunciante y la obligación administrativa de, al menos, realizar algunas actuaciones para comprobar si los hechos denunciados deben ser sancionados. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 21 de julio de 2000 (R.A. 1609), por la que se resolvió un supuesto en el que el denunciante de una supuesta infracción urbanística recurrió la decisión del Alcalde de “no iniciar expediente alguno dada la escasa entidad de las infracciones que en dicho informe (el del Aparejador municipal) se constataban”. La Sala estima que tal decisión no es ajustada a Derecho por varios motivos:

En primer lugar, “porque se adoptó con el único fundamento del informe del técnico municipal, *pero sin dar trámite de audiencia al hoy recurrente, quien había reiteradamente pedido que se le tuviera por parte*”.

En segundo lugar, “*porque procedía depurar el alcance real de tales infracciones a través del procedimiento correspondiente, y no emitiendo una resolución, en rigor de fondo, al margen del mismo, y pasando el hecho de que aquella actuación edificatoria al margen de la licencia concedida (...) puede en sí mismo considerado constituir una conducta infractora merecedora de sanción*”.

El fundamento del reconocimiento de esta acción pública en materia de urbanismo, como ha declarado el Tribunal Supremo, “*no es otro que el clásico de suscitar la colaboración ciudadana en la función de control de la legalidad*” (Sentencia de 24 de mayo de 1980). La legislación urbanística, en cuanto afecta muy directamente a las condiciones de vida de los ciudadanos, presupone de esta forma un *interés de todos los ciudadanos en la defensa de la legalidad*, así como un derecho de información y participación en los procesos de elaboración y aplicación de las normas de urbanización⁴⁹.

Esta colaboración ciudadana resulta a nuestro entender especialmente importante, por no decir indispensable, *en todos aquellos sectores en los que están en juego intereses colectivos*, para cuya defensa, aunque el legislador la encomienda *prima facie* a la Administración, pueden y deben concurrir los particulares.

En la actualidad, como ha puesto de relieve A. Nieto, los intereses sociales no están organizados bipolarmente, entre los intereses *individuales* y los intereses *públicos*, sino que *también hay que tener en cuenta los intereses colectivos entendidos como los que afectan a una comunidad o grupo concreto*⁵⁰. Aparecen así en escena los denominados “*derechos o intereses colectivos*”, concepto difícil de definir y de encuadrar en las categorías tradicionales de los derechos subjetivos, pero cuya existencia, como señala N. López Calera, resulta innegable, por cuanto “la experiencia demuestra que hay valores,

48. Hay que señalar que este precepto no fue anulado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, que anuló aproximadamente un 80 por ciento de los preceptos de esta Ley, y que su vigencia ha sido igualmente mantenida por la Disposición Derogatoria única de la Ley básica estatal 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones.

49. En este sentido, puede citarse el art. 6 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, en el que se dispone que “La legislación urbanística garantizará la participación pública en los procesos de planeamiento y gestión, así como el derecho a la información de las entidades representativas de los intereses afectados por cada actuación y de los particulares”.

50. NIETO, A., “La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo” en *Revista de Administración Pública* n°76, 1975.

intereses, valores y necesidades que no son estrictamente individuales o atribuibles a unos individuos concretos; hay valores, intereses o necesidades que son de todos o de muchos, pero que no son de ninguno y se expresan mejor siendo denominados como colectivos, porque desde luego individuales no lo son”⁵¹.

El mejor rasgo que, sin duda, define estos derechos colectivos es el de su titularidad, en cuanto no la ostenta un individuo, un sujeto individual, sino un grupo o conjunto de individuos. Como dice Jean Rivero, por el titular del derecho, cabe hacer una diferenciación elemental, y es que *los derechos colectivos expresan que los individuos no son los únicos titulares de derechos*. Los derechos del hombre pueden ser también los derechos de los diferentes grupos o sociedades, como serían los derechos de la familia, de la nación, de la colectividad local o regional, de la etnia, etc. En el contexto de las Naciones Unidas los derechos de las colectividades son cada vez más frecuentemente ampliados e identificados con los derechos de la tercera generación, como son el derecho al desarrollo, el derecho a la paz o el derecho al medioambiente⁵².

El desarrollo de los derechos colectivos responde a nuestro actual modelo de Estado social de Derecho, en el que ya no resulta posible, como en el modelo constitucional liberal, realizar una contraposición entre la sociedad civil y el Estado y, por consiguiente, entre el ámbito de aplicación de los intereses públicos y de los intereses privados, porque de algún modo toda la esfera de los intereses legítimos se publica, de tal forma que el Estado es más hoy un garante que una amenaza de los derechos e intereses de los ciudadanos, pues en esta defensa de los intereses legítimos, aún más que en los cauces de la democracia representativa, encuentra su justificación y su razón de ser. No se trata de que la distinción entre el derecho privado y el derecho público, la gran dicotomía del pensamiento político y jurídico, como la califica Norberto Bobbio⁵³, haya dejado de existir, sino de la imposibilidad de trazar una frontera clara entre el ámbito de aplicación de estas dos categorías, por su profunda interpenetración en la actual ordenación jurídica.

Surge de esta forma una exigencia de “*democratización*”, de participación del pueblo -*demos*- en la *res publica*, que va más allá de las tradicionales fórmulas de democracia representativa propias del Estado liberal, para calar en la gestión cotidiana que las autoridades públicas hacen de los intereses generales. Intereses cuya concreción y defensa, dentro de los límites dispuestos por el legislador, ya no va a ser una tarea monopolizada por la Administración, sino que en ella participarán los ciudadanos y grupos de forma activa a través de las formas que se arbitren para ella. Así lo ha reconocido recientemente el legislador en la Ley de 23 de diciembre de 2002, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo⁵⁴, que flexibiliza y amplía los beneficios tributarios del denominado tercer sector, afirmando expresamente en su Exposición de Motivos que lo hace con “una finalidad eminentemente incentivadora de la colaboración particular en la consecución de fines de interés general, en aten-

51. LÓPEZ CALERA, N., *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y sociabilidad en la teoría de los derechos*, Editorial Ariel Derecho, 2000, p. 92.

52. RIVERO, J., “Les droits de l’homme: ¿droits individuels ou droits collectifs?” en *Actes du Colloque de Strasbourg des 13 et 14 mars 1979*, Annales de la Faculté de Droit et Sciences politiques et de l’Institut de Recherches juridiques, politiques et sociales de Strasbourg, t XXXII, París, LGDJ.

53. *La gran dicotomía: público/privado, dentro de Estado, gobierno y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México 1989, pp. 11 y 12. Tomo la cita de JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ (Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994) en *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 84, 1994.

54. Ley 49/2002, *Boletín Oficial del Estado* de 24 de diciembre de 2002.

ción y reconocimiento a la cada vez mayor presencia del sector privado en la tarea de proteger y promover *actuaciones caracterizadas por la ausencia de ánimo de lucro, cuya única finalidad es de naturaleza general y pública*".

El reconocimiento de los derechos colectivos, o dicho en la expresión de Rivero, de que los individuos no son ya los únicos titulares de derechos, cuenta hoy con una expresa apoyatura en la Constitución española de 1978. Así, el artículo 9.2 establece que corresponde a los poderes públicos "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y *los grupos* en que se integra sean reales y efectivas", y el artículo 16 garantiza "la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y *las comunidades*". Asimismo, la Constitución reconoce que la Universidad, configurada como sujeto colectivo, el derecho fundamental a su autonomía (art. 27.10), y afirma, por otro lado, derechos cuyo titular no puede ser sino un sujeto colectivo, como son el derecho de sindicación (art. 28.1), el derecho a la huelga (art. 28.2), y el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1).

Existen asimismo otros derechos que se reconocen de manera más difusa a determinados colectivos, pues aunque no se arbitran constitucionalmente vías de defensa de los mismos, se configuran como bienes o derechos colectivos de los que surge un correlativo deber tuitivo y prestacional por parte de los poderes públicos, de acuerdo con el marco que defina el legislador. En este sentido hay que destacar algunos de los "*principios rectores de la política social y económica*" reconocidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución, como son: el "derecho a la protección de la salud" (art. 43), el derecho al "acceso a la cultura" (art. 44.1), el "derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona" (art. 45.1), el "derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada" (art. 47), el derecho de la juventud a la participación "libre y eficaz (...) en el desarrollo político, social, económico y cultural", el derecho de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a "la atención especializada que requieren" y al "disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos" (art. 49)⁵⁵.

En el caso de estos llamados derechos económicos y sociales, el hecho de que la constitución los configure como un bien o interés colectivo informador del ordenamiento jurídico, no significa en modo alguno que su proclamación en el texto constitucional carezca de operatividad normativa directa. El valor informador del artículo 45 no constituye una pura "invitación" al legislativo sino que tiene, como todo el texto constitucional, un valor normativo y, por tanto vinculante⁵⁶.

Lo único que varía, como pone de relieve certeramente Tomás Ramón Fernández, "son los términos concretos de esa vinculación, que en este campo operan *prima facie* sobre el legislador, a quien nuestra Constitución obliga desde luego, a convertir el deber genérico en obligación exigible, y la mera expectativa de derecho en derecho subjetivo en sentido propio, a través del adecuado desarrollo de dichos principios".

55. En ocasiones, se habla de estos derechos, cuando son reconocidos a la comunidad en su conjunto, como *derechos difusos*, pero estimamos que la creación de una nueva categoría no viene sino a introducir aún más confusión en esta nueva configuración de los derechos humanos. Incluso hay quien sostiene, como HARTNEY, Michael, que hubiera sido conveniente no introducir la categoría de los derechos colectivos en este mundo, ya de por sí confuso y problemático, de los derechos ("Some Confusions concerning Collective Rights" en KYMLICKA, W., (ed.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford University Press, Nueva York 1995), pero, como bien señala LÓPEZ CALERA, "los hechos son tozudos y demuestran que los derechos colectivos están ahí como categoría y como práctica humana" (*ob. cit.*, p. 92).

56. Como ha reconocido el Tribunal Constitucional desde su temprana Sentencia de 2 de febrero de 1981, no hay en la Constitución normas meramente programáticas, sino que todos sus preceptos encierran un mandato preciso que vincula en sus propios términos a todos los poderes constitucionales.

En consecuencia, añade este autor, “si la Ley, al llevar a cabo el desarrollo al que la Constitución la obliga, no realiza esa labor de conversión que la propia Constitución también reclama o la realiza de forma que el derecho no termina de alcanzar la operatividad individual y social que le es propia, *incurrirá, sin duda, en un vicio de inconstitucionalidad susceptible de ser denunciado ante (y depurado por) la jurisdicción constitucional (...)*”⁵⁷.

En consecuencia, la defensa de estos derechos de tercera generación exige, como dice A. Nieto, formular y poner a disposición de la sociedad “técnicas concretas que hagan viable la realización de los intereses colectivos, de la misma manera que ahora existen ya para la defensa de los intereses individuales. Técnicas que han de responder a la sociedad en que nos encontramos (y no a la liberal) pero que no han de pretender imponer una forma social tecnocrática”⁵⁸. La doctrina germana, que califica a estos derechos colectivos como sociales, habla en este sentido de una obligación positiva del Estado “a hacer todo para realizar los derechos fundamentales, aun cuando no exista al respecto ningún derecho subjetivo de los ciudadanos”⁵⁹. El problema de la tutela y realización plena de los derechos o intereses económicos y sociales, se plantea así primariamente como una cuestión de meras obligaciones objetivas del Estado⁶⁰.

En un marco tan complejo de derechos subjetivos, bienes y derechos colectivos o intereses económicos y sociales, es lógico que los conflictos surjan con frecuencia. R. Alexi enuncia en este sentido, la posibilidad de colisión tanto entre “derechos fundamentales sociales y derechos de libertad individual” (mencionando en este sentido “el derecho al trabajo” y el reconocimiento de la “libertad de empresa” que supone la capacidad de decisión de la economía privada), como entre “derechos fundamentales sociales con otros derechos fundamentales sociales como así colisiones entre derechos fundamentales sociales y bienes colectivos. Un ejemplo de lo primero es la colisión entre un derecho al trabajo y un derecho fundamental ambiental. Colisiones entre derechos fundamentales sociales y bienes colectivos, por ejemplo, la defensa del país, resultan del hecho de que la realización de ambos absorbe considerables partes del presupuesto” con la consiguiente “incompatibilidad financiera” para la plena realización de ambos⁶¹.

A pesar de los problemas prácticos que plantea el concepto teórico de los derechos o intereses colectivos, sus consecuencias para el conjunto de la sociedad son, como señala Freeman, beneficiosas, en cuanto “El reconocimiento de los derechos humanos colectivos y la reconciliación de lo colectivo con los derechos humanos individuales diluye la distinción entre las concepciones individualistas y colectivistas de los derechos. Esto no elimina los desacuerdos sobre valores y políticas entre individualistas y colectivistas, pero crea un tercer espacio (“*third space*”) en el que los defensores de estas dos clases de sistemas de valor pueden comprometerse a dialogar y reconoce el valor de la autonomía individual y de la solidaridad colectiva. El concepto de derechos humanos colec-

57. FERNÁNDEZ, T.R., “Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor” en *Revista Española de Derecho Administrativo* n°76, 1992.

58. *La vocación del Derecho administrativo...*, cit., p. 898.

59. HESSE, K., *Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland* en “EuGRZ”, 1978, pp. 427 y ss.

60. De un modo muy claro lo expresa HÄBERLE: “así en el Estado de prestaciones, el derecho objetivo iusfundamentalmente relevante se adelanta al derecho (fundamental) subjetivo. Existen mandatos constitucionales (*principios*) de *uso de derecho fundamental* a los cuales (todavía) no corresponde ningún derecho subjetivo público” (HÄBERLE, P., *Grundrechte im Leistungsstaat*, en VVDStRL n° 30, 192, pp. 43 y ss.).

61. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, pp. 492 y ss.

tivos, por tanto, sirve para reconciliar los valores del universalismo liberal y el pluralismo cultural, y de este modo proporciona un marco teórico para políticas prácticas que pueden reconciliar la justicia y la paz”⁶².

El problema de mayor calado consiste, sin embargo, en que, en cuanto el ordenamiento jurídico- constitucional atribuye a los poderes públicos la plena realización de estos derechos o intereses colectivos o sociales, en ocasiones es la propia Administración la que se va a ver envuelta en estos conflictos, bien porque tenga que hacer de mediadora o árbitro entre derechos individuales y colectivos, o bien porque tenga que decidir a cuál de dos derechos de carácter social o económico debe dar preferencia. Se le otorga así a la Administración un poder de decisión sobre la realización de los derechos e intereses constitucionales que necesariamente debe tener un contrapeso en la posibilidad de los particulares de poner en marcha mecanismos jurídicos de control.

Muy claro resulta en este sentido el caso del conflicto que se suscita en las sociedades actuales entre “medio ambiente y desarrollo económico”⁶³. Nuestro Tribunal Constitucional se ha planteado en diversas ocasiones la relación entre medio ambiente y desarrollo, y ha afirmado desde un principio “la necesidad de compaginar en la forma que en cada caso decida el legislador competente la protección de ambos bienes constitucionales: el medio ambiente y el desarrollo económico” (Sentencia 64/1982, de 4 de noviembre). Tal armonización no resulta como es obvio fácil de realizar en la práctica, pues en una economía de mercado el logro del beneficio económico prima desde la perspectiva individual sobre el perjuicio colectivo que se causa al medio ambiente como recurso común.

Esta dificultad es precisamente la que hace necesaria la intervención de los poderes públicos en la defensa del medio ambiente, con la adopción de medidas de limitación y control de las actividades nocivas para el entorno y la introducción de técnicas que permitan tomar en consideración los costes ambientales en la actividad económica, incentivando las actividades respetuosas con el medio o incorporando los costes de degradación del entorno en el capítulo de los costes de producción de las empresas de acuerdo con el principio *quien contamina paga*. Se trata, en definitiva, de armonizar los intereses generales ambientales con los intereses económicos particulares a fin de lograr un desarrollo sostenible, apoyándose para ello, como dice el art. 45 de la Constitución, “en la indispensable solidaridad colectiva”. El problema surge, sin embargo, porque no sólo los particulares sino también la propia Administración se ve condicionada por los intereses económicos, mucho más en ocasiones de lo que resulta necesario para el logro de un desarrollo sostenible.

De esta tensión medio ambiente-desarrollo se derivan dos peculiaridades que presenta la actuación de la Administración en esta materia:

La intervención de la Administración permite con frecuencia *dirimir los conflictos concretos entre particulares que causa la tensión medio ambiente- desarrollo*, por lo que la Administración, cuando concede o deniega por ejemplo una licencia para la instalación de una industrial molesta o insalubre, puede ejercer también, junto a la defensa del bien colectivo medio ambiente, una *actividad arbitral* entre los administrados.

La Administración actúa como principal defensora del interés colectivo medio ambiente, pero en ocasiones *puede aparecer también como potencial agresora del mismo*. Esta paradójica situación es fruto, como señala el profesor Martín Mateo, “de la constatada ampliación de competen-

62. FREEMAN, M., “Are there collective human rights?” en *Political Studies*, 1995, XLII, p. 40.

63. V., LOZANO CUTANDA, B., *Derecho ambiental administrativo*, Editorial Dykinson, 3ª edición, Madrid 2003.

cias públicas materializadas en proyectos e iniciativas de gran envergadura, de trascendencia para el medio y de la dispersión de responsabilidades en múltiples organismos y entes que propenden a defender celosamente sus funciones y a anteponer quizá los intereses que sectorialmente administran a los más amplios y globales que se concitan en la defensa del ambiente”⁶⁴. La Administración debe estar sujeta también a los postulados ambientales cuando lleva a cabo cualquier actividad o proyecto potencialmente lesivo del entorno y sometido por ello a normas ambientales: obras públicas sometidas a evaluación de impacto, actividades clasificadas, vertidos, operaciones de producción y gestión de residuos etc.

Esta *doble condición de la Administración*, como defensora del bien jurídico situado bajo su tutela pero a la vez potencial agresora del mismo explica, por un lado, la particular importancia que en este ámbito tiene *la participación pública en la defensa del medio ambiente*. Esta participación se instrumenta mediante fórmulas muy variadas⁶⁵, que comprenden desde su intervención en los trámites de audiencia o información pública que el ordenamiento abre, cada vez con mayor generosidad, en las normas que regulan técnicas de protección ambiental (Evaluación de Impacto Ambiental, Autorización para el control y la prevención integradas de la contaminación etc.), la llamada participación orgánica, mediante la incorporación de ciudadanos en órganos ambientales, normalmente de carácter consultivo, la creación y el fomento por los propios poderes públicos (vía normalmente de subvenciones) de organizaciones especiales para la realización de fines ambientales, o las formas de participación ciudadana tendentes a instar la actuación de la Administración, entre las que se pueden destacar las peticiones, propuestas, iniciativas y sugerencias dirigidas a la adopción de medidas de protección ambiental, y *las denuncias de actividades lesivas del medio ambiente* a fin de que la Administración abra un procedimiento sancionador administrativo.

Pero para que las denuncias resulten efectivas es preciso en este ámbito de la protección ambiental, más que en ningún otro, debido a los potenciales conflictos entre los intereses económicos y ambientales, que se reconozca la legitimación de cualquier ciudadano para interponerlas y, por ende, para recurrir su archivo ante los tribunales. De esta forma se da una nueva vía de entrada a los tribunales para que éstos aseguren el cese de las prácticas ilegales lesivas del entorno y el efectivo cumplimiento de las medidas ambientales adoptadas por el legislador, *tanto respecto de las actuaciones privadas como de la conducta de la Administración*. La potenciación de las acciones de los particulares, y en especial de las asociaciones ecologistas, en defensa del bien colectivo del medio ambiente resultan fundamentales para que los tribunales puedan garantizar un escrupuloso cumplimiento de las normas ambientales frente a los poderosos intereses económicos (y, por ende, con frecuencia políticos) que postulan a favor de un desarrollo incontrolado.

No es casual, en este sentido, que siempre que los autores quieren poner un ejemplo de *interés legítimo afectado* por el no ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración lo hagan utilizando ejemplos sacados del medio ambiente⁶⁶. Pero el problema

64. MARTÍN MATEO M., *Tratado de Derecho Ambiental*, Editorial Trivium, volumen 1, Madrid 1991.

65. V., LOZANO CUTANDA B., *ob.cit.*; ALONSO GARCÍA E., “La participación de individuos en la toma de decisiones relativas al medio ambiente en España. Aspectos constitucionales” en Cívitas, *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 61, 1989; GARCÍA DE ENTERRÍA E., “Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa” en *Libro Homenaje a Villar Palasí*, Madrid 1989; CIRCO SEIRA C., presentado por PEMÁN GAVÍN J., *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, Editado por el Real Colegio de España en Bolonia 2002.

66. Recordemos en este sentido las palabras de NIETO A., “Es incomprensible que el perjudicado por los humos de una fábrica no pueda exigir de la Administración la sanción de la infracción de las medidas de filtrado” en *Derecho administrativo sancionador*, *cit.*, p. 26.

es aún más grave, porque dado que en *el medio ambiente está fundamentalmente integrado por bienes públicos*, ya sea del dominio público de la Administración, como es el caso de las aguas continentales, del dominio público marítimo terrestre, o de los montes públicos, ya sea de titularidad pública, como es el caso de los espacios naturales protegidos, o ya sea simplemente de bienes carentes de titularidad pero de utilización pública por todos los ciudadanos, como es el caso de la atmósfera, *existen multitud de atentados ambientales que no producen perjuicios individuales*, por lo que, o bien en estos casos se reconoce la acción pública para denunciar las infracciones ambientales, o quedará al puro arbitrio de la Administración el proceder o no a castigar los ilícitos cometidos.

Se habla en este sentido, con gran expresividad, de “*lugares huérfanos*”, en los que no existen intereses particulares que puedan verse afectados y que estimulen, por tanto, la acción de los ciudadanos en su defensa, por lo que sólo el reconocimiento de la acción pública, y el consiguiente acceso a su defensa de las asociaciones ambientales y de los ciudadanos preocupados por su protección, puede en estos casos permitir que se controle que en la actuación de los poderes públicos los intereses ambientales no son ilícitamente preteridos a los económicos, siempre más *rentables*, incluso políticamente. Resulta por ello especialmente necesario en este ámbito de la protección del medio ambiente, la introducción de la acción pública en defensa de su ordenación, de tal forma que *se suprima el requisito de la acreditación del interés del accionante en el asunto concreto*, por la presunción legal de que tan interés concurre *per se* en todo ciudadano.

Se da, sin embargo, la paradoja de que mientras a nivel estatal son aún muy pocas las leyes que reconocen esta acción pública, las leyes autonómicas dictadas para el desarrollo o la protección del medio ambiente la reconocen con mucha más amplitud. A nivel estatal, consagran la acción pública algunas normas con trascendencia ambiental como son la Ley de Costas (art.109.1), la Ley de Caza (art.47.b), y la Ley del Patrimonio Histórico Español (art.8.2). Falta sin embargo el reconocimiento de esta acción en otras leyes ambientales muy importantes y necesitadas de la colaboración ciudadana para su plena efectividad, como son, entre otras, la Ley de Aguas (Texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio), la Ley de Conservación de los Espacios Naturales Protegidos y de la Flora y la Fauna Silvestre (Ley 4/1989, de 27 de marzo), el Real Decreto Legislativo de Evaluación de Impacto Ambiental (Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental, modificado por la Ley 6/2001, de 38 de mayo), la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico (Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de protección del ambiente atmosférico) y la Ley de Residuos (Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos)⁶⁷.

Frente a este parco reconocimiento de la acción popular a nivel estatal, son muchas las normas autonómicas que reconocen expresamente esta acción, incluso en sectores en los que la legislación básica estatal de carácter sectorial no la ha introducido⁶⁸. Debe

67. Especialmente injustificable resulta, como señala JORDANO FRAGA (*La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Editorial Bosch, Barcelona 1995), la ausencia de acción popular en la ley 4/1989 de Espacios Naturales Protegidos y de la Flora y la Fauna Silvestres, cuando dicha acción había sido consagrada anteriormente por las leyes de creación o reclasificación de los parques naturales (pueden citarse, en este sentido, entre otras, la Ley del Parque Nacional de Doñana, de 28 de diciembre de 1978, la Ley del Parque Nacional de las Tablas del Daimiel, de 3 de mayo de 1980, la Ley del Parque Nacional de Garajonay, de 25 de marzo de 1981, y la Ley del Parque Nacional de Timanfaya, de 25 de marzo de 1981), lo que da la impresión, como dice este autor, de que “se hubiese pretendido huir del control en una materia en la que el asociacionismo ecológico ha mostrado su interés y beligerancia”.

68. Entre las leyes autonómicas sectoriales que reconocen la acción pública en materia ambiental podemos citar, entre otras:

destacarse, en este sentido, la Ley de la Región de Murcia de Protección Ambiental (Ley 1/1995, de 8 de marzo), por cuanto consagra la acción pública con carácter general “*para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales, la observancia de lo establecido en esta Ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y aplicación*” (art.89), comprendiendo sus preceptos aspectos muy diversos de la protección ambiental, como son: las directrices y planes de protección del medio ambiente, la autorización de actividades que puedan afectar al medio ambiente (que comprende el procedimiento de evaluación de impacto ambiental), los instrumentos económicos de imputación de costes ambientales, los instrumentos de garantías y responsabilidad ambiental, la etiqueta verde regional, las auditorías ambientales, la disciplina ambiental, y la información y participación ciudadana).

Se trata, como vemos, de un reconocimiento prácticamente general de la acción pública para denunciar los ilícitos ambientales, como sería deseable que se introdujera a nivel de legislación básica estatal⁶⁹.

De igual modo que en el ámbito de la protección del medio ambiente, propugnamos la introducción de la acción pública *en todos aquellos sectores en los que el ordenamiento jurídico se dirija a la protección de bienes o intereses colectivos* (defensa de consumidores y usuarios, conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico -donde esta acción, como hemos visto, ya está reconocida con carácter general-, protección de la salud etc..), aunque el medio ambiente constituye, y por ello lo hemos expuesto con mayor detenimiento, el supuesto más paradigmático de necesario reconocimiento de la acción pública para que los ciudadanos puedan participar en la defensa de un interés o bien colectivo, dado que la Administración puede no ejercitar su potestad sancionadora llevada por otros intereses que entran en conflicto, singularmente el de desarrollo económico y defensa de los puestos de trabajo⁷⁰.

- En el ámbito de los espacios naturales protegidos: la Ley Valenciana reguladora de Parajes Naturales (Ley 5/1988, de 24 de junio, art. 15.7); la Ley de Castilla- León de Espacios Naturales (Ley 8/1991, de 10 de mayo, Disposición Adicional Primera); y la Ley foral de protección y gestión de la fauna silvestre y sus hábitat (Ley 2/1993, de 5 de marzo, art.110.1).

- En materia de aguas y espacios naturales puede citarse la Ley Madrileña de Protección de Embalses y Zonas Húmedas (Ley 7/1990, de 28 de junio, art. 20).

- En materia de actividades clasificadas y evaluación de impacto ambiental podemos citar la Ley de Baleares sobre Actividades Clasificadas (Ley 8/1995, de 30 de marzo, art. 54), y la Ley de Canarias de prevención del impacto ecológico (Ley 11/1990, de 13 de julio).

69. El reconocimiento por las normas autonómicas de la acción pública en ámbitos en los que la legislación estatal no la establece nos exige cuestionarnos sobre su constitucionalidad, en cuanto las normas de legitimación se insertan en el ámbito de la legislación procesal, que es de competencia exclusiva estatal. Así lo dispone el artículo 149.1.6° de la Constitución, pero se admite sin embargo como excepción “las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas”, lo que permite cohesionar las disposiciones autonómicas citadas si se entiende que constituyen una especialidad derivada de un derecho sustantivo más riguroso en la protección ambiental, en el ejercicio por las Comunidades Autónomas de su facultad de dictar normas adicionales de protección.

Debe en todo caso señalarse que en esta materia de la acción popular, como en tantas otras relativas a la protección del medio ambiente, sería necesario -en aras de la eficacia de la tutela jurídica del medio ambiente pero también del ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos por todos los ciudadanos-, lograr una mínima uniformidad normativa en todo el territorio nacional, que podría en este caso obtenerse bien mediante el reconocimiento general de la acción pública en una norma estatal, o bien mediante la incorporación de esta acción a las distintas leyes sectoriales básicas de protección ambiental.

70. Pensemos, por ejemplo, en una fábrica que ha cometido una grave infracción ambiental, cuya sanción conllevaría con toda seguridad su cierre, pero que constituye para la localidad en el que se sitúa una fuente de riqueza y de puestos de trabajo muy importante, ¿no habrá en este caso una tendencia de la Administración a *tolerar* la

3. La legitimación de las Asociaciones representativas de intereses económicos y sociales para la defensa de los intereses colectivos. Insuficiente reconocimiento legal y posibilidad de una interpretación amplia por la jurisprudencia de la condición de “interesado”

En aquellos ámbitos en los que no opera la acción pública, para una mejor defensa de bienes e intereses colectivos resulta necesario, en orden a que la denuncia de las infracciones incluya la posibilidad de recurrir su inadmisión, el reconocimiento como titular de un *interés legítimo* -que ha de abrir, como hemos visto, esta posibilidad-, el ser titular de un derecho colectivo afectado por la infracción. De esta forma se permite que las asociaciones dedicadas a la protección de estos intereses puedan denunciar como interesadas, puesto que de lo contrario sólo estarían legitimadas cuando se viera afectado un derecho o interés directo de los socios o de la asociación en cuanto tal.

En este sentido, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/92, de 26 de noviembre), dispone, en el artículo 31, dedicado al *concepto de interesado*, que “Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, *serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca*”. De esta forma, se está reconociendo que dentro de los intereses legítimos entran también los *colectivos* cuando se trata de “asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales”, pero se exige la previa habilitación legal para su ejercicio. Del mismo modo, la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio), reconoce legitimación activa a las corporaciones, asociaciones, sindicatos, y a los grupos y entidades carentes de personalidad jurídica pero que tengan reconocida expresamente por una ley capacidad procesal ante este orden jurisdiccional, siempre que “*resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos*” (art.19.1.b).

Y aquí es donde el sistema falla, puesto que son muy pocas, de nuevo, las leyes que habilitan expresamente a las Asociaciones y organizaciones representativas de intereses colectivos para actuar jurídicamente con carácter general como titulares de los derechos que constituyen su razón de ser. En este sentido, pueden citarse: la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios⁷¹, la Ley de Procedimiento Laboral⁷², y la Ley de Propiedad Intelectual⁷³.

conducta o a *negociar* con la empresa en vez de sancionar, aunque los daños ambientales producidos hayan sido irreparables?.

71. Ley 26/1984, de 19 de julio, que habilita a las asociaciones de consumidores y usuarios que cumplan determinados requisitos (figurar inscritas en un libro registro que se lleva en el Ministerio de Sanidad y Consumo y reunir las condiciones y requisitos que reglamentariamente se establezcan, para “representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios”, otorgándoles además, en determinados casos, el beneficio de justicia gratuita (art.20).

72. Aprobada por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, que aprueba el Texto Refundido, cuyo art. 17 dispone que “Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales tendrán legitimación para la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios”.

73. Aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, cuyo art. 150 dispone que “Las entidades de gestión, una vez autorizadas, estarán legitimadas en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales. Para acreditar dicha legitimación, la entidad de gestión únicamente deberá aportar al inicio del proceso copia de sus estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa”.

Son escasos, por tanto, los supuestos en los que se habilita a las asociaciones y organizaciones para la defensa de los intereses colectivos, y falta, sobre todo, un precepto de este tipo *en el ámbito de la protección del medio ambiente*, a pesar de ser éste un ámbito en el que, como hemos expuesto, la participación ciudadana resulta capital para una eficaz tutela de los bienes implicados, y esta participación ciudadana se canaliza fundamentalmente a través de las asociaciones ecologistas. Hay que señalar, en este sentido, que aunque el interés por la defensa del medio ambiente ha calado de modo muy profundo en la sociedad, los particulares no suelen decidirse a ejercitar acciones públicas para la defensa del medio ambiente, pues son muchos los factores que les disuaden, tales como el costo del litigio, la complejidad de los problemas ambientales y la necesidad por consiguiente de obtener el asesoramiento de expertos, la sensación de inferioridad frente a la autoridad pública etc. La experiencia demuestra por ello, tanto en nuestro país como en el derecho comparado, que la mayor parte de las acciones dirigidas a controlar la legalidad de la actuación administrativa en materia de medio ambiente son de carácter asociativo.

En tanto no se introduzca una regulación de este tipo para las asociaciones ecologistas, serán los tribunales los que, caso por caso, habrán de decidir si la asociación resulta “*afectada*” por el acto o disposición recurridos cuando la denuncia no atendida lo ha sido por una infracción que afecta a los intereses ambientales para cuya defensa la asociación ha sido creada. A favor de reconocer una legitimación de este tipo a las asociaciones ecologistas en materias relacionadas con el medio ambiente se ha pronunciado ya alguna Sentencia, pudiendo citarse en este sentido, entre otras:

La Sentencia de la Audiencia Nacional, de 23 de junio de 1992⁷⁴, en la que se reconoce a la Asociación Ecologista de Defensa de la Naturaleza (AEDENAT), la condición de interesada en un procedimiento administrativo para la defensa de los intereses de carácter colectivo que atañen a la Asociación, lo que se fundamenta en la amplia interpretación que el Tribunal Constitucional había realizado de los presupuestos legitimadores exigidos por la anterior Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: “(...) como afirma el Tribunal Constitucional, (...) las asociaciones legalmente constituidas, tienen al igual que las demás personas jurídicas y las físicas, derecho a ejercitar ante Jueces y Tribunales las acciones que les corresponden en defensa de sus intereses legítimos, derecho que no está integrado en el de asociación, sino en el más específico y concreto de la tutela judicial que garantiza el artículo 24.1 de la CE”. En consecuencia, declara el Tribunal que “Si la Asociación Ecologista de Defensa de la Naturaleza solicita tener conocimiento de una serie de resoluciones referentes al almacenamiento, instalación, recogida y transporte de residuos radiactivos sólidos procedentes de centrales nucleares, es evidente que, *dada la naturaleza y actividad de la entidad recurrente, está interesada y puede afectarle todo cuanto pueda incidir o rozar la conservación de la naturaleza* y de ahí que el interés por conocer el alcance y términos de la concesión hecha en esa materia a la empresa ENRESA, no resulte desprovisto de justificación (...) (Fundamento de Derecho Sexto).

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 29 de noviembre de 2000 (R.A. 37), que admitió la legitimación como interesada de una Asociación de Defensa del Medio Ambiente en un procedimiento sancionador incoado a un particular por infracción de la Ley de Caza (cazar un corzo con arma en terreno común, estando en época de veda, con niebla y suelo cubierto de nieve).

74. V., un comentario de esta Sentencia, en ROSA MORENO J., “Respaldo jurisprudencial a la defensa ambiental colectiva” en Cívitas, *Revista Española de Derecho Administrativo* n° 81, 1994.

La Sentencia señala que si se conecta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto con el art. 31.1 LAP, “ha de concluirse que en la medida que la infracción perseguida en el procedimiento sancionador en el que pretende personarse como interesada afecta al medioambiente del Valle de Lozoya, cuya defensa es uno de los fines estatutarios de la Asociación recurrente, su intervención como interesada en dicho procedimiento sancionador es uno de los instrumentos con los que cuenta para el cumplimiento de dichos fines”.

También el Tribunal Constitucional ha reconocido, aunque de forma incidental y en relación a una cuestión atinente al proceso penal, que “resulta evidente que una asociación con fines de defensa de la naturaleza y del mundo animal *tiene un interés legítimo y personal en velar por el correcto ejercicio de la potestad administrativa*, en este caso respecto de la revocación de la sanción impuesta a un cazador que había abatido a una avutarda” (Sentencia 34/1994, de 31 de enero)⁷⁵.

Existe así la posibilidad de que, por vía jurisprudencial y en tanto no se apruebe una norma *ad hoc*, se amplíe el concepto de *interesado* para incluir en él tanto los intereses individuales como los de carácter colectivo, cuando la denunciante o recurrente sea una Asociación dedicada a la defensa de los mismos.

4. Garantías necesarias para evitar denuncias infundadas o abusivas

En todos los supuestos en los que hemos defendido el reconocimiento de la condición de interesado al denunciante cuando se vean afectados sus derechos o intereses legítimos, o la posibilidad de ostentar tal condición para la mera defensa de la legalidad mediante la introducción de la acción pública o la legitimación de las asociaciones dedicadas a su tutela en aquellos ámbitos en que estén en juego bienes o intereses colectivos, es obvio que habrá que adoptar algunas precauciones para evitar un uso abusivo de la denuncia administrativa, por ejemplo mediante la amenaza de su interposición sin ningún fundamento con el único propósito de *coaccionar*, o mediante la denuncia infundada con fines de venganza (puesto que tratándose de una empresa, es obvio que el sufrir un procedimiento sancionador, aunque sólo sea en su fase previa de instrucción preliminar, constituye ya *per se* una cierta *sanción* que puede tener efectos económicos indirectos, especialmente si trasciende y se hace público).

Estas precauciones muy bien podrían ser las ya adoptadas por la Ley de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en cuya Exposición de Motivos se afirma que “Es propósito de la ley impedir las acusaciones particulares infundadas o carentes de los datos necesarios para una adecuada defensa, y por ello se establece un trámite de admisión y unos rigurosos requisitos al respecto”.

Además de la exigencia de determinados requisitos formales, singularmente una motivación suficiente, en la denuncia para que pueda admitirse la solicitud a instancia de parte que ya hemos expuesto, la Ley (art. 35.4) prevé como cautela la posibilidad de inadmitir la solicitud de iniciación del procedimiento en los siguientes casos:

a. Cuando alguno de los requisitos exigidos no se contenga en la denuncia “con la claridad necesaria”, y no se subsane esta carencia en el plazo otorgado al efecto.

75. V., un comentario de esta Sentencia en SANZ RUBIALES, I, “La legitimación de las asociaciones ecologistas en el proceso judicial” en *Revista de Administración Pública* n°141, 1996.

b. Cuando carezca notoriamente de fundamento, para cuya apreciación “se tendrá en cuenta, fundamentalmente, la argumentación de la solicitud y el apoyo probatorio que con ella se aporte”, sin que se admita en este caso plazo de subsanación.

c. Cuando “se presente por quien no es interesado” (cautela que no operaría, obviamente, en los supuestos de reconocimiento de la acción pública para denunciar las infracciones administrativas).

§ 72. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA

Caterina Balasso

Profesora de la Universidad Central de Venezuela

Régimen del procedimiento para la determinación de prácticas anticompetitivas en la Ley para la Promoción y Protección de la Libre Competencia

I. INTRODUCCIÓN

La Ley para la Promover y Proteger la Libre Competencia (*G.O.* n° 34.880 de 13 de enero de 1992), como su nombre lo indica, tiene como objetivo la protección y promoción de la libre competencia como bien jurídico (artículo 1), entendiéndose que la misma existe cuando cualquier sujeto económico, sea oferente o demandante, tiene libertad plena para entrar o salir del mercado; y cuando quienes están dentro de él, no pueden, ni individualmente ni en colusión con otros, imponer condiciones en las relaciones de intercambio (artículo 3).

El objeto tutelado por la Ley, por tanto, no lo constituyen los derechos individuales de los agentes económicos, sino la libre competencia y el mercado; aunque sin duda deba admitirse, que la protección del mercado pueda, a la postre, resultar en un beneficio colectivo para dichos agentes¹.

En este orden de ideas, se reconoce como principio fundamental en el régimen legal de la libre competencia "...que todas las normas e instituciones legales en la materia están directamente orientadas a la protección y tutela de un bien jurídico preciso: la libre competencia, tal como es conceptuada por el artículo 3 de la Ley que rige la materia. No otra cosa puede predicarse desde que el artículo 1 de la misma Ley establece que su objeto es, precisamente, promover y proteger el ejercicio de la libre competencia y la eficiencia, lo cual, además -y casi de forma suplementaria- se traduce en beneficio de los productores y consumidores. Es con este mismo objetivo (promover y proteger el ejercicio de la libre competencia) que, igualmente, se prohíben "las conductas y prácticas monopólicas y oligopólicas y demás medios que pueden impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad económica"².

1. Este aspecto ha sido reconocido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia pronunciada en el Expediente n° 00-23011, con ponencia del Magistrado APITZ BARBERA, Juan Carlos (Caso *Wellhead Inc. vs. Resolución n° 000204 emanada de Procompetencia el 21 de febrero del 2000*) en la cual esa Corte estableció: "...la legislación sobre la libre competencia tiene como objetivo la protección del mercado y la competencia como bien jurídico, mas no de los derechos individuales de los agentes económicos, aunque la protección del mercado pueda, en definitiva, resultar en un beneficio colectivo de dichos agentes".

2. Sentencia pronunciada en el Expediente n° 00-23011 con ponencia del Magistrado APITZ BARBERA, Juan Carlos, Caso *Wellhead Inc. vs. Resolución n° 000204 dictada por Procompetencia el 21 de febrero del 2000*.

Esta circunstancia se pone de manifiesto tanto en la prohibición general (artículo 5) como en las prohibiciones particulares (artículos 6 al 13) establecidas en la ley, mediante las cuales se sancionan diversas conductas y prácticas tipificadas, en la medida que produzcan -o puedan producir- efectos en el mercado que impliquen alteraciones (impidan, restrinjan, falseen o limiten) a las condiciones de libre competencia.

Por otra parte, el hecho de que el objeto tutelado por la Ley sea la libre competencia resulta determinante para la comprensión del alcance de las normas prohibitivas de prácticas constitutivas de competencia desleal establecidas en la Ley (artículo 17), pues se traduce en la necesidad de que se verifique una relación con la libre competencia. En efecto, así lo tiene establecido la doctrina administrativa de Procompetencia y lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, señalando:

A la luz de esta expresa declaración que pone al descubierto el fundamento y objetivo de toda la normativa que se analiza, resulta evidente que, al prohibirse -como lo hace el artículo 17 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia- el desarrollo de prácticas de competencia desleal, se pretende, también, la protección de la libre competencia, bien jurídico este que se erige en fundamento de toda la Ley. Es por ello, precisamente, que el Legislador ha sido enfático en destacar, que la prohibición contenida en el mencionado artículo 17 tiene como objeto no cualquier conducta de competencia desleal, sino de manera concreta “el desarrollo de políticas comerciales que tiendan a la eliminación de los competidores”, con lo cual es manifiesta también en este caso, la relación necesaria entre la conducta prohibida y la protección de la competencia. (Sentencia pronunciada en el Expediente N° 00-23011 con ponencia del Magistrado Apitz Barbera, Juan Carlos. Caso: *Wellhead Inc. vs. Resolución N° 000204* dictada por Procompetencia el 21 de febrero del 2000)³.

Esa protección y defensa de la libre competencia se traducen, al mismo tiempo, en una intervención del Estado en el mercado, mediante la cual se controla, supervisa y dirige el comportamiento de los agentes que en él participan, para asegurar el mantenimiento de un régimen que garantice la existencia de las condiciones necesarias para asegurar la existencia de una competencia libre y efectiva.

En este orden de ideas, la legislación sobre libre competencia se inserta dentro del Derecho Público Económico y, como ha señalado recientemente la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, a través de sus normas se concreta la intervención del Estado en lo relativo a la libertad de entrar y salir del mercado de cualquier agente económico, sin que persona alguna que esté dentro de él, pueda imponer condiciones en las relaciones de intercambio:

...Si bien es cierto que la intervención y control en materia de los mercados comerciales e industriales privados por parte del Estado surgió originalmente bajo la concepción de la necesaria reacción frente a situaciones que pudieran afectar la libre economía, no es menos cierto que esa intervención estatal constituye una finalidad propia de la estructura del Estado moderno. Es por ello, que estas medidas de intervención estatal, más que soluciones de carácter temporal, son un instrumento de política económica.

3. En el mismo sentido se pronunció la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia recaída en el Expediente n° 00-23011, al señalar: “...al colocarse en el dominio público un secreto industrial no necesariamente se produce un daño en la competencia, en el mercado, lo cual no excluye la posibilidad de sostener que se hayan perjudicado efectivamente los derechos de la empresa legítima poseedora del secreto; sin embargo, la protección de estos derechos no forma parte de los fines para los cuales ha sido diseñado el régimen sobre la libre competencia, por lo que no podía esperarse que ello fuera lícitamente apreciado al momento de la producción del acto recurrido. (Ponencia del Magistrado APITZ BARBERA, Juan Carlos, Caso *Wellhead Inc. vs. Resolución n° 000204* dictada por Procompetencia el 21 de febrero del 2000).

La intervención del Estado en la economía y, concretamente, en la defensa del libre mercado, se justifica porque, en estos casos, lo que básicamente está en juego es la defensa de los superiores intereses de la colectividad.

El Estado moderno está llamado a intervenir en la economía con el firme propósito de lograr el equilibrio en las relaciones económicas y para ello cuenta con un medio jurídico preciso: la policía económica. En efecto, el conjunto de normas que regulan el desarrollo de actividades económicas por parte de los particulares constituyen una clara manifestación de esa específica función del Estado⁴.

Por otra parte, sin embargo, no puede dejar de observarse que el mercado cuenta con sus propias reglas de control, y que en atención a ello, se hace necesario establecer dónde éstas terminan y dónde comienza la necesidad de intervención; correspondiendo al órgano administrativo encargado de la tutela de la libre competencia y el mercado, considerar las circunstancias concretas de cada caso particular, y determinar cuándo su actuación es requerida y cuándo conviene *permitir que sea el juego del mercado el que establezca una relación económica adecuada*⁵.

En este orden de ideas, la Ley Procompetencia dispone, en su artículo 19, la creación de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, órgano desconcentrado de la Administración Pública Nacional Centralizada, que goza de autonomía funcional en las materias de su competencia, y se encuentra adscrito al Ministerio de Producción y Comercio.

La Superintendencia de Procompetencia es el órgano de policía administrativa creado por el Estado para la vigilancia y control de las prácticas que impidan o restrinjan la libre competencia, y por tanto, el ente garante de la libre competencia y su relación con el mercado. En este sentido, el fin último perseguido por las actividades que desarrolla, en ejercicio de las facultades que tiene atribuidas, es el restablecimiento del orden público económico, específicamente el resguardo de la libre competencia y la eficiencia del mercado, con el debido respeto de los derechos y garantías de los administrados.

4. Sentencia de la CPCA de 19 de diciembre de 2002 con ponencia del Magistrado ROCHA CONTRERAS, Perkins, Caso *Laboratorios Leti, S.A. vs. Resolución n° SPPLC/0025-95 emanada de Procompetencia en fecha 26 de mayo de 1995*.

5. La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en Sentencia del 21 de noviembre de 2002, recaída en el Expediente n° 02-1995, con ponencia del Magistrado: HERNÁNDEZ B., César J., Caso *C.V.G. Industria Venezolana del Aluminio, C.A. (CVG VENTALUM) vs. Resolución n° SPPLC/0021-2002 emanada de Procompetencia el 6 de agosto de 2002*, estableció: "...se busca establecer dónde terminan las reglas del mercado y dónde comienza a ser necesaria la intervención de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, cuyo planteamiento debe consistir en la posibilidad de que el órgano decisor considere cuándo debe intervenir y cuándo debe permitir que el juego del mercado establezca una relación económica adecuada, tomando en consideración los postulados de la teoría económica como base o *marco de conceptualización* y los principios de congruencia, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad, con el fin de sustentar qué comportamientos atentan contra el bien jurídico tutelado por la norma y, cuáles son permitidos o excluidos del control por parte de la Superintendencia Procompetencia.

Es por ello, que el riesgo de no aplicar el modelo adecuado a un caso concreto, como contexto de interpretación de la Ley que rige la competencia, implica a criterio de esta Corte, la posibilidad de incurrir en ambigüedades interpretativas, provocando en las Resoluciones que emita el Órgano decisor una desregularización excesiva o un intervencionismo a ultranza que afectarían las decisiones empresariales, por lo que la teoría económica constituye de manera certera un límite en la actuación de la Superintendencia Procompetencia."

Este carácter determina que la Superintendencia Procompetencia esté legitimada para limitar los derechos de particulares mediante las actuaciones coactivas para cuyo ejercicio está facultada (artículo 38 de la Ley Procompetencia), las cuales le permiten alcanzar el fin para el cual ha sido creada⁶.

El alcance de actuación del organismo está establecido en la norma contenida en el artículo 29 de la Ley, el cual lo define mediante una cláusula general, la atribución a la Superintendencia de la vigilancia y el control de las prácticas que impidan o restrinjan la libre competencia, fórmula que en definitiva resume todas las facultades atribuidas a dicho ente⁷; así como a través de la enumeración de algunas atribuciones específicas que, sin embargo, no las agotan exhaustivamente, entre las cuales se encuentran: la de realizar las investigaciones necesarias para verificar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia e instruir los expedientes relativos a dichas prácticas (ordinal 2°); la de dictar medidas preventivas, de oficio o a solicitud de interesados, para evitar los efectos perjudiciales de las prácticas prohibidas (ordinal 4°); y la de determinar la existencia o no de prácticas o conductas prohibidas, tomar las medidas para que cesen e imponer las sanciones previstas en esta Ley (ordinal 3°).

Las atribuciones últimamente referidas (relativas a las prácticas o conductas prohibidas por la Ley) son ejercidas por Procompetencia a través de procedimientos administrativos que ese organismo sustancia y decide, los cuales están regulados en los artículos 31 y siguientes de la Ley.

En el presente estudio se realiza un análisis crítico de la regulación de esos procedimientos administrativos, poniendo de manifiesto algunos aspectos particulares que han sido objeto de controversia durante su vigencia y aplicación.

6. Ha dicho la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo al respecto que "...la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, en virtud de la potestad de policía administrativa que le ha conferido la Ley, puede conforme al artículo 38 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia: 1) ordenar la cesación de las prácticas prohibidas; 2) imponer condiciones u obligaciones; 3) ordenar la supresión de las prácticas prohibidas; y 4) imponer sanciones a los particulares, a los fines de resguardar el orden público, las cuales deben estar plasmadas en alguna norma jurídica.

Tales determinaciones dictadas por la aludida Superintendencia, conforme a su potestad de policía administrativa, ha sido determinada por el tratadista GARRIDO FALLA, Fernando como "aquella actividad que la Administración despliega en el ejercicio de sus propias potestades que, por razones de orden público, limita los derechos de los administrados mediante el ejercicio, en su caso, de la coacción sobre los mismos" (Sentencia del 21 de noviembre de 2002, recaída en el Expediente n° 02-1995, con ponencia del Magistrado: HERNÁNDEZ B., César J., Caso *C.V.G. Industria Venezolana del Aluminio, C.A. (CVG VENALUM) vs. Resolución n° SPPLC/0021-2002 emanada de Procompetencia el 6 de agosto de 2002*).

7. V., Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 25 de marzo de 1999, recaída en el Expediente n° 97-19404. Magistrado Ponente: GARCÍA DE CORNET, Teresa, Caso *Transporte Maquigas, S.R.L. vs. Resolución n° SPPLC/010-97 de Procompetencia de 19 de mayo de 1997*.

II. EL PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN DE PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN LA LEY PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA

Al igual que en los demás procedimientos administrativos regulados por el ordenamiento jurídico, en los procedimientos para la determinación de la existencia -o no- de prácticas anticompetitivas, pueden distinguirse tres fases o etapas: iniciación, sustanciación y decisión.

Esta segmentación procedimental ha sido objeto de reconocimiento jurisprudencial entre nosotros, destacando el criterio general sentado por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, según el cual:

...en general, el procedimiento administrativo distingue tres fases fundamentales. Una primera fase enmarcada por la iniciativa, según sea el caso, del particular o del órgano administrativo, de llevar adelante el procedimiento encaminado a decidir las cuestiones que se hayan planteado como objeto del mismo; una segunda fase destinada a la sustanciación del procedimiento y en virtud de la cual se incluye un gran número de actos de instrucción, dirigidos a guiar a la Administración en la toma de una decisión adecuada; y una tercera fase de terminación, comprendida por el acto decisorio que pone fin al procedimiento administrativo; siendo necesario, en algunos casos, implementar una cuarta fase, de ejecución, a fin de imprimirle eficacia a la decisión emanada del órgano administrativo⁸.

Similar ha sido el criterio establecido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, tribunal que refiriéndose a los procedimientos seguidos por ante la Superintendencia de Procompetencia, se ha pronunciado en los términos que siguen:

...En efecto, en toda averiguación sancionatoria de la Administración pueden distinguirse tres fases. En la primera, surgen indicios de culpabilidad respecto un sujeto en específico, los cuales motivan la apertura de la investigación. Tales indicios de culpabilidad constituyen los "cargos" a que se refiere el numeral primero del artículo 49 constitucional. Nunca se podría permitir la condena a un particular por estos simples indicios, puesto que ello sería contrario con el espíritu constitucional.

En la segunda fase, tales cargos deben ser notificados al sujeto indiciado, para que éste ejerza su derecho a la defensa. Igualmente, en dicha fase deberá la Administración, mediante medios de prueba concretos, pertinentes y legales y, atendiendo a las razones y defensas expuestas por el sujeto indiciado, determinar, definitivamente, y sin ningún tipo de duda, la culpabilidad del sujeto indiciado.

Por último, corresponderá a la Administración aplicar las sanciones consagradas expresamente en leyes, de manera proporcional a los hechos incriminados⁹.

En este orden de ideas, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ha reconocido implícitamente la existencia de las tres fases procedimentales cronológicas a que se ha hecho referencia, en los procedimientos administrativos que se siguen por ante la Superintendencia de Procompetencia para la determinación de la comisión -o no- de prácticas anticompetitivas.

8. Sentencia n° 00030 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia del Magistrado: ZERPA, Levis Ignacio pronunciada en el expediente n° 16500 y publicada el 22 de enero de 2002.

9. Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 19 de diciembre de 2002, con ponencia del Magistrado: ROCHA CONTRERAS, Perkins, Caso *Laboratorios Leti, S.A. vs. Resolución n° SPPLC/0025-95 emanada de Procompetencia en fecha 26 de mayo de 1995*.

Ahora bien, en el caso particular de esos procedimientos, la distinción de las fases o etapas procedimentales se ve reforzada por una clara separación de las actividades inherentes a cada una de ellas, y por la atribución de la dirección de las mismas a funcionarios diferentes dentro de la organización del ente administrativo.

En efecto, tal como se evidencia de los comentarios que siguen, mientras que el inicio y la decisión de los procedimientos referidos, corresponden al Superintendente, la sustanciación de los mismos está asignada a la Sala de Sustanciación, dirigida por el Superintendente Adjunto¹⁰.

1. Inicio

La fase inicial del procedimiento para la determinación de prácticas anticompetitivas está regulada en la norma contenida en el artículo 32 de la Ley Procompetencia, que es del tenor siguiente:

El procedimiento se iniciará a solicitud de parte interesada o de oficio.

La iniciación de oficio sólo podrá ser ordenada por el Superintendente.

Quando se presuma la comisión de hechos violatorios de las normas previstas en esta Ley, el Superintendente ordenará la apertura del correspondiente procedimiento e iniciará, por medio de la Sala de Sustanciación, la investigación o sustanciación del caso si éste fuere procedente.

La interpretación del artículo citado, y por ende la determinación de su alcance, no han sido uniformes, planteando dificultades en su aplicación con consecuencias no poco importantes, tanto desde un punto de vista formal como desde una perspectiva práctica.

En efecto, históricamente la posición sostenida por la Superintendencia de Procompetencia en relación con la interpretación que correspondía a la norma en cuestión, había sido la de considerar que, incluso en los casos de procedimientos iniciados por solicitud de parte, tocaba a ese órgano la emisión de un pronunciamiento previo a la apertura del expediente respectivo, en el que analizara su competencia, la legitimación del solicitante y el carácter del agente económico en contra del cual se dirigiera la solicitud, la prescripción y, de ser el caso, la procedencia o no de la adopción de medidas preventivas.

En el mismo sentido, la Superintendencia de Procompetencia había considerado que, a todo evento, prevalecía la necesidad de realizar una valoración preliminar en la que, analizados los señalamientos realizados por el solicitante, así como las pruebas eventualmente aportadas para soportarlos, ese ente determinase la existencia de indicios que fueran suficientes para presumir la violación de las prohibiciones establecidas en la Ley de la materia.

10. De acuerdo con lo establecido en la Ley Procompetencia y su Reglamento Interno, y según ha reconocido la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, "...la Sala de Sustanciación de la Superintendencia Procompetencia es la encargada de sustanciar los procedimientos administrativos que pueden devenir en sanciones, para lo cual debe realizar toda la actividad probatoria que le ha sido facultada por ley y que le ha de servir de base al Superintendente en la oportunidad de dictar la decisión final. "Esta separación de la actividad sustanciadora, de aquella desplegada por el Superintendente, entiende esta Corte que tiene por finalidad garantizar la imparcialidad que exige el artículo 30 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, pues la decisión en estos casos, será realizada por un órgano y funcionario distinto a aquél que decretó la apertura del procedimiento administrativo, para lo cual debió haber presumido, en su oportunidad, la comisión de hechos ilegales o violatorios de la ley" Sentencia de 19 de Diciembre de 2002. Magistrado Ponente: ROCHA CONTRERAS, Perkins, Caso *Laboratorios Leti, S.A. vs. Resolución n° SPPLC/0025-95 de Procompetencia de 26 de mayo de 1995*.

En atención a dicha interpretación, el organismo antimonopólico, tomando en cuenta las circunstancias particulares de cada caso, adoptaba la decisión relativa a la apertura de los expedientes, a efectos de la tramitación subsiguiente de las diligencias necesarias para la determinación de la existencia o no de prácticas anticompetitivas; o la adopción de la decisión contraria y ulterior archivo de las actuaciones correspondientes, de acuerdo con la motivación que así lo sustentare.

Similar fue la interpretación inicialmente acogida por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo para la norma en cuestión, recogida en sentencia de 25 de marzo de 1999 en la cual se estableció que "...los particulares interesados están efectivamente legitimados para iniciar el procedimiento destinado a la investigación sobre prácticas prohibidas por la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, luego de lo cual, si surgieren indicios que hicieran presumir la violación de las normas de la Ley de la materia corresponde a la Superintendencia ordenar la apertura del correspondiente procedimiento destinado al esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades"¹¹.

En este orden de ideas, tanto la Superintendencia de Procompetencia como la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo admitían la procedencia de una valoración preliminar realizada por el Superintendente, considerando -sin embargo- que los procedimientos se abrían mediante esa actuación administrativa.

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo abandonó posteriormente ese criterio jurisprudencial interpretativo, estableciendo la obligatoriedad de la Superintendencia de Procompetencia de abrir los procedimientos para la determinación de prácticas anticompetitivas en todos los casos en que fueran presentadas solicitudes por los particulares, independientemente de cualesquiera otras consideraciones. De acuerdo con lo sostenido por la Corte Primera en apoyo a su nueva tesis "...la exigencia de la existencia de una presunción de comisión de hechos prohibidos sólo está dirigida al Superintendente cuando pretenda iniciar de oficio un procedimiento. En cambio, cuando se trata de solicitudes de la parte la norma señala "el procedimiento se iniciará", en consecuencia, ante tal supuesto, la Superintendencia está obligada a abrir un procedimiento para determinar si los hechos narrados por el solicitante efectivamente constituyen hechos prohibidos por la Ley"¹².

La interpretación establecida mediante el fallo citado parcialmente *ut supra* parecía prevalecer en la jurisprudencia contencioso administrativa, siendo confirmada mediante posterior pronunciamiento de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en el cual se ratificó, sosteniéndose una vez más que en los casos de solicitudes de parte interesada, los procedimientos administrativos debían iniciarse sin más condición exigible

11. Sentencia recaída en el Expd. n° 97-19404. Magistrado Ponente: GARCÍA DE CORNET, Teresa, Caso *Transporte Maquigas, S.R.L. vs. Resolución n° SPPLC/010-97 de Procompetencia de 19 de mayo de 1997*).

12. Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo recaída en el Expediente n° 20657 el 4 de mayo de 2000, con ponencia del Magistrado ORTIZ ORTIZ, Rafael, Caso *RCTV vs. Resolución n° SPPLC/018-98 emanada de Procompetencia el 20 de mayo de 1998*.

que la existencia de la petición, correspondiendo a la Superintendencia el deber de ordenar, en tales casos, la apertura del procedimiento solicitado, a los fines de la determinación de la veracidad de los hechos, a lo largo de la sustanciación respectiva¹³.

13. En efecto, en sentencia de 8 de mayo de 2001, Caso *Marcos Raúl ROMERO S.R.L. vs. Resolución n° SPPLC/023-98 de Procompetencia de 10 de julio de 1998*, Magistrado Ponente: MORALES LAMUÑO, Luis Estela, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo estableció lo siguiente:

“En vista de lo anterior, es imperativo determinar, como debe interpretarse el contenido del artículo 32 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, a los fines de verificar la legalidad de la actuación de la Superintendencia en el presente caso, y definir si la misma ante la solicitud que le fue presentada por las empresas hoy recurrentes, estaba compelida o no, a iniciar el procedimiento administrativo requerido, en aras de constatar en el curso del mismo la veracidad o falsedad de la comisión de las prácticas prohibidas denunciadas o, si por el contrario, realizar la investigación preliminar que llevó a cabo, y decidir en función de los resultados obtenidos de la misma, como lo hizo, no dar inicio al procedimiento solicitado.

La disposición legal en referencia, plantea la posibilidad de que el procedimiento administrativo se inicie, bien a solicitud de parte interesada o, de manera oficiosa, es decir, por iniciativa de la propia Administración. En tal sentido vale señalar lo expresado textualmente por la norma:

“El procedimiento se iniciará a solicitud de parte interesada o de oficio.

La iniciación de oficio sólo podrá ser ordenada por el Superintendente.

Cuando se presuma la comisión de hechos violatorios de las normas previstas en esta Ley, el Superintendente ordenará la apertura del correspondiente procedimiento e iniciará por medio de la Sala de Sustanciación, la investigación o sustanciación del caso si éste fuere procedente”.

De la norma en comento, se desprende que la Administración puede actuar por su propia cuenta, sin esperar necesariamente que haya instancia de parte. De forma que, en beneficio de la celeridad, y en aras de que la Superintendencia ejerza su atribución fundamental de vigilar y controlar las prácticas que impidan o restrinjan la competencia, el legislador prevé tanto el poder como la obligación de actuar de dicho organismo. No obstante, tal actuación, cuyo origen es imputable a la voluntad e iniciativa de la autoridad administrativa, debe desenvolverse dentro de ciertas limitaciones, previstas en la segunda parte del artículo en referencia, según criterio propio de esta Corte.

Así, tomando en cuenta que la Administración Pública en ninguna de sus manifestaciones puede actuar a su libre albedrío y arbitrio, el legislador con la finalidad de regular el actuar oficioso de la Superintendencia, estableció dos limitantes para el inicio del procedimiento en ejercicio de tal modalidad, por una parte, prevé que la apertura del procedimiento de oficio sólo puede ser ordenada por el Superintendente y, por la otra, que sólo puede iniciarse, cuando exista una presunción de la comisión de hechos que vulneren las disposiciones contenidas en la Ley.

La consagración de tales limitaciones, a juicio de esta Corte, tiene por objetivo fundamental evitar conductas caprichosas por parte de la Administración, que a su vez, pudieran constituir violaciones a los derechos e intereses de los sujetos sometidos a su esfera de regulación y control, pues al exigirle a la Superintendencia que su actuación está precedida por la existencia de una presunción, supone que su iniciativas esté fundamentada, necesariamente, en todo un proceso analítico e intelectual, en virtud del cual considere la existencia de hechos y circunstancias en razón de las cuales estime que existen fundados inicios de que se están consumando prácticas o conductas violatorias al ordenamiento jurídico vigente.

Ello así, y tomando en consideración, como ha sido afirmado en jurisprudencia reciente de este órgano jurisdiccional, que la presunción, de conformidad con el contenido del artículo 1.394 del Código Civil, es un mecanismo lógico por medio del cual puede constatarse, a partir de un hecho conocido y cierto, la certeza de uno desconocido, tal presunción puede extenderse no sólo a la ley y al juez, sino también a cualquier autoridad, como en el presente caso a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia en lo que se refiere a la actividad presuntiva prevista en el artículo 32 mencionado.

En este estado de cosas, el inicio oficioso del procedimiento administrativo sancionador, tiene su origen en una serie de indicios que hacen presumir al Superintendente que se están realizando prácticas restrictivas a la libre competencia por parte de los sujetos económicos del sector investigado, en consecuencia, la causa está configurada por una presunción, sin llegar a constituir un perjuicio del caso, por cuanto ello, pudiera quebrantar el principio constitucional, según el cual se presume la inocencia hasta que se demuestren los hechos que deben ser adecuadamente comprobados a lo largo de iter procedimental.

En vista de lo anterior, la existencia de fundado indicios prevista en el artículo 32 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, se encuentra dirigida y, por tanto, es exigible a quien tiene la posibilidad de aplicarla, vale decir, la autoridad administrativa, por ello sólo se perfila como condición para la procedencia de los procedimientos iniciados de oficio.

Dicho lo anterior, cuando se trata de solicitudes de parte interesada, como en el caso bajo análisis, según se desprende de la disposición comentada, el procedimiento administrativo se iniciará sin más condición exigible que la existencia de la misma, tal y como lo exige la literalidad de la norma de acuerdo con las normas de interpretación

La reacción del foro ante el criterio jurisprudencial de interpretación de la norma contenida en el artículo 32 de la Ley, en los términos expuestos, fue crítica y hasta cierto punto escéptica.

En efecto, la doctrina cuestionó la adopción de ese criterio interpretativo, por considerar que el mismo erraba y contradecía el tenor literal del artículo de la Ley, mientras que la Superintendencia de Procompetencia decidió ignorar el criterio interpretativo de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en atención a lo cual continuó realizando una valoración preliminar, incluso en los procedimientos iniciados a solicitud de parte interesada ante su seno, en los cuales, continuó emitiendo el correspondiente pronunciamiento previo estimatorio o desestimatorio, según los indicios a su disposición fueran suficientes, o no, para presumir la violación a las normas de la Ley de la materia, que hiciera procedente la subsiguiente sustanciación del procedimiento correspondiente.

Paradójicamente, la propia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo contradecía de manera implícita su criterio interpretativo sobre la obligatoriedad de apertura de los procedimientos administrativos para la determinación de prácticas anticompetitivas, en los casos en que la iniciativa correspondiera a particulares, al establecer que la determinación del ámbito de los procedimientos estuviera determinada por los respectivos actos de apertura, y permitir -por tanto- la desestimación parcial de las solicitudes en etapa preliminar, mediante dichos actos.

En efecto, la jurisprudencia de ese Tribunal había venido -y continúa- disponiendo, que el ámbito particular de los procedimientos para la determinación de la existencia de prácticas anticompetitivas, se contiene en los respectivos actos de apertura, sin haber establecido distinción alguna entre los casos de procedimientos iniciados de oficio y aquellos iniciados a solicitud de parte. De esta manera, la Corte Primera reconocía que solamente en relación a los hechos respecto de los cuales la Superintendencia se pronuncia favorablemente a través de esos actos de valoración preliminar, versaría la sustanciación de los procedimientos y recaerían las decisiones respectivas¹⁴, admitiendo por tanto una desestimación parcial de las solicitudes de particulares.

dadas por el artículo 4 del Código Civil, y además, que quien la represente goce de la legitimación requerida para ello, razón por la cual, la Superintendencia en tales supuestos debe ordenarla apertura del procedimiento solicitado, a los fines de determinar a lo largo de su sustanciación la verdad de los hechos denunciados por los particulares interesados.

Tal situación debe obedecer, no sólo a que lo exige la norma ya indicada, sino además, porque los principios de economía, eficacia y celeridad exigen una actuación directa de la administración una vez que los interesados recurren a la misma en búsqueda de que sean resueltas las cuestiones que se llevan a su decisión. De ahí que no puede quedar al arbitrio de la administración, determinar, salvo materia de orden público en juego, si debe o no realizar un procedimiento ordenado por la ley, pues de ser así, la administración, en cada caso, podrían realizar un procedimiento previo, atentando de este modo en contra de los principios mencionados anteriormente, originándose por otro lado una violación de los derechos de los particulares afectados en la medida en que la oportuna respuesta a sus requerimientos no se obtiene en vista de la realización de procedimientos sólo para determinar su pertinencia o no¹⁵.

14. En efecto, según lo establecido por la Corte en el acto de apertura debe expresarse de manera expresa, determinada y suficiente el objeto del procedimiento, y por tanto, todos los asuntos que pretenden investigarse o aclararse, pues en virtud del principio de intangibilidad de los cargos, aplicable en el ámbito de este tipo de procedimientos administrativos, no pueden traerse posteriormente hechos o asuntos diferentes, ni tampoco, sancionarse a los sujetos intervinientes en el procedimiento, por hechos diferentes a los contenidos en el auto de apertura del procedimiento, contentivo de los cargos. (Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 21 de Noviembre de 2002, recaída en el Expediente n° 02-1995, con ponencia del Magistrado: HERNÁNDEZ B., César J., Caso *C.V.G. Industria Venezolana del Aluminio, C.A. (CVG VENTALUM) vs. Resolución n° SPPLC/0021-2002 emanada de Procompetencia el 6 de agosto de 2002*). V., también Sentencia del 24 de octubre de 2002. Magistrado

La armonización de este criterio, con áquel que se refería a la obligatoriedad de apertura y sustanciación de los procedimientos iniciados a solicitud de parte hasta su decisión final, implicaba, por contra, la imposibilidad de que se desestimaran hechos planteados por los particulares en sus solicitudes.

Sin embargo, en algunos casos iniciados a solicitud de particulares que fueron objeto de ulterior conocimiento por parte de la referida Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, no se condenó su apertura, sustanciación y decisión, a pesar de que la Superintendencia había desestimado parcialmente las respectivas solicitudes mediante los correspondientes actos de apertura; y por tanto, abierto, sustanciado y decidido los respectivos procedimientos sólo respecto de las solicitudes inicialmente estimadas o *admitidas*.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo parece apuntar hacia una nueva modificación del criterio establecido, orientándose en la dirección inicialmente adoptada. En efecto, en reciente fallo emitido por ese Tribunal, se estableció lo siguiente:

...De la lectura de estas normas se concluye que, el inicio del procedimiento administrativo, por parte de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, puede tener su origen en una actuación de oficio o a solicitud de parte interesada y, en ambos casos, la orden de la apertura del expediente, que emana del Superintendente, sólo tendrá lugar “[c]uando se presume la comisión de hechos violatorios de las normas previstas en [la] Ley”; de allí que, a juicio de la Corte, resulta suficiente que exista dicha presunción -sobre la posible comisión de una práctica prohibida- para que el Superintendente ordene la apertura del expediente, a fin de que la Sala de Sustanciación del mencionado órgano, proceda a realizar todas las actividades de investigación y fiscalización tendientes al esclarecimiento de los “hechos”, y que los presuntos infractores tengan oportunidad de exponer sus pruebas y alegar sus razones (artículo 36 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia)¹⁵.

El fallo parcialmente transcrito *ut supra*, parece poner de manifiesto una evolución del criterio interpretativo que había venido sosteniendo la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, y trata de imponer una clarificación que haga racionalmente posible la aplicación de la norma contenida en el artículo 32 de la Ley Procompetencia, reconociendo la existencia de una diferenciación entre el inicio de los procedimientos y lo que considera su apertura -así como la de los expedientes respectivos-, en aparente armonía con las regulaciones contenidas en los demás artículos referidos al procedimiento; particularmente por lo que respecta al artículo 36 *ejusdem*.

Sin embargo, el criterio ahora anunciado por la Corte Primera reproduce la referencia única a la *apertura* de los procedimientos, haciendo suyo un elemento que considerado de manera aislada aleja la interpretación de lo establecido por el legislador en el texto regulador (vgr. Ley Procompetencia).

En efecto, si bien es cierto que la clave para lograr una interpretación racional de la norma en el caso de los procedimientos iniciados a solicitud de parte, parece desprenderse del reconocimiento de la diferencia existente entre el inicio de esos procedimientos y su subsiguiente apertura y sustanciación, resulta más apropiado considerar la referencia a ambos conceptos.

Ponente: ROCHA CONTRERAS, Perkins, Caso C.A. *Cervecería Nacional (Brahma) vs. Resolución n° SPPLC/0022-02 emanada de Procompetencia el 06 de agosto de 2002*.

15. Sentencia de 10 de octubre de 2002. Magistrado Ponente: APITZ BARBERA, Juan Carlos, Caso *Consortio Guaritico-Guaritico III vs. Resolución n° SPPLC/012-99 de Procompetencia de 25 de marzo de 1999*.

Tal razonamiento se desprende de la letra de la Ley, debiendo mantenerse la referencia pero también siendo necesario complementarla mediante una lectura armónica de las normas que regulan los procedimientos en cuestión, tal como a continuación se expone.

Resulta indiscutible que la Ley prevé dos modalidades para el inicio de los procedimientos sancionatorios¹⁶: una, a solicitud de parte interesada y otra de oficio. En el primer caso, la sola interposición de la solicitud, por el particular interesado, resulta suficiente para que el procedimiento se entienda iniciado¹⁷. En el segundo caso, en cambio, como la iniciativa corresponde al Superintendente, se requiere de un acto administrativo mediante el cual dicho funcionario declare el inicio del procedimiento en cuestión.

Ahora bien, la apertura y sustanciación de los procedimientos iniciados a solicitud de parte no procede de manera automática, sino que se resuelve con posterioridad a su inicio, estando doblemente marcada la diferenciación existente, tanto por el carácter de la *parte* a que corresponde cada una de esas actuaciones, como por el *momento* en que las mismas ocurren. En efecto, mientras que la actuación que da lugar al inicio de los procedimientos administrativos es ejecutada por un particular (solicitante), el acto por el cual se ordena su apertura corresponde al Superintendente, quien, a través de la Sala de Sustanciación, también da inicio a la sustanciación de los mismos (artículo 32, *in fine*). Por otra parte, dichas actuaciones se encuentran separadas y diferenciadas temporalmente, pues la actuación a través de la cual los procedimientos inician es anterior y diferenciable en el tiempo de aquella mediante la cual se declara su apertura y se ordena el inicio de la sustanciación, teniendo ambas lugar en momentos distintos.

En los procedimientos iniciados de oficio por la Superintendencia la situación es distinta, pues atendiendo a los mismos criterios que ponen de manifiesto la diferenciación en el caso de los procedimientos iniciados a solicitud de parte, se puede apreciar una identidad entre el inicio del procedimiento y la determinación relativa a su apertura, a la que se apareja el inicio de la investigación correspondiente (artículo 32, *in fine*). En efecto, en primer lugar, tanto la iniciativa para el inicio de los procedimientos, como para su apertura, corresponden a la misma parte, esto es, al Superintendente, quien a través de la Sala de Sustanciación dispone también el inicio de las investigaciones respectivas.

16. De acuerdo con lo establecido en el Reglamento Interno de la Superintendencia de Procompetencia son procedimientos sancionatorios aquellos tendientes a determinar la existencia o no de hechos violatorios de la Ley, y a la aplicación de las consecuencias jurídicas correspondientes (Artículo 4).

17. Sin embargo, es necesario precisar que para que la solicitud presentada por un particular interesado produzca dicho efecto, la misma debe satisfacer los requisitos establecidos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (aplicable por vía de la remisión normativa a que se contrae el artículo 41 de la Ley Procompetencia). Esta precisión tiene especial relevancia si se toma en cuenta que entre nosotros se han utilizado los términos *solicitud* y *denuncia* alternativa e indiferenciadamente, asimilándose. Lo cierto es que la *denuncia* no constituye una actuación de iniciativa procedimental propiamente dicha, siendo que en los casos en que se presenta, puede dar origen a la apertura de un procedimiento de oficio, y así ha sido reconocido reiteradamente por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo: "...la denuncia no es propiamente una forma de inicio del procedimiento administrativo sino, constituye una vía para poner en conocimiento al órgano administrativo de presuntas irregularidades cometidas por funcionarios públicos, para que éste abra de oficio el procedimiento, en caso de existir motivos para ello. (Caso *Iván PULIDO MORA*)" (Sentencia n° 01668 de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia pronunciada en el Expediente n° 13131 con ponencia del Magistrado ESCARRÁ MALAVÉ, Carlos de fecha 18 de julio de 2000). Ciertamente, resulta procedente la interposición de *denuncias* en el ámbito de Procompetencia, pero en estos casos, realizada la valoración e investigaciones preliminares correspondientes, el procedimiento que se iniciare consecuentemente lo sería oficiosamente, y no por solicitud de parte interesada.

Por otra parte, tanto el inicio del procedimiento como su apertura, la del respectivo expediente y la orden de inicio de las investigaciones respectivas, se manifiestan a través del mismo acto administrativo.

Esta identidad circunstancial, sin embargo, no elimina la diferenciación que subyace al fondo, y que debe ser tomada en consideración pues resulta determinante para la clarificación del modo de proceder que corresponde en atención a lo dispuesto en la Ley para el inicio de los procedimientos sancionatorios.

En efecto, en aplicación de lo dispuesto en la parte *in fine* del artículo 32 de la Ley, y tal como estaría reconociendo ahora la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, independientemente de la modalidad a través de la cual se inicien los procedimientos¹⁸, una vez que han comenzado, corresponde al Superintendente la realización de una valoración preliminar, a efectos de emitir un pronunciamiento que determine la pertinencia de su apertura -así como la de los expedientes respectivos-o por el contrario, su archivo. Así mismo, cuando mediante el pronunciamiento resultante de la valoración preliminar se determine la apertura de los procedimientos, corresponde al Superintendente en esa misma oportunidad, iniciar las investigaciones (*para los procedimientos iniciados de oficio*) o la sustanciación del caso (*para los procedimientos iniciados a solicitud de parte*), a través de la Sala de Sustanciación.

De manera que en los procedimientos sancionatorios iniciados a solicitud de parte, el Superintendente debe verificar la competencia del órgano para conocer del asunto, la no prescripción de la infracción, la legitimación del agente económico señalado como presunto infractor, y también la existencia de indicios suficientes para presumir la posible violación del ordenamiento regulador de la competencia y el mercado, para entonces poder proceder a la apertura -que no al inicio- de los mismos, e iniciar la sustanciación de los mismos, para su ulterior decisión¹⁹. Análogamente, si de la verificación realizada se desprende que el asunto planteado no corresponde al conocimiento de Procompetencia, que la infracción ha prescrito, que el agente económico señalado como presunto infractor no está sujeto a la Ley Procompetencia, o que no existen indicios suficientes para presumir la posible comisión de prácticas anticompetitivas, debe declararse su terminación.

2. Sustanciación

La realización de las investigaciones necesarias para la determinación de la existencia de hechos que puedan ser constitutivos de infracción a la Ley, así como la práctica de los actos requeridos para el esclarecimiento de los hechos y determinación de las res-

18. Sentencia de 10 de octubre de 2002. V., nota 13.

19. Por virtud de la vinculación de la actividad de la Administración Pública a la Ley, que determina el ámbito de sus atribuciones y potestades (principio de legalidad al cual está sujeta la Superintendencia de Procompetencia como órgano de la Administración Pública, sólo puede ejercer las potestades que la Ley le atribuye y en los casos y con las limitaciones establecidas. En este orden de ideas, para poder tramitar, conocer y decidir los procedimientos para la determinación de la existencia de prácticas anticompetitivas, Procompetencia está obligada a verificar que estén dados los presupuestos esenciales para hacer procedente su actuación: que los hechos denunciados sean materia de su competencia, que la infracción cuya comisión verificaría no se encuentre prescrita, que los sujetos señalados como presuntos transgresores de la Ley Procompetencia estén sujetos a ese instrumento legal.

ponsabilidades a que haya lugar, corresponden a la Sala de Sustanciación de la Superintendencia (artículo 32 en concordancia con el artículo 34)²⁰.

Esta Sala está a cargo del Superintendente Adjunto, quien la dirige; y cuenta con funcionarios instructores que, bajo la coordinación de aquél, coadyuvan en la ejecución de las atribuciones que atañen a esa dependencia, para así garantizar la mayor celeridad en la decisión de la materias de competencia de la Superintendencia (artículo 25)²¹.

Durante esta etapa del procedimiento la Ley de Procompetencia prevé la notificación de los presuntos infractores, "...con indicación de los hechos que se investigan, concediéndoles un plazo de quince días para que expongan sus pruebas y aleguen sus razones..." (artículo 36). Se trata de la oportunidad otorgada a los interesados cuyos derechos y/o intereses puedan verse afectados como consecuencia del procedimiento, para que comparezcan a exponer sus descargos, en cumplimiento de la garantía del derecho a la defensa establecido en la Constitución y aplicable también al ámbito administrativo.

Durante ese plazo se lleva a cabo la actividad probatoria de los intervinientes, aplicándose para ello -en la medida de lo posible y de manera supletoria-, las normas del Código Civil, Código de Procedimiento Civil, Código de Enjuiciamiento Criminal y demás leyes, en virtud de la remisión al artículo 58 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, a que se contrae el artículo 41 de la Ley Procompetencia²².

20. De acuerdo con el criterio establecido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo "...la Sala de Sustanciación de la Superintendencia Procompetencia es la encargada de sustanciar los procedimientos administrativos que pueden devenir en sanciones, para lo cual debe realizar toda la actividad probatoria que le ha sido facultada por ley y que le ha de servir de base al Superintendente en la oportunidad de dictar la decisión final.

"Esta separación de la actividad sustanciadora, de aquella desplegada por el Superintendente, entiende esta Corte que tiene por finalidad garantizar la imparcialidad que exige el artículo 30 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos" Sentencia de 19 de diciembre de 2002. Magistrado Ponente: ROCHA CONTRERAS, Perkins, Caso *Laboratorios Leti, S.A. vs. Resolución n° SPPLC/0025-95 emanada de Procompetencia el 26 de mayo de 1995*.

21. Siguiendo el mandato establecido por el artículo 25 de la Ley Procompetencia, el Reglamento Interno de la Superintendencia establece las atribuciones del Superintendente Adjunto, mereciendo destacarse las siguientes: "i) Promover, admitir y dirigir la evacuación de las pruebas necesarias para esclarecer los hechos investigados, en la sustanciación de los procedimientos para los que sea competente la Sala; j) Otorgar o negar, cuando lo estime necesario, la prórroga a la que se refiere el artículo 36 de la Ley, de oficio o a instancia de parte interesada; k) Dirigir a los interesados y a los terceros las notificaciones y comunicaciones a que hubiere lugar durante los procedimientos llevados por la Sala; o) Determinar la confidencialidad de los documentos presentados o recabados por la Superintendencia para aquellos expedientes que se encuentren en su Despacho". Por otra parte: El Reglamento Interno también establece las atribuciones de los funcionarios sustanciadores, disponiendo en su Artículo 8 lo relativo a las facultades generales: "El funcionario instructor, previa autorización del Superintendente o del Adjunto, tendrá las más amplias facultades de investigación, las cuales podrán ejercer en la sustanciación de procedimientos. Estas facultades de investigación comprenden: a) Requerir de cualquier persona la presentación de documentos o informaciones por escrito, que puedan tener relación con el caso; b) Examinar libros y documentos, y obtener copias de los mismos; c) Levantar actas, que serán firmadas por el funcionario instructor y las personas presentes, dejando constancia de hechos y circunstancias; d) Elaborar cuestionarios, entrevistas o encuestas, y obtener las correspondientes respuestas". El Artículo 9 *ejusdem* se refiere en especial a las facultades de sustanciación de los funcionarios instructores, estableciendo que "Además de las facultades de investigación ordinarias, al funcionario instructor le corresponderá, en la sustanciación de los procedimientos para los cuales haya sido designado para su instrucción, la realización de las actividades siguientes: a) Velar por el cumplimiento de los actos procesales dentro de los lapsos legalmente establecidos; b) Velar por la integridad del expediente; c) Realizar las diligencias probatorias necesarias para establecer los hechos relevantes del procedimiento; d) Elaborar los respectivos resúmenes, informes y proyectos de autos y actuaciones; e) Realizar las demás actuaciones que le sean encargadas; f) Rendir cuentas periódicamente sobre las actividades de instrucción de expedientes y sobre cualquier otra actividad que le haya sido encomendada.

22. El artículo 41 de la Ley Procompetencia establece a la letra: En todo lo no previsto en este Capítulo, el procedimiento se regirá conforme a las disposiciones de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Ahora bien, de acuerdo con el criterio anunciado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, la aplicación de los principios contenidos en las normas procesales supletorias habría de realizarse en armonía con lo dispuesto en la Ley Procompetencia, de manera que no implique la imposición de reglas o formalidades que desnaturalicen las regulaciones contenidas en ese instrumento regulador. En este orden de ideas, la Corte se ha pronunciado en contra de la aplicación rigurosa de los lapsos procesales establecidos en el Código de Procedimiento Civil para la promoción, admisión y oposición de medios probatorios, por considerar más favorable la previsión genérica establecida por la Ley Procompetencia²³. En el mismo orden, de manera más reciente, expuso su criterio sobre el particular señalando:

Ante esta solicitud, la Superintendencia emitió un auto en fecha 11 de diciembre de 2000, en el cual aclaró que (folio 78 de las actas que integran este expediente):

(...) en la Ley para Promover y Proteger la Libre Competencia, no se prevé la figura de la comisión para la evacuación de pruebas. Asimismo, que la remisión realizada por el artículo 41 *eiusdem* al Código de Procedimiento Civil, opera en materia de pruebas, en cuanto sea posible; siendo por tanto una habilitación legal a los efectos de la procedencia de la comisión, tal y como existía en la normativa laboral. En este orden de ideas, lo dispuesto en el artículo 234 *eiusdem*, no resulta aplicable por cuanto la Superintendencia es la instancia administrativa que tutela el orden del mercado, con funciones propias de un órgano de policía administrativa y no de un órgano jurisdiccional, en razón de lo cual se NIEGA (...). Por otra parte, el artículo 34 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia le ha otorgado a esta Sala amplias facultades de investigación, entre ellas, citar a cualquier persona en relación con la presunta infracción. (...) Ahora bien, con relación a la solicitud realizada por la representación del denunciante relativa al traslado de la Sala de Sustanciación al Estado Zulia, para que de forma directa tome la declaración de los ciudadanos promovidos como testigos, esta Sala juzga oportuno precisar que esta instancia administrativa no posee oficinas en el interior de la República, y que el volumen de casos que le involucran, aunado a que es doctrina administrativa de esta Sala, el que sea el Superintendente adjunto quien presida el acto de testigos, no le permiten su traslado inmediato, sin que ello implique un daño o eventuales perjuicios a las partes de otros procedimientos, que igualmente se encuentran en fase de sustanciación.

Sobre estos razonamientos, el Organismo administrativo accionado, se negó a utilizar los mecanismos probatorios del caso, para determinar la veracidad de uno de los extremos fundamentales en la suerte de la denuncia planteada: la confusión en el mercado de los anunciantes publicitarios. Esta negativa a ratificar los señalados documentos privados, debe analizarse a la luz de los principios que contemporáneamente informan la actividad probatoria de los organismos de policía administrativa; siendo el Derecho Administrativo norteamericano uno de los sistemas de derecho comparado, que de manera más sistemática ha trabajado esta materia, a partir de la actividad sustanciadora de sus conocidas agencias administrativas.

23. "...de conformidad con el citado artículo [36 de la Ley Procompetencia] la accionante presuntamente se encontraba dentro del lapso de los 15 días para ejercer los medios de defensa que estimara pertinentes. En consecuencia, surgen de la lectura de los autos del expediente suficientes indicios para presumir -hasta prueba en contrario- que la Administración erró al aplicar el lapso de los 5 días hábiles que establece el artículo 444 del Código de Procedimiento Civil, a los fines de desconocer un instrumento privado cuando este es consignado después del acto de interposición de la demanda. En concordancia con lo anteriormente expuesto, esta Corte considera que en el caso de autos se configuró el requisito del *fumus boni iuris*, dado de que existen elementos probatorios que hacen presumir -*ab initio*- de una violación del derecho constitucional a la defensa y al debido proceso, ya que aparentemente la Administración le conculcó los mencionados derechos a la accionante al declarar extemporánea el desconocimiento de la carta de diciembre de 1999, estando esta dentro del lapso probatorio establecido en el artículo 36 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. Así se decide: Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 20 de diciembre de 2000 con ponencia del Magistrado ROCHA CONTRERAS, Perkins, recaída en el Caso C.A. Seguros Guayana vs. Resolución n° SPPLC/028-2001 emanada de Procompetencia el 29 de junio de 2001.

En este orden de ideas, una temprana decisión “In re Pacific Ry. Commn” (1887), estableció que las agencias administrativas no estaban limitadas en su actuación probatoria, de la misma manera que los tribunales (*courts*) respecto a las *rules of evidence*. Es decir, que las agencias cuentan con una mayor flexibilidad probatoria, para lograr los resultados de salvaguarda de los diversos contenidos del interés público que le han sido encomendados. Sin embargo, esta no sujeción a las reglas probatorias que imperan en la esfera judicial norteamericana, no puede implicar en ningún momento un relajamiento en las facultades sustanciadoras de la agencia; al contrario, de lo que se trata es de exponenciar al máximo el carácter técnico de las autoridades de policía administrativa, permitiéndoles apreciar pruebas que de ordinario serían rechazadas en los tribunales, bajo las reglas adjetivas que ordenan la materia probatoria en juicio (*Tyra vs. Secretary of HHS* de 1990, y *Metro Utility vs. Comerse Commn* también de 1990; ambas consultadas en Schwartz, Bernard. “*Administrative Law*”. Little Brown and Company. Tercera Edición. Estados Unidos de Norteamérica, 1991). Esta posición jurisprudencial aparece positivizada en la Federal Administrative Procedure Act de ese país.

Ahora bien, la legislación venezolana permite la adopción, *mutatis mutandi*, de la doctrina precedentemente reseñada. Por una parte, el artículo 58 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, establece que: “Los hechos que se consideren relevantes podrán ser objeto de todos los medios de prueba establecidos en el Código de Procedimiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal o en otras leyes”. Por la otra, para el caso de marras, dispone en su artículo 41 la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia “En todo lo no previsto en este Capítulo, el procedimiento se regirá conforme a las disposiciones de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”, en adición al artículo 34 *eiusdem*, que le establece a la Sala de Sustanciación de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, el deber de practicar “(...) los actos de sustanciación requeridos para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidad”, para lo cual “(...) tendrá los más amplios poderes de investigación y fiscalización y, en especial, los siguientes (...)”.

En definitiva, la remisión que hacen ambas normas (una por vía directa y otra por vía indirecta), al sistema probatorio del Código de Procedimiento Civil, conduce a la conclusión de que el legislador ha optado, en materia de procedimientos administrativos, por un sistema de prueba libre, apto para moldearse a las especificidades y complejidades técnicas de cada procedimiento. Dentro de esta dinámica, se entiende la funcionalidad del principio de no sujeción a los cánones formales del procedimiento probatorio ordinario, sino en cuanto le sean aplicables y en tanto y en cuanto suponga una averiguación más efectiva por parte de la respectiva Administración.

Entendido así, acierta la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, al afirmar que no le es dado (por ausencia de habilitación legal expresa), expedir comisiones a jueces; sin embargo, y he aquí que esta Corte disiente de ese ente administrativo, en ningún momento ello puede significar un detrimento de los derechos de los administrados, es decir, la inaplicación de determinadas reglas del Código de Procedimiento Civil al régimen probatorio administrativo, debe entenderse sólo desde la eficacia del procedimiento (postulado este derivado de los corolarios que fija el artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), nunca como un obstáculo para incorporar por canales formales, la certeza que dimanen los hechos objeto de la averiguación.

No podía la señalada autoridad de policía administrativa, invocar ninguna causal por la cual le fuera negada aportar certeza procesal a los documentos privados aportados por el actor. La organización administrativa existe en función del interés público, no se agota en sí misma, y su dinámica en todo momento debe perseguir la mayor eficacia de su actividad normativa o reguladora, de acuerdo al contexto que le imponen los datos de la realidad social. Así, estima esta Corte en esta fase preliminar del proceso contencioso administrativo, que la actuación probatoria de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, estuvo presuntamente apartada de los principios constitucionales que rigen la actividad administrativa (en especial, el de la eficacia ya referido), por lo que determina la existencia de una presunción grave de violación al derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, del ciudadano Leonardo Núñez Martínez, al impedirle aportar al procedi-

miento administrativo, uno de los elementos fundamentales de su denuncia por competencia desleal: la confusión en los anunciantes publicitarios del mercado zuliano, frente a la transmisión simultánea de un programa de televisión nacional con el mismo nombre; y así se decide²⁴.

Por lo que respecta a la coincidencia o identidad del lapso de comparecencia con la sustanciación de los procedimientos, debe advertirse que aunque la Ley establece el plazo referido, para que los interesados comparezcan, aleguen sus razones y expongan las pruebas que estimen convenientes a sus derechos e intereses, la sustanciación del procedimiento no se agota en dicho plazo. En efecto, así se desprende de manera implícita del artículo 40 de la Ley, y lo ha reconocido la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sosteniendo:

...según la interpretación doctrinaria de dicha Ley [*Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*] -que supletoriamente aplica la Superintendencia en referencia- en el procedimiento administrativo la etapa de sustanciación se extiende hasta un día antes de la emisión del acto administrativo contentivo de dicha decisión definitiva -vid. Artículo 62-, por ello estima esta Corte que en el presente caso, la etapa de sustanciación del procedimiento administrativo llevado a cabo en Procompetencia contra las empresas accionantes de amparo no ha culminado, más aún cuando ambas partes han afirmado en la audiencia que se han ampliado experticias y que se han realizado otras actuaciones aún con posterioridad al lapso probatorio...²⁵.

De manera que la etapa de la sustanciación de los procedimientos sancionatorios se prolonga hasta la resolución del asunto; la cual debe producirse dentro del término de treinta días a partir del vencimiento del plazo otorgado a los presuntos infractores para exponer los alegatos o razones que a bien tengan, o del vencimiento de la prórroga que del mismo haya sido acordada²⁶.

Fuera del lapso de comparecencia, sin embargo, sólo se permite a los interesados exponer sus alegatos; por lo que, en principio, no podrían aportarse elementos probatorios sino durante el plazo otorgado expresamente por la Ley para tales fines²⁷. La Sala de Sustanciación, por su parte, sí estaría habilitada para ejercer diligencias probatorias, en virtud de los poderes inquisitivos que le corresponden y atendiendo a la carga probatoria que tiene asignada. En efecto, no debe olvidarse que "...es la Administración quien tiene la carga probatoria en materia sancionatoria, lo que implica que son los organismos públicos quienes deben demostrar los supuestos que motivan la aplicación de un gravamen"²⁸.

24. Sentencia de 13 de junio de 2002 con ponencia de la Magistrada MORALES LAMUÑO, Luisa Estella, recaída en el Caso *Núñez Martínez, Leonardo vs. Resolución n° SPPLC/014-2001 emanada de Procompetencia el 27 de marzo de 2001*.

25. Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo con ponencia del Magistrado PASCERI SCARAMUZZA, Pier Paolo, Caso *CANTV-CANTV Servicios vs. Resolución emanada de Procompetencia*.

26. Conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley Procompetencia "en aquellos casos en que la Sala de Sustanciación lo estime necesario, podrá conceder una prórroga de quince (15) días" al plazo igual concedido a los presuntos infractores para que expongan sus pruebas y aleguen sus razones.

27. Sobre el particular hay quienes sostienen que semejante interpretación constituye una lesión del derecho a la defensa. De acuerdo con ese criterio debería permitirse el aporte de elementos probatorios incluso fuera del lapso de comparecencia, siempre y cuando se mantenga la igualdad procesal y se garantice el debido control de la prueba a quienes tengan participación en el procedimiento. El argumento de quienes se pronuncian en contra de la interpretación referida ha sido que permitir el aporte de elementos probatorios fuera del lapso de comparecencia, contraría la letra de la Ley, y hace materialmente imposible que en la resolución del asunto sean tomados en consideración los elementos probatorios aportados, al permitirse su incorporación hasta dos días antes de que la decisión se produzca.

28. Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 19 de diciembre de 2002 con Ponencia del Magistrado: ROCHA CONTRERAS, Perkins, Caso *Laboratorios Leti, S.A. vs. Resolución n° SPPLC/0025-95 emanada de Procompetencia el 26 de mayo de 1995*.

3. Terminación

Los procedimientos sancionatorios terminan mediante la adopción de las decisiones definitivas de lo mismos; resoluciones, que como ya se dijo, deben producirse dentro del término de treinta días a partir del vencimiento del plazo otorgado a los presuntos infractores para exponer sus alegatos o razones, o del vencimiento de la prórroga que del mismo haya sido acordada (Artículo 37).

En tal sentido, la Superintendencia de Procompetencia no ha admitido la aplicación de medios alternativos de terminación de los procedimientos sancionatorios, por considerar que el orden público económico y el objeto tutelado mediante los mismos no lo permitirían. La transacción, conciliación e incluso el desistimiento no son aceptados por el ente administrativo en cuestión, el cual ha hecho suyo el criterio sentado por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en el pasado, según el cual "...el arbitraje no procede según lo establece el artículo 608 del Código de Procedimiento Civil sobre asuntos en los cuales no cabe transacción; y de acuerdo al artículo 1714 del Código Civil, no se puede transigir sobre lo que no se puede disponer. En este sentido, *la promoción y protección de la libre competencia constituye un imperativo de orden público, que las partes no pueden derogar...*"²⁹.

Ante tal posición, quienes se inclinan por la aceptación de la introducción de figuras que permitan la terminación *anómala* de los procedimientos administrativos (no sólo en el ámbito de la Superintendencia de Procompetencia) han señalado que la aceptación de medios alternativos de solución a los conflictos que surgen en virtud de las relaciones subjetivas de la administración pública con los particulares, e incluso en los conflictos que surgen entre particulares pero que por su naturaleza interesan a la Administración, que está llamada a conocerlos, no implica necesariamente un relajamiento de sus potestades, ni mucho menos un compromiso de los intereses supremos que ésta está llamada a tutelar. Por el contrario, en algunas ocasiones es posible obtener una protección igual o superior a esos intereses supremos por medio de la solución de los conflictos de que se trate por la vía de medios alternativos, de la que se obtendría por la vía de la tradicional resolución.

Y es que el interés público también está presente -como Norte- en la adopción de soluciones no tradicionales a conflictos inter-subjetivos en el campo del Derecho Administrativo, por lo que los resultados de las negociaciones, en caso de que se acepten, deben mantenerse siempre dentro del ámbito del respeto del principio de la legalidad, atendiendo en todo momento a las limitaciones legales existentes en cuanto al margen de autonomía de la voluntad presente; de manera tal que reflejen situaciones que estén orientadas a la satisfacción del interés público preponderante.

En tal sentido, debe tomarse en consideración que el criterio de la Sala Político Administrativa ha variado, en términos generales, hacia la aceptación de figuras de auto-composición procesal incluso respecto de procedimientos en los cuales la naturaleza de los mismos atañe al orden público. En sentido similar se ha orientado la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo³⁰, lo cual siembra dudas en relación con la vigencia del criterio anteriormente referido.

29. Sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia de 29 de mayo de 1996.

30. Y es que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, además de anunciar un criterio que sería consonante con la admisión de figuras alternativas para la terminación de los procedimientos administrativos en general, ha reconocido que los procedimientos sancionatorios seguidos por ante la Superintendencia de Procompe-

A todo evento, actualmente en todos los casos la terminación de los procedimientos para la determinación de la existencia o no de prácticas anticompetitivas, se produce a través de la resolución correspondiente.

La adopción de esas resoluciones definitivas corresponde al Superintendente, y mediante las mismas debe determinarse la existencia o no de prácticas prohibidas en la Ley; en cuyo caso, puede además ordenarse la cesación de la conducta en un plazo determinado; ordenarse la supresión de sus efectos; imponerse condiciones u obligaciones determinadas al infractor; e imponerse las sanciones que prevé la Ley (Artículo 38). Adicionalmente en la resolución que dicte la Superintendencia, "...debe determinarse el monto de la caución que deberán prestar los interesados para suspender los efectos del acto si apelasen la decisión, de conformidad con el Artículo 54"³¹.

En cuanto a las sanciones pecuniarias que pueden imponerse, la Ley Procompetencia establece la posibilidad de multas entre el 10% y el 20% del valor de las ventas del infractor, atendiendo a la gravedad de la infracción y fijando ciertos parámetros que deben considerarse. Adicionalmente, se prevé la posibilidad de aumentarla en casos de reincidencia³².

tencia, pueden terminar mediante un acto distinto a la resolución mediante la cual se establezca la existencia o no de prácticas anticompetitivas, al establecer en sentencia del 25 de julio de 2002 lo siguiente: "...tal circunstancia sobrevenida ha debido ser apreciada por esa Superintendencia y, en consecuencia, declarar que resultaba inoficioso la continuación del procedimiento administrativo sancionatorio que concluyó con la Resolución impugnada n° SPPLC/002-2001, de fecha 8 de enero de 2001." Magistrada Ponente: MARRERO ORTIZ, Evelyn, Caso *TEPUY MARINA, C.A. vs. Resolución n° SPPLC/002-2001 emanada de Procompetencia el 8 de enero de 2001. Exp. 02-26739*.

31. En sentencia del 15 de noviembre de 2000 la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo destacó al respecto que "...además de las medidas de suspensión de efectos generalmente utilizadas en el contencioso, los efectos de las resoluciones dictadas por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia pueden ser objeto de una especial medida de suspensión de efectos semi-automática de acuerdo al artículo 54 de la Ley de la materia.

"En principio, de la interpretación concatenada de los artículos 54 y 38 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, se evidencia, que cuando sean recurridas las resoluciones dictadas por la Superintendencia, se suspenderán los efectos de las mismas, si el recurrente presenta caución por el monto que en cada caso determine dicho organismo. Sin embargo, desde la promulgación del instrumento legal que contiene dicho artículo, tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional, han realizado interesantes disquisiciones tendentes a definir los parámetros de interpretación del dispositivo legal *in commento*, que se relaciona, como quedó dicho, con la posibilidad de suspensión semi-automática de las resoluciones dictadas por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia.

"En tal sentido, las posturas sobre el particular, han oscilado entre quienes propugnan la suspensión semi-automática u *ope legis* de las referidas resoluciones, hasta quienes defienden la necesidad imperativa de que el órgano jurisdiccional emita un pronunciamiento expreso sobre la procedencia de la referida suspensión, a la luz del análisis e implicaciones del caso bajo estudio, pudiendo llegar, inclusive, a desaplicarse dicho artículo en el caso concreto". Magistrada Ponente: MORALES LAMUÑO, Luisa Estella, Caso *Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV) vs. Resolución n° SPPLC/029-2000 emanada de Procompetencia el 7 de julio de 2000*.

32. El Artículo 49 establece: "Quienes incurran en las prácticas y conductas prohibidas señaladas en las Secciones Primera, Segunda y Tercera del Capítulo II del Título II de esta Ley, podrán ser sancionados por la Superintendencia con multa hasta del diez por ciento (10%) del valor de las ventas del infractor, cuantía que podrá ser incrementada hasta el veinte por ciento (20%). En caso de reincidencia, la multa se aumentará a cuarenta por ciento (40%). El cálculo del monto de las ventas a las que se refiere este artículo, será el correspondiente al ejercicio económico anterior a la Resolución de la multa". Por su parte, la norma contenida en el artículo 50 reza: "La cuantía de la sanción a que se refiere el Artículo anterior, se fijará atendiendo a la gravedad de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta: 1° La modalidad y alcance de la restricción de la libre competencia; 2° La dimensión del mercado afectado; 3° La cuota de mercado del sujeto correspondiente; 4° El efecto de la restricción de la libre competencia, sobre otros competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes del proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; 5° La duración de la restricción de la libre competencia; y 6° La reincidencia en la realización de las conductas prohibidas". Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que conforme a lo establecido en el

La decisión del Superintendente con respecto al artículo anterior, debe notificarse a los interesados, siguiéndose para ello los parámetros establecidos por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y debiendo entregarse a los infractores, la correspondiente planilla de liquidación de la multa impuesta, caso de que así fuera.

Parágrafo Tercero del Artículo 38 “La falta de pago de la multa o el pago efectuado después de vencido el plazo establecido para ello, causa la obligación de pagar intereses de mora hasta la extinción de la deuda, calculados éstos a la tasa del seis por ciento (6%) por encima de la tasa promedio de descuento fijada por el Banco Central de Venezuela durante el lapso de la mora”.

IV. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

§ 73. EL PRINCIPIO DE EJECUTORIEDAD DE LAS PROVIDENCIAS ADMINISTRATIVAS DICTADAS POR LAS INSPECTORÍAS DEL TRABAJO Y LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO

José Gregorio Silva Bocaney^{*}
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y
Universidad Santa María

I. INTRODUCCIÓN

La interpretación, como medio de descubrir o redescubrir, crear o recrear el significado y aplicación de un texto, nos debería conducir al perfeccionamiento del Estado de Derecho y de Justicia que proclama la Constitución, siempre que el mismo se construya bajo premisas válidas y coherentes, lo suficientemente fuertes para construir un encadenamiento sólido. Cuando nos referimos a la potestad de revisión de la Sala Constitucional, conforme el principio plasmado en el artículo 335 de la Constitución¹; en consecuencia, debe en primer lugar determinarse cuál es el alcance de la facultad de revisión y de interpretación de la Sala Constitucional como máximo y último intérprete de la Constitución y determinar la construcción de ese sólido encadenamiento necesario.

En este marco, se plantea la problemática del alcance de los conceptos de Justicia y Derecho, y los límites aparentes de la argumentación y las falacias, por cuanto la errónea interpretación de la norma, implica a su vez, la negación del derecho; y en consecuencia, del Estado de Derecho, lo cual se agrava ante los criterios contradictorios que conduce a un estado de inseguridad jurídica.

Pero cuando nos referimos a una teoría de la argumentación, -dependiendo del argumento utilizado-, y analizamos el mismo objeto o problema, podemos llegar a conclusiones diferentes, lo cual nos lleva a un escenario común en nuestra profesión de abogados que enriquece la doctrina e igualmente la jurisprudencia, cuando es aplicado con cautela; pero cuando se evidencian contradicciones en el discurso o en el método, por un órgano al que corresponde unificar los criterios, o se detectan argumentos falaces, se está muy lejos a contribuir acertadamente a la consolidación -siempre constante-, del Estado de Derecho.

1. “El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de esta Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República”.

Dentro de este contexto, y en cuanto al principio de ejecutoriedad y ejecutividad² de los actos dictados por la administración, que puede ser un tema sumamente amplio, decidí analizar la sentencia de fecha dos de agosto de dos mil uno, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia³, con referencia a la ejecución de las providencias administrativas emanadas de las Inspectorías del Trabajo y el empleo del Amparo Constitucional, como medio de ejecución de tales providencias ante la contumacia en el cumplimiento por parte del patrono, -en principio-, bajo los conceptos del argumento teleológico; sin embargo, en muchos casos nos encontramos que una decisión se fundamenta en distintos argumentos para sostener distintos puntos; siendo posible que en el uso de estos argumentos podamos entrar muchas veces en el campo de las falacias, lo cual, a mi entender, sucedió en la decisión que nos ocupa.

En tal sentido, considero necesario comenzar con un somero análisis de la teoría de la argumentación, para posteriormente, bajo la óptica de dicha teoría, proceder a su aplicación al caso que nos ocupa.

II. DE LOS ARGUMENTOS Y EL ARGUMENTO TELEOLÓGICO

Parafraseando a Ferrater Mora⁴ (Ferrater, 1984), corresponde al sentido de argumento el razonamiento utilizado para convencer a alguna persona de la verdad o falsedad de una tesis a través de un método de apreciación de los intereses que se funda principalmente en la introducción de consideraciones de oportunidades y de valor. Conforme la lógica, el argumento se construye en un encadenamiento de proposiciones (premisas) a las que se sigue una conclusión; siendo las premisas, las razones que justifican la conclusión. Constituyendo un encadenamiento -y recordando las leyes de *Murphy*-, la fuerza de la conclusión dependerá exclusivamente de la fuerza de sus eslabones (premisas); si una premisa [eslabón] falla, toda la cadena falla, y en consecuencia, falla a su vez la conclusión.

Ahora, conseguimos casos en los que este encadenamiento de premisas es perfectamente sólido, incluso en posiciones encontradas. Es precisamente, del uso de las diferentes tesis que se enriquece el Derecho, y encontramos como soportes de éstas, los distintos argumentos, que en definitiva, nos darán una u otra conclusión; pues, tal como lo señala Dworkin⁵ (Dworking, 1992), “*Si el debate legal es principalmente o en parte*

2. Para algunos autores (entre los que se encuentra PARADA VÁSQUEZ, José Ramón, “La Ejecutoriedad de los Actos Administrativos” *III Jornadas Internacionales Allan Brewer-Carías*, Funeda, Caracas 1997), “ejecutoriedad”, “ejecutividad”, al igual que “acción de oficio”, “privilegios de decisión ejecutoria” no son más que sinónimos, con que “*se designa la cualidad del acto administrativo de producir todos sus efectos contra la voluntad de los obligados violentando su propiedad y libertad si preciso fuere. Esta cualidad es la que realmente separa y distingue los actos administrativos de los actos privados que necesitan del apoyo judicial para tomar medidas ejecutorias*”. Para otros autores le ejecutoriedad y ejecutividad corresponde a términos distintos, correspondiendo la primera a la necesidad de cumplimiento por parte del obligado, y la segunda a la posibilidad de exigencia compulsiva del acto. Sin embargo, aún cuando el título del trabajo podría sugerir entrar con detenimiento en el tema, debemos aclarar que la intención es someter a análisis las decisiones del Tribunal Supremo con especial referencia a la ejecución de los actos emanados por las inspectorías del trabajo.

3. Sentencia de la Sala Constitucional n° 1318. Recurso de revisión, Suárez de Hernández, Teresa en representación de Alcalá Ruíz, Nicolás José, Expediente n° 01-0213 con ponencia del Magistrado GARCÍA GARCÍA, Antonio.

4. FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, Alianza Editorial, 5ta Edición, Madrid 1984

5. DWORKIN, Ronald, *El Imperio de la Justicia*, Segunda Edición, Editorial Gedisa, Barcelona 1992. p. 43.

sobre casos cruciales, entonces todos los abogados no pueden estar utilizando los mismos criterios objetivos para decidir cuándo las propuestas de ley son verdaderas o falsas”.

Dentro de estos medios argumentativos, encontramos el teleológico, como uno de los medios para descubrir la ley, que tal como lo señala Jiménez de Asúa⁶:

El juez, para descubrir la voluntad de la ley, debe usar medios interpretativos, gramaticales y teleológicos y elementos muy varios para descubrir el fin de la ley. INTERPRETACIÓN GRAMATICAL. Advirtamos que la interpretación debe ser siempre única y que el juez ha de valerse armónicamente del medio gramatical y del teleológico. ... En suma, hemos superado la etapa en que sólo se consideraba justa la interpretación literal y ya no pensamos, con Beccaría, que el espíritu de la ley puede depender de la buena o mala lógica del juez, de su buena o mala digestión, de sus pasiones, de su debilidad, de sus relaciones con el ofendido, etcétera, etcétera. Alegatos ciertos, puesto que son seres humanos, pero que no bastan para reducir la empresa de juzgar a una tarea filológica. Ya dijo Cicerón que la interpretación apegada a las palabras, sin tener en cuenta la mens legislativa, sería callida et malitiosa iuris interpretatio. ... Si nuestra disciplina es finalista y sólo puede ser trabajada con el método teleológico, teleológico ha de ser también la interpretación de las leyes. Esta es la que mejor descubre la íntima significación de los preceptos, la verdadera voluntad de la ley, deduciéndola, no sólo de las palabras, sino de los múltiples elementos que contribuyen a formar las disposiciones legislativas.

Pero no debe confundirse con la intención legislativa de que trata Marmor⁷ (Marmor, 2001), cuando habla de “la intención del legislador y la autoridad del derecho”, pues el mismo se refiere a la intención del legislador como un elemento estático, al momento de la promulgación de la norma, lo cual se identifica más bien con el argumento psicológico o de la voluntad del legislador concreto; sino desde el punto de vista de la adaptación dinámica de la norma al momento actual, manteniendo la finalidad del legislador, identificándose así con el argumento teleológico o hipótesis del legislador provisto de fines, pretendiendo reconstruir la norma, “imaginarse cuales son las hipótesis que se deben resolver si en este momento si se tuviera que regular el caso que tengo presente, ello para reconstruir a partir de los textos ese propósito, esa finalidad que la ley persigue en la actualidad” (Zerpa [2001], siguiendo la ideas básicas de Tarello)⁸. Incluso, considerando el derecho como ciencia, y en consecuencia, sometido a un sistema⁹, podría hablarse de la reconstrucción de la norma frente a la Constitución, manteniendo la vigencia de la norma.

6. JIMÉNES DE ASÚA, Luis, *La Ley y El Delito*, Ed. Andrés Bello, Caracas 1945, pp. 132 a 135, citado en la decisión de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 29-02-2000.

7. MARMOR, Andrei, *Interpretación y Teoría del Derecho*, Editorial Gedisa, Barcelona 2001.

8. ZERPA, Levis Ignacio, “La Argumentación Jurídica”, Ponencia registrada en el *Curso de Capacitación Sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*, Tribunal Supremo de Justicia, Serie *Eventos n° 3*, Caracas 2001, pp. 249-250.

9. Aún cuando ATIENZA, refiriéndose a las teorías de PERELMAN, TOULMIN MACCORMICK y Alexy señala en su obra *La Razones del Derecho*, que: “Una teoría de la argumentación jurídica debe evaluarse desde tres perspectivas distintas, esto es, considerando cuál sea el objeto, el método y la función de la misma. Dicho de otra manera, se trataría de ver qué es lo que explica la teoría en cuestión, como lo explica y para qué, esto es, qué finalidad instrumental o no, manifiesta o latente, cumple. Las teorías de la argumentación jurídica que se han examinado en los anteriores capítulos son deficitarias en esas tres dimensiones”.

III. DE LA INTERPRETACIÓN Y LA REVISIÓN

Para referirnos al carácter vinculante de las decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, -ya que la decisión objeto de análisis, al igual que muchas otras parten del principio del carácter vinculante de éstas-, debemos realizar un ejercicio para determinar cuales sentencias de la referida Sala, tienen -efectivamente- tal carácter. La vigente Constitución, señala que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia es el máximo y último interprete de la Constitución, por lo que debemos partir del principio que no es el único interprete de la Constitución, conforme se desprende del ejercicio del *control difuso* de la Constitución que el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil le otorga a cualquier juez, principio este recogido por el artículo 34 Constitucional. De la misma manera, conforme Javier Pérez Royo, citado por Oswaldo Padrón Amare¹⁰, el legislador es el interprete normal y ordinario de la Constitución, criterio que compartimos, y que determina entonces que no existe un monopolio interpretativo de la Constitución.

Dentro de este marco debemos citar a Duque Corredor¹¹, cuando señala:

Sin embargo, el mismo Texto Constitucional circunscribe esa eficacia obligatoria a las interpretaciones sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales respecto de las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República y no con relación a los otros poderes. De modo que para determinar esa obligatoriedad se exige distinguir entre la esencia de la argumentación y los puntos marginales de la decisión. Así, como se ha advertido en el sistema norteamericano donde funciona este sistema, el precedente obligatorio se sigue porque emana del intérprete final de la Constitución y porque de ordinario es un criterio acertado, pero no exige a los tribunales seguir un criterio claramente equivocado. Y además, como lo ha señalado la propia Suprema Corte norteamericana, que su opinión sobre la interpretación de la Constitución está siempre abierta a la discusión, cuando se supone que está fundada en el error y que su autoridad judicial dependerá en el futuro de la fuerza del razonamiento en que se apoya. Al igual como asienta Manuel Atienza, al referirse a la naturaleza vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional español, que si bien son las últimas y definitivas, sin embargo, no quiere decir que sean infalibles; ni siquiera que sean correctas, sino que incluso pueden existir otras interpretaciones más adecuadas o más correctas desde el punto de vista de la argumentación jurídica o desde las virtudes de la razón práctica.

10. En una cita del profesor español PÉREZ ROYO (El Tribunal Constitucional: entre política y derecho en los reveses de la justicia. Barcelona 1993) por parte de PADRÓN AMARÉ, Oswaldo publicada en el semanario *Quinto Día*, "Los Límites Necesarios de la Justicia Constitucional I", Caracas 22 de febrero de 2002 señala: "Conviene no perder de vista que, aún después de la existencia de un Tribunal Constitucional, el legislador continúa siendo el principal intérprete de la Constitución exactamente igual que lo era antes. Es el intérprete más asiduo, más constante de la Constitución, ya que de él depende la creación de las normas inmediatamente, posteriores a la Constitución en la jerarquía normativa, a través de las cuales se da vida propia a la Constitución y se hace frente a los problemas que surgen en la sociedad.

Dicho en pocas palabras, es el intérprete (normal, ordinario) de la Constitución.

El Tribunal Constitucional, por el contrario, es el intérprete (excepcional, extraordinario) que sólo interpreta la Constitución cuando hay alguna duda acerca de la constitucionalidad del acto del legislador. Hablar, por tanto, de monopolio interpretativo de la Constitución por parte del Tribunal Constitucional, como a veces se hace, carece de sentido. Cuantitativamente y cualitativamente el peso de la interpretación constitucional recae en el legislador. No hay sociedad democrática que podría funcionar si así no fuera".

11. DUQUE CORREDOR, Román José, "Orientaciones Jurisprudenciales del Tribunal Supremo de Justicia. La Interpretación Vinculante de la Jurisdicción Constitucional y los Poderes Correctivos de los Jueces", publicado en la obra de las XXVII Jornadas "J. M. Domínguez Escovar", Imprecolor C.A., Barquisimeto 2002, p. 2.

Debemos entonces diferenciar el *recurso de Interpretación* de la facultad o potestad de interpretación de los textos legales, así como la atribución de revisión otorgada expresamente a la Sala Constitucional.

Así tenemos que la decisión de la Sala Político Administrativa del 30 de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, señaló:

Indica el numeral 24 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia que es competencia de este Alto Tribunal “conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, en los casos previstos en la Ley”, atribución ésta que está asignada a la Sala Político-Administrativa por disposición del artículo 43 eiusdem. Han sido numerosas las oportunidades en que esta Sala ha actuado de conformidad con la referida competencia, resolviendo las dudas que determinados actos normativos han suscitado con motivo de su aplicación. Los distintos pronunciamientos han ido delineando las características que conforman este peculiar recurso, así como las exigencias de procedencia del mismo, dentro de las cuales destaca la necesidad de que exista un caso concreto al cual sería aplicable la interpretación judicial solicitada. Sin duda esta exigencia tiene sentido lógico, ya que la labor de este organismo jurisdiccional es dar solución a situaciones fácticas y no puede pretenderse que el mismo resuelva solicitudes que simplemente aspiran a una labor intelectual, casi pedagógica o de asesoría de este Máximo Tribunal.

El criterio sostenido por la extinta Corte Suprema de Justicia, por mandato de las previsiones contenidas en la Ley Orgánica que regula la materia, era la de reservar la competencia para decidir este especial recurso a la Sala Político Administrativa; sin embargo, a raíz de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, este criterio ha sido modificado, señalando que por cuanto se trata de una competencia atribuida directamente por la Constitución, la competencia se ha ampliado a las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, indicando: “Así, puede inferirse del citado precepto constitucional, que al no indicarse específicamente a cual de las Salas corresponde conocer sobre el recurso de interpretación de textos legales, la intención del constituyente fue ampliar el criterio atributivo adoptado por el legislador en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (ordinal 24 artículo 42, en concordancia con el artículo 43), que reserva la decisión en esta materia a la Sala Político Administrativa”¹².

En este mismo orden de ideas la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en decisión del 17 de febrero de 2000¹³, señaló:

...en relación a la competencia en materia de amparo constitucional, considera necesario esta Sala precisar su criterio y, en este sentido, referir la jurisprudencia que viene aplicando en materia de amparo constitucional en virtud de la cual, a partir de la decisión de fecha 16 de noviembre de 1989 recaída en el caso COPEI, modificó el criterio respecto a la competencia exclusiva de los Tribunales de Primera Instancia para conocer de las acciones de amparo autónomas, considerando que cuando en materia de amparo lo que se pretenda sea el restablecimiento de situaciones jurídicas infringidas por la Administración, es el Juez Contencioso Administrativo, el único juez competente para conocer de tales acciones, en virtud de su competencia que abarca el conocimiento de los recursos contenciosos administrativos de anulación, de los recursos por abstención de los funcionarios públicos, de las demandas patrimoniales contra la República y personas jurídico-públicas, de las acciones de amparo, como el mecanismo idóneo para el restablecimiento inmediato de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa, como ya se ha indicado supra.

12. V., entre otras, la sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia n° 055 del 31-05-01.

13. Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Caso *Aerolink Internacional S.A.* Expediente n° 044. Magistrado Ponente ESCARRÁ MALAVÉ, Carlos, 17 de febrero de 2000.

Ciertamente, esta Sala Político-Administrativa al interpretar el artículo 27 del Texto Fundamental, considera que cuando éste refiere que la autoridad judicial competente tendrá la potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella, en modo alguno, se modifica el sistema de amparo constitucional que se venía aplicando antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 y, por consiguiente, tampoco afecta la jurisprudencia referida que viene aplicando esta Sala Político-Administrativa, dado que el Texto Constitucional no modifica el postulado esencial bajo el cual, todos los tribunales de la República siguen teniendo la potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella y, consecuentemente con este criterio, de conformidad al artículo 259 y los ordinales 4º y 5º del artículo 266 eiusdem, corresponde a esta Sala el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa y en virtud de la conservación de la interpretación constitucional como hecho y valor democrático sujeta siempre a revisión, otorgada por el Poder Constituyente a todos los jueces de la República y, respecto a la cual, si bien la interpretación de la Constitución realizada para cada Sala de este Tribunal, tiene el carácter de máxima y última, sin embargo, no es la única y, por demás, requiere de la interpretación previa por parte de los jueces naturales, ya en la jurisdicción ordinaria o apelada por ser el control difuso de la Constitución un valor fundamental de nuestro ordenamiento...

Según lo expuesto, la Sala Político Administrativa seguiría siendo la competente para restablecer las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa, aunado a la obligación constitucional que tiene esta Sala de garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales y velar por su uniforme interpretación y aplicación conforme a lo dispuesto en el artículo 335 de la Constitución.

Asimismo, considera esta Sala necesario indicar que, a tenor del artículo 262 de la Carta Magna vigente, las integraciones y repartos competenciales entre las distintas Salas que conforman este Tribunal Supremo de Justicia, requieren de la existencia y aprobación de la Ley Orgánica que regirá sus funciones, lo cual no es impedimento para que ante el vacío legal transitorio y la necesidad de la no paralización de la justicia, tales integraciones y repartos, se efectúen de manera provisional, tanto por vía jurisprudencial vinculante como por vía legal ordinaria, teniendo siempre en cuenta el principio de supremacía constitucional. (Resaltados y subrayados propios)

La misma Sala Político Administrativa, en decisión del diecinueve de mayo del año 2000¹⁴, determinó los requisitos de procedencia y el procedimiento (en ese caso) del Recurso de Interpretación, indicando:

Pasa esta Sala a pronunciarse respecto de la admisibilidad del presente recurso a la luz de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el entendimiento de que el recurso de interpretación debe aplicarse con gran amplitud a fin de que cumpla uno de los fines y deberes más importantes de este órgano jurisdiccional como único tribunal con la potestad para conocer del referido recurso, como lo es preservar la uniformidad de la interpretación de las leyes y la jurisprudencia; y en virtud de que en la nueva concepción del Estado, la noción de justicia material implica que ésta debe prelar por sobre las formas y tecnicismos, propios de una legalidad formal (Artículo 257), y que el acceso a la Justicia es para que el ciudadano haga valer sus derechos y pueda obtener una tutela efectiva de ellos de manera expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 25).

(omissis)...En este sentido, debe destacarse que en aras del debido proceso y del derecho a la defensa, y por cuanto los efectos de la sentencia de un recurso de interpretación pueden recaer sobre situaciones concretas que afecten derechos o intereses de particulares distintos a quien instaura el proceso, considera esta Sala la importancia del auto de admisión, para lo cual, deben examinarse las reglas generales de admisión establecidas en el artículo 84 de la Ley Orgánica de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y en este sentido, se observa que no se verifica causal alguna de inadmisibilidad, en consecuencia, se admite el presente recurso y así se decide.

14. Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Caso *Juan Abraham Martínez*. Expediente n° 451. Magistrado Ponente ESCARRÁ MALAVÉ, Carlos, 19-05-00.

Por otra parte, a tales fines, debe tenerse en cuenta que la doctrina y la jurisprudencia pacífica y reiterada han desarrollado los caracteres y alcance de este especial recurso, estableciendo como requisitos esenciales al mismo, los siguientes: 1) que la norma a ser interpretada sea de rango legal, 2) que la Ley cuya interpretación se solicita contemple una disposición que permita el ejercicio de este tipo de recurso, y, 3) la necesaria conexión de la norma con un caso concreto, como presupuesto consagrado con el doble propósito de legitimar al recurrente y permitir al intérprete apreciar objetivamente la existencia de la duda alegada (vid. Sentencias del 27-9-84; 17-4-86 y 10-10-91, entre otras).

Tales condiciones anteriormente anotadas deben ser reinterpretadas bajo la vigencia de la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, siendo que el Juez no puede tener las mismas limitantes en lo que se refiere a las dos primeras de las condiciones.

1.- En cuanto al primer requisito, cabe destacar que la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en su artículo 42, numeral 24, contempla dentro de las competencias del máximo Tribunal, y concretamente de esta Sala Político Administrativa, la de conocer de recurso de interpretación respecto al "...alcance e inteligencia de los textos legales...", la jurisprudencia había interpretado que, tomando en cuenta el carácter restrictivo asignado a este particular medio judicial, tal previsión se contrae a la Ley en sentido formal, es decir, a aquella que emana de las Cámaras Legislativas actuando como cuerpos colegisladores, según el procedimiento pautado en la Constitución para la formación de las leyes.

Se sostuvo en la jurisprudencia que la expresión "textos legales" no debía entenderse en sentido material, ya que ello implicaría extender las facultades interpretativas de la Corte a cualquier fuente de derecho dotada de normatividad, independientemente de su jerarquía, lo cual no se compadecía con el sentido mismo del dispositivo a que se hace referencia ni con la interpretación que de éste ha hecho la Sala Político Administrativa. En otros términos, se limitó el recurso de interpretación a normas de rango legal, lo cual, por argumento a contrario, conduce a la imposibilidad de tener como objeto del mismo, textos de jerarquía inferior a la Ley (Reglamentos, Decretos, Resoluciones, Ordenes o Providencias Administrativas)...

Observamos entonces que el criterio dominante, es que la potestad de interpretación conforme al nuevo texto constitucional corresponde a cualesquiera de las Salas la facultad de interpretación, bajo el argumento que la Constitución no determina la competencia específica de alguna de las Salas del Tribunal Supremo para conocer del mismo, como tampoco la Constitución asigna a ninguna de las Salas la facultad expresa para conocer del Recurso de Casación, sin que por ello pudiera interpretarse que ahora corresponde a todas las Salas. Sin embargo, así como correspondería -según el criterio del propio Tribunal Supremo de Justicia- a cualesquiera de las Salas la facultad de interpretación de leyes y normas, corresponde solamente a la Sala Constitucional el conocer de la acción de interpretación constitucional, y que conforme al Magistrado Antonio García¹⁵, "*En efecto, considérese que el Tribunal Supremo de Justicia ha sido designado para que, única y exclusivamente, a través de una de las Salas que lo integra, la Constitucional, a la cual se le ha conferido las máximas funciones dentro de la jurisdicción constitucional, garantice la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, además de haberse distinguido con la cualidad de ser e máximo y último intérprete de la Constitución, y titular de la custodia de la uniforme interpretación y aplicación de los dispositivos normativos insertos en la Constitución*".

En cambio, la Constitución sí estableció la competencia expresa de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, y en el artículo 336, numeral 10 indica expresamente, como atribución de la referida Sala:

15. GARCÍA GARCÍA, Antonio, "Orientaciones Jurisprudenciales de la Sala Constitucional" en *Orientaciones Jurisprudenciales del Tribunal Supremo de Justicia*, ob. cit., p. 44.

Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva.

Si nos atenemos a la disposición constitucional, la atribución o facultad de revisión, está limitada a aquellas decisiones de amparos o de control de la constitucionalidad que sean dictadas por otros Tribunales. Si bien es cierto, esta atribución estaría reglamentada por una Ley Orgánica, la Sala Constitucional la ha asumido de forma inmediata, bajo la premisa que las normas constitucionales no pueden estar supeditadas a la existencia de la ley que las regule.

En tal sentido, se pronunció la Sala Constitucional en sentencia del 20 de enero de 2000¹⁶, en la que, al referirse al ámbito competencial de la Sala, se señaló:

La jurisdicción constitucional comprende, entre otros asuntos, no sólo declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el poder público, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango legal (artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), sino también la revisión de las sentencias de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de las leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva (numeral 10 del artículo 336 de la Constitución).

Si bien es cierto, que la Constitución dispone la promulgación de una Ley Orgánica para regular el ejercicio de la facultad prevista en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución, es principio aceptado en la doctrina constitucional, que los preceptos orgánicos son de inmediata aplicación por todos los poderes públicos, y, en particular, por los órganos a los que la disposición constitucional se refiere. Existan o no las normas que desarrollen la regulación constitucional, ésta es plenamente eficaz por sí misma y, por lo tanto, establece pautas para el funcionamiento del órgano al que se refiera la norma constitucional. En consecuencia, aún cuando no haya sido dictada la ley que desarrolle el precepto constitucional, la disposición contenida en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución, es de aplicación inmediata por la Sala Constitucional.

...omissis...

Por las razones expuestas, esta Sala declara que, la competencia expresada en los artículos 7 y 8 de la ley antes citada, se distribuirá así:

...omissis...

5.- La labor revisora de las sentencias de amparo que atribuye el numeral 10 del artículo 336 de la vigente Constitución a esta Sala y que será desarrollada por la ley orgánica respectiva, la entiende esta Sala en el sentido de que en los actuales momentos una forma de ejercerla es mediante la institución de la consulta, prevista en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, pero como la institución de la revisión a la luz de la doctrina constitucional es otra, y las instituciones constitucionales deben entrar en vigor de inmediato, cuando fuera posible, sin esperar desarrollos legislativos ulteriores, considera esta Sala que en forma selectiva, sin atender a recurso específico y sin quedar vinculado por peticiones en este sentido, la Sala por vía excepcional puede revisar discrecionalmente las sentencias de amparo que, de acuerdo a la competencia tratada en este fallo, sean de la exclusiva competencia de los Tribunales de Segunda Instancia, quienes conozcan la causa por apelación y que por lo tanto no susceptibles de consulta, así como cualquier otro fallo que desacate la doctrina vinculante de esta Sala, dictada en materia constitucional, ello conforme a lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

16. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 20 de enero de 2000, Caso *Emery Mata Millán*. Sentencia n° 002. Magistrado Ponente: CABRERA, Jesús Eduardo.

En sentencia del 25 de enero de 2001¹⁷, con ponencia del Magistrado José Delgado Ocando, y en referencia de la facultad de revisión de la Sala Constitucional y su actuación frente a las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, la Sala Constitucional señaló:

IV. DE LA REVISIÓN EXTRAORDINARIA DE SENTENCIAS DE LAS DEMÁS SALAS DEL TRIBUNAL

1.- Desde esta perspectiva, tiene firme asidero la posibilidad de que este Máximo Intérprete revise decisiones, autos o sentencias de las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia que contraríen la Constitución o las interpretaciones que sobre sus normas o principios haya fijado la Sala...

Dicha potestad de revisión se deduce positivamente del artículo 335 eiusdem, cuando afirma que las “interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República”. Tal vinculación no podría ser meramente ética, como lo era la Ley para el Monarca en un estadio de la evolución política del Estado Moderno, quien estaba supuesto a cumplirla en tanto código valorativo de conducta, pero no existía poder alguno, más que su propia conciencia, para hacer que la cumpliera.

(Omissis)

2.- Por otra parte, algún autor ha expresado que la garantía de la Constitución de cara a la actuación inconstitucional de las demás Salas del Tribunal Supremo podría ensayarse por otras vías de solución de orden institucional, mas no propiamente judiciales. Frente a esta afirmación, esta Sala considera que tales mecanismos carecen de la objetividad, imparcialidad y formalidad de los propiamente judiciales... (Omissis).

V. ALCANCE DE LA REVISIÓN EXTRAORDINARIA DE SENTENCIAS DE LAS DEMÁS SALAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

1.- La potestad de revisión abarca, pues, tanto las decisiones que se denuncien violatorias de la doctrina de la Sala Constitucional, como las decisiones que infrinjan principios o reglas de rango constitucional, siempre que hubieren sido dictadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución. Ello en razón de que sería un contrasentido que la Sala Constitucional (órgano en ejercicio del Poder de Garantía Constitucional), pueda vincular con sus decisiones a las demás Salas (cúspides en sus respectivas jurisdicciones: penal, civil, político-administrativa, social, electoral, plena), pero que éstas no estuvieran vinculadas a la Constitución más que formalmente, y sus posibles decisiones inconstitucionales, no estén sujetas a ningún examen...(Omissis)

17. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 25 de enero de 2001, Caso *Baker Hughes S.R.L.* Expediente n° 1712. Magistrado Ponente: Dr. DELGADO OCANDO, José.

VI. RESPECTO A LA IGUALDAD JERÁRQUICA DE LAS SALAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

1.- En el mismo fallo mencionado anteriormente, esta Sala dejó sentada la igualdad jerárquica entre las Salas que componen al Tribunal Supremo.

Según lo reseñado ampliamente, el principio de supremacía, que explica la potestad de la Sala para ejercer la revisión de las sentencias provenientes de las demás Salas, que se pretendan inconstitucionales, atiende a la “vinculación más fuerte” de la Constitución respecto a todos los actos del Poder Público, en la tradición del constitucionalismo norteamericano (higher, superior obligation and validity), seguido por los alemanes (stärkere Bindung, gesteigerte Verpflichtungskraft des Grundgesetzes). Por lo tanto, su imperatividad es política, ejecutable a través de medios judiciales, y priva sobre muy respetables pero secundarios criterios organizacionales, como lo sería el de jerarquía, por lo que siendo las Salas iguales desde el punto de vista jerárquico, la función de garantía constitucional que ejerce esta Sala Constitucional, exige la puesta en práctica del recurso de revisión anotado, aun ante la igualdad que fue destacada en la decisión N° 158...

La Sala estima, en definitiva, que el ejercicio de la jurisdicción constitucional, conforme lo prevé el artículo 266.1 y el Título VIII sobre la Protección de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no implica superioridad jerárquica de la Sala Constitucional, sino potestad para garantizar la supremacía Constitucional, conforme al Estado de derecho y de justicia, proclamado por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. La doctrina constitucional clásica ha asignado al Máximo Tribunal la atribución de dirimir los conflictos dentro de los poderes públicos ex auctoritate, pese al principio de la división del poder y la propiedad de las potestades que corresponden a cada rama del poder público. De modo que cuando el artículo 335 eiusdem atribuye a la Sala competencia para revisar las sentencias de las otras Salas, conforme a las disposiciones constitucionales citadas, no afecta el artículo 136 eiusdem, sino que consagra una atribución exigida por la racionalidad del sistema democrático, a saber, la de la garantía jurisdiccional de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, conforme lo dispone el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En suma, la competencia revisora de la Sala Constitucional no es jerárquica sino potestativa, y así se declara...

Sin embargo, de la propia norma atributiva de la competencia, que determina a su vez los límites para el ejercicio de la misma [competencia], dentro de un principio de igualdad de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, -tal como lo anota la sentencia anteriormente señalada (y que trata más que de explicación, de justificación)-, esa potestad de revisión se limita a las sentencias de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de las leyes o normas jurídicas, y ante el ejercicio de la facultad de interpretación de la Constitución es que las decisiones de la Sala Constitucional tienen carácter vinculante para las otras Sala del Tribunal Supremo de Justicia. En consecuencia, si no se trata propiamente de la interpretación, o de la revisión de sentencias de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas o revisión de decisiones de amparo, no podría tener carácter vinculante tales decisiones.

VII. PLANTEAMIENTOS DE LA DECISIÓN OBJETO DE ANÁLISIS

En el caso que nos ocupa, la solicitante del Recurso de Revisión, plantea la situación de su representado, que resultó favorecido por parte de una Inspectoría del Trabajo, ordenando su reenganche, y ante la contumacia del patrono en ejecutar la referida providencia, solicita, mediante la acción de amparo constitucional, el reenganche, deci-

diendo los tribunales que conocieron del planteamiento, la falta de jurisdicción frente a la administración, pues correspondería a ésta ejecutar sus propias decisiones. El órgano administrativo, impuso las multas correspondientes, conforme las previsiones del artículo 647 y siguientes de la Ley Orgánica del Trabajo. Solicita en el recurso planteado, que “...se defina de una buena vez en una forma clara y precisa, si es competente o no la autoridad judicial para conocer de los amparos que se introduzcan en los tribunales por la contumacia de parte de los patronos de acatar las decisiones de las Providencias Administrativas dictadas por los Inspectores del Trabajo...”

Reconociendo el principio de ejecutoriedad y ejecutividad de los actos administrativos¹⁸, conforme a calificada doctrina (Ramón Parada), a la Ley Orgánica de Procedi-

18. Al respecto debemos traer a colación lo señalado por el profesor BADELL MADRID, Rafael en su trabajo “La Ejecución Administrativa de los Actos Administrativos y la Garantía de los Derechos Constitucionales”, publicado en la página web www.badellgrau.com, que señala:

“2.- La búsqueda de mecanismos destinados a evitar la ejecución directa de los actos arbitrales.

Son tales las distorsiones creadas por la aplicación del principio de ejecución directa, respecto de los actos administrativos de sustancia jurisdiccional o arbitral, que tanto la Administración, como los propios Tribunales de lo Contencioso Administrativo, han tenido que crear un conjunto de mecanismos destinados a contrarrestar este principio.

a.- *Mecanismos adoptados por la Administración.*

Encontramos así, que las decisiones que dicta actualmente la Administración, al resolver un conflicto de desalojo entre el arrendador y su inquilino, no ordenan *el desalojo* del inmueble, como lo hacían anteriormente, sino que se limitan a “autorizar al arrendador para que proceda por ante la jurisdicción ordinaria a demandar la desocupación del inmueble objeto del procedimiento”..

b.- *Mecanismos aplicados por los Tribunales.*

También los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, han establecido mecanismos que tienden, en forma indirecta, a evitar que el acto dictado por la Administración, en ejercicio de función jurisdiccional, pueda ejecutarse, al menos en forma inmediata, por el órgano administrativo. En este sentido, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo tiene establecido, como criterio general, que “en los casos en los cuales se solicite la suspensión de efectos de un acto cuasi-jurisdiccional, esto es, de aquellos en los cuales la administración actúa como un árbitro que decide una controversia entre particulares, ...la ejecutoriedad del mismo debe ser apreciada con un criterio menos rígido que el que se aplica para los actos en los cuales la administración ejerce su función natural y típica como lo es la de satisfacer en forma inmediata las necesidades públicas concretas”. ...en tales actos -señala la Corte- el recurso contencioso administrativo se acerca al sentido de una apelación de una sentencia definitiva en muchos aspectos, en la cual, el efecto suspensivo es inmediato...

3.- *La ejecución directa por la Administración es un atributo de la función administrativa.*

Ahora bien, en nuestra opinión, ese esfuerzo de inventiva no hace más que confundir las cosas, pues, la ejecución directa de los actos administrativos, es un atributo que se explica y justifica, únicamente, cuando la Administración ejerce su función natural de dar satisfacción a los intereses colectivos. Por lo tanto, los actos administrativos que produce la Administración en ejercicio de otras funciones públicas, y específicamente, los que dicta actuando en ejercicio de función jurisdiccional, esto es, decidiendo, como un árbitro, una controversia entre particulares, no son susceptibles de ejecución forzosa en vía administrativa.

La ejecución directa de los actos administrativos aparece entonces, no como una exorbitante facultad del sujeto administrativo, sino como un mecanismo para desplazar los intereses individuales, en aras de satisfacer los intereses de la colectividad. Tal desplazamiento se logra mediante el uso de la coacción directa contra el administrado, que se resiste a cumplir, voluntariamente, la orden contenida en el acto administrativo, y solo se justifica, repetimos, cuando el acto ha sido dictado en ejercicio de función administrativa, es decir, para satisfacer interés colectivos.

...En esos supuestos, el acto dictado por la Administración no tiende a satisfacer los intereses de la colectividad, sino que se limita a reconocer el derecho de un administrado frente a otro (inquilino vs. arrendador; trabajador vs. empleador), por lo que ninguna razón puede admitirse como válida para justificar el uso directo y oficioso de la fuerza administrativa, con la intención de obtener el cumplimiento de tales decisiones de sustancia jurisdiccional.

...Consideramos, en definitiva, que debe producirse una evolución jurisprudencial en este tema, de modo que se reconozca que el cumplimiento forzoso de un acto administrativo de sustancia jurisdiccional, no puede ser solicitado ante la Administración Pública, sino que ello debe ser elevado siempre al conocimiento de los Tribunales de Justicia.

mientos Administrativos (artículos 8 y 79) y a la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Sala Político Administrativa del 21 de noviembre de 1989, caso: Arnaldo Lovera), señala la sentencia de fecha 02-08-2001, objeto del presente análisis:

...[que] Las Inspectorías del Trabajo, como órganos insertos en la Administración Central, pueden y se encuentran compelidos a ejecutar sus propias providencias, dictadas en ejercicio de sus competencias, es irrefutable. El problema parece presentarse por el hecho que, luego de cumplido el procedimiento previsto en la Ley Orgánica del Trabajo para el caso de despido de aquellos trabajadores que gozan de fuero sindical, maternal o en general de inamovilidad y, de ordenarse la reposición del trabajador a su situación anterior al despido y el correspondiente pago de los salarios caídos, no se prevé el procedimiento específico que deba seguir la administración autora del acto, para la ejecución forzosa en caso de contumacia del patrono, la cual a pesar de que dicha ley le atribuye expresamente el poder decisorio para este tipo de conflictos, no previó su forma en caso de desacato. En efecto, una vez obtenida la decisión del órgano administrativo, y siendo el caso que el patrono se niegue a acatar lo ordenado, no prevé la ley sino un procedimiento sancionatorio, regulado en el artículo 647 eiusdem, consistente en una multa que el condenado deberá pagar dentro del término que hubiere fijado el funcionario, la cual, en caso de no ser pagada, puede conllevar a su arresto. Multa que por cierto, aparece haberse pagado en autos... Las sanciones causadas por el desacato constituyen indudablemente un mecanismo compulsivo a la persona obligada (el patrono transgresor) para que la decisión administrativa sea efectiva. No obstante, se observa que, por una parte, la aplicación de una consecuencia jurídica tal, establecida a favor del fisco, sólo es posible concebirla como un mecanismo dirigido a preservar la autoridad de la voluntad de la Administración expresada a través de la providencia administrativa, contentiva de un mandato inobservado por su destinatario; y, por la otra, se advierte que, la situación del trabajador continúa sin ser resuelta, es decir, el empleado permanece sin trabajar, en franca negación de su derecho al trabajo, a la estabilidad laboral y a la libertad sindical, sin que sean operativas las garantías establecidas en la Constitución, mientras la situación del trabajador se eterniza ante la imposibilidad del cobro del dinero que le sirva para su sustento.

Ante la situación planteada esta Sala Constitucional considera necesario reflexionar acerca de las siguientes interrogantes ¿Cuántas multas serán necesarias para que sea satisfecha la legítima pretensión del trabajador, ya declarada por el órgano competente para ello?. En virtud de la inobservancia del patrono a dar cumplimiento a la obligación contenida en el acto emitido, ¿lo único que puede hacer el órgano administrativo es imponer una multa a través de un procedimiento sancionatorio?; ¿esa omisión del órgano administrativo no puede ser revisada y controlada por los órganos de administración de justicia?; ¿a través de qué mecanismo debe ser controlada la falta de ejecución de las decisiones administrativas en esta materia?

Si tomamos en cuenta la mecánica del régimen sancionatorio previsto por la ley, a propósito del incremento del quantum de las multas por reincidencia, cabría preguntarse, además, ¿cuál sería el quantum que determine la suficiencia capaz de constreñir al patrono a dar cumplimiento a la orden que emana del órgano administrativo del trabajo? y si, en definitiva, conviniera en tal posibilidad, como único medio para la ejecución de tales actos administrativos ¿no constituiría acaso tal práctica la legalización de un terrorismo económico para la ejecución de los actos administrativos?.

Jurídicamente no puede ser el procedimiento sancionatorio el destino procesal de la ejecución, pues su objeto constituye una premisa distinta a la que anima al trabajador, parte en un proceso administrativo, que no tendría interés alguno en la reivindicación del imperium por par-

De ese modo, gana la Administración Pública, cuyos órganos ordinariamente no saben qué hacer, carecen de medios efectivos para la ejecución forzosa y se muestran desinteresados frente al incumplimiento de un acto que resuelve un conflicto entre dos partes; y en segundo lugar, gana también el particular interesado en el cumplimiento del acto, toda vez que las autoridades judiciales sí están facultadas para dictar medidas ejecutivas contra el patrimonio del obligado, cuando éste se niega a cumplir voluntariamente la orden contenida en el acto administrativo.

te de la administración pública, lo que sin dudas nos lleva a la interrogante, ¿puede ser legítima la carga procesal que se me imponga si ella en nada contribuye a la realización de mi pretensión?. Es decir, si lo que se persigue es concretar mi reenganche, ¿qué interés puedo tener en que se multe a mi patrono? y, por otra parte, la facultad sancionatoria prevista en la Ley Orgánica del Trabajo se encuentra atribuida a la Inspectoría del Trabajo, por lo que mal podría depender la satisfacción de mi pretensión de circunstancia distinta a la que constituye mi propia esfera de actuación procesal.

Me permito hacer una cita extensa, por cuanto es menester detenerse ante tales pronunciamientos, pues como señala Atienza¹⁹ (Atienza, 2001), “...en el Derecho no importan únicamente los valores formales (la previsibilidad de las decisiones, la seguridad jurídica), sino también valores materiales (como la verdad y la justicia) y valores políticos (la aceptabilidad, el consenso)”, y es precisamente en este punto, donde deben converger y ponderarse los principios de justicia y derecho, para que la argumentación sea válida. Si no se encuentran equilibrados estos principios, puede llegarse a una conclusión inapropiada. Continúa el autor citado²⁰ (Atienza, 2001), “la argumentación se ve ahora como un proceso consistente en dar buenas razones a favor o en contra de alguna tesis teórica o práctica; lo que se persigue no es mostrar si una inferencia es o no válida, sino si existen o no razones para creer en algo o para realizar una determinada acción...”

Bajo tales premisas, no cabe duda que el argumento invocado por la sentencia comentada, tiene la fuerza de convencimiento suficiente, para los fines que persigue, que no es otro que el de preservar y lograr de forma verdadera, la *Tutela Judicial Efectiva*, como principio de derecho, ya que de nada valdría el ejercicio de la calificación por ante el órgano administrativo, si el mismo no resulta ejecutable, bien por la administración o por el órgano jurisdiccional, a los fines de no convertirse en una mera manifestación declarativa.

Pero resulta el caso, que como lo señala el mismo Atienza (Atienza, 2001), en la misma obra²¹, “...no basta con que el argumento presente una determinada forma. Se necesita además que lo que las premisas enuncian sea verdadero (esté bien fundado) y que supongan razones relevantes para la conclusión”. Pues como lo señala el mismo autor, en otra de sus obras²² (Atienza, 1997), “...una teoría de la argumentación no debe proporcionar únicamente criterios para la identificar los buenos argumentos, sino que ha de permitir también -quizás sobre todo- reconocer los malos y, en particular, un tipo especialmente insidioso de malos argumentos -los malos argumentos que parecen buenos- a los que llamamos falacias”, dado pues que los argumentos se pueden usar bien o mal (usando la terminología de Chirino²³), ya que “El problema no es sólo el de aclarar qué es un argumento o en que consiste la actividad de argumentar, sino también, cuándo un argumento (un argumento jurídico) es correcto o es más correcto que otro”²⁴ (Atienza, 1993), y aún cuando el argumento sea loable, debe verificarse si es correcto, observando precisamente, el encadenamiento de las premisas que fundamentan la conclusión.

19. ATIENZA, Manuel, *El Sentido del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona 2001, pp. 263 y ss.

20. ATIENZA, Manuel, *El Sentido....*, ob. cit., p. 257.

21. ATIENZA, Manuel, *El Sentido....*, p. 259.

22. ATIENZA, Manuel, *Derecho y Argumentación*, Universidad Externado de Colombia, serie de teoría jurídica y filosofía del derecho n° 6, Bogotá 1997, p. 60.

23. CHIRINO, Alfredo, “Las Falacias”, publicado en el *Curso de Capacitación Sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*, Tribunal Supremo de Justicia, serie Eventos n° 3, Caracas 2001.

24. ATIENZA, Manuel, *Tras la Justicia. Una Introducción al Derecho y al Razonamiento Jurídico*, Editorial Ariel, Barcelona 1993, p. 131.

VIII. DE LA EJECUCIÓN DE LOS ACTOS DICTADOS POR LA ADMINISTRACIÓN

En la argumentación dada en la sentencia sometida a análisis, se parte del supuesto que la Ley Orgánica del Trabajo, no establece cuál es el procedimiento para ejecutar efectivamente la Providencia Administrativa, sino que ante el incumplimiento se limita sencillamente a tramitar una multa ante la contumacia de la ejecución por parte del patrono, y entender esta multa, como el agotamiento otorgado a la administración de cualquier procedimiento de ejecución; sin embargo, la misma sentencia, transcribe las normas sobre ejecución de los actos administrativos, citando algunos artículos de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que en lo referido a este punto señala:

Artículo 8. Los actos administrativos que requieran ser cumplidos mediante actos de ejecución, deberán ser ejecutados por la administración en el término establecido. A falta de este término, se ejecutarán inmediatamente

Artículo 79. La ejecución forzosa de los actos administrativos será realizada de oficio por la propia administración salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial.

Artículo 80. La ejecución forzosa de actos por la administración se llevará a cabo conforme a las normas siguientes:

1. Cuando se trate de actos susceptibles de ejecución indirecta con respecto al obligado, se procederá a la ejecución, bien por la administración o por la persona que esta designe, a costa del obligado.

2. Cuando se trate de actos de ejecución personal y el obligado se resistiere a cumplirlos, se le impondrán multas sucesivas mientras permanezca en rebeldía y, en el caso de que persista en el incumplimiento, será sancionado con nuevas multas iguales o mayores a las que se le hubieran aplicado, concediéndole un plazo razonable, a juicio de la administración, para que cumpla lo ordenado. Cada multa podrá tener un monto de hasta diez mil bolívares (Bs. 10.000,00), salvo que otra ley establezca una mayor, caso en el cual se aplicará éstas.

Debe señalarse, que pocas leyes en Venezuela, establecen expresamente el procedimiento para la ejecución de los actos que dicten los distintos órganos de la administración, y aún contra lo previsto en el ordinal tercero del artículo 80 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que establece las multas dentro del procedimiento de ejecución, no puede considerarse que tales multas constituyan el procedimiento de ejecución, pues tal consideración constituiría una antinomia frente al postulado del artículo 79 de la misma Ley. En todo caso, la multa constituye la sanción ante la contumacia de cumplir con la obligación de dar cumplimiento al acto dictado. En este orden de ideas, refiere en la obra de García de Enterría y Fernández²⁵ (1993), que: “*De este modo, la ejecución forzosa no transforma el contenido del acto a ejecutar ni añade ninguna obligación nueva, antes bien, lleva dicho contenido en sus propios términos a su cumplida realización, sin innovarlo o sustituirlo. En lo cual se distingue la ejecución forzosa, por una parte, de la sanción por el incumplimiento de obligaciones y deberes; por otra, de la llamada -expropiación-sanción-, que es otra fórmula de reacción frente al incumplimiento de un deber funcional afectante a una propiedad. Tanto la sanción (penal o administrativa) como la expropiación-sanción añaden a la obligación que resultaba inicialmente para el destinatario obligaciones nuevas, la de cumplir la priva-*

25. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t I, Editorial Civitas, Madrid 1993, p. 747.

ción de bienes en que la sanción consiste, en el caso del acto punitivo, la de perder su propiedad". Sin embargo, los mismos autores indican que existe una figura intermedia entre la ejecución forzosa y la sanción, la cual es la denominada "multa coercitiva", que conforme (citan lo autores) al artículo 99 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común Española de 1992, "...considera la multa coercitiva como medio de ejecución forzosa porque su finalidad se dirige a quebrantar la resistencia opuesta al cumplimiento, determinando el cumplimiento por el propio deudor (compulsión indirecta o *astreindre*), lo cual no es la finalidad de la sanción, que es más bien (con independencia de sus finalidades generales) una retribución por una conducta ilícita ya consumada. Pero es evidente que la multa coercitiva añade un plus al contenido de la obligación cuya ejecución intenta forzarse, el plus del pago de la cantidad e que la multa se cifra, por lo cual excede en realidad del marco del simple medio de ejecución forzosa".

En el caso que nos ocupa, si bien puede considerarse la multa ante la inercia o contumacia de la ejecución del acto por parte del obligado (patrono), como una multa coercitiva, que tiende igualmente romper esa resistencia al cumplimiento del acto, no puede considerarse, tal como lo expresa la sentencia que nos ocupa como un acto de ejecución, por cuanto la obligación del cumplimiento no se agota con la cancelación de dicha multa, ni puede considerarse que en consecuencia, la administración que dicta el acto perdió competencia o capacidad para ejecutar el acto, considerando tal argumento como una falacia de atinencia, que "...son precisamente esas falacias que consisten en errores de razonamiento, ya sea que construyan premisas o lleguen a conclusión, lo hacen de manera equivocada o errada al caer efectivamente en una vinculación incorrecta, tanto en la formulación de la premisa como en la construcción de esas conclusiones o esas derivaciones"²⁶ (Chirino, 2001). La falacia se patentiza cuando la misma decisión reconoce sin lugar a dudas no sólo la facultad, sino la obligación de la administración de ejecutar su propio acto, para posteriormente manifestar, en cuanto a la ejecución de los actos dictados por las Inspectorías del Trabajo que el mismo deba limitarse a la imposición de una multa (o multas), ya que la Ley "...no previó [la] forma de ejecución [de la providencia] en caso de desacato. En efecto, una vez obtenida la decisión del órgano administrativo, y siendo el caso que el patrono se niegue a acatar lo ordenado, no prevé la ley sino un procedimiento sancionatorio, regulado en el artículo 647 *eiusdem*, consistente en una multa que el condenado deberá pagar dentro del término que hubiere fijado el funcionario".

La multa *in abstracto*, a diferencia de lo que se infiere de la decisión comentada, no constituye un mecanismo compulsivo a la persona obligada que podría liberar a la administración de la ejecución forzosa, sino que constituye una advertencia para su cumplimiento, un medio persuasivo, cuya amenaza, trata de evitar el incumplimiento de la disposición y en caso de incurrir en el desacato, se perfecciona el supuesto de hecho contenido en la norma y en consecuencia, sobreviene la imposición de la multa a objeto de vencer la resistencia a la ejecución propia del acto por el obligado.

La misma decisión en el texto parcialmente transcrito, se plantea una serie de interrogantes que conllevan una aseveración; es decir, constituyen una interrogación asertiva, que en el contexto en que fue formulada y a la propia inferencia que la parte motiva de la decisión comentada lleva a una conclusión, lo que puede constituir una variación de

26. CHIRINO, Alfredo, *ob. cit.*, p. 288.

lo que Copi²⁷ (Copi, 1981), ha calificado como *pregunta compleja* dentro de su clasificación de las falacias, al señalar, luego de su explicación sobre estas formas erróneas de razonamiento que: “*menos explícitamente, la falacia de la pregunta compleja puede implicar un solo orador que plantea la pregunta compleja, la responde él mismo y luego extrae la inferencia falaz*”, o dentro de la misma clasificación que este autor califica como “*ignoratio elenchi*”, que se comete “*cuando un razonamiento que se supone dirigido a establecer una conclusión particular es usado para probar una conclusión diferente*”, sin entrar a considerar que se trata de una decisión de la Sala Constitucional, cuya aplicación resulta vinculante y no es objeto de discusión, lo que me haría incurrir en la falacia del *argumentum ad baculum*.

Aceptar que tal imposición de multas pudiera constituir “*la legalización de un terrorismo económico para la ejecución de los actos administrativos*” constituiría a su vez consolidar las bases para aplicar éste argumento a cualquier multa que imponga la administración, en aplicación del ordinal 3 del artículo 80 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, así como aplicar [el argumento] a la sanción consecuencia del desacato al mandamiento de amparo constitucional otorgado por cualquier Tribunal Constitucional, pues se basaría en las mismas premisas, lo cual conduciría a la negación misma de estas normas, pues no sería jurídicamente aceptable la aplicación de un terrorismo económico, ni la amenaza eventual de la pérdida de la libertad de una persona como la manifestación de otra forma de terrorismo, para lograr el cumplimiento de una determinada orden. Sería en consecuencia, la negación de los actos sancionatorios en tales casos.

IX. DEL TRIBUNAL COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS ACCIONES JUDICIALES TENDENTES A LA EJECUCIÓN DEL ACTO

La decisión objeto de análisis, del 2 de agosto de 2001 (sentencia 1318 de la Sala Constitucional), igualmente analizó la competencia de los órganos jurisdiccionales para conocer de las acciones de amparo a los fines de ejecutar el acto dictado por la administración, cuando el obligado se niega a dar cumplimiento a la decisión del órgano administrativo, y en tal sentido indicó:

Esto no quiere decir que, efectivamente, los órganos del Poder Judicial carezcan de jurisdicción en determinadas ocasiones (respecto de la Administración Pública o del juez extranjero); es que, ciertamente, carecen de jurisdicción para ejecutar ese tipo de actos, en virtud de ese carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos dictados por la Administración, sin embargo, el inconveniente que debe plantearse el juzgador, en casos como el presente, es que, ante la ausencia de un procedimiento apropiado -en relación con el administrado- que permita la ejecución real y efectiva de la providencia dictada por el ente administrativo, y ante la indiferencia de la Administración -justificada o no- para ejecutar sus actos, deben los órganos del Poder Judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional controladora, conocer de las conductas omisivas de aquellos, a los fines de garantizar el ejercicio de los legítimos derechos de los administrados que, en tales circunstancias, se hallan desamparados e impotentes para alcanzar su objetivo.

27. COPI, Irving, *Introducción a la Lógica*, Editorial Eudeba, Vigésimo segunda edición, Buenos Aires 1981, pp. 95 y 96.

Reconociendo expresamente la obligación de la administración de ejecutar sus propios actos, pero ante la presunta falta de solución legal al problema de la contumacia y a los fines de buscar una solución satisfactoria en ejercicio del argumento “*a completudine*”²⁸ (Zerpa, 2001), indicó que deben los Tribunales conocer de las acciones judiciales tendentes a lograr la ejecución de la providencia planteada, basado igualmente en la premisa, que en la ley no aparece un procedimiento para obtener la ejecución forzosa de la providencia administrativa, pese a que en sentencia posterior, en un caso similar, que también se refería a la ejecución de los denominados por un sector de la doctrina como actos cuasijurisdiccionales, de fecha 02/11/2001, basados en los supuestos principios (de ejecutoriedad del acto) establecidos en la decisión que nos ocupa, señaló:

En consecuencia no podía la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo asumir la ejecución del acto administrativo y así se declara... Con relación a la petición en la audiencia del tercero coadyuvante, de que se determine quien y cómo debe ejecutar la resolución N° 0553 de la Dirección General Sectorial de Inquilinato del 06 de marzo de 1995, la Sala ordena a dicha Dirección que proceda a ejecutar el acto, conforme a lo señalado en este fallo... Se anula la señalada sentencia, pero como esta Sala está resolviendo quién es el órgano competente para la ejecución, no se hace necesario dictar nuevo fallo en la segunda instancia, ni esperar la decisión de la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia contenida en el expediente 01-9500. Estas declaraciones las hace la Sala en aplicación del estado social de derecho y de justicia contemplados en los artículos 2 y de los principios del artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

No observa quien suscribe, coherencia en la decisión de dos casos similares, siendo entonces contrario a los principios que postula el argumento *a completudine* o del carácter completo del ordenamiento jurídico, constituyendo en consecuencia un argumento no-correcto. En la decisión objeto de análisis en este trabajo, del 2 de agosto de 2001 (sentencia 1318 S.C.), la Sala Constitucional manifiesta que el acto dictado por la administración, debe ser ejecutado -ante la contumacia del obligado-, por el órgano judicial; en cambio, la misma Sala, en decisión posterior (tres meses después), señala que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (órgano judicial) no podía asumir la ejecución del acto, pese a que en ese caso igualmente había contumacia por parte del obligado a cumplir el acto dictado, aún cuando igualmente, el particular a quien el acto favorece *se halle desamparado par alcanzar su objetivo*, que no es otro que la ejecución del acto que le favorece. En consecuencia, se evidencia la contradicción existente entre las dos sentencias analizadas de la misma Sala Constitucional, con una diferencia de tres meses, que en casos similares, en una resulta competente para su ejecución la Administración que dicta el acto, y en la otra no, señalando por el contrario, que son los órganos judiciales lo competentes para la ejecución de tales actos.

Igualmente conseguimos otra contradicción entre distintas sentencias de la misma Sala. En la decisión de fecha 2 de agosto de 2001 (sentencia 1318 S.C.), en ejercicio del argumento *a fortiori*, que conforme lo expuesto por Zerpa²⁹ (Zerpa, 2001), se “*encuentran fundamentados para sostener que si el caso está previsto en una determinada manera, luego caso que guarda con éste estrecha relación, con mayor razón debe decidirse de esta manera*”, la sentencia de marras indicó:

28. Tomado de la ponencia citada de Levis Ignacio ZERPA., *ob. cit.*, p. 232.

29. ZERPA, Levis Ignacio, *ob. cit.*, pp. 223 y ss.

Así, dado que a la jurisdicción contencioso administrativa le compete el conocimiento de las demandas de nulidad en contra de las decisiones administrativas provenientes de los órganos de la Administración del Trabajo; en el ejercicio de esa competencia, debe poseer igualmente la potestad para resolver los conflictos que surjan con motivo de la ejecución de ese tipo de providencias que han quedado firmes en sede administrativa tal como lo es, se insiste, para conocer de su nulidad.

Sin embargo, en sentencia del 6 de abril de 2001; es decir, menos de cuatro meses antes, en un proceso similar, con referencia a un amparo constitucional con la intención de ejecutar una providencia administrativa otorgada por la Inspectoría del Trabajo a una trabajadora que gozaba del fuero maternal, la misma sala Constitucional declaró que la competencia para conocer de la acción de amparo propuesta, le corresponde a los Tribunales laborales, indicando:

En consecuencia, en virtud del precepto contenido en el artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en particular en su primer aparte, en concordancia con la disposición del penúltimo aparte del artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, según el cual el conocimiento de la acción de amparo constitucional le corresponde al órgano jurisdiccional que efectivamente resulte competente, debe esta Sala revocar el fallo dictado, en fecha 5 de diciembre de 2000, por el Juzgado Cuarto de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, y ordenar al señalado órgano jurisdiccional pronunciarse sobre el mérito de la acción de amparo propuesta, para que sean cumplidos a plenitud en el caso, los postulados del artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se decide....ORDENA al Juzgado Cuarto de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que se pronuncie sobre el mérito de la acción de amparo propuesta ...

En tan sólo tres meses, analizando casos idénticos, indicó en uno que el competente para conocer de esas acciones de amparo interpuestas, eran los juzgados laborales; y en otra, los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa.

Para analizar los argumentos que ha sostenido la Sala Político Administrativa, y concluir la oscilación habida en los criterios de esta Sala, la sentencia que nos ocupa analizó diversas sentencias de la Sala Político Administrativa, sobre las cuales debemos igualmente hacer un análisis. En tal sentido indicó la Sentencia del 2 de agosto de 2001 (sentencia 1318):

En esta materia, la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa, tanto la de la extinta Corte como del Tribunal Supremo de Justicia, evidencia una absoluta oscilación entre los criterios utilizados para determinar a quién corresponde la jurisdicción para la ejecución de los actos administrativos dictados por la Inspectoría del Trabajo, que ofrece dudas acerca de la necesaria seguridad jurídica y la uniformidad en el tiempo que debe caracterizar a los órganos judiciales. En efecto, en algunas oportunidades esa Sala ha reconocido de manera inequívoca la posibilidad de acudir al amparo como único mecanismo idóneo para proceder a la ejecución de este tipo de providencias dictadas por las Inspectorías del Trabajo. Sin embargo en otras decisiones, cuando conoce de la regulación de la jurisdicción que le corresponde de acuerdo a lo establecido en el Código de Procedimiento Civil, se ha pronunciado indistintamente en relación a la posible ejecución de los actos de aquélla por los órganos del Poder Judicial. En tal sentido, expresó:

Atendiendo a lo antes expuesto, advierte la Sala que en casos como el de autos, independientemente de la idoneidad o no de la vía escogida por el accionante, es el Poder Judicial quien tiene jurisdicción para conocer y decidir el asunto planteado, ya que lo que se ventila ante el tribunal remitente es la apelación de un auto que declara inadmisibile una acción de amparo constitucional. (N° 2169 del 14 de noviembre de 2000. En igual sentido, decisión N° 1993 del 19 de octubre de ese mismo año) (Destacado de la Sala).

La anterior sentencia refería a una acción de amparo, que indudablemente corresponde a los órganos jurisdiccionales su conocimiento, para posteriormente referirse a la sentencia 1578 del 04-07-00, en el cual el peticionante alegando inamovilidad, interpone una calificación de despido. En este caso la Sala Político Administrativa declaró que el Poder Judicial no tiene jurisdicción para conocer del asunto planteado, pues la misma corresponde efectivamente a las Inspectorías del Trabajo, la cual ya había decidido el asunto planteado. Por supuesto, si lo que se solicita es la calificación ante la inamovilidad, corresponde a estos órganos administrativos el conocimiento del planteamiento, además que en el caso concreto, ya había sido resuelto por el órgano competente. En este caso, el inconveniente fue la forma como la acción estuvo planteada.

Posteriormente, a los fines de la procedencia del amparo para conocer de la efectividad del amparo para lograr la ejecución de los actos emanados de las inspectorías, analiza las sentencias de la Sala Político Administrativa del 11 de mayo de 2000 (sentencia 1089) y del 23 de abril de 1998 (Caso: Jesús Antonio Cabezas), en la cual efectivamente en la segunda, se señaló que por cuanto no existe otro medio idóneo para lograr el efectivo cumplimiento de la providencia, el amparo constitucional luce acertado, y en la primera de las nombradas que sólo puede ser ejecutada por la propia Inspectoría que dictó el acto.

Tomando el criterio que efectivamente el medio idóneo es el amparo constitucional, determinó la Sala Constitucional, en la sentencia que nos ocupa (2 de agosto de 2001, sentencia n° 1318), en este último caso, aplicando el argumento *a fortiori*, para concluir, que si los mencionado Tribunales tienen la competencia para conocer de la nulidad de los actos de las inspectorías, con mayor razón son competentes de los amparos que buscan su ejecución.

En cualquier decisión -de la cual no escapa la sentencia objeto de este estudio- podemos encontrar varios de los argumentos sistematizados por Torello, pero en ciertos casos, alguno de esos argumentos no tienen pertinencia, como es precisamente el de mayor razón, para asignar competencia a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues la competencia de los tribunales está marcada precisamente por el mandato expreso de la Constitución y la Ley Orgánica de la Corte Suprema Justicia, lo que se enmarca -nuevamente- en el contexto general de las falacias, que según Copi³⁰ (Copi, 1981), designa cualquier idea equivocada o creencia falsa. En este orden de ideas debemos señalar que tanto en la decisión de fecha 6 de abril como en la del 2 de agosto, ambas del año 2001, se trataba el problema de un amparo interpuesto por el trabajador, amparado por fuero y previa decisión favorable de la Inspectoría del Trabajo, basados en la solicitud de protección de sus derechos laborales, y como se observó anteriormente, el tratamiento fue distinto.

En ninguno de los dos casos se está atacando la actuación de ningún órgano del Poder Público; en consecuencia, no puede corresponder a los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la competencia para decidir sobre el caso planteado. Igualmente, al no privar el criterio orgánico en el planteamiento del amparo solicitado, priva el principio general atributivo de competencia previsto en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales; esto es, el criterio material o de afinidad con los derechos denunciados como violados o amenazados de violación.

En el supuesto absolutamente negado que fuere competente la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer de estos amparos ejercidos por el trabajador contra el

30. COPI, Irving, *ob. cit.*, p. 81.

patrono, ante la contumacia de éste último de ejecutar las Providencias Administrativas que favorecen a los primeros, la asignación de la competencia para conocer de tales acciones a los Juzgados Superiores Contencioso Administrativos parte de un falso supuesto de derecho, pues estos Tribunales, conforme la competencia atribuida en los artículos 181 y 182 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, son competentes para conocer de:

1.- Las acciones o recursos de nulidad contra o actos administrativos de efectos generales o particulares, emanados de autoridades de *autoridades estatales o municipales* de su jurisdicción, si son impugnados por razones de ilegalidad.

2.- De la abstención o negativa de las *autoridades estatales o municipales* a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes, cuando sea procedente, en conformidad con ellas.

3.- De cualquier acción que se proponga contra la República o algún Instituto Autónomo o empresa en la cual el Estado tenga participación decisiva, si su cuantía no excede de un millón de bolívares y su conocimiento no está atribuido a otra autoridad.

4.- De las apelaciones contra las decisiones que dicten otros Tribunales de su jurisdicción en los juicios intentados ante ellos contra un *Estado o Municipio*.

5.- De las apelaciones contra las decisiones que dicten los Jueces de Distrito [Municipio] en materia inquilinaria.

6.- De los Recursos de hecho cuyo conocimiento les corresponda de acuerdo con la Ley.

7.- Y agregamos. De cualquier otra competencia atribuida de acuerdo a la Ley.

La misma decisión comentada (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia 1318 del 02-08-2001), atribuye a los mismo Tribunales Superiores Contencioso Administrativos, la competencia para conocer de los Recursos de Nulidad contra las Providencias Administrativas, indicando:

En este sentido, se observa que la jurisdicción laboral ha venido conociendo de los juicios de nulidad de estas resoluciones, siguiendo el criterio sostenido en decisión dictada por la Sala Político Administrativa de la antes denominada Corte Suprema de Justicia, el 13 de febrero de 1992, en el juicio conocido como caso: Corporación Bamundi, C.A., sin que en realidad exista en la Ley Orgánica del Trabajo una norma que expresamente le asigne a los juzgados laborales el conocimiento de este tipo de juicios. Es preciso al respecto advertir, que la competencia de los órganos del Estado, viene determinada por una norma jurídica que de manera formal le atribuya competencia. De allí que, siendo que en los casos de los juicios de nulidad, a que se refiere la Ley Orgánica del Trabajo, ésta no le atribuyo dicha competencia de manera expresa a esta jurisdicción especial, sino que se limitó a señalar que contra estas decisiones se podían ejercer los recursos correspondientes ante los Tribunales, sin que indicara a cuáles se estaba refiriendo.

La expresada omisión no autoriza a interpretar que la jurisdicción laboral es entonces la competente para conocer de dichos juicios, con base en lo dispuesto en los artículos 5 y 655 eiusdem, sino que lo razonable era establecer que como quiera que, la decisión provenía de un órgano de carácter administrativo, inserto en el Poder Ejecutivo, esto es, de las Inspectorías del Trabajo, los órganos jurisdiccionales competentes para conocer y decidir este tipo de controversias era la jurisdicción contencioso administrativa, siendo consecuente con el principio del juez natural. De lo expuesto se colige, que el criterio sostenido en la sentencia anteriormente citada, dictada por la Sala Político Administrativa, debe ser abandonado. En consecuencia, deberá prevalecer el presente criterio, lo que implica que, en el futuro, los Juzgados con competencia en materia laboral, deberán declinar en los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento y decisión de los recursos interpuestos contra las providencias administrativas, dic-

tadas por las Inspectorías del Trabajo, por ser éstos los órganos judiciales a los cuales les incumbe conocer de este tipo de juicios.

Así, dado que a la jurisdicción contencioso administrativa le compete el conocimiento de las demandas de nulidad en contra de las decisiones administrativas provenientes de los órganos de la Administración del Trabajo; en el ejercicio de esa competencia, debe poseer igualmente la potestad para resolver los conflictos que surjan con motivo de la ejecución de ese tipo de providencias que han quedado firmes en sede administrativa tal como lo es, se insiste, para conocer de su nulidad.

Cabe destacar que el criterio de atribución de competencia en que se basó la decisión conocida como *Corporación Bamundi*, fue el de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo, que le atribuye la competencia a los Tribunales del Trabajo, y que si bien, no se trata de Tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la doctrina lo ha clasificado como *contenciosos eventuales*.

En todo caso, si equiparamos la solicitud de ejecución de un acto de esta naturaleza, emanado de una Inspectoría del Trabajo, a la solicitud de impugnación de un acto, y bajo estos principios atributivos de competencia, no procedería la asignación de esta competencia a los Juzgados Superiores Contencioso Administrativos, pues no se trata de actos donde el Poder Público Estatal o Municipal se encuentren presentes, o puedan ser considerados legitimados. Si nos basamos estrictamente en el principio constitucional que regula la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, efectivamente, tal como lo indica la sentencia comentada, corresponde a esta especial jurisdicción su conocimiento, pero no estaría atribuida a los Juzgados Superiores Contencioso Administrativos, sino en virtud del principio de competencia residual, a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, criterio pacífico hasta la sentencia *Corporación Bamundi*, de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, dictada en fecha 13 de febrero de 1992. Si por el contrario, nos acogemos al criterio de la última decisión señalada (*Corporación Bamundi*), y conforme las previsiones de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo, correspondería a los Tribunales Laborales, criterio éste mantenido por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, y ratificada recientemente en fecha 30 de enero de 2002, caso: *Jairo Domínguez y otros*. Esto nos lleva a que para esa fecha, nos encontramos con la posición de la Sala Constitucional (competencia de los Juzgados Superiores Contencioso Administrativos para la impugnación de estas providencias administrativas); y la de la Sala Político Administrativa (la competencia para la impugnación se encuentra atribuida a los Juzgados Laborales). Pero es el caso, que igualmente nos encontramos con la posición de la Sala de Casación Social, de fecha 5 de febrero de 2002, sentencia N° 39, en la cual expresó:

Por lo tanto, al tratarse el presente caso de un recurso de nulidad contra un acto administrativo de efecto particular emanado de un órgano administrativo del trabajo de carácter nacional, como lo es la Inspectoría del Trabajo, considera esta Sala de Casación Social que de conformidad con el ordinal 3° del artículo 183 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la resolución del presente asunto debe ser sometida al conocimiento de la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo, siendo la competente para la resolución del recurso de nulidad propuesto contra la providencia administrativa de fecha 17 de abril del año 2001, proferida por la Inspectoría del Trabajo de la Zona de Hierro del Estado Bolívar. Así se declara.

Observamos cómo en el caso analizado por la Sala de Casación Civil, se aplica el criterio que efectivamente corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, -por tratarse de la nulidad de un acto dictado por un órgano del poder público-, pero atribu-

yendo a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo la competencia para conocer de estos recursos de nulidad³¹.

Del mismo modo, en sentencia de la Sala Constitucional, dictada en fecha 3 de agosto de 2001³² (un día después a la sentencia objeto de análisis), señaló:

Como ya lo ha señalado esta Sala, las decisiones administrativas deben ser ejecutadas por la administración o por los órganos contencioso administrativos, y no puede el órgano jurisdiccional que no actúa como órgano contencioso administrativo sustituirse en las obligaciones de los órganos administrativos ordenando la ejecutabilidad de los actos y llevándolas a cabo, a menos que la Ley así lo establezca.

En vista de lo anterior considera la Sala que por la vía de amparo constitucional no podía ordenarse el cumplimiento del acto administrativo, y menos aun, cuando dentro de la jurisdicción contenciosa administrativa se había ordenado la suspensión de los efectos del act.³³.

La sentencia objeto de estudio, de fecha 2 de agosto de 2001 (caso Teresa Suárez de Hernández) dictada por la Sala Constitucional, apelando a un argumento de autoridad, expresó:

En consecuencia, siendo que esta Sala considera admisible la revisión extraordinaria de los fallos recaídos con ocasión de las acciones de amparo intentadas por el ciudadano Nicolás José Alcalá Ruiz y por cuanto, en su criterio, la presente decisión contribuiría “a la uniformidad de la interpretación de normas y principios constitucionales...” por imperar al respecto un grosero

31. Cabe destacar que en esta decisión (Sala de Casación Social) se produjo por la solicitud de Regulación de Competencia, basado bajo diferentes interpretaciones de la misma sentencia del 2 de agosto de 2001, dictado por la Sala Constitucional. Esto nos coloca en tres posiciones de principios atributivos de competencia para conocer de la impugnación judicial de los actos dictados por la Inspectoría del Trabajo:

La Sala Constitucional, en sentencia 2 de agosto de 2001, atribuye la competencia a los Juzgados Superiores Contencioso Administrativos, contrariando la posición que había sostenido la Sala Político Administrativa desde 1992.

La Sentencia de la Sala Político administrativa, de enero de 2002, manteniendo el criterio de había sostenido desde 1992, señaló que la competencia corresponde a los Juzgados Laborales.

La Sala de Casación Social, en febrero de 2002, señaló que la competencia corresponde a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, volviendo al criterio existente antes de la sentencia Corporación Bamundi de 1992.

Si bien es cierto, corresponde el presente trabajo la ejecución de los actos dictados por la Inspectorías del Trabajo, no podemos dejar de comentar el problema que se ha tejido en torno a la competencia para su impugnación judicial. En puridad de derecho, consideramos que el criterio sostenido por la Sala de Casación Civil, es ciertamente el correcto, con el problema que implica acudir a la Capital de la República, lo cual no constituye la justicia efectiva y garantista. Ante esta interpretación, que fue la sostenida hasta 1992, y conforme la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo, atribuyó la competencia a los Tribunales Laborales, bajo el criterio de los *contencioso eventuales*; es decir, aquellos tribunales que formalmente no se encuentran insertos en la jurisdicción contencioso administrativa, sin embargo, por atribución expresa de la ley, eventualmente, y en los casos previstos en la Ley ejercen la jurisdicción contenciosa. Este criterio acercaba igualmente la justicia a los interesados. En canto al criterio sostenido por la Sala Constitucional, cabe destacar que basado en una premisa absolutamente cierta, de atribución del conocimiento de tales causas a la jurisdicción contencioso administrativa, erradamente la atribuyó a los Juzgados Superiores Contencioso Administrativos, cuando tal atribución de competencia no encuentra soporte alguno en *ninguna* Ley.

Nos encontramos ante una situación que debe ser solucionada, sin menoscabar nuestro sistema legal que en general, garantiza el *Estado de Derecho*.

32. Caso *Usafruits*, sentencia n° 1387. Cabe destacar que la referida decisión es comentada como fundamento de la decisión del 2 de agosto de 2001, refiriéndola como decisión del 26 de julio de 2001. Sin embargo, en la página Web del Tribunal Supremo Justicia, aparece publicada en fecha 3 de agosto de 2001. En este sentido se invoca una decisión como precedente, que no había sido publicada para el momento.

33. La primera parte es la usada como fundamento de la decisión, sin embargo, la redacción del párrafo siguiente, pareciera indicar que no es el amparo, el medio idóneo para ejecutar las providencias administrativas, con la -en el caso concreto que refería la decisión-, que dicho acto había sido suspendido por un Tribunal Contencioso Administrativo.

error de interpretación de la norma constitucional. De allí que, los motivos expuestos la autoricen para que en uso de la potestad que le confiere la norma constitucional antes referida y, obligada como se encuentra a garantizar la supremacía, vigencia y efectividad de las normas y principios constitucionales, como máximo y último intérprete de la Carta Magna; en su condición de custodio de su uniforme interpretación y aplicación, procede a la revisión y consecuente nulidad de los fallos dictados por los Juzgados antes identificados...Es obvio, entonces y así debe ser declarado por esta Sala, que la conducta asumida por los diferentes Tribunales que tuvieron bajo su conocimiento el asunto planteado, constituye una denegación de justicia para aquel que, imposibilitado de hacer efectiva su pretensión ya estimada y declarada por el órgano administrativo, se vio en la necesidad de acudir a los órganos judiciales para controlar la inactividad de la Administración, para alcanzar la producción de los efectos de la decisión que le era favorable, pero que no había sido ejecutada. Actuaciones judiciales éstas que, en opinión de la Sala, constituyen una flagrante y grotesca violación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva...

En otro orden de ideas, debe esta Sala reprender la actitud omisa de los Jueces Primero de Primera Instancia del Tránsito y del Trabajo, Superior Primero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo, de Menores y de lo Contencioso Administrativo, Segundo de Primera Instancia del Tránsito y del Trabajo y Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Menores, todos del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, pues debiendo declarar su incompetencia y remitir los autos al tribunal competente, esto es, a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, no lo hicieron...

Se ha visto que el caso sometido a examen de la Sala Constitucional no es pacífico, y por el contrario, tal como lo reconoce la misma sentencia, dinámico, y cambiante, a lo que agregamos ambiguo en unos casos y contradictorio en otros, no sólo por tratarse de un punto siempre controvertido, como es, el de la ejecución de los actos administrativos denominados por algún sector de la doctrina *cuasijurisdiccionales*, sino que la misma Sala Constitucional ha emitido criterios totalmente disímiles en un plazo de poco menos de 7 meses; y que los jueces que conocieron del proceso objeto de revisión, siguieron el criterio que había sostenido la jurisprudencia de forma reiterada, por lo que igualmente puede sostenerse que constituye igualmente una incongruencia como otra forma de falacia, ya que de los conceptos de “denegación de justicia” y que su actuación constituye “...una flagrante y grotesca violación del derecho a la tutela judicial efectiva”, como términos que constituyen una falta grave por parte de los jueces que conocieron el caso, podría incluso conllevar a sanciones de los mismos; en consecuencia, resulta a todas luces excesiva la reprensión a los jueces que conocieron de los casos planteados, dadas las condiciones y antecedentes que rodean la situación comentada.

X. CONCLUSIONES

No cabe duda que corresponde a los órganos jurisdiccionales conocer de los amparos que le sean planteados, pues de tal figura procesal -el amparo- corresponde conocer exclusivamente a los Tribunales de Justicia, sólo que en el caso planteado, según se desprende de la misma decisión, no se trataba sobre la inactividad de la Administración, lo cual correspondería a los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativos, (pero nunca a los Juzgados Superiores Contencioso Administrativos), sino que conocía de la contumacia del patrono a ejecutar o dar cumplimiento a una providencia administrativa, lo cual constituye supuestos diferentes; y en todo caso, se trataba del cumplimiento de un acto administrativo que corresponde su ejecución al propio órgano de la administración que lo dictó, en virtud de los principios de ejecutividad y ejecutoriedad

de los actos administrativos, y que como principio al fin, coexisten con los otros y debe buscarse su armoniosa convivencia.

Del mismo modo hay que observar, que si bien, en la sentencia comentada, priva el argumento teleológico, que busca indagar o recrear la norma en su aplicación actual, no puede pretenderse que implique la derogatoria de principios; y especialmente, de expresos textos legales, no sometidos ni al control concentrado de la Constitución, ni bajo la especial figura del control difuso de la misma.

Igualmente, se trata de un tema controvertido a nivel jurisprudencial, (en especial, cuando de los actos dictados por el órgano de inquilinato a nivel nacional se trata), que en el caso de los actos de las Inspectorías, se consideraba resuelto de forma pacífica y aceptada, conforme las previsiones de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo, criterio éste que solo a nivel de la Sala Constitucional varió considerablemente en un lapso sumamente breve, con sentencias contradictorias en unos casos, y en otros, con premisas erróneas, que indudablemente, ni pueden consolidar dichas decisiones, ni puede ser tratadas como argumentos válidos. No olvidemos que la ambigüedad y ambivalencia en los pronunciamientos, le hacen un flaco favor al *Estado de Derecho*.

En el caso sometido a análisis, contenido en la sentencia del 2 de agosto de 2001 (caso Teresa Suárez de Hernández, sentencia n° 1318), el argumento por el cual se le otorga la competencia a los Juzgados Superiores Contencioso Administrativos, de conocer los amparos que se ejerzan contra la contumacia de los patronos a cumplir y ejecutar las providencias Administrativas de las Inspectorías del Trabajo, por parte de los trabajadores protegidos por algún fuero, y en general, que gocen de inamovilidad, parte de una falsa premisa, situación ésta que lo enmarca en el campo de las falacias.

A los fines de preservar el principio de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, debe preverse la posibilidad cierta y efectiva que las Inspectorías del Trabajo ejecuten sus propias providencias administrativas. Mientras tal situación se logra, es cierto que los derechos de los trabajadores no pueden verse burlados o vulnerados ante la contumacia de los patronos de ejecutar dichas decisiones; pero si el patrono es un particular, y se trata de una acción contra la contumacia de ese particular que a su vez vulnera un derecho constitucional, no consideramos apropiado el criterio atributivo de competencia al contencioso administrativo para incoar la acción de amparo.

En la práctica, la decisión del 2 de agosto de 2001, de la Sala Constitucional, también ha traído problemas, pues:

- a. En varias oportunidades hemos observado como la Inspectoría del Trabajo ha *comisionado* a los Tribunales Superiores Contencioso Administrativo para proceder a la ejecución del acto.
- b. Se ha considerado al amparo como la única vía idónea para lograr la ejecución del acto.
- c. Por cuanto se trata únicamente de ejecutar la providencia ya dictada, y ante el ejercicio de un amparo constitucional, debe el Juez, así como la representación Fiscal y las propias partes, atender una audiencia constitucional, cuando ya los planteamientos han sido (o debido ser) formulados en sede administrativa. Esto a su vez nos lleva al problema que siendo el amparo una acción subjetiva, debe el Juez analizar los argumentos de las partes, en cuyo caso, sin ser un recurso tendente a impugnar el acto, puede el Juez, ante los alegatos expuestos, considerar que efectivamente no procede el reenganche (por ejemplo, cuando la inspectoría del Trabajo consideró que una persona, por ser

miembro de la Junta Directiva de un Sindicato, goza de fuero sindical, y sin embargo, dicha persona no ejerce un cargo amparado por este fuero).

Consideramos, como un medio de preservar mas eficazmente el derecho reclamado, y a los fines de evitar procesos innecesarios, que debería tratarse en sede judicial como un acto de mera ejecución; darle el tratamiento de fuerza ejecutiva a ser conocido por los Juzgados de Municipio, tal como se ha sostenido anteriormente, conociendo en ejecución de actos arbitrales³⁴, lo cual igualmente garantizaría el acercamiento de la justicia al justiciable³⁵, y así, -por ejemplo- ante un acto dictado por una Inspectoría del Estado Táchira o Mérida, no debería acudir al Estado Barinas (muchas veces implica más de 4 horas de carretera), que corresponde a la Sede del Juzgado Superior Contencioso de la Región Los Andes.

En todo caso, tres criterios distintos y disímiles no favorecen para nada la *tutela judicial efectiva*.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, *El Concepto y la Validez del Derecho*, Editorial Gedisa, Colección Estudios Alemanes, Segunda edición, Barcelona 1997.

ATIENZA, Manuel, *Tras la Justicia. Una Introducción al Derecho y al Razonamiento Jurídico*, Editorial Ariel, Barcelona 1993.

-----, *El Sentido del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona 2001.

-----, "Derecho y Argumentación", *Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho* N° 6, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1997.

-----, *Las Razones del Derecho teorías de la Argumentación Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993.

-----, *Sobre la Analogía en el Derecho, Ensayo de Análisis de un Razonamiento Jurídico*, Civitas, Madrid 1986.

34. Para utilizar la misma denominación usada por BADELL, que nos parece más apropiada que la de "actos cuasijurisdiccionales".

35. Tal como lo señala BADELL, Rafael en *La Ejecución Administrativa de los Actos Administrativos y la Garantía de los Derechos Constitucionales*.

"4.- Aplicación supletoria del proceso de ejecución de sentencias.

En ausencia de un proceso especial para obtener la ejecución forzosa de estos actos administrativos de sustancia jurisdiccional, consideramos que puede aplicarse el procedimiento ordinario de ejecución de sentencias consagrado en el Título Cuarto, Libro Segundo, del Código de Procedimiento Civil. En este sentido, conviene tener presente que, según dispone la Ley Procesal, este procedimiento ejecutivo rige no sólo para lograr la ejecución de las sentencias, sino también para obtener la ejecución forzosa de "cualquier otro acto que tenga fuerza de tal".

Obviamente, para que el interesado pueda acudir al procedimiento ejecutivo, es necesario que el acto administrativo de sustancia jurisdiccional haya adquirido firmeza (fuerza de sentencia), bien porque no se hubiere impugnado oportunamente, o porque el recurso ejercido haya sido declarado sin lugar. De aplicarse estos principios, se producirá un doble beneficio, pues, por una parte, la actividad de ejecución forzosa realizada en el seno de la Administración quedara reducida a su justos límites, desde que sólo tendrá lugar cuando el acto hubiere sido dictado en orden a satisfacer necesidades públicas; y en segundo lugar, el derecho de los administrados a la tutela jurisdiccional efectiva quedará incólume, pues siempre habrá forma de obtener la ejecución en especie de lo ordenado por el acto administrativo, cuando dicho acto resuelva una controversia entre dos particulares, sin necesidad de replantear un juicio completo con fase de cognición ante los Tribunales, como viene sucediendo hasta ahora".

BADELL MADRID, Rafael, “La Ejecución Administrativa de los Actos Administrativos y la Garantía de los Derechos Constitucionales”, publicado en la página web www.badellgrau.com.

CHIRINO, Alfredo, “Las Falacias”, publicado en el *Curso de Capacitación Sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*, Tribunal Supremo de Justicia, Serie “Eventos” N° 3, Caracas 2001.

COPI, Irving, *Introducción a la Lógica*, Editorial Eudeba, Vigésimo segunda edición, Buenos Aires 1981.

DUQUE CORREDOR, Román, “La Interpretación Vinculante de la Jurisdicción Constitucional y los Poderes Correctivos de los Jueces”, publicado en las *XXVII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”*, Barquisimeto 2002.

DWORKIN, Ronald, *El Imperio de la Justicia*, Editorial Gedisa, Segunda Edición, Barcelona 1992.

ESCOVAR LEÓN, Ramón, “La Motivación de la Sentencia y su Relación con la Argumentación Jurídica”, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, *Serie estudios* n° 57, Caracas 2001.

FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, Alianza Editorial, 5ta Edición, Madrid 1984

GARCÍA, Antonio, “Orientaciones Jurisprudenciales de la Sala Constitucional”, publicado en las *XXVII Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”*, Barquisimeto 2002.

MARMOR, Andrei, *Interpretación y Teoría del Derecho*, Editorial Gedisa, Barcelona 2001.

PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, “La Ejecutoriedad de los Actos Administrativos”, *III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph BREWERCARÍAS”*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas 1997.

ZERPA, Levis Ignacio, “La Argumentación Jurídica”. Ponencia registrada en el “Curso de Capacitación Sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica”, Tribunal Supremo de Justicia, *Serie Eventos* n° 3, Caracas 2001.

§ 74. LA PROBLEMÁTICA DE LAS VALIDACIONES LEGISLATIVAS EN FRANCIA Y EN ESPAÑA: ESTUDIO COMPARATIVO*

Franck Moderne
Catedrático de Derecho Público de la
Universidad de París I, Francia

Es un tema de gran interés y muy controvertido en Francia el de la validación de actos administrativos -e incluso de actos privados-, en la medida en que desvela un enfrentamiento directo o indirecto entre el poder legislativo y el poder judicial y obliga a tener en cuenta las tensiones excesivas entre ambos poderes en un Estado de derecho, tensiones que podrían afectar al equilibrio global del sistema.

No parece que la situación sea exactamente similar en España. Si no me equivoco, una de las primeras sentencias del juez constitucional sobre el tema de la validación legislativa y el alcance de un control de su constitucionalidad es muy reciente: se trata de la sentencia N° 73/2000 de 14 de marzo¹, dictada a partir de una cuestión de constitucionalidad promovida por la Audiencia Nacional en relación con una ley foral de Navarra cuyo objetivo final (y posiblemente único) hubiera sido hacer imposible la ejecución de una sentencia previa que había decretado la nulidad de una resolución administrativa, concretamente la suspensión de las obras de construcción de un dique del embalse de Itoiz, y la anulación del proyecto correspondiente. Esta anulación se había basado en el hecho de que la zona que sería inundada por el vaso del embalse supondría la desaparición de una parte de las bandas de protección de las reservas naturales al quedar bajo las aguas, en el marco de una ley foral de 1987 de espacios naturales de Navarra. Sin embargo una nueva ley foral de 1996 derogó expresamente la disposición legal anterior al suprimir la obligación de establecer bandas de protección de las reservas naturales navarrenses. De modo que no tenía sentido la ejecución de la sentencia inicial en un panorama normativo conscientemente cambiado por el propio legislador.

No vamos a entrar en el detalle de la sentencia del Tribunal constitucional español, sino para subrayar el planteamiento de la duda de inconstitucionalidad por la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. En relación con el famoso artículo 24-1 CE, se ha sostenido que, al establecer la nueva ley foral de 1996, un nuevo régimen jurídico de las zonas periféricas de protección en las reservas naturales de Navarra, la modificación del canon legal había convertido en ilusoria la declaración de nulidad contenida en la sentencia firme dictada por el Tribunal Supremo haciendo que su fallo no pueda ejecutarse por la Sala que promueve la cuestión de inconstitucionalidad. De modo que hubo en estas circunstancias una injerencia inadmisibles del poder legislativo en el ejercicio normal del poder judicial.

* El tema de este estudio, dedicado al Profesor BREWER-CARÍAS, Allan R., ha sido elegido por su doble enfoque, de derecho constitucional y de derecho administrativo, que corresponde a dos de las principales dimensiones de la obra del dedicatario.

1. B.O.E. de 14 de abril de 2000, suplemento al n° 90, p. 61; *Annuaire international de justice constitutionnelle* 2000, pp. 648 y ss., nota de ALBERTI, E., BON, P., CAMBOT, P. y REQUEJO PAGÉS, J.L.

En otros términos, la duda de inconstitucionalidad de la Sala en relación con otro artículo conocido de la carta fundamental (el art. 9-3: prohibición de la arbitrariedad administrativa) se suscita a partir de la premisa que la finalidad que llevó al legislador de Navarra a dictar una nueva ley sobre la protección de los espacios naturales no fue otra que la de dictar una ley especial para hacer que fuera inejecutable una posterior sentencia del Tribunal Supremo anulatoria del proyecto -y así mismo la de impedir en el futuro el control judicial sobre los actos administrativos de delimitación concreta de las zonas de protección de las reservas naturales mediante la elevación inesperada al rango de ley de la anterior norma reglamentaria- lo que justificaría la calificación de *arbitraria* atribuida a una disposición con rango de ley dictada con esa finalidad.

Veremos más adelante por que el juez constitucional español no ha sido aparentemente convencido por la argumentación de la Sala proponente y por que ha sido rechazada la cuestión de inconstitucionalidad en este asunto.

Otra sentencia, N° 273/2000 de 15 de noviembre², ha permitido al juez constitucional español precisar algunos puntos relativos a una eventual validación legislativa, a propósito de una disposición adicional de la ley catalana N° 17/1987 de 13 de julio reguladora de la administración hidráulica, que había integrado en el texto de la ley las normas reglamentarias de carácter sustantivo en materia de tarifa y de saneamiento por abastecimiento de aguas en dicha Comunidad autónoma. Estas normas habían sido dictadas sin la consulta previa de la Secretaría técnica del departamento de política territorial y obras públicas, siendo tal consulta preceptiva según la ley de procedimiento administrativo de 1981.

La audiencia territorial de Cataluña había decretado la nulidad de los reglamentos impugnados por falta del dictamen, y mientras el Tribunal Supremo estudiaba la apelación del asunto se aprobó una ley autonómica que elevaba retroactivamente el rango de las normas cuestionadas con la intención evidente de evitar los efectos de la probable declaración de nulidad de dichas normas.

Pero, al haber sido elevado el contenido de los reglamentos anulados al rango de ley formal de forma retroactiva, los actos de aplicación de los mismos no podían ser anulados lo que dio lugar a una cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal constitucional.

Se puede admitir que la disposición adicional de la ley catalana, por haber venido a subsanar retroactivamente una serie de actos dictados como consecuencia de la aplicación de una norma nula de pleno derecho, constituye una manifestación del llamado fenómeno de validación legislativa, poco estudiado hasta la fecha en la doctrina *juspublicista*³.

Eso dicho, el Tribunal constitucional no ha tenido que enfrentarse con el problema espinoso de las normas validantes en el ordenamiento jurídico español, ya que, por fin, la *litis* se había planteada desde otra perspectiva constitucional, la del artículo 9-3 de la carta fundamental (principio de irretroactividad).

2. *Revista española de derecho administrativo* 2001 n° 111, pp. 439 y ss., nota GARCÍA LUENGO, J.

3. Sobre el tema de las validaciones legislativas, V., las observaciones de MUÑOZ MACHADO, Santiago en *La reserva de jurisprudencia*, La Ley, Madrid 1989, pp. 75 y ss.

Cabe observar de manera general que Francia, a diferencia de España, tiene una tradición sentada de control riguroso de las validaciones legislativas de actos administrativos o privados⁴.

Para valorar correctamente el sistema francés, resulta útil precisar lo que es una validación legislativa y cuales son las modalidades de su control jurisdiccional.

Lo que intentaremos hacer a continuación.

I. ANÁLISIS DE LA TÉCNICA JURÍDICA DE VALIDACIÓN LEGISLATIVA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

Debemos partir de la idea simple que la validación legislativa -o ley de validación- se configura como toda intervención del legislador cuyo objetivo o efecto sea el de considerar como regular un acto administrativo (o privado) de regularidad dudosa susceptible de ser anulado por el juez administrativo (por lo esencial) o por el juez judicial (a título excepcional) en el marco de sus competencias respectivas.

La delineación de la figura jurídica de la validación legislativa lleva a analizar el mecanismo utilizado por el legislador en sus elementos esenciales y en sus consecuencias previsibles.

1. La configuración global de la validación legislativa

Antes de presentar, a partir del derecho francés, las diferentes clases de validaciones legislativas, cabe separar, en términos necesariamente generales, la técnica de la validación legislativa y otras técnicas que no tienen por objeto la neutralización del control jurisdiccional sobre la norma, pero sí pueden producir ese efecto.

Estas técnicas son, por una parte, la de ratificación por el legislador de actos gubernamentales, las llamadas *ordenanzas* del artículo 38 de la Constitución francesa de 1958 (Vª República) (son los decretos legislativos del derecho español, dictados sobre la base del artículo 82 de la Constitución de 1978) y, por otra parte, la técnica de la codificación legislativa.

1º- La técnica de la ratificación de las ordenanzas del artículo 38 CF

El artículo 38 de la Constitución francesa concreta un sistema conocido en todos los Estados europeos, el de la delegación o habilitación legislativa. En el orden jurídico francés es sumamente conocido que se ha adoptado una diferenciación material entre el campo de la ley y el campo del reglamento gubernamental. Los artículos 34 y 37 CF delimitan el ámbito material de la ley (las llamadas *materias legislativas*) y el del reglamento (las otras materias).

Sin embargo ha sido imposible mantener firme una distinción tan rigurosa. En particular, la delegación legislativa abre al reglamento, a título excepcional y provisional, la disponibilidad sobre una materia normalmente reservada a la ley, lo que permite al Gobierno participar de otra manera en la ordenación jurídica de la sociedad actual.

4. V., DÍAZ GÓMEZ, A., "Las validaciones legislativas en derecho francés. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia", *Revista de administración pública*, 1999 nº 149, pp. 457 y ss.

El efecto primario y esencial de la delegación legislativa es por tanto el de ampliar el poder normativo de la administración gubernamental por vía singular. La ley de habilitación opera evidentemente sobre la relación habitual ley reglamento en la medida en que el legislador apela al reglamento para que éste colabore a la tarea normativa.

La delegación legislativa así entendida como la instrumentación de las técnicas colaborativas entre la ley y el reglamento, cuenta en el sistema francés con una expresa cobertura constitucional.

Pero eso no significa que el texto elaborado por el Gobierno en el marco de una habilitación legislativa expresa sea inmediatamente elevado al rango legislativo. La *ordenanza* (ordonnance) como norma delegada conserva provisionalmente su rango reglamentario propio. No se trata exactamente, como en el derecho español, de una delegación recepticia en la que, por una determinación adicional expresa del legislador, se viene a asignar a la norma delegada el rango de ley.

Dicho sencillamente, no puede el legislador francés hacer una asunción anticipada de la norma elaborada por el poder ejecutivo, en virtud de la delegación, prestándola su propio rango. Hay que pasar por una ratificación por el Parlamento del texto reglamentario.

El artículo 38-2 de la Constitución de 1958 regula en concreto el procedimiento que habrá de seguirse a esos efectos. Según dicho precepto, la elevación de la ordenanza al rango legislativo se entendería otorgada si, dentro del plazo fijado por la ley de habilitación, el proyecto de ley de ratificación no se hará remitido al Parlamento para su tramitación normal como ley. Se puede añadir que la discusión efectiva del proyecto de ratificación por las Cámaras no resulta necesaria en este caso. Agotado el plazo legal (normalmente 6 meses), la ordenanza gubernamental será considerada como tachada de caducidad definitiva.

Mientras tanto la ordenanza estará sometida al control del juez administrativo (concretamente del Consejo de Estado), habilitado para controlar los abusos de la delegación y las otras exigencias del principio de legalidad *lato sensu*: la ordenanza del artículo 38 debe ser conforme con la Constitución y con los principios generales del derecho o con los tratados y convenios internacionales regularmente incorporados en el derecho interno. Este tipo de control es por tanto el medio más eficaz y el único que ofrece garantías reales a los ciudadanos.

La ley de ratificación tiene como consecuencia la calificación retroactiva, *ab origine*, como ley del texto gubernamental. Efectivamente esta técnica conlleva la inmunidad jurisdiccional del acto ratificado como ley, por lo menos respecto del juez ordinario: un control de constitucionalidad es siempre posible pero su alcance se encuentra limitado a la verificación del texto aprobado respecto del bloque de constitucionalidad.

Sin embargo la elevación de un texto reglamentario al rango legal en virtud de una ratificación expresa (o, en ciertos casos, tácita) no tiene por objeto único ni siquiera principal la supresión del control jurisdiccional ordinario de dicho acto.

Por eso se diferencia claramente la ley de ratificación de una *ordenanza* del artículo 38 y la ley de validación legislativa de cualquier acto administrativo.

2°. La técnica de la codificación legislativa

El fenómeno de la codificación puede ser entendido en sentido amplio o estricto.

Considerada en sentido amplio, la codificación se presenta como una recopilación de textos jurídicos de diferente índole.

En sentido estricto, la codificación se refiere a una ideología racionalista, a un esfuerzo ordenado para la *legalización* del sistema jurídico a partir de presupuestos teóricos: la uniformidad de la regla codificada, su capacidad para regular prácticamente todos los aspectos de la vida económica y social, la ilimitada potencialidad codificadora basada en la convicción que el instrumento codificador es aplicable a todos los campos jurídicos⁵.

En Francia, la obra de codificación tiene por objeto ambicioso el de abarcar todas las manifestaciones de la realidad jurídica a medio plazo.

Normalmente, el codificador francés no puede modificar el derecho vigente: la codificación pretende ser una técnica *con derecho constante* que supone respetar las innovaciones sucesivas pero reduciéndolas a sistema, y integrándolas en los valores constitucionales o internacionales superiores, renunciando así a cerrar definitivamente la continua movilidad del derecho en las sociedades contemporáneas.

Estos nuevos códigos, elaborados bajo los auspicios de una Comisión Superior de codificación incluida entre los servicios del Primer Ministro, no se presentan como meras recopilaciones, sino que pasan (por lo que se refiere a la codificación de las leyes vigentes) al Parlamento que los estudia y articula y los presta el valor superior de la ley con efectos derogatorios plenos sobre todo lo no expresamente recogido en ellos.

Desde 1989 se han promulgado varios códigos en diferentes materias. Esta técnica codificadora permite descargar al derecho de la complejidad de las acumulaciones constantes e inciertas, dar a los nuevos códigos un valor normativo pleno y superior y por fin aclarar y despejar el panorama normativo caótico de *un mundo de leyes desbocadas*, según una fórmula acertada de E. García de Enterría⁶.

Puede ocurrir que una ley de codificación eleva al rango superior de la ley una disposición inicialmente reglamentaria ya que, en la concepción francesa de la delimitación de las materias legislativas y de las materias reglamentarias, es prácticamente imposible elaborar un texto de ley coherente que no contenga ciertas disposiciones reglamentarias.

De todo modo, se debe subrayar que el juez constitucional francés no sanciona la intromisión del poder legislativo en el campo reglamentario, lo que afecta necesariamente a la distinción material entre ley y reglamento; la ley puede incidir así en las materias reglamentarias sin incurrir una anulación por inconstitucionalidad⁷.

Sin embargo, los textos de forma legislativa y de contenido reglamentario podrán ser modificados o derogados a través de decretos reglamentarios una vez el Consejo constitucional, a petición del Gobierno, haya declarado que estos textos tienen un carácter reglamentario, lo que corresponde a una técnica de delegalización formal.

Una ley de codificación produce efectos distintos. Se trata de una intervención voluntaria del legislador cuyo efecto podría ser la modificación del rango de un texto inicialmente reglamentario y su elevación al rango de la ley. Normalmente esta posibilidad parece reducida en el marco de una codificación, *con derecho constante*; pero sí se puede realizar en ciertas circunstancias (por ejemplo en materia tributaria), lo que plantea el problema de la naturaleza de la ley de codificación, comparándola con la ley de validación de un acto administrativo.

5. CARZOLA PRIETO, L.M., *Codificación contemporánea y técnica legislativa*, Aranzadi, 1999.

6. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid 1999.

7. V., *La calidad de las leyes* (SAINZ MORENO, F. y SILVA ONCHOA, J.C. da coord.), Parlamento Vasco, Gasteiz, Vitoria 1989.

Así planteada, la diferencia resulta bastante clara: en ningún caso, una ley de codificación pretende tener efectos retroactivos mientras que, precisamente, la validación legislativa de un acto administrativo tiene que ser retroactiva si se quiere evitar un control judicial de dicho acto.

Por otra parte, la técnica codificadora no tiene por objetivo único ni incluso esencial el de modificar el rango jerárquico de los textos codificados. La condición del *derecho constante* da muestra por el contrario de la neutralidad oficial de la codificación respecto de la calificación correcta de los actos codificados

2. Las categorías de actos administrativos susceptibles de validación legislativa

Toda validación es necesariamente preventiva: la intervención del legislador pretende evitar una anulación jurisdiccional posible (e incluso probable) de un acto administrativo (o privado) de dudosa validez jurídica.

Eso dicho el derecho francés contempla diferentes situaciones de las cuales destacaremos las siguientes:

1º- En primer lugar, la validación legislativa se produce en favor de actos administrativos dictados en aplicación de un reglamento anulado por vía de recurso directo o declarado ilegal por vía de excepción (o recurso indirecto).

En la medida en que la vía de excepción permite al recurrente invocar la nulidad del acto reglamentario que sirve de fundamento, de base jurídica, al acto recurrido, el riesgo de anulación amenaza virtualmente todos los actos consecuencias sean reglamentarios o individuales. Para conjurar este riesgo y en nombre de la seguridad jurídica, el legislador será invitado a validar los actos incurribles.

Es sobradamente conocido, en el derecho francés como en el derecho español, que una de las funciones específicas de la jurisdicción contencioso-administrativa es la de controlar la legalidad de los reglamentos y la de declarar consecuentemente la nulidad de los que estén afectados de un vicio de legalidad formal o material⁸.

Se sabe bien por otra parte que desde el punto de vista de los administrados, los particulares pueden adoptar la iniciativa del control judicial de los reglamentos bien impugnando directamente el reglamento viciado, bien impugnando el acto concreto de aplicación de dicho reglamento en base, precisamente, a la ilegalidad de este último (recurso indirecto)⁹.

Ambas posibilidades están claramente enunciadas en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés (actuando como juez supremo en el orden contencioso-administrativo) como en la Ley jurisdiccional española de 13 de julio de 1998 (art. 26).

En el segundo de ambos supuestos, lo que se impugna en concreto es un acto administrativo de aplicación de un reglamento ilegal.

8. En este sentido, el artículo 106-1 de la Constitución española.

9. V., para todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Civitas, t. I, 6a ed., Madrid 1999, pp. 222 et ss.

Se puede añadir que la falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en la ilegalidad de la disposición reglamentaria.

La Ley jurisdiccional española de 1998 ha dispuesto por fin en su artículo 27-2 que “cuando el juez o tribunal competente para conocer de un recurso fundado en la invalidez de una disposición general lo fuese también para conocer del recurso directo contra ésta, la sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general” -aparte de la del acto de aplicación impugnado. El recurso indirecto produce así, de manera derivada, el mismo efecto que el recurso directo, esto es la depuración definitiva y con efectos *erga omnes* de la nulidad o de la validez del reglamento sospechado en beneficio de la seguridad y del rigor jurídicos.

La técnica de la validación legislativa tiene por objeto evitar precisamente las consecuencias imprescindibles de la anulación jurisdiccional (o de la declaración de nulidad) de un reglamento ilegal, es decir las anulaciones en cascada de los actos de aplicación y proteger así la situación de los terceros y la seguridad jurídica. Los terceros no deben ser perjudicados, por actos aparentemente válidos cuando hayan sido aplicados; por ejemplo, la irregularidad en la composición de un órgano colegial o un organismo consultivo podría afectar teóricamente a todos los actos dictados por la autoridad administrativa concernida.

2º- En segundo lugar, el problema de la validación legislativa se plantea en Francia a propósito de los llamados *actos colectivos* que no son exactamente actos reglamentarios pero que interesan a un conjunto de personas perfectamente identificadas y se caracterizan por su indivisibilidad.

Tal es el caso de las listas de candidatos seleccionados a través del sistema de concurso o de concurso-oposición al ingreso en la función pública (del Estado, de las corporaciones locales o de los establecimientos hospitalarios), de las listas de *aptitudes* (o *méritos*) que sirven para la selección interna de funcionarios en ciertos cuerpos, o de los llamados “*tableaux d'avancement*” utilizados para la promoción interna de los funcionarios en un cuerpo determinado.

En el caso de la anulación de un acto de este tipo, la administración competente tendría que reexaminar todas las decisiones individuales dictadas con fundamento en estos actos colectivos. La validación legislativa ofrece la ventaja de descartar los efectos nefastos o inesperados de una aplicación demasiado estricta de las sentencias jurisdiccionales de anulación y de la retroactividad que tales sentencias necesariamente conllevan.

3º- En tercer lugar, no es infrecuente que una decisión administrativa anulada, de carácter individual, sea un ejemplo entre muchos otros, en cuanto al fondo o al procedimiento utilizado; de modo que la anulación crea un riesgo serio de anulación de todas las decisiones hermanas. Por eso, una ley de validación tratará de consolidar la validez de los actos no todavía impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa: tal fue el caso en ciertos asuntos (en materia tributaria o de tarificación hospitalaria o en materia de nombramiento de funcionarios o de jueces).

Duramente criticadas por un cierto sector doctrinal, mal aceptadas por los jueces del orden administrativo como del orden judicial (en este último caso, se trata de la validación legislativa de actos privados), las validaciones legislativas se presentan como medidas pragmáticas, dictadas por las circunstancias y justificadas por razones de interés general.

Desde un punto de vista estadístico, hubo en Francia entre 15 y 20 validaciones legislativas al año entre 1995 y 2000.

Eso dicho, la validación legislativa se encuentra sometida a un control jurisdiccional riguroso como vamos a explicarlo a continuación.

II. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS VALIDACIONES LEGISLATIVAS

La validación legislativa, tal como está concebida en el derecho francés contemporáneo, se halla sometida a un doble control jurisdiccional un control de constitucionalidad y el llamado control de *convencionalidad*” (esto es de conformidad con los tratados y convenios internacionales regularmente incorporados en el derecho interno).

Esta dualidad de controles corresponde a la dualidad de las jurisdicciones competentes para pronunciarse sobre la validez de la técnica de validación legislativa:

-el juez constitucional por lo que se refiere al control clásico de constitucionalidad

-el juez ordinario (el juez administrativo en el caso de validación legislativa de un acto administrativo; el juez judicial si se trata de un acto de carácter privado) por lo concerniente al control de *convencionalidad*.

Conviene recordar que el juez constitucional francés se ha negado hasta la fecha a incluir los acuerdos internacionales en los parámetros del control de constitucionalidad de la ley. Aunque sea esta interpretación criticada por varios autores, sigue siendo utilizada por el Consejo constitucional en sus funciones esenciales de control *a priori* de las leyes aprobadas por el Parlamento anteriormente a su promulgación.

La situación en España parece muy similar, desde el punto de vista jurídico.

1. El control de constitucionalidad

A partir de una primera sentencia de 22 de julio de 1980, la jurisprudencia del juez constitucional francés se ha reforzado y consolidado en el sentido de un control más riguroso de las leyes de validación de actos administrativos (o privados).

El Consejo constitucional ha impuesto al legislador cinco condiciones cumulativas para que la ley de validación sea considerada como compatible con la carta fundamental.

1º- En primer lugar, está prohibida toda injerencia abusiva del legislador en la actuación del poder judicial.

Las intervenciones abusivas del poder legislativo en el funcionamiento de la justicia administrativa o judicial condenan sin apelación, teóricamente, la validación legislativa de los actos de la administración.

Con la fuerza de las declaraciones de principio, el Consejo constitucional ha afirmado nítidamente, en su sentencia de 1980, la independencia de las jurisdicciones, constitucionalmente garantizada a través del artículo 64 de la Constitución de 1958 (tratándose de la jurisdicción ordinaria) o por los principios generales reconocidos por las leyes de la República (a propósito de la jurisdicción contencioso-administrativa).

Esta afirmación rotunda trae como consecuencia la interdicción formal dirigida tanto al legislador como al gobierno de inmiscuirse en la función jurisdiccional. Concretamente están formalmente prohibidas la revisión por el gobierno o por el legislador de un fallo judicial firme, las *in junciones* dirigidas al juez por el poder legislativo o el poder ejecutivo y *a fortiori* la sustitución del juez por estos poderes en el enjuiciamiento de los litigios que corresponden a la competencia judicial.

Resulta evidente que toda validación por la ley de una sentencia, sea cualquiera su contenido, que tiene el valor de cosa juzgada, sería inconstitucional (sentencias N° 84-186 DC de 29 de diciembre de 1985; N° 85-192 DC de 24 de julio de 1985, etc.).

A partir de una sentencia N° 86-223 DC de 29 de diciembre de 1986, el juez constitucional francés ha precisado que la ley de validación no podría lesionar los derechos o intereses legítimos de los terceros, una vez reconocidos por una sentencia con valor de cosa juzgada.

Resulta claro que, en base a este razonamiento, se diseña una cierta desigualdad entre los ciudadanos según la sentencia firme de justicia haya o no sido pronunciada antes de la promulgación de la ley de validación. Sin embargo, esta desigualdad ha sido considerada como aceptable por el juez constitucional (sentencias N° 86-223 DC de 29 de diciembre de 1986; N° 88-250 DC de 29 de diciembre de 1988, etc.).

Parece lógico que el mismo juez constitucional, invocando el carácter de cosa juzgada de la sentencia firme para neutralizar la ley de validación del acto recurrido, se haya conformado a la interpretación dada por el artículo 500 del Código de procedimiento civil de la expresión *sentencia dotada de la fuerza de cosa juzgada*: se trata de sentencias que no son susceptibles de recurso suspensivo en cuanto a su ejecución.

La consecuencia es que la interposición de un recurso de casación no será suficiente para asentar una ley de validación (Consejo de Estado, Ass., 27 de octubre de 1995, *Ministre du Logement c. Mattio* ; 6 de abril de 1998, *Ministre du Budget c. SARL Courcelles-Investissements*, etc.).

Se podría discutir, en el marco de la sentencia del TCE N° 73-2000 de 14 de marzo, el problema de saber si el solo hecho de impedir, a través de una nueva ley, el cumplimiento de un determinado fallo judicial, constituye una infracción constitucional.

La posición del Tribunal constitucional en este punto es inequívoca "...no tiene cabida en nuestra Constitución aquella ley... cuyo efecto sea el de sacrificar, de forma desproporcionada, el pronunciamiento contenido en el fallo de una resolución judicial firme" (STC n/4/1988 de 21 de enero). La sentencia ha precisado que el derecho a la ejecución de resoluciones judiciales firmes participa de la naturaleza de derecho de prestación que caracteriza a aquél en que viene integrado". De modo que la legitimidad constitucional de toda limitación o condición al ejercicio de este derecho fundamental tiene que corresponder a razonables finalidades de protección de valores, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardar debida proporcionalidad con dichas finalidades (STC N° 113-1989 de 22 de junio).

El derecho a la ejecución de una resolución judicial firme se integra en el derecho general a la tutela judicial proclamada en el famoso artículo 24-1 de la Constitución española.

Se imponía pues, en el caso analizado, determinar si el efecto optativo de la nueva ley foral navarrese sobre la ejecución de la sentencia podría encontrar una justificación en una razón atendible determinar si el sacrificio del pronunciamiento contenido en el fallo guardaba debida proporcionalidad con las razones invocadas o iba más allá de lo necesario al implicar un manifiesto desequilibrio entre los intereses en colisión (comp. STC N° 113-1989 de 22 de junio).

En este asunto, el Tribunal constitucional por fin concluyó que la ley foral cuestionada no era en sí misma lesiva del derecho a la ejecución de una sentencia firme.

Otro tema de discusión vinculado con la sentencia N° 73/2000 de 14 de marzo es el del efecto de la elevación de rango operado por el legislador autonómico sobre un régimen jurídico hasta entonces formalizado en normas de rango reglamentario. En el caso del embalse de Itoiz, la Sala de la Audiencia Nacional sostenía que al incluir el nuevo régimen jurídico de las zonas periféricas de protección de la reservas naturales en una norma de rango legal y no en una norma reglamentaria como era el caso con anterioridad a la ley de 1996, se había producido una vulneración del artículo 24-1 como del artículo 9-3 de la Constitución española.

Una de las consecuencias directas de la *legalización* de la norma es evidentemente excluir *pro futuro* el nuevo régimen jurídico de fiscalización por parte del juez ordinario (judicial o administrativo) ¿Constituye este cambio normativo una intromisión inadmisibles del legislador en el ejercicio del poder judicial?

No resulta fácil responder tajantemente a este interrogante. No parece *prima facie* contrario a la Constitución que el legislador asuma una tarea que antes había encomendado al poder reglamentario. El sistema constitucional español desconoce algo parecido a una reserva reglamentaria, inaccesible al legislador tanto nacional como autonómico. El Tribunal constitucional español ha declarado reiteradamente que el control de constitucionalidad de las leyes debe ejercerse de forma que no se impongan constricciones, condiciones o requisitos indebidos al poder legislativo. Dentro del marco de la Constitución, la ley puede tener cualquier contenido y el legislador puede asumir una tarea que antes realizaba el ejecutivo, en principio.

En aplicación de esa doctrina, otra sentencia N° 248/2000 rechazó que la ley de las Islas Baleares que declaró un determinado paraje como área de interés natural fuera contraria al artículo 24-1 CE. Y la sentencia. N° 273/2000 hizo otro tanto, igualmente, la ley del Parlamento de Cataluña de 13 de julio de 1987 de administración hidráulica de dicha Comunidad, que dio rango legal a reglamentos anteriores sobre el canon de saneamiento a pesar de que habían sido anulados por sentencia no firme por omisión de un informe preceptivo; en esta sentencia se rechazó que la elevación de rango de un reglamento vulnera los principios constitucionales de irretroactividad de normas y de seguridad jurídica.

Se puede afirmar así que el sistema español “continúa en cuanto al papel del reglamento en su línea tradicional de consagrar la primacía general, absoluta y formal -con cualquier contenido- de la ley”,¹⁰.

Para conjurar el riesgo de rémora para la defensa de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, el modelo español ha elegido la técnica de impugnación en amparo de los actos de aplicación de normas legales respecto a los artículos 14 a 30-2 CE¹¹.

La situación no resulta muy diferente en el sistema francés en la medida en que el reparto material del campo normativo, tal como fue establecido en la Constitución de 1958, entre las materias legislativas y las materias reglamentarias ha perdido su efectividad al rechazar nuestro juez constitucional que la invasión por la ley del campo del reglamento constituye en sí misma una inconstitucionalidad.

10. GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de derecho administrativo*, op. cit., 9a ed., Civitas, Madrid, p. 232; ver por ejemplo STC n° 239/1992; STC n° 108/1986; STC n° 73/2000, etc.

11. Desde la STC n° 41/1981, con la posibilidad de autocuestión de inconstitucionalidad contra la ley misma, de estimarse la demanda por causas imputables a la ley aplicada al caso (art. 55-2 LOTC).

2º- En segundo lugar se exige, para cada ley de validación de un acto administrativo (o privado), una justificación en el interés general defendido por el legislador al decidir la validación de un acto verosíblemente ilegal. Esta condición ha sido planteada desde la primera sentencia del Consejo constitucional (Nº 80-119 DC de 22 de julio) y continuamente reiterada (Nº 85-192 DC de 24 de julio; Nº 87-228 DC de 20 de julio; Nº 96-375 DC de 9 de abril, etc.)

Además el juez constitucional francés no sería convencido por la simple afirmación que toda ley corresponde al interés general; se esfuerza por controlar los objetivos concretos del legislador; el interés general exigido debe ser *suficiente* para fundamentar una medida excepcional como la validación de un acto administrativo de regularidad dudosa (v. la sentencia Nº 99-245 DC de 29 de diciembre). El interés general será considerado *a priori* como suficiente si corresponde a una exigencia o a un objetivo constitucional (sentencia Nº 97-393 de 18 de diciembre).

Se debe notar que el mero interés financiero de la administración no sería tenido en cuenta por sí sólo (sentencia Nº 93-232 DC de 13 de enero de 1884; Nº 95-369 DC de 28 de diciembre, etc.); sin embargo, el argumento financiero puede consolidar una motivación fundada por lo esencial en otros motivos de interés general.

No parece imposible que la consideración del equilibrio global del presupuesto sea algún día calificada de motivo de interés general (Nº 99-425 DC de 29 de diciembre).

En el fallo Nº 99-425 DC se había igualmente invocado el hecho de que los contribuyentes se hubieran beneficiado de un enriquecimiento injusto al ser declarada inconstitucional la ley de validación tributaria impugnada ante el juez constitucional.

3º- En tercer lugar, la ley de validación no podría infringir el principio constitucional de irretroactividad, particularmente vigilado en materia de penas y de sanciones administrativas.

Cierto es que el legislador francés puede modificar la regulación jurídica de una determinada materia o de un sector del ordenamiento, haya sido o no aplicada por los tribunales en procesos anteriores o, incluso, pendientes. Lo contrario supondría una petrificación del ordenamiento jurídico y una lesión grave de la legítima libertad del legislador.

Pero la libertad del legislador encuentra un límite constitucional absoluto en el artículo 6 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 (incorporada en el *bloque de constitucionalidad*, en el sentido francés de la expresión sobre la *legalidad lato sensu* de las infracciones y de las penas).

Corresponde pues al juez constitucional determinar, en atención a las circunstancias de cada caso, si el acto convalidado por la ley hubiera o no efectos retroactivos en materia represiva. Es inútil recordar que las únicas conductas sancionables en un Estado de derecho son las establecidas por la legislación vigente en el momento de su comisión. Este principio posee, tanto en el derecho español como en el derecho francés, un contenido obvio que no es necesario explicitar aquí (sentencia Nº 79-109 DC de 9 de enero de 1980; Nº 82-155 de 30 de diciembre; Nº 97-390 de 19 de noviembre, etc.).

En virtud de una sentencia Nº 88-350 DC de 29 de diciembre, se puede añadir que la validación legislativa de un acto administrativo no sería suficiente para neutralizar los efectos de una prescripción legalmente adquirida en materia represiva.

4°- En cuarto lugar, el juez constitucional francés no acepta fácilmente la validación total de un acto administrativo por vía de ley, sea cual sea la ilegalidad de que estará tachado.

En particular, una sentencia N° 99-422 DC de 21 de diciembre exige que el legislador precise concretamente el vicio de legalidad cubierto por la validación. Lo que significa que este mismo acto no está elevado al rango de ley y que la validación no constituye una garantía de inmunidad jurisdiccional completa. La prohibición de las validaciones totales y la obligación impuesta al legislador de especificar el vicio de legalidad en función del cual la validación ha sido decidida marcan un límite nuevo al poder del legislador en materia de validaciones de actos administrativos (o privados).

5°- En quinto lugar, la sentencia N° 97-390 de 19 de noviembre establece que el acto convalidado no puede infringir una regla o principio de valor constitucional - salvo en el caso de que la validación corresponda a un objetivo de valor constitucional. En este último caso, tiene el juez constitucional que conciliar las diferentes exigencias constitucionales en cuestión.

En la medida en que el acto convalidado sería inconstitucional, igualmente lo sería la ley de validación. Por eso, esta ley debe beneficiarse de objetivos constitucionales legítimos que superan la inconstitucionalidad inicial del acto convalidado. El razonamiento del juez constitucional se analiza a través de la ponderación razonable y proporcionada de los valores, bienes o intereses acogidos en la Constitución (sentencia N° 97-393 DC de 18 de diciembre; N° 99-425 DC de 29 de diciembre).

Esta argumentación ha sido criticada en este punto por algunos autores¹².

2. El control de convencionalidad

El problema se plantea en términos similares en el sistema jurídico francés y en el sistema español. ¿Cual es el valor del tratado internacional en derecho interno?

En España, el artículo 96 de la Constitución establece al respecto que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente... formarán parte del ordenamiento interno”.

En Francia, el artículo 55 de la Constitución vigente dispone lo siguiente: “Los tratados o convenios internacionales legalmente ratificados o aprobados tienen, a partir de su publicación, un valor superior al de la ley bajo reserva, para cada uno de ellos, de su aplicación por la otra parte” (principio de reciprocidad).

La formulación francesa es indudablemente más clara; en España, la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de acuerdos internacionales requiere en ciertos casos (tratados de carácter político, militar, que afectan a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales de los Españoles, que impliquen obligaciones financieras para la hacienda pública o que supongan modificación o derogación de alguna ley o que exigen medidas legislativas para su ejecución), la previa autorización de las Cortes Generales (eventualmente bajo forma de una ley orgánica) (art. 93 y 94 CE).

Lo mismo ocurre en Francia para las mismas categorías de convenios internacionales.

12. Por ej. LUCHAIRE, F. nota, *Revista de derecho público*, 1988, p. 23.

Además, el artículo 96 CE establece que las disposiciones contenidas en los tratados “sólo podrán ser derogadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados y de acuerdo con las normas generales del derecho internacional”.

De este no cabe deducir, al menos formalmente, que el tratado sea superior a la ley. La respuesta debe ser aparentemente buscada en el principio de competencia y no en el principio de jerarquía normativa, mientras que la concepción francesa se basa claramente en el primero de ambos principios.

Lo que significa que, en Francia, el juez ordinario está perfectamente habilitado para descartar una ley de validación que le parezca contrario a un acuerdo internacional regularmente incorporado en el derecho interno.

Por lo que se refiere a las validaciones legislativas, los tratados que sirven de referencia usual son los tratados comunitarios y sobre todo el Convenio de Roma de 1950 de salvaguardia de los derechos y libertades fundamentales en los Estados miembros del Consejo de Europa.

Tratándose del derecho comunitario, el juez administrativo no vacila en descartar una ley de validación incompatible con los tratados iniciales o con el llamado *derecho derivado*. Lo ha hecho, por ejemplo, en una sentencia de 5 de mayo de 1995, *Ministre de l'Équipement et des Transports c. S.A. Der*¹³ o en otra sentencia de 6 de noviembre de 1998, *S.A. des Laiteries du Pont de Sauldre*¹⁴

La jurisprudencia más significativa es sin la menor duda la del Tribunal europeo de derechos humanos, órgano jurisdiccional encargado de vigilar la aplicación correcta del Convenio de Roma por los Estados europeos. La referencia al derecho del Tribunal de Estrasburgo resulta imprescindible tanto en Francia como en España (v. especialmente el artículo 10-2 de la Constitución española).

Ahora bien, precisamente, el Tribunal europeo de los derechos humanos ha elaborado una doctrina específica en relación con aquellos supuestos en los que se ha dictado una ley cuyo efecto directo es de influir en el desenlace judicial de un litigio en el cual el Estado es parte.

El artículo esencial al respecto es el famoso artículo 6-1 que impone a todos los Estados miembros la noción de proceso justo.

En una sentencia conocida de 9 de diciembre de 1994, *Refinerias griegas Stran y Stratis Andreatis v. Grecia*¹⁵, el Tribunal europeo, aún reconociendo que la finalidad de la ley era legítima, había declarado que resultaba contradictoria con el principio de preeminencia del derecho consagrado por el artículo 3 del Estatuto del Consejo de Europa como con la noción de proceso justo del artículo 6-1 del Convenio de Roma “cualquier injerencia del poder legislativo en la administración de la justicia con la finalidad de influir en el desarrollo judicial de litigio” -por estimar que, en tales supuestos, el Estado había intervenido mediante una ley *ad hoc* y de forma decisiva para orientar en su favor la solución judicial del caso (en el mismo sentido, v. TEDH 20 de noviembre de 1995, *Pressos Comnania Naviera S.A. v. Bélgica*¹⁶; TEDH 22 de octubre de 1997, *Papageorgiu y Grecia*; TEDH 28 de octubre de 1999, *Antonakopoulos y Grecia* ; TEDH 28 de diciembre de 2000, *Dimitrios Gergadis v. Grecia*, etc.).

13. *Rec. CE*, p. 192.

14. *Req. n° 171.499*.

15. *Serie A*, n° 301.

16. *Serie A*, n° 301-B.

Cierto es que, en otras sentencias y particularmente la de 23 de octubre de 1997, *National and Provincial Building Society y otras v. Reino Unido*¹⁷, el Tribunal europeo ha matizado su posición, al afirmar que el artículo 6-1 del Convenio de Roma no puede interpretarse en el sentido de que es incompatible con toda injerencia de los poderes públicos en un proceso judicial pendiente. Ha tenido en cuenta el Tribunal el hecho de que la intervención legislativa se había producida en una etapa preliminar del proceso judicial; había insistido la sentencia en la noción de interés general como justificación aceptable de una validación legislativa, que afectaba a varias empresas igualmente concernidas, y también en la previsible reacción del legislador nacional para corregir a corto plazo una deficiencia técnica de una ley anterior (v. TEDH 29 de agosto de 2000, *Organisation nationale des syndicats d'infirmiers libéraux*, a propósito de una ley de validación promulgada antes de todo litigio)¹⁸.

Sin embargo, en una sentencia más reciente (TEDH 28 de octubre de 1999, *Zielinski, Pradal, Gonzales y otros v. Francia*)¹⁹, el Tribunal de Estrasburgo ha reiterado su condena firme de cualquier injerencia del legislador en el desenlace judicial del litigio, salvo por razones imperiosas de interés general. El Tribunal europeo, a propósito de una serie de litigios relativos a la interpretación de una cláusula financiera de un convenio colectivo celebrado entre un organismo de seguro social y ciertos sindicatos obreros, ha denunciado la intervención tardía del legislador en un proceso en curso, la imprevisibilidad de dicha intervención, la insuficiencia del interés general invocado para fundamentar la inmisión legislativa en un asunto judicial y el apoyo manifiestamente aportado por la ley al gobierno francés aunque este no sea directamente parte en el litigio.

La dificultad mayor venía de que la misma ley de validación había sido declarada expresamente conforme con la Constitución por el propio juez constitucional²⁰.

Como ya lo hemos expuesto, corresponde al juez ordinario (el juez administrativo o el juez judicial) aplicar preferentemente el tratado o el convenio internacional debidamente incorporado en el derecho interno y descartar consecuentemente la ley nacional incompatible.

Los jueces franceses utilizan efectivamente (y eficazmente) este arma.

Por su parte, el juez administrativo se ha referido esencialmente al artículo 6-1 del Convenio de Roma para neutralizar eventualmente una ley de validación incompatible con esta disposición convencional. Tal es el sentido de la argumentación invocada en sentencias recientes del Consejo de Estado (5 de diciembre de 1997, *Ministre de l'Education nationale, de la Recherche et de la Technologie c. Organisme de gestion des Ecoles catholiques de Saint-Sauveur-le-Vicomte*; 5 de diciembre de 1997, *Mme Lambert*). En estos casos, sin embargo, el juez administrativo supremo desestimó la demanda al observar que el Estado se preveleía legítimamente de un interés general suficien-

17. *Rec. TEDH 1997, VII.*

18. *Req. n° 39.971.*

19. *Revue française de droit administratif* 2000, p. 289, nota MATHIEU, B.; *J.C.P.* 2000.1.203, nota SUDRE, F.; *Petites Affiches* 8 juin 2000, n° 114, p. 21, nota BOUJEKA, A.; *Gazette du Palais* 21-23 mai 2000, p. 35, nota PETITI, C.

20. Decisión n° 93-352 DC de 13 de enero de 1994, *Rec. Cons. const.* 1994, p. 21; *Revista francesa de derecho constitucional* 1994 n° 19, p. 545, nota GAÏA, P.; *Petites Affiches* 29 de marzo de 1995, p. 7, nota MATHIEU, B.

te, en las circunstancias del litigio, para que sea rechazada la aplicación rigurosa del artículo 6-1 del Convenio de Roma²¹.

En otro asunto (CE 28 de julio de 2000, *Tête*)²², el mismo Consejo de Estado descartó por la primera vez una ley de validación de un decreto gubernamental por lo cual se había aprobado las tarifas de peaje de una autopista urbana.

La sentencia dictada el 13 de julio de 2001, en un asunto *Ministre de la Défense c. Préaud*²³ constituye un paso adelante en la misma dirección: el juez administrativo francés se ha referido al derecho de propiedad garantizado por el Protocolo adicional 1 del Convenio de Roma para dejar por un lado una ley de validación aprobada precisamente para neutralizar una sentencia inicial del propio Consejo de Estado (a propósito del pago de complementos de sueldo a funcionarios militares).

Por su parte, los tribunales administrativos y las cortes administrativas de apelación adoptan la misma interpretación²⁴.

En cuanto a la Corte de Casación, juez supremo en el orden judicial, las sentencias más significativas podrían ser las de 20 de junio de 2000, dictadas por la Primera Sala Civil en los asuntos *Banque Crédit Lyonnais et M. et Mme Lecarpentier*²⁵. Sin embargo, la Corte ha preferido identificar, en base a la ley de validación de un acto privado (a propósito de contratos de préstamo concluidos entre los bancos y los particulares se cuestionaba la ausencia de las tablas de amortiguación y de los intereses correspondientes), un interés general suficiente para justificar la intervención del legislador y la modificación retroactiva de las reglas de referencia. Agrega la jurisdicción suprema que el legislador, en el ejercicio de su función normativa, había entendido limitar *pro futuro* el alcance de una interpretación jurisprudencial y no solucionar un litigio en el cual el Estado hubiera sido parte. Además de eso, los consumidores interesados, beneficiarios de préstamos de dudosa legalidad, no podían invocar sus esperanzas legítimas a no pagar los intereses debidos. Por fin, el carácter retroactivo de la ley era admisible, tratándose de una materia civil.

Tal es la problemática actual de las validaciones legislativas. En el sistema jurídico francés, no son pocas ni de escaso interés las cuestiones planteadas a través de esta temática. Se verifican en ella los rasgos de identidad de un sistema de fuentes del derecho, en particular una cierta debilitación de la ley no en su posición central respecto del reglamento, sino en sus relaciones con la Constitución y con el derecho internacional de carácter *convencional*. En el sistema español, el problema no ha sido todavía planteado en todas sus dimensiones.

21. Rec. CE, p. 464, conclusiones TOUVET, L.; *Revue française de droit administratif*, 1998, p. 160, concl. TOUVET, L.; *Actualité juridique Droit administratif* 1998, p. 97, nota GIRARDOT, T.X. y RAYNAUD, F.; y las conclusiones de Mme BERGÉAL sobre el asunto *Mme Lambert* in *Actualité juridique-Droit administratif* 1998, p. 149.

22. *Revue française de droit administratif* 2001, p. 121, concl. Savoie; *AJDA* 2000, p. 796, nota GUYOMAR, M. y COLLIN, P.

23. Req. n° 219.312.

24. CAA Nantes 30 dic. 1999, *Ministre de la Justice c. Jalabert*, *Actualité juridique. Droit administratif* 2000, p. 646, concl. E. COENT-BOCHARD; CAA París 15 jun. 2000, *Ministre de l'Équipement, des Transports et du Logement c. SA Cise et Erimo*, *Revue française de droit administratif* 2001, p. 214; *Revue de jurisprudence fiscale* 2001, n° 86, p. 262, concl. J.Y. BARBILLON; CAA Marseille 19 jul. 1999, *Colombeau*, *Revue française de droit administratif* 2001, p. 488, concl. J. Chr. DUCHON-DORIS.

25. *Revue française de droit administratif* 2000, p. 1139, concl. SAINTE-ROSE, J., nota MATHIEU, B.; *Petites Affiches* 5 de marzo de 2001, p. 12, nota THIOYE, M.

Parece diseñarse en ambos países un marco más equilibrado en el derecho público entre las exigencias del control objetivo de la legalidad de los actos administrativos y los requisitos de una protección eficaz de los derechos subjetivos de los administrados.

Debería evitarse así una posible guerra de los poderes: se comprueba con la sentencia de 13 de julio de 2001 que el Consejo de Estado francés sabe servirse del Convenio europeo de derechos humanos para recuperar una solución jurisprudencial que el legislador había pensado neutralizar al validar el acto cuestionado.

De lo anterior se desprende fácilmente que el derecho internacional *convencional* puede ser un arma particularmente eficaz entre los manos del juez ordinario.

§ 75. LAS RENUNCIAS, LAS DISPENSAS Y LAS EXENCIONES

Juan de Stefano

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. LAS RENUNCIAS Y LAS DISPENSAS

1) Es principio general que las autoridades administrativas no pueden renunciar a los propios derechos. Sin embargo, en los casos contemplados por la ley, casos limitados, una vez que se cumplan los requisitos y los supuestos en ella indicados, el órgano puede renunciar total o parcialmente a determinadas contribuciones, de modo particular a recaudar multas, tasas, condonar sanciones. Los ciudadanos tienen la obligación de pagar las multas o tasas, los impuestos, y para la administración existe el deber o derecho de cobrar los importes respectivos. Sin embargo, en los casos previstos por la ley, un Ministerio, una Gobernación, un Concejo Municipal pueden renunciar al ejercicio del propio derecho, cuando a juicio de sus funcionarios no se cree estrictamente necesario, en el interés de la propia administración, realizar tal derecho.

Hay unos actos administrativos de particular interés: las *dispensas*. En el significado común la dispensa es un acto que libera al ciudadano de cumplir una obligación positiva, por ejemplo, dispensa del servicio militar, del pago de sendas contribuciones. En tales casos el proveimiento asume el significado de dispensa para los sujetos favorecidos y, a la vez, se presenta como una renuncia a un propio derecho por parte del Ente público. Según esta corriente (Zanobini), la dispensa que exime a determinadas personas del pago de una multa, una tasa, de la prestación de una actividad o servicio, implica una renuncia de la misma administración al ejercicio de un propio derecho.

Sin embargo, resultan procedentes las observaciones de Pietro Bodda (*La dispensa administrativa*, Novissimo Digesto Italiano, Tomo V, p. 1128 y ss., 1960) en el sentido de que dispensa y renuncia parecen similares pero no son idénticas.

Cuando un Ente público expide dispensas, no tiene por fin el de dejar de ejercer un derecho propio; él quiere cuidar el particular interés público en el caso concreto, de modo que el ordenamiento jurídico dicte al individuo una especial regla de derecho, la cual, la mayoría de las veces, amplía la esfera jurídica del particular, a veces implica la posibilidad de recibir sendos actos, sin cumplir todos los requisitos o las formalidades que comúnmente se exigen; otras veces, vuelve lícito un acto que en caso contrario sería ilícito. Estos cambios no son el resultado de una renuncia por parte de la Entidad pública, sino la falta de aplicación a los varios casos de las respectivas normas jurídicas.

La diferencia entre los dos proveimientos consiste en que la renuncia es un acto extintivo del cumplimiento por parte del sujeto renunciante, sin que con esto se enfoque la posición particular del sujeto en favor del cual se renuncia; lo que está requerido, al contrario, en el acto de dispensa. En la renuncia falta el efecto típico de la dispensa, es decir, la norma general no califica jurídicamente el caso particular para el cual se otorga la dispensa.

La dispensa puede significar aun la sustracción de una persona de un impedimento, puesto por una ley prohibitiva de carácter general, por ejemplo, las dispensas de algunos impedimentos matrimoniales. Hay dispensas tanto en el matrimonio religioso, como en el civil. El juez dispensa a una determinada persona de un impedimento puesto de modo absoluto, por lo que le da facultad para ejercer un negocio jurídico para el cual, de modo general, existe un impedimento.

Pietro Bodda, quien estudió *ex novo* la dispensa administrativa en su obra homónima de 1943, señala que se tiene tal dispensa, cuando el legislador establece que la Administración Pública puede no aplicar la norma positiva, en virtud de dados aspectos y circunstancias en que viene a encontrarse una determinada situación, por lo que el otro sujeto resulta fuera de la reglamentación dispuesta en vía general por el ordenamiento jurídico.

II. DISTINCIÓN ENTRE DISPENSA Y EXENCIÓN

2) No se debe confundir la *dispensa* con la *exención* prevista por la misma ley, por cuanto en este caso es la norma que por su misma disposición no tiene aplicación. En la dispensa el órgano administrativo interviene para decidir discrecionalmente, si aplica o no la norma en un caso dado. De ordinario, cuando se atribuye a un sujeto público una potestad de dispensa, la ley determina los supuestos de hecho y/o de derecho, cuya existencia hace posible que la dispensa se expida de modo legítimo; por consiguiente, la discrecionalidad que en cada caso ejerce la autoridad administrativa puede ser más o menos amplia.

De aceptar tal distinción entre *dispensa* y *exención*, se infiere que en los casos de exención es la misma norma que de modo general, mediante reglas propias, señala las situaciones o relaciones jurídicas en las cuales ella no tendrá aplicación.

III. EJEMPLO DE EXENCIÓN EN LA LEY DE IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES DEL 05-10-1999 Y EN LAS LEYES DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA DEL 22-12-1999, DEL 13-11-2001 Y DEL 28-12-2001

3) En virtud de los conceptos expuestos, *ejemplos de exención* se encuentran en la Ley de Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones del 5 de octubre de 1999, en las tres situaciones previstas por el artículo 8: 1) en favor de los entes públicos territoriales; 2) la cuota que corresponde a los ascendientes, descendientes, cónyuge y padres e hijos por adopción, cuando no excedan de 75 unidades tributarias; 3) las entidades públicas no territoriales que ejerzan actividades de beneficencia y de asistencia o protección social, siempre que destinen los bienes recibidos, o su producto, al cumplimiento de esos fines. Por lo tanto, en tales casos los Entes públicos y los sujetos privados están exentos del pago del impuesto de sucesión.

En materia de Donaciones el artículo 66 contempla la respectiva exención de pago en los casos señalados en los ordinales 1 y 3 del artículo 8, arriba señalado; además, se tipifican las cuatro situaciones jurídicas que se transcriben: 1) las donaciones de bienes

cuyo valor no excede 25 U.T.; 2) las rentas periódicas constituidas para cumplir obligaciones de pensión y alimentos en favor del cónyuge, o de los descendientes o ascendientes legítimos, naturales o adoptivos; 3) los fondos de ahorro constituidos en bancos y otros institutos de crédito en beneficio de los hijos menores de edad del donante y hasta un máximo de 250 U.T. por cada beneficiario; 4) las primas pagadas en contrato de seguro mediante pólizas en beneficio de los hijos menores del donante, hasta 375 U.T., y los capitales o valores de rescate de esas pólizas.

Las tres leyes de Impuesto sobre la Renta emanadas por: 1) Decreto N° 307 del 12-9-1999 y publicado en la *G.O.* N° 5390 Extraordinaria del 22-10-1999; 2) Decreto N° 1544 del 9-11-2001 y publicado en la *G.O.* N° 5557 Extraordinaria del 13-11-2001; 3) Ley N° 71 expedida por la Asamblea Nacional el 28-12-2001 y publicada en la *G.O.* N° 5566 Extraordinaria del 28-12-2001, en el respectivo artículo 14 señalan catorce exenciones de pago del impuesto sobre la renta. De las mismas se indican las que se consideran más importantes y significativas: 1) las entidades venezolanas de carácter público, el Banco Central de Venezuela y el Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela, así como los demás institutos autónomos que determina la ley; 2) los agentes y demás funcionarios diplomáticos extranjeros y consulares acreditados en la República, por las remuneraciones que reciban de su Gobierno; 3) las instituciones benéficas y de asistencia social previo el cumplimiento de los requisitos allí indicados; 4) los trabajadores o sus beneficiarios, por las indemnizaciones que reciban conforme a la ley, a los contratos de trabajo, por los fondos de retiro y de pensiones, por los intereses de los fideicomisos constituidos conforme a la ley del trabajo; 5) los asegurados y sus beneficiarios por las indemnizaciones que reciban por concepto de retiro, jubilación o invalidez; 7) los donatarios, herederos y legatarios, por las donaciones, herencias y legados que perciban; 9) las personas naturales por los enriquecimientos provenientes de los intereses causados por depósitos a plazo fijo, cédulas hipotecarias, certificados de ahorro previstos en la Ley General de Bancos y demás instituciones financieras, así como las rentas que obtengan por inversiones de fondos mutuales o de inversión de oferta pública; 10) las instituciones dedicadas a actividades religiosas, artísticas, científicas, de conservación y mejoramiento del ambiente, culturales y deportivas, que llenen los requisitos allí previstos; 13) los enriquecimientos provenientes de los bonos de la deuda pública nacional y de otro título valor emitido por la República; 14) los estudiantes becados por las cantidades que reciban para cubrir sus gastos de manutención, de estudios o de formación.

Se pueden incluir en las *exenciones* las situaciones previstas: 1) en el artículo 62 de los 2 Decretos y la Ley de Impuesto sobre la Renta, antes señalados: “Las personas naturales residentes en el país gozarán de una rebaja de impuesto de 10 unidades tributarias anuales. Además, si ellas tienen personas a su cargo, gozarán de las rebajas de impuestos siguientes: 10 UT por el cónyuge no separado de bienes; 2) 10 UT por cada ascendiente o descendiente directos, residentes en el país; 2) las cuatros situaciones contempladas en el precedente artículo 60 *ejusdem*, aunque para ellas el legislador reserva el término de *desgravámenes*.”

Cabe también en las *exenciones* las categorías de bienes, para los cuales la Ley de Impuesto sobre Sucesiones, antes mencionada, prescribe en su artículo 10 que, a los fines de la liquidación del impuesto, el valor de tales bienes no se incluirá en la herencia. Hay que advertir, sin embargo, que el legislador reserva para las respectivas operaciones el término de *desgravámenes*. A título de ejemplo se considera por su frecuente aplicación la 1° categoría de bienes: “La vivienda que haya servido de asiento permanente al hogar del causante y se transmite con este fin a los ascendientes, descendientes, cónyuge, padres e hijos adoptivos”.

En derecho comparado son muchos los Estados, que en sus leyes sobre educación pública eximen del pago de las tasas escolásticas a los muchachos y jóvenes de escasos recursos económicos, o pertenecientes a familias numerosas.

IV. EJEMPLOS DE DISPENSA EN LA CITADA LEY DE IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES

4) La citada Ley de Impuesto sobre Sucesiones, Donaciones y demás ramos conexos, presenta casos de dispensa en el artículo 9. De los seis casos enunciados, todos importantes y útiles, se consideran tres: El Ejecutivo Nacional podrá exonerar del impuesto a: 1) las entidades y establecimientos públicos, cuyo objeto sea de carácter científico, docente, artístico, cultural, deportivo, recreacional o de índole similar; 2) los establecimientos privados sin fines de lucro, que se dediquen a realizar actos benéficos, asistenciales, de protección social, o de culto religioso, o a las actividades referidas en el ordinal anterior; 3) las fundaciones instituidas por testamento, cuando se dediquen a los fines previstos en los numerales 1 y 2 de este artículo.

V. DISTINCIÓN ENTRE DISPENSA Y AUTORIZACIÓN

5) La distinción entre dispensa y autorización para que no se cumpla un deber, para Zanobini y Vitta es más bien formal. Zanobini sostiene que no es necesario considerar la dispensa como un acto autónomo, con validez propia. Bodda (obra citada), Sandulli (*Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1964) sostienen que la dispensa no puede asimilarse a la autorización, por cuanto tiene una individualidad propia. Ranelletti (*Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milano, 1945, pág. 26) se adhiere a dicha doctrina y dice: “La dispensa se distingue de la autorización, por cuanto ésta permite que una persona desarrolle una actividad o ejerza un derecho, y a tal fin remueve el límite que la ley para la tutela del interés público ha puesto, para el ejercicio de tal actividad por parte del interesado. La dispensa exime, al contrario, al individuo del cumplimiento de una obligación, o de la observancia de una prescripción que la ley ha puesto en general y de modo absoluto, o sea, ella es una excepción a una regla de derecho”. Sandulli anota: “Las dispensas se diferencian de las autorizaciones por cuanto, mientras éstas últimas suponen en el sujeto interesado una esfera de acción institucionalmente libre (por tanto, una posición de preexistente derecho subjetivo), aunque condicionada, las primeras suponen una esfera institucionalmente impedida, prohibida al sujeto interesado. Sin embargo, el ordenamiento admite que la autoridad consienta por vía derogatoria que la acción, la actividad, o el negocio jurídico se cumpla (por ejemplo, licencias edilicias por derogación, que consisten en la dispensa para una construcción particular del cumplimiento de las disposiciones sobre edificaciones urbanas”.

Pietro Bodda aprecia y evidencia entre autorización y dispensa varios elementos de distinción: a) la actividad que contempla la autorización no está propiamente prohibida por la ley al particular, sino simplemente condicionada a una apreciación positiva y discrecional de la autoridad administrativa. En la dispensa existe, a veces, una verdadera y propia prohibición legislativa de actuar en determinado modo. En otras palabras, el individuo que recibe la autorización obtiene por ley una situación jurídica por ella crea-

da *a priori*, y sólo necesita la autorización para hacerla efectiva. En la dispensa cada actividad le está vedada al particular; con la dispensa se le crea al individuo un derecho subjetivo o un interés legítimo; b) la noción de autorización parece que no se puede utilizar en los casos de actos administrativos que dispensan a determinadas personas de obligaciones positivas, por ejemplo, el pago de multas, tasas, impuestos. Tanto es así que algún escritor (ya se ha visto) piensa que en tales casos se trata más bien de renuncias por parte de la administración. De todos modos, precisa recordar que las dispensas producen el efecto de quitar al particular la obligación de la prestación de dar o hacer; c) la autorización reviste carácter de normalidad, por cuanto la ley misma prevé la verificación de los supuestos y condiciones necesarios, para quitar obstáculos al ejercicio del derecho perteneciente al individuo. En la dispensa la disposición en favor del particular asume carácter excepcional, por cuanto ella debe consentir una falta de aplicación de la norma jurídica”.

Es preciso observar que en muchas oportunidades la ley relaciona la dispensa con la presencia de circunstancias personales o familiares, tal como acontece para contraer matrimonio.

Massimo Severo Giannini se adhiere a las distinciones y consideraciones de los autores citados (*Diritto Amministrativo*, Vol. II, págs. 1101 a 1104). Presenta particular interés el ejemplo que él señala sobre la disciplina de las armas, la cual se verifica también en la legislación venezolana.

VI. EL JURISTA H. FRÁGOLA SOSTIENE QUE LA DISPENSA NO SE DEBE CONFUNDIR CON LA CONCESIÓN, NI CON LA AUTORIZACIÓN. ÉL TOMA POR EJEMPLO LA APERTURA DE UNA CASA PARA JUEGO DE AZAR, Y DEMUESTRA QUE EL PROVEIMIENTO PERTINENTE ES LA DISPENSA

6) Humberto Frágola sostiene, de su parte, que la dispensa es un acto con carácter discrecional que no debe confundirse con la concesión, ni con la autorización. “Se trata de una figura autónoma de acto administrativo, que confiere una determinada capacidad al sujeto y convierte en lícita una actividad, la cual antes de la dispensa le estaba prohibida, o bien extingue la obligación por parte del particular de dar o hacer algo en favor de la administración pública.

Sin embargo, la dispensa se presta a discusiones, por cuanto a menudo viene confundida con otros actos administrativos: No sólo en la práctica de las oficinas, sino también en algunas sentencias, determinados proveimientos se definen de modo impropio. También en algunos actos legislativos el redactor no se preocupa de la exacta calificación o definición de las figuras jurídicas. Estos son inconvenientes que pueden dar lugar a cuestiones, si no se recurre al *error legislativo* (el cual está admitido), o si la interpretación de las normas la hacen personas inexpertas en derecho administrativo.

Frágola expone un ejemplo con la autorización para abrir una casa de juego de azar. Él se pregunta: ¿cuál es la naturaleza de un acto administrativo de tal categoría? ¿qué es su causa jurídica? Y explica: no puede hablarse de concesión, aún cuando las leyes, a veces, usan indistintamente los términos de concesión y autorización.

De aceptarse la conocida teoría formulada por Oreste Raneletti, los autores están de acuerdo sobre dos posiciones: a) la concesión atribuye al particular un derecho, una potestad, una actividad, que es propio de la administración concedente; b) la autoriza-

ción supone el derecho subjetivo preexistente en el particular que lo solicita, y el acto permisivo remueve los impedimentos para su libre ejercicio, puestos por la ley para tutelar el interés público.

Ahora bien, si la norma jurídica considera inmoral el juego de azar, la actividad relativa no puede ser atribuida a la Administración Pública, y por no ser titular de ella (está considerada de inmoral por la norma), el organismo no puede concederla. En efecto, el ente público no puede conceder lo que a él no pertenece. Por lo tanto, se afirma algo inexacto, cuando se habla de concesión para la apertura de un casino.

Tampoco se puede hablar de autorización o licencia por parte de la policía o de la administración. La actividad comercial es un derecho que la Constitución garantiza y como tal es preexistente, pero es obvio que el derecho tiene por objeto una actividad mercantil lícita y no ilícita o inmoral. Para el ejercicio de una actividad inmoral no existe ningún derecho subjetivo, al contrario, existe la prohibición en el Código Penal para que se ejerza una actividad ilegal (Arts. 552 a 535 Código Penal). Por faltar un derecho preexistente a favor del sujeto que quiere desarrollar una actividad, la cual está prohibida hasta por la norma penal, no se puede hablar de autorización.

Dicho jurista concluye: “La figura jurídica de la dispensa en la teoría de los actos administrativos puede ser aplicada útilmente a la presente facticidad. En efecto, si es cierto que la dispensa es el proveimiento mediante el cual se remueve una obligación negativa de no hacer, y se elimina una prohibición puesta por el legislador o por la misma administración, se infiere que se puede configurar precisamente como una *dispensa* el proveimiento con el cual se consiente, mejor dicho, se tolera la apertura de una casa para juego de azar”.

VII. PERTENENCIA AL ESTADO DE LAS ARMAS DE GUERRA, SEGÚN EL ART. 133 -CONSTITUCIÓN DE 1961, Y SEGÚN EL ART. 324-CONSTITUCIÓN 1999. LAS PENAS EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE POR LA TRANSGRESIÓN EN MATERIA DE ARMAS (ARTS. 273, 275, 277 Y 279)

7) La Constitución de 1961 en el artículo 133 reserva exclusivamente al Estado la propiedad de las armas de guerra, por lo cual... “todas las que existan, se fabriquen o se introduzcan en el país, pasarán a ser de propiedad de la República, sin indemnización, ni proceso”.

La vigente Constitución de 1999 ratifica esta disposición en el artículo 324, que se transcribe: “Sólo el Estado puede poseer y usar armas de guerra. Todas las que existan, se fabriquen o introduzcan en el país, pasarán a ser propiedad de la república, sin indemnización, ni proceso. La Fuerza Armada Nacional será la institución competente para reglamentar y controlar, de acuerdo con la ley respectiva, la fabricación, importación, exportación, almacenamiento, tránsito, registro, control, inspección, comercio, posesión y uso de otras armas municiones y explosivos”.

Es necesario, hacer constar que el actual Código Penal del 20 de octubre de 2000 considera en el Art. 273 delito la introducción, fabricación, comercio, posesión y porte de armas, que se efectúen en contravención del presente Código y de la Ley sobre Armas y Explosivos. El Art. 275 aplica la pena de prisión de 5 a 8 años, a los que realizan la actividad señalada por la presente disposición del Art. 273. Se sanciona también con la prisión de 5 a 8 años, si el comercio, la importación, la fabricación y el suministro de

las demás armas que, aunque no fueren de guerra, resulten prohibidas por la Ley sobre Armas y Explosivos (Art. 277). En los casos previstos en las disposiciones anteriores, las armas en objeto se confiscarán (Art. 279).

VIII. LA LEY SOBRE ARMAS Y EXPLOSIVOS DE 1939 Y LOS CASOS DE EXENCIÓN Y DISPENSA EN EL USO DE LAS ARMAS POR PARTE DE LOS MILITARES, POLICÍAS Y CIVILES

8) La Ley sobre Armas y Explosivos de 1939 reglamenta la anterior disposición del Art. 324 de la vigente Constitución de 1999, la cual se encuentra también en las Constituciones anteriores de 1936 (Art. 15, ord. 8) y de 1947 (Art. 98).

Aparte de especificar las armas de guerra, esta ley declara aun armas de prohibida importación, fabricación, comercio, porte y detentación las escopetas de uno o más cañones rayados, los revólveres y pistolas de todas clases y calibre y los rifles de cacería de cañón rayado y de largo alcance, de calibre 22 o 25 milímetros en adelante, y las municiones respectivas.

La misma ley señala (Art. 22) la *exención* en favor de los militares en servicio, inclusive los de la Guardia Nacional, de policía y demás cuerpos de seguridad, los empleados de inspectorías y fiscalías de Rentas Nacionales. Dichos militares y empleados portarán y usarán las armas que indiquen los reglamentos respectivos.

El principio de estricta observancia es el de no llevar consigo armas de fuego, tal como atestiguan las normas penales y las que contiene la Ley sobre Armas y Explosivos.

Es indudable que hay, sin embargo, personas expuestas más que otras a riesgos, por ejemplo, los que transportan dinero, joyas, documentos reservados, o bien la naturaleza de un trabajo les obliga a estar en zonas periféricas, donde la seguridad pública resulta precaria. Con relación a este tipo de casos, dicha ley contempla (Arts. 23 y 24) que el Ejecutivo derogue la prohibición de carácter general, absoluto y permita, que tales personas vayan armadas para su legítima defensa, o en defensa del orden público. Ahora bien, en virtud de los conceptos expuestos, el proveimiento que deroga la prohibición y admite el porte de armas de fuego constituye precisamente una *dispensa*.

No se puede omitir la iniciativa de la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, que el 6 de febrero de 2001 con la Ley N° 21 aprobó la Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico ilícito de armas de fuego, municiones, explosivos y otros minerales relacionados. Esta ley fue promulgada y publicada por el Poder Ejecutivo en la *Gaceta Oficial* N° 37217 del 12 de junio de 2001.

Con la Constitución de 1961, lo referente al control de la importación, fabricación, instalación, tenencia de porte de armas y municiones no consideradas armas de guerra, lo ejercía la Dirección Nacional de Armas y Explosivos del Ministerio de Interior y Justicia. En lo sucesivo, con Resolución N° 5761/N° 6756 de los Ministerios del Interior y Justicia y de la Defensa, publicada en la *G.O.*, N° del 5 de junio de 2000, de modo consecuente el primer Ministerio transfiere al Segundo todas las funciones, equipos y presupuesto asignado en el presente ejercicio fiscal, con la finalidad que el Ministerio de la Defensa cumpla el precepto contenido en el Art. 324 - Constitución de 1999, antes transcrito.

IX. LAS AUTORIZACIONES EN SUS TIPOS DE LICENCIA Y PERMISO EN LA LEY DE CAZA Y EN LA LEY DE PESCA Y ACUICULTURA DEL DERECHO VENEZOLANO: 1) LA LEY DE CAZA DEL 15-08-1944 Y LA LEY DE PROTECCIÓN A LA FAUNA SILVESTRE DE AGOSTO DE 1970

9) Las autorizaciones en sus tipos de licencia y permiso en la Ley de Caza y en la Ley de Pesca y Agricultura del derecho venezolano. 1) La Ley de Caza del 15 de agosto de 1944, de admitirse a favor de los ciudadanos el derecho de cazar, con las obligaciones de acatar sendos términos y condiciones, dispone en el artículo 12 que el Ministerio de Agricultura y Cría puede otorgar licencia para cazar a los ciudadanos que cumplan los requisitos de los artículos 8 y 9 sobre el empadronamiento de las armas y del Art. 10 sobre las cuatro clases de personas, a las que no pueden pertenecer.

Durante la Presidencia de Rafael Caldera, en la *G.O.* N° 29289 del 11 de agosto de 1970, se publica la Ley Protección de la Fauna Silvestre, que el Congreso había mencionado el 22 de julio de 1970. Esta Ley deroga la Ley de Caza de 1944 y disciplina *ex novo* el entero sector del aprovechamiento racional de la fauna silvestre y de sus productos, y el ejercicio de la caza. La forma exhaustiva con la cual expone y explica los distintos capítulos y temas respectivos, demuestra la funcionalidad de la presente Ley. En nuestra exposición nos limitamos a las *licencias de caza*, las cuales por el Art. 61 se clasifican en: a) licencias para cazar con fines deportivos; b) licencias para cazar con fines comerciales; c) licencias para cazar con fines científicos; d) licencias para caza con fines de control de animales, perjudiciales. No se puede omitir la norma del Art. 60: “Las licencias para el ejercicio de la caza, sea cual fuere su tipo, en ningún caso podrán expedirse por un lapso mayor de un año, a partir de la fecha de expedición”.

También esta ley, al requerir la licencia, según el tipo de caza que se quiere ejercer, ratifica el principio que reconoce a los ciudadanos el derecho de cazar, sin embargo, para su ejercicio es necesario solicitar a la autoridad competente la autorización pertinente y, por cuanto tal ejercicio se realiza por medio de una actividad, el proveimiento jurídico asume la acepción de *licencia o permiso*.

En atención a que dicha Ley de Protección a la Fauna Silvestre faculta al Ejecutivo Nacional, para que expida por el Ministerio competente “la Resolución de carácter general”, la cual actualice las situaciones y relaciones que las nuevas exigencias y circunstancias requieran; el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales emanó el 17-9-2001 la “Resolución N° 98 publicada en la *G.O.* N° 37286 el 19 de los mismos. Dicha Resolución dispone que el ejercicio de la Cacería Deportiva se regirá por las disposiciones que en ella se indican y por las especificaciones, que en ella se señalan. El texto de esta Resolución, al cual se reenvía, es un ejemplo que demuestra la experiencia jurídica y los conocimientos técnicos, por los cuales se disciplina todo lo referente a la cacería deportiva.

2) La Ley de Pesca, publicada en la *G.O.* de fecha 6-10-1944 con N° 21529, estatuye en el Art. 13 que se requiere el permiso del Ministerio de Agricultura y Cría, para pescar con fines comerciales, científicos y deportivos. Ella contempla, además, un caso de *exención*, cuando en el Art. 14 exceptúa de permiso la pesca para consumo doméstico.

En la *G.O.* N° 37323 del 13-11-2001 se publica el Decreto N° 1524 de fecha 3 de noviembre con fuerza de Ley de Pesca y Acuicultura, el cual deroga la Ley de Pesca del octubre de 1944, y entra en vigor el 28 de noviembre de 2001.

La presente Ley de Pesca y Acuicultura es amplia y exhaustiva en cada una de sus partes y sectores: 1º) de acuerdo con su finalidad (Art. 10), la pesca se clasifica de: a) subsistencia; b) comercial, que puede ser artesanal e industrial; c) científica o de fomento; d) deportiva; 2º) en virtud del Art. 11 la acuicultura se clasifica de acuerdo a su finalidad: a) de subsistencia; b) comercial, la cual puede ser rural o artesanal, e industrial, complementaria, turística-recreativa.

Se ha creado el Instituto Nacional de la Pesca y Acuicultura, que es un Instituto Autónomo con sede en el Estado Vargas y establecerá direcciones en las principales regiones pesqueras y de acuicultura. El Título V trata de las *autorizaciones* para ejercer las actividades de Pesca, Acuicultura o conexas. Conforme al Art. 45, toda persona natural o jurídica que desee dedicarse a la pesca, a la acuicultura, o a las que fueren conexas, deberá obtener la autorización pertinente, que expide el Instituto Nacional de la Pesca y Acuicultura. De acuerdo con el Art. 46, las autorizaciones expedidas por dicho Instituto son: 1) licencia de Pesca artesanal e industrial; 2) Concesiones otorgadas para actividades de pesca artesanal o de acuicultura en terrenos baldíos, ejidos o en cuerpos de aguas nacionales y jurisdiccionales; 3) Permisos otorgados a personas naturales o jurídicas para: a) pesca comercial; b) pesca deportiva; c) acuicultura; d) actividad didáctica o científica de pesca; 4) Aprobaciones sobre construcción, modificación de buques pesqueros, mayores de 50 unidades de arqueo bruto, en astilleros nacionales o internacionales; 5) Certificaciones: para realizar cualquier otra actividad derivada de pesca y acuicultura, que requiera ser autorizada por el Instituto Nacional de Pesca y Acuicultura.

Esta Ley de Pesca y Acuicultura, de la cual se han tocado sólo las relaciones que se establecen entre la Administración Pública y los sujetos naturales y jurídicos, interesados en las actividades de pesca y acuicultura, ha sido objeto de recurso por inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo de Justicia, por el modo no correcto y ecuánime como se han interpretado y aplicado varios de sus preceptos.

BIBLIOGRAFÍA

BODDA, Pietro, *La dispensa amministrativa*, Milano 1943. BODDA, Pietro, *La dispensa amministrativa*, "Novissimo Digesto Italiano", Tomo V, Torino 1960, p. 1128 y ss.

ZANOBINI, Guido, *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano 1947, p. 203. VITTA, Cino, *Diritto Amministrativo*, Torino 1948, pp. 314 y 339. RANELLETTI, Oreste, *Teoria degli atti amministrativi specili*, Milano 1945, p. 26. SANDULLI, Aldo M., *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli 1964, p. 343. GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo*, Vol. II, Milano 1970, pp. 1101 a 1104. FRÁGOLA, Umberto, *Gli atti amministrativi*, Napoli 1964, pp. 123 y 124.

§ 76. CONSIDERACIONES SOBRE LA CADUCIDAD COMO MEDIO DE EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO*

Daniel Fernando Soria
Profesor de la Universidad Católica Argentina y
Universidad Austral

PRELIMINAR

No descubriría algo novedoso si me permitiera destacar el conjunto de méritos que aquilata la personalidad del profesor Allan R. Brewer-Carías. Pues, desde hace bastante tiempo ya, el insigne jurista venezolano se halla situado en la cima de la ciencia del derecho público de Hispanoamérica. De obra amplísima y variada, diálogo siempre ameno y aleccionador, su trayectoria académica me exime de cualquier comentario. Sólo he de expresar aquí el sincero honor que he sentido cuando fui invitado a participar en esta obra. Por ello, agradezco a la dirección de este libro, la oportunidad que me han brindado para adherirme a tan justificado homenaje.

I. INTRODUCCIÓN

a. Una primera aproximación al concepto de caducidad conduce a la consideración del paso del tiempo y la inactividad del interesado en el ejercicio de un derecho o interés, en beneficio propio o de terceros. Es una noción emparentada con la prescripción, que podríamos denominar *caducidad-decadencia*¹.

b. En general, la *caducidad-decadencia* está informada por la nota de automaticidad. Es perceptible que el fundamento para extinguir *ipso iure* la situación subjetiva o la actividad (el cese de efectos jurídicos del acto que las generó) radica en la inobservancia de un obrar (carga) fijado en el interés de quien experimenta la medida, por no llevarlo a cabo o por hacerlo tardía, parcial o defectuosamente. Ya veremos que ello marca una diferencia de grado², con otra especie de caducidad, que adquiere un contenido

* Texto basado en la ponencia presentada ante las *Jornadas sobre Acto Administrativo y Reglamento* organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, mayo de 2001.

1. Son conocidas las matizaciones que se hacen entre esta primera acepción de la caducidad y la prescripción: a) el carácter necesariamente legal de la prescripción frente al eventualmente convencional de la caducidad; b) la posibilidad de interrupción y suspensión de la prescripción frente a la indetenibilidad de la caducidad; c) la apreciación oficiosa de la caducidad frente a la necesidad de alegación de la prescripción, etc.

2. Decimos de grado porque, en último análisis, la caducidad-decadencia y la caducidad-sanción, son ambas sanciones *lato sensu* en el sentido de consecuencias jurídicas derivadas del acaecimiento obrar u omitir enunciado (incumplimiento de cargas o inejecución de obligaciones) por la norma. Ahora bien, en sentido estricto, la retirada del acto administrativo en que consiste la caducidad, como mal infligido por la Administración a un interesado o beneficiario por consecuencia de su conducta violatoria de deberes prefijados, reviste la connotación más propia-

sancionador³, sobre la cual el derecho administrativo -entre otras ramas⁴- ha transitado en abundancia, campo en el que posee tradicional arraigo⁵ y que ofrece una amplia como variada regulación⁶.

c. Tributaria de las más diversas coloraciones en las normas sectoriales, la caducidad a que nos referimos ahora da cuenta de un instrumento de supresión o cesación de determinadas situaciones subjetivas. Es una especie dentro del género de la extinción del acto, que suele estar consagrada de modo general en las Leyes de Procedimiento Administrativo. En el orden nacional se corresponde con el enunciado normativo del Art. 21 de la LPA.

d. Trataremos de exhibir los contornos de la figura, en sus líneas generales y a la luz del muestreo de diferentes entramados normativos especiales. Luego de lo cual estableceremos los requisitos de tipo general en función del citado del Art. 21. Haremos una previa delimitación del instituto, buscando aislarlo de otras formas del obrar administrativo, no sin dejar de advertir que el uso promiscuo de los términos que denotan los textos legislativos, poco contribuye para clarificar el perfil del instituto⁷.

mente sancionatoria. Es el tipo de caducidad-sanción por antonomasia. Lo que no obsta a reconocer la existencia de otros supuestos en donde la caducidad acaece como consecuencia de la pérdida de las condiciones objetivas vinculadas con la finalidad de interés público perseguida por la Administración para la subsistencia del bien jurídico otorgado o reconocido por el acto administrativo que ésta ha de extinguir.

3. Aspecto en el que coincide la doctrina nacional: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t II, Bs. As., 1975, p. 388; t° III-A, 561 pp. y ss.; id. "Permiso especial de uso de bienes del dominio público", Bs. As. 1996, pp. 43 y ss. FIORINI, B.A., *Derecho Administrativo*, Bs. As. 1976, t I, p. 585, recalca que es una sanción. En su opinión no es un medio extintivo específico de los contratos, sino que se aplica a "muchos actos policiales, especialmente permisos, habilitaciones, autorizaciones", (*ob. cit.*, p. 585). V., tb. HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Bs. As., 1985, pp. 426 y ss.; SPOTA, Alberto G., *La caducidad de la concesión de servicios públicos*, en JA 1946-III- pp. 780 y ss.; DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, 2ª ed. 1976, t II. P. 350; DROMI, José R., *Caducidad del acto administrativo*, en J.A. 1982-IV-745; BUJ MONTERO, Mónica, en Ferrando I. MARTÍNEZ, Patricia, *Manual de derecho administrativo*, Bs. As., 1998, p. 257. GORDILLO, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª ed., Bs. As., 1999, XIII-18, quien ubica a la caducidad dentro de las formas de extinción de los actos legítimos dispuesta por acto administrativo. CASSAGNE, Juan Carlos (*Derecho Administrativo*, t II, Bs. As. 1998, pp. 271-273 y ss.) sostiene que se trata de un medio de extinción autónomo, que opera en el ámbito de los contratos administrativos, en razón que extingue *relaciones* o *vínculos*, pero también fuera de los contratos, cuando tales relaciones surgen del acto unilateral, p.ej. caducidad de un beneficio de promoción industrial.

4. En el derecho privado, cabe recordar que el proyecto de Código Civil redactado por la Comisión Creada por el Decreto 685/95 contemplaba la caducidad de los derechos (art. 2506) tanto por *vencimiento de plazos* o como por *incumplimiento* de ciertos actos requeridos para el mantenimiento del derecho.

5. Baste remontarse a los contenidos de la Cuarta Reunión Nacional de Abogados Celebrada en Tucumán en 1936 (V., Jurisprudencia Argentina, t 61, Sec. Doctrina, ps. 91 y ss.) para conocer el estado de opinión de la época sobre la caducidad en los servicios públicos concedidos. La Comisión integrada por los doctores BIELSA, VILLEGAS BASAVILBASO, Rafael, COROMINAS SEGURA, Benjamín, GOTILLA, R., y OJEA, J. O., empleó el vocablo para referirse tanto a la sanción por incumplimiento del contratista, como para explicitar la extinción por motivos de interés o utilidad general. Tiempo después, VILLEGAS BASAVILBASO reconoció que el uso de la caducidad para explicar esta última modalidad extintiva había sido un error (V., *Derecho Administrativo*, vol. IV, p. 274, n° 35).

6. Aun cuando, vale recordarlo, no es una institución propia del derecho administrativo. La caducidad-sanción puede pactarse en los contratos privados. Y, además, está legislativamente contemplada para algunos de ellos, como v.gr. en el contrato de seguro (Ley n° 17.418, Arts. 36 y siguientes).

7. En efecto, lo que en alguna regulación se denomina caducidad, en otra, idéntica o básicamente análoga, puede ser calificado como *rescisión* o *resolución* (v.gr. Decreto PEN n° 436/00, Art. 157) *cancelación* (v.gr. Ley n° 23.661, art. 43 inc. c) *revocación* (Ley n° 24.241, Art. 152) *retiro* (v.gr. Ley n° 20.337, Art. 101 inc. 3), o, simplemente, se lo define como una *extinción*.

II. APORTES PARA LA DELIMITACIÓN DE LA FIGURA

Cabe ahora formular un esquema de distinción con otros institutos. Desbrozada la figura, señalaremos sus notas salientes como acto administrativo.

1. Esquema de distinción

A. Caducidad del acto administrativo y caducidad del procedimiento administrativo

Prevista en el Art. 1º inciso e) apartado 9 de la LPA, la caducidad procedimental conduce a la finalización de una tramitación administrativa -con archivo del expediente- por razón del estado de parálisis que ella evidencia, atribuible al interesado, una vez transcurrido un lapso previsto en la norma (noventa días) mediando previa notificación por el órgano responsable de las actuaciones. De esta suerte de perención administrativa se exceptúan, además de los expedientes de la previsión social, los que traten sobre asuntos en que se halle comprometido el interés público, o aquellos que deban continuar a criterio de la Administración por mediar una particular circunstancia que conlleve la necesidad de su persecución. Fuera de tales supuestos, el abandono por el interesado de las actuaciones administrativas permite a la autoridad declarar (de oficio) aquella finalización de los procedimientos. No se trata, pues, de una medida extintiva de posiciones jurídicas materiales (derechos o intereses) sino que afecta primordialmente al *status procedimental* de uno o más interesados (aunque ello puede repercutir en aquellas posiciones subjetivas). Es así como la caducidad del procedimiento no obsta que el interesado reinicie su petición incoando otro trámite. He aquí algunas de las claras diferencias que presenta con la caducidad del Art. 21 de la LPA. De un lado, ésta última incide sobre un acto administrativo y, del otro, ella denota la privación del ejercicio de derechos o intereses substanciales.

Con la caducidad-decadencia hallamos un punto diferencial trascendente en cuanto, como hemos dicho, la declaración prevista en el Art. 1º inciso e, apartado 9 de la LPA requiere del pronunciamiento expreso de la entidad pública, pues no opera automáticamente o de pleno derecho⁸.

B. Caducidad de la pretensión procesal administrativa

En buena parte de los procesos administrativos, la consecuencia jurídica de la imposición legal de un plazo fatal y perentorio para la interposición de cierto tipo de pretensiones (básicamente las impugnativas de actos y reglamentos), cuyo acaecimiento impide la admisión del proceso, es la caducidad. Su campo de aplicación concierne, pues, a los juicios que se planteen en esa materia. No consiste en una sanción extintiva de la vigencia de un acto administrativo impuesta por la Administración a causa de un incumplimiento o una infracción, sino en un motivo de inadmisión de la pretensión del litigante fundado en la inobservancia de un requisito de orden temporal. Tal, el régimen que en el orden nacional consagra la LPA en su Art. 25. Es perceptible la diferencia con la figura de la caducidad-sanción.

8. Cf., COMADIRA, Julio, *Derecho Administrativo*, Bs. As., 1996, p. 185.

C. Caducidad y condición resolutoria

Supuesta la legalidad de la introducción de cláusulas accesorias, condicionales o modales, a los actos o contratos administrativos, es claro que la condición resolutoria provoca la extinción de una situación jurídica subjetiva por el acaecimiento de dicho evento. Ahora bien, como se ha señalado⁹ la necesidad *de declaración expresa de la caducidad* marca una de las diferencias principales con la condición resolutoria (Art. 553, C.C.) en cuya virtud el acto originario puede extinguirse de pleno derecho o por la mera realización del evento condicionante. Ello, lógicamente, es aplicable a la figura de Art. 21 de la LPA, no así a la *caducidad decadencia*. Por otra parte, el supuesto generador de la caducidad está dado por el incumplimiento grave y esencial de obligaciones o prestaciones a cargo del particular. En tanto que la condición resolutoria implica subordinar la extinción del derecho nacido del acto o del contrato, no ya a un incumplimiento o a una pérdida de condiciones subjetivas, sino a un acontecimiento futuro e incierto (Art. 528, C.C.).

D. Caducidad y renuncia

Bien es cierto que la caducidad-decadencia, por la dejación que supone, se asimila a la renuncia tácita, a la voluntaria declinación del ejercicio del derecho. Mas, como la renuncia no se presume (Art. 874 C.C.) y, además, puede ser retractada (Art. 875, C.C.) parece impropio equiparar ambas figuras. Por otra parte, la renuncia de un derecho nada tiene que ver con el supuesto que regula el Art. 21 de la LPA.

E. Caducidad y revocación

Al examinar la extinción de las concesiones, Rafael Bielsa refería que entre la caducidad y la revocación existe una relación de especie a género, porque la primera es una extinción *fundada en el interés público*¹⁰. Así planteada, esta semejanza entre caducidad y revocación, pese a no ser infrecuente en el derecho administrativo¹¹, no encaja en el régimen de la LPA, en que se distingue entre revocación, como extinción del acto por motivos de oportunidad, mérito o conveniencia o por motivos de legalidad (Arts. 17 y 18, LPA) y la caducidad, sanción extintiva por incumplimiento -grave y de condiciones esenciales del acto- atribuible al interesado o beneficiario (Art. 21, LPA)¹². La revocación por inoportunidad se origina en la inexistencia actual de las razones de interés público que justificaron la sanción del acto y que justificarían la subsistencia de sus efectos. Se basa en la incompatibilidad del acto con las nuevas circunstancias valoradas

9. BOTASSI, Carlos, *Ley de procedimiento administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata 1988, p. 488.

10. BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, 5ª Ed., t II, 1955, pp. 298 y ss.

11. Cf., ALBI, F., *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Madrid 1960, p. 682.

12. En un pronunciamiento no muy distante (relativo a la habilitación de establecimientos comerciales) la SCBA sostuvo que la extinción o *revocación* de la habilitación configuraba un acto de la Administración policial de contenido represivo y, por ello, requería hallarse motivado, esto es expresar la razón que lleva a disponer el cese (causa B-50.333, *Nida S.A.C.I.F.I. contra Municipalidad de Quilmes*. Demanda contencioso administrativa” sentencia de 2-3-99). Más allá de compartir esa afirmación del deber de motivar los actos, lo notable es verificar cómo se confunde la revocación con la caducidad.

por la Administración¹³. Y la revocación por ilegitimidad (o anulación administrativa) actúa para extinguir un acto por los vicios de legalidad que lo afectaron al tiempo de su emisión.

Hay, pues, diferencias netas entre las figuras señaladas. Con todo, en algunas legislaciones sectoriales se utiliza el vocablo *revocación* para referirse a la caducidad-sanción.

F. Caducidad y anulación

La caducidad supone la existencia de un acto legítimo a extinguir. No se expide en vista de un acto inválido, pues allí la figura aplicable para retirarlo del orden jurídico es la revocación por ilegitimidad (Arts. 14, 17 y concs. LPA) o anulación administrativa (en la terminología del Decreto Ley 7647/70 de la Provincia de Buenos Aires, Arts. 113, 114 y concs.). Las situaciones jurídicas que emergen de un acto cuya caducidad se declara, tienen el respaldo de un acto-título perfecto o, al menos, regular. Supuesta la validez del acto que ha acordado o autorizado la actividad o el disfrute o ejercicio de los derechos, con la declaración de caducidad el órgano administrativo suprime esos efectos, porque el titular de tales bienes jurídicos ha incurrido en conductas (actuaciones u omisiones) disfuncionales.

Por lo demás, la caducidad priva de eficacia a un acto administrativo hacia el futuro¹⁴, no lo extingue retroactivamente.

G. Caducidad y retiro

En el sentido asignado al término por la Ley de procedimiento administrativo de Córdoba (Ley 5350, t.o. 1981 con sus reformas, Art. 103) el retiro es el modo de extinción de un acto (cualquiera sea su motivación) *antes de que adquiera eficacia* por medio de la publicación o notificación, según correspondiere. Obviamente, la diferencia con la caducidad es clara; ésta viene a tener cabida cuando el acto ha surtido -y surte- sus efectos. Y, como vimos también, esta modalidad supone la legitimidad del acto extinguido. Ahora bien, existen ciertos regímenes especiales en los que el vocablo *retiro* adquiere un significado que lo aproxima a la caducidad-sanción (v.gr. la Ley 20.337).

H. Caducidad y rescate

En las concesiones de servicios públicos era tradicional emplear la caducidad. A veces se la ha confundido con el rescate, pero se trata de dos modalidades distintas.

Entre nosotros, se ha calificado al rescate como el acto por el cual se dispone la reorganización de un servicio público, por razones de interés general, extinguiendo o suspendiendo la ejecución de un contrato de concesión u otro acto o contrato administrativo que otorgue la explotación de un servicio público a título no precario, antes del vencimiento de su plazo, asumiendo la Administración concedente la prestación de dicho

13. Cf. GALLEGU ANABITARTE, A. DE MARCOS, A., *Derecho Administrativo*, t I., Madrid 1989, p. 347.

14. SCBA, causa B-50.381, "Fryd A. D. c/Pcia. de Buenos Aires", sent. de 5-6-90.

servicio¹⁵. Con la caducidad son varios los aspectos que permiten distinguirlo. En primer lugar, no se restringe a los servicios públicos; expande su campo de aplicación a las autorizaciones, habilitaciones, licencias y permisos así como a otro tipo de concesiones (v.gr. de bienes del dominio público). En segundo lugar, el rescate carece de la connotación sancionatoria que posee la caducidad. En tercer lugar, en el rescate la Administración asume o reasume la actividad prestacional, cosa que no ocurre con el desempeño extinguido a causa de una declaración de caducidad.

I. Caducidad y rescisión o resolución

Distinguir la caducidad de la rescisión es un poco más complejo, porque los motivos de procedencia de ambas son, en varios supuestos, similares o equivalentes¹⁶ y, además, por cuanto, como bien se ha señalado aquélla forma parte del grupo de sanciones administrativas *rescisorias*¹⁷.

Lógicamente, una primera distinción a formular surge del campo de aplicación de ambas figuras, que es más amplio en la caducidad. Así, tratándose de un vínculo emergente de un acto administrativo (licencias, autorizaciones, permisos, etc.) y no de un contrato (por más que proyecte una cierta reciprocidad de consecuencias o genere obligaciones para la Administración y el destinatario directo del acto) sólo se aplica la caducidad y no la rescisión o resolución, que únicamente juega en el campo contractual. Ahora bien, la inversa no es siempre necesaria; si bien hay regulaciones de concesiones de servicios públicos que califican a la sanción por incumplimiento del prestatario como rescisión o resolución del contrato¹⁸ otras, en cambio, utilizan la figura de la caducidad¹⁹.

Podría aducirse, con Berçaitz²⁰, que -al menos en el campo de los contratos públicos- la rescisión opera por *hechos relativos al cocontratante* que no comportan una infracción de su parte (v.gr. la quiebra o el concurso, el fallecimiento o una inhabilidad sobreviniente) y que la caducidad viene a intervenir cuando hay *hechos imputables al cocontratante* (actos u omisiones violatorios de las obligaciones a su cargo). De todas formas este distingo no es contundente. Hay regímenes positivos en los que, bajo el *nomen iuris* de caducidad, se regula una forma de extinción fundada en la pérdida de las cualidades subjetivas del interesado o de las condiciones objetivas de interés público bajo las cuales fueron otorgados los actos autorizativos o concesionales, que prescindien de la comprobación de incumplimientos en que éste pudiera haber incurrido (v. *infra* Cap. 5).

15. Cf., PRITZ, OSVALDO, Ángel F., "El Rescate" en V.A. *Contratos Administrativos, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, Bs.As. 2000, pp. 243, 244.

16. Como se ha dicho en algún fallo, aun cuando recaiga sobre licencias administrativas la caducidad recuerda la resolución de los contratos en el derecho civil (Trib. Sup. Esp. sent. de 3-3-92, Ar. 1778).

17. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de Derecho Administrativo*, 5ª Ed., t II, Madrid 1998, p. 168.

18. V.gr., en el caso de las concesiones para la prestación del transporte ferroviario de pasajeros otorgadas al amparo del régimen de la Ley nº 23.696, Decretos nº 1105/89, 1143/91 y concs., V. Art. 41 inc. b) y 41.2 del Pliego de Bases y Condiciones Generales aprobado por Resolución M.E.y O.y S.P. nº 1456/91; o en el de las concesiones viales, Art. 56 del Pliego de Bases y Condiciones Generales en concordancia con el Título VII, Capítulo I, del Pliego de Condiciones Particulares, punto 2.

19. CASSAGNE, en la obra *El contrato administrativo* Bs. As. 1999, considera la incorporación a las concesiones de servicio público y de obra pública, de la caducidad como causal de extinción, constituye una "rémora de la teoría de los actos de autoridad" (*ob. cit.*, p. 102).

20. BERÇAITZ, Miguel A., *Teoría General de los Contratos Administrativos*, 2ª Ed., Bs. As., 1979, pp. 563 y ss.

J. La cuestión frente a otros modos de extinción de vínculos jurídicos

Existe cierto tipo de actos sancionatorios, que extinguen situaciones subjetivas a los que el ordenamiento denomina, por tradición, con otros términos. Pero, en buena medida, el régimen jurídico que poseen los asemeja a la caducidad. Es, por ejemplo, el supuesto del cese de la relación de empleo público, a través de medidas expulsivas adoptadas en el ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración Pública, como la cesantía (Ley N° 25.164 Ley Marco de Empleo Público Nacional, la contempla en el Art. 30 inc. c). O también, el caso de *remoción* con causa justificada prevista en el régimen de los directivos de ciertos entes reguladores (p.ej. los miembros del Directorio de la CNRT, Art. 10 y 11 del Estatuto aprobado por Decreto 1388/96). Algo similar puede decirse de los actos de cancelación de la matrícula dispuesta por los Colegios Profesionales.

2. Notas salientes de la figura

Para continuar con la delimitación conceptual de la figura de la *caducidad-sanción*, prevista en el Art. 21 de la LPA, tomaremos, de las múltiples clasificaciones que han sido aplicadas a los actos administrativos, algunas de las que ilustran mejor sobre sus contornos jurídicos.

a. Por lo pronto, es un *acto administrativo*. Ha de ser siempre *expreso*, en el sentido de no poder derivar del silencio o inactividad formal administrativa. Y *unilateral*, aun cuando proyecte sus consecuencias al seno de un vínculo bilateral o deba estar previsto en las normas contractuales o las que regulan el otorgamiento del bien jurídico autorizado o permitido.

b. Es un acto de *alcance particular*, aun cuando pueda afectar a una cantidad de destinatarios, que opera sobre relaciones o situaciones jurídicas válidas y vigentes, de contenido ampliativo o favorable, que extingue.

c. Su campo de aplicación lo constituyen los actos de alcance particular; en este sentido, no extingue o deroga (status o situaciones subjetivas nacidas de) actos generales o *reglamentos*²¹.

d. Se trata, además, de un acto *constitutivo*, como opuesto al declarativo, porque extingue una relación o situación jurídica²² no se limita a acreditar su cesación o vigencia (como una certificación), que reviste carácter resolutorio o *definitivo* a los fines de su impugnabilidad. En cambio la intimación o constitución en mora, así como el otorgamiento de un plazo suplementario para cumplir lo debido, diligencias regladas como trámite esencial en el Art. 21 de la LPA, en principio, tienen carácter instrumental²³.

21. Ello marca una de las tantas diferencias que guarda con la *derogación*, como medio de extinción típico de los actos reglamentarios.

22. PAREJO ALFONSO, L., en PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, 4ª ed. t 1, Madrid 1996, p. 565.

23. Ello empero, si la intimación es de suyo errónea y predetermina un resultado desfavorable al interesado (o si fija un plazo suplementario harto irrazonable) podría decirse que, por sus efectos, resulta asimilable o equiparable a una resolución. Implícitamente, en algún *dictum* se ha considerado la posibilidad de impugnar esos actos, incluso peticionar la suspensión cautelar de los mismos (SCBA, B-52.977, de 22-8-95, Ac. y Sent. 1995-III-317).

e. Tiene cabida, pues, normalmente, para reaccionar frente a *incumplimientos graves* o esenciales²⁴ del titular de la licencia, autorización, habilitación, permiso o concesión, a quien ha de serle conferido *un plazo suplementario* para que supere la infracción en que se ha encuadrado su conducta.

f. Constituye, por fin, un acto *de gravamen* o limitativo, en cuanto provoca una pérdida o afectación en la esfera jurídica del destinatario de la medida que la expresa. Así pues incide negativamente en la esfera jurídica del destinatario²⁵. Como sanción administrativa, se encuentra influida por los principios estructurantes de esa potestad²⁶.

III. LA CADUCIDAD Y ALGUNAS REGULACIONES EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS GENERALES

a. Como hemos dicho, la LPA²⁷ ha previsto la caducidad en el Art. 21. El precepto dispone lo siguiente: “*La Administración podrá declarar unilateralmente la caducidad de un acto administrativo cuando el interesado no cumpliera las condiciones fijadas en el mismo, pero deberá mediar previa constitución en mora y concesión de un plazo suplementario razonable al efecto*”.

b. En la Provincia de Buenos Aires, el Art. 119 de la LPA prescribe: “*Se producirá la caducidad del acto administrativo, cuando habiendo sido impuestas por el mismo determinadas condiciones que debe cumplir el beneficiario, éste no las satisface dentro del plazo fijado y previa interpelación para que lo haga dentro del plazo adicional y perentorio de diez días*”.

Al margen de otras consideraciones, parece evidente el error de técnica legislativa que registra la norma en cuanto define de antemano un único plazo suplementario de diez días. La multiplicidad de circunstancias que presenta la experiencia jurídica seguramente demuestra en más de una oportunidad la exigüidad de ese plazo. En tal supuesto, cabría admitir la petición -y su concesión- de solicitudes de prórroga de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 73 del Decreto Ley 7647/70, toda vez que el Art. 119 alude al carácter perentorio del plazo, no a su improrrogabilidad.

24. Cf., LAFUENTE BENACHES, Ma. Mercedes, *La concesión del dominio público*, Madrid 1988, p. 116.

25. Esto apareja diferentes consecuencias: a) el necesario tránsito de una audiencia previa; b) la motivación del acto; c) la revocabilidad del mismo una vez notificado (salvo el caso de las relaciones triangulares, en las que la caducidad del status jurídico de un interesado favorezca a un tercero).

26. Si bien, ni las normas generales ni la experiencia jurídica tornan claramente imperativo en nuestra materia el principio de *tipicidad*, la caducidad presupone la *responsabilidad o culpabilidad* del destinatario del acto. Junto con ello, en su aplicación, la Administración debe observar el principio de la *proporcionalidad*, por lo que le será exigible verificar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose el factor subjetivo, la reiteración, la naturaleza de los perjuicios ocasionados, la implicación con el interés general y otros factores circunstanciales. De todas formas, en las regulaciones en que la caducidad opera como instrumento de extinción basado no ya en incumplimientos del afectado, sino en la configuración de un estado actual de cosas contrario al interés público (v.gr. déficit prestacional, menores ingresos que los previstos, etc.) la concurrencia de los principios señalados no ha de ser requerida.

27. Solución similar en la LPA de Córdoba (Art. 112), Chaco (Art. 127), Catamarca (Art. 36), Tucumán (Art. 55), San Juan (Art. 21 *idem* LPA); La Rioja (Art. 99 y ss.); Corrientes (Art. 165) Salta (Art. 99 y ss.) Mendoza (Art. 102 y ss.) entre otras.

c. El Art. 21 de la LPA de la Ciudad de Buenos Aires, el DNU N° 1510 dispone: “*La administración podrá declarar unilateralmente la caducidad de un acto administrativo cuando el interesado no cumpliera las condiciones o prestaciones estipuladas, previa constitución en mora y concesión de un plazo suplementario razonable al efecto*”.

Este texto mejora la redacción de su fuente nacional. Porque, por una parte, alude a *condiciones o prestaciones* precisando el sentido del instituto. Y, por la otra, no reduce las obligaciones incumplidas a aquéllas fijadas en el acto caducado. Con lo que, los incumplimientos graves sancionados por la Administración pueden tener origen en normas legales o reglamentarias o en otro tipo de estipulaciones no necesariamente consignadas en el acto administrativo extinguido.

d. Una norma más rica en contenidos está prevista en la Ley de Procedimiento Administrativo de La Pampa, Ley N° 951, inspirada por el Profesor Miguel S. Marienhoff.

Primeramente, en el Art. 84 se habilita la declaración unilateral de caducidad del acto administrativo frente al incumplimiento *imputable* de las obligaciones a cargo del interesado. Por otro lado, en lo atinente a la exigibilidad de la constitución en mora junto con la concesión de un plazo suplementario, la norma aclara que: “*Si en el acto administrativo o en el contrato se hubiere establecido expresamente que el mero vencimiento del respectivo término produce la mora del administrado, la caducidad podrá declararse directamente sin previa intimación de cumplimiento al administrado*”.

e. A su vez, la LPA de Neuquén, Ley N° 1284, ha previsto la caducidad en el Art. 86. Allí se la establece por “*incumplimiento grave de obligaciones esenciales impuestas por el ordenamiento jurídico en razón del acto*” y que sea “*imputable a dolo o culpa del interesado*”. Hay una técnica más depurada para delimitar la conducta susceptible de sanción por medio de la caducidad.

Además, de acuerdo con esta norma si el incumplimiento no revistiese gravedad, la Administración deberá acudir a los medios de coerción directa previstos en el ordenamiento, y de persistir en el incumplimiento, *podrá declararse la caducidad*, dispone la norma. También en casos de urgencia o necesidad, se habilita expresamente a la administración a decretar la suspensión de la ejecución del acto (pasible de caducidad) hasta tanto se resuelva definitivamente el procedimiento generado a partir del emplazamiento al interesado para que presente su descargo (Art. Cit.).

IV. BREVES APUNTES COMPARADOS

a. Probablemente sea la doctrina italiana la que con mayor esmero ha estudiado la figura que nos ocupa. Suele hacerlo al examinar el régimen de los actos favorables, o *ampliativi* -como dice Virga- (esto es las autorizaciones y concesiones).

Tales actos, para Virga son esos que o bien remueven un límite para el ejercicio del derecho (autorización) o bien atribuyen una nueva facultad de matriz pública al destinatario (concesión). En estos casos el ordenamiento reserva a la Administración un *poder de vigilancia*, con el fin de garantizar que la actividad autorizada o concedida se desarrolle con observancia de las prescripciones impuestas por la ley o por el mismo acto ampliativo²⁸. En ejercicio de tal potestad la autoridad administrativa tiene la atribución de decretar la extinción, básicamente, por las siguientes causas:

28. VIRGA, Pietro, *Diritto Amministrativo*, 2ª Ed., t 2, Milano 1992, pp. 162 y ss.

- vencimiento del plazo de vigencia, cuando tienen un término lo cual no siempre ocurre;
- *pronuncia di decadenza* o caducidad: regulación que, erróneamente dice Virga, en algunas normas se denomina *revoca* (revocación);
- rescate (para la concesión-contrato).

b. La *pronuncia di decadenza* ha de ocurrir, pues, por: a) incumplimiento de las obligaciones, prescripciones u órdenes, siempre que sea grave, injustificado y reiterado; b) falta de ejercicio de facultades inherentes al acto dentro de los límites temporales previstos por las normas (p.ej. falta de inicio de las obras previstas en la concesión edilicia dentro de un año) o del mismo procedimiento; c) desmejoramiento de las condiciones de idoneidad cuando ellas sean no sólo requisito de acceso al otorgamiento del acto sino para la continuidad del mismo.

c. Esta posición ya había sido sostenida por Landi-Potenza²⁹. Los autores citados distinguen la caducidad por transcurso del tiempo, de aquella que tiene naturaleza sancionatoria y que consiste en la pérdida de un derecho como consecuencia de un comportamiento del titular o del incumplimiento de un requisito esencial para la permanencia de la relación jurídica. La aplicación de esta figura, recuerdan, es frecuente, por ejemplo, en materia de concesiones mineras y de aguas públicas³⁰.

d. A su turno, Rocco Galli³¹ entiende que en el caso de las concesiones la extinción puede provenir por la ocurrencia de *causas automáticas de carácter objetivo*, como el vencimiento del plazo de vigencia o la muerte del concesionario o por factores de apreciación subjetiva. Uno de ellos, que entiendo se trata de un tipo unilateral de resolución, es la caducidad o *decadenza*. La que actúa ante la hipótesis de incumplimiento del concesionario o también *cuando éste ha perdido su idoneidad subjetiva* (v.gr. si ha sido privado de la cualidad empresarial que investía) o la concesión sufre una afectación en la idoneidad objetiva (v.gr. la destrucción de los elementos indispensables o del bien) para desarrollar la actividad concedida. En opinión de Galli estamos en presencia de un instituto de similar calibre al de la revocación de la autorización para operar en el mercado financiero concedida a los bancos. Funciona, nos señala, como una sanción. Y como tal debe actuarse frente a incumplimientos graves y reiterados del concesionario.

Ante la disyuntiva de considerar a la caducidad como una figura publicística (que requiere de acto expreso que la disponga) o como una figura meramente comercial, que pueda operar de pleno derecho, independientemente de la voluntad de la Administración, por su sola configuración, Galli opta por la primera³², por mérito del principio de tipicidad de los actos y en resguardo de los derechos de los ciudadanos, que pueden reaccionar mejor frente a la emisión de un acto inválido.

e. Otros autores, analizando la figura en el marco de las concesiones de obra pública, han asimilado la caducidad a la resolución por incumplimiento prevista en el derecho común³³.

f. Dentro de los diferentes tipos de sanciones administrativas, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández han ubicado a la caducidad en el grupo de las llamadas *sanciones rescisorias de actos o contratos administrativos anteriores*. En ellas, el mal en que la sanción consiste es la pérdida de la situación jurídico-administrativa de

29. LANDI, Guido, POTENZA, Guisepppe; *Manuale di diritto amministrativo*, 10ª, ed. Milano 1997, pp. 165 y ss.

30. *Ob. cit.*, p. 166.

31. GALLI, Rocco, *Corso di Diritto amministrativo*, 2ª ed. Actualizada, Milano 1996, p. 567.

32. *Ob. cit.*, p. 568.

33. *Cf.*, ASSINI, N., MAROTA, L., *La concessione di opere pubbliche*, Milano 1981, p. 168.

ventaja, lo cual demanda dos precisiones: la primera, que la medida ha de ser respuesta a una conducta ilegal previa; la segunda, que en el campo contractual y en las relaciones bilaterales distintas de las de empleo público, la responsabilidad por incumplimientos se sustancia en el seno -y en los términos cabría acotar, por nuestra parte- de la propia relación contractual, por aplicación de sus principios inherentes y no de los vinculados al genérico poder sancionatorio³⁴. Como ejemplos salientes mencionan a las “*revocaciones o caducidades de licencias, autorizaciones y permisos*” que extinguen los derechos de los afectados cuyo ejercicio esos actos posibilitan³⁵.

g. Al margen de estas consideraciones generales, en la doctrina española la institución de la caducidad ha sido abordada principalmente en estudios relativos a regímenes especiales o sectoriales, destacándose los vinculados con las concesiones del dominio público.

Por ejemplo, María Mercedes Lafuente Benaches ha definido como una “*manifestación de voluntad de la Administración que pone fin a la concesión de dominio público por haberse producido un estado de cosas contrario a la finalidad pública que justificó su otorgamiento*”³⁶. Criterio que, en parte, desborda los límites de la simple sanción por incumplimiento del concesionario.

Como sostiene la autora, también procede en supuestos en los que la concurrencia de la causa legalmente prevista obedece a hechos o circunstancias no imputables al mismo³⁷. Allí se empalidece la connotación estrictamente sancionatoria de la figura en análisis. Más aún, la autora precisa que la declaración de caducidad, antes que una modalidad represiva se exhibe como una forma del *poder general de resolución que tiene por finalidad la defensa o protección del interés público objeto de la propia concesión*, agregando que *esta finalidad no tiene por qué tener matices sancionadores*³⁸.

h. Algunos ejemplos de la doctrina del Consejo de Estado español, relativos a las concesiones de aprovechamientos hidroeléctricos cuyas obras no habían sido concluidas, dan forma al sentido principal de este instituto. En general, se ha destacado que no todo incumplimiento del concesionario determina de manera fatal la declaración de caducidad, sino sólo aquél que reviste un carácter *sustancial*³⁹, por más que en los pliegos de condiciones se disponga que la transgresión de cualquiera de las cláusulas dará lugar a la caducidad. Ahora bien, se ha considerado que la inobservancia *del plazo de iniciación* o de *terminación* de las obras comprometidas, constituyen incumplimientos sustanciales que dan lugar a la declaración de caducidad de la concesión. Ello se ha equiparado a la ejecución parcial de tales obras⁴⁰.

34. GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso ...*, cit., t II, p. 168.

35. *Ob. cit.*, p. 169.

36. *Cf.*, *La concesión de dominio público*, Madrid 1988, p. 129.

37. *Ob. cit.*, p. 130, n° 208.

38. *Ob. cit.*, p. 144.

39. *Cf.*, Dictámenes del Consejo de Estado de 26-3-92, n° 75/1992, 26-12-91, n° 1552/1991; 19-9-91, n° 1054/1991; 18-4-85, n° 47.575; 17-3-83, n° 45.068; 19-11-81, n° 43.806; 8-6-78, n° 41.658, etc. Sobre estos temas, V., TORRES DE SILVA, Víctor y LÓPEZ DE LETONA, “En torno a la concesión de aprovechamiento hidroeléctrico y a su situación inicial” en *REDA* n° 79, Madrid 1993, pp. 457 y ss.; y GARCÍA TREVIANO FOS, J.A., *RAP* n° 16, Madrid 1955, p. 261.

40. *Cf.*, Dictamen de 16 de noviembre de 1978, n° 41.690.

i. En todo caso, ha sido Jaime Rodríguez Arana Muñoz⁴¹ quien, con mayor amplitud, ha examinado las variadas facetas que ofrece este instituto, lo que lo ha llevado a describir desde la caducidad del procedimiento administrativo y de la pretensión procesal administrativa, hasta la caducidad de las concesiones de servicios públicos, de las concesiones y licencias del dominio público, así como de las licencias administrativas.

Excluyendo las dos primeras manifestaciones, ajenas al objeto de nuestra ponencia, cabe destacar los puntos salientes de las restantes, por la relativa afinidad que guardan con las que en el ordenamiento nacional suelen ser aplicables bajo el mismo *nomen iuris*.

Las peculiaridades que exhibe la caducidad en la concesión de servicios públicos es una de las preocupaciones del citado autor. Así, antes de perfilar los contornos que ofrece en diversos regímenes concretos (servicio de transporte de viajeros por carretera, suministro de gas, televisión privada, etc.) Rodríguez Arana previene que aquellas peculiaridades llevan a modular significativamente las notas típicas de lo que denomina *caducidad administrativa* (carácter sancionador, procedimiento previo y acto declarativo de la misma) en función de los principios de continuidad y regularidad de los servicios públicos⁴². Bien es cierto que en esta materia, el incumplimiento sancionado con la caducidad ha de referirse, como es natural, a alguna de las *condiciones esenciales* prevista en el pliego concesional, mas también lo es que, a su turno, tal infracción ha de hacer perder operatividad a los citados principios liminares del servicio⁴³. Por otra parte, encuentra posible en esta materia decretar la caducidad cuando existe un *prolongado déficit en la explotación del servicio*⁴⁴, supuesto en el cual la nota sancionadora cede ante la función de declinación o renuncia a la continuidad del servicio⁴⁵.

En las concesiones y autorizaciones de uso del dominio público, a la vista de los elementos que ofrece la legislación sectorial Rodríguez Arana halla más complejo reconducir las formas de la caducidad a una significación unitaria. A veces, nos dice, aparece como un modo general de extinción de la concesión, en otras como sanción por incumplimiento de deberes esenciales del concesionario (v.gr. impago del canon por un determinado lapso) o como una consecuencia jurídica derivada del vencimiento del término de la concesión, como renuncia del concesionario aceptada por la Administración o por un cambio en las condiciones intrínsecas del objeto concedido que impide la satisfacción de la finalidad pública perseguida al otorgarlo⁴⁶.

Probablemente la figura más afín a la definida en el Art. 21 de la LPA sea la caducidad de las licencias administrativas. Aun así, Rodríguez Arana Muñoz previene que el carácter ciertamente sancionador que la doctrina le atribuye también debe modularse a la luz del juego de esta institución según se trate de concesiones o licencias. La diferencia la encuentra en que las primeras trasuntan un acto discrecional de la Administración mientras que las segundas operan, básicamente a partir de un acto preferentemente reglado, sobre un derecho preexistente del interesado⁴⁷. Por otra parte, en el campo de las licencias, particularmente las urbanísticas, tiene más cabida la *caducidad-decadencia* por inejecución de determinadas cargas impuestas al interesado a llevarse a cabo dentro de un plazo dado.

41. Cf., RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, *La caducidad en el derecho administrativo español*, Madrid 1993.

42. *Ob. cit.*, p. 37.

43. *Ob. cit.*, pp. 39-40.

44. *Ob. cit.*, p. 40.

45. *Ob. cit.*, p. 47.

46. *Ob. cit.*, pp. 92 y ss.

47. *Ob. cit.*, p. 219.

j. El maestro Brewer-Carías nos enseña que el acto administrativo no sólo puede extinguirse *en virtud del propio acto*⁴⁸ o *de otros actos* (v.gr. anulación y revocación) sino también *en razón de alguna conducta u omisión de su destinatario*.

Así, explica que en algunos supuestos de actos administrativos el cese de sus efectos se produce por la abstención de una acción prescrita al particular. Tal, la figura de la caducidad del acto administrativo, consistente, entonces, en la extinción generada por el incumplimiento de una obligación que el acto o la Ley le impone al interesado beneficiario del mismo⁴⁹.

Como ejemplo, cita la situación prevista en la Ley de Propiedad Industrial, que establece que el titular de una marca de fábrica debe pagar unos impuestos en timbres fiscales dentro de un plazo dado de obtenido el registro de la marca, el cual habrá de caducar si aquél no cumple con aquella exigencia.

V. VISUALIZACIÓN DE LA CADUCIDAD Y DE FORMAS AFINES DE EXTINCIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EN ALGUNAS REGULACIONES SECTORIALES

Para la mejor comprensión del instituto estimamos prudente realizar un examen sobre las distintas modalidades que asume la caducidad en una serie de regulaciones sectoriales.

1. Medidas extintivas -de caducidad- en regímenes de fomento

a) En recuerdo de la Ley N° 21.608 de promoción industrial nos permite apreciar la distinción entre la *extinción de los beneficios promocionales* y la *extinción del acto autorizativo* de la promoción⁵⁰. El primer supuesto, precisamente, remite a la *caducidad* por inconducta del titular de los beneficios promocionales: es un tipo de extinción, parcial o total, de los derechos, de carácter sancionatorio, contemplado en el Art. 17 inc. b, de la Ley N° 21.608. Carece de efectos retroactivos y se distingue del “ingreso de los tributos o derechos no ingresados con motivo de la promoción acordada”, aunque trae aparejada de pleno derecho esa consecuencia⁵¹.

b) La Ley N° 23.877 que regula la Promoción de la Investigación y Desarrollo Tecnológico ha previsto el funcionamiento de esa entidad singular denominada *unidad de vinculación*⁵². El Poder Ejecutivo de acuerdo al Art. 9 puede instrumentar con arreglo a

48. El autor citado, menciona los siguientes supuestos: a) *agotamiento de sus efectos*, v.gr. al pagarse la multa determinada en un acto; al demolerse la construcción conforme lo ordenado, etc.; b) *decaimiento*; v.gr. cuando se opera un cambio de circunstancias sobrevinientes al acto; c) *condición resolutoria*, si se produce el acontecimiento futuro e incierto a cuya realización se subordinó la finalización del acto; d) *término extintivo*, cuando se verifica el hecho cierto y futuro previsto para el cese de la eficacia del acto (BREWER-CARÍAS, Allan R., *El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas 1985, pp. 221-2).

49. *Ob. cit.*, p. 222.

50. WINKLER, Dora Paula, *Régimen de la Promoción Industrial*, Bs. As. 1983, pp. 242.

51. El decreto 2541/77 reglamenta el procedimiento sumarial a seguir para decretarla. Complementariamente, la Ley 23.614 en su Art. 48 inc. b) apartado I prevé para los incumplimientos que exceden lo meramente formal, la “*caducidad total o parcial de los beneficios promocionales otorgados en la forma que disponga el decreto reglamentario general*”.

52. Es una unidad de vinculación el “ente no estatal constituido para la identificación, selección y formulación de proyectos de investigación y desarrollo, transmisión de tecnología y asistencia técnica. Representa el núcleo

esa ley diferentes mecanismos de promoción⁵³. A su turno, la autoridad de aplicación - la actual Secretaría de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva- (art. 14) habilita estas *unidades de vinculación* (Art. 15 inc. b), aprueba y determina los porcentajes con que serán beneficiados los proyectos⁵⁴.

Sobre tal base, el Decreto 1331/96 reglamenta el régimen legal. Y prevé la formación de un registro de las unidades de vinculación habilitadas y un legajo individual para cada una de ellas (Art. 5º) que se extingue tanto por disolución de la persona jurídica como por caducidad (Art. 6º). Además regula las causales de caducidad de la habilitación y su inscripción en el registro⁵⁵. De ellas interesa detenerse en la prevista en el Art. 7 inciso a) del citado reglamento. La norma alude a la pérdida de idoneidad en el caso del Art. 4 inc. b) del presente (se exige en este artículo acreditar idoneidad para la administración y gestión tecnológica mediante la presentación de los antecedentes específicos de la entidad, de sus socios y de los miembros de sus órganos de dirección, fiscalización y asesoramiento) “*la que deberá ser probada por información sumaria sustanciada por la autoridad de aplicación*”⁵⁶.

Este supuesto se corresponde con los ejemplos mencionados por la doctrina italiana (Galli, Landi-Potenza) cuando apuntan al *desmejoramiento de las condiciones subjetivas del beneficiario cuando ellas son exigidas para el acceso al título jurídico y para la continuidad del mismo*. Es una de las particularidades dignas de destacar en el citado régimen promocional⁵⁷.

fundamental del sistema, aportando su estructura jurídica para facilitar la gestión, organización y gerenciamiento de los proyectos. Puede estar relacionado o no con un organismo público” (Art. 3 inc. d). En el régimen de esta ley son beneficiarios las personas físicas y las de existencia ideal, públicas o privadas, que desarrollen actividades productivas, científicas, tecnológicas o financieras, y que adhieran voluntariamente a las obligaciones y derechos que emanan de la ley (Art. 4).

53. Ellos son, básicamente: a) de *promoción y fomento financiero*; b) de *promoción y fomento fiscales*, se fijarán créditos fiscales que podrán ser utilizados sólo para los proyectos de investigación y desarrollo por agrupaciones de colaboración y para proyectos de transmisión de tecnología y/o de asistencia técnica cuya ejecución esté a cargo de una unidad de vinculación (Art. 9 inc. b); c) de *promoción y fomento no financieros* (ayudas con cargo de devolución pero sin intereses, inc. c); d) de *promoción y fomento especiales*, que no estén contemplado dentro de los anteriores (Art. 9, *cit.*).

54. Los beneficios no pueden superar el 80% de aportes promocionales reintegrables, o el 50% de aportes subvenciones no reembolsables. (Art. 20, Decreto 1331/96).

55. El Art. 9 prescribe sin perjuicio de las consecuencias jurídicas propias de la extinción y la caducidad de la habilitación, los siguientes efectos específicos: a) *Impide el otorgamiento de nuevos beneficios* a los proyectos en cuya administración participe la persona jurídica afectada y “*paraliza la efectivización de los otorgados y no percibidos*”; b) *Obliga al reintegro de los saldos de los beneficios percibidos* por la persona jurídica afectada que se encuentren en su poder; c) No relevan a la persona jurídica afectada de las obligaciones emergentes de los beneficios percibidos respecto de las etapas cumplidas e importes ejecutados.

56. El inciso b) refiere al uso indebido de los beneficios de la ley 23.877, por desvío de la finalidad en que se fundó su otorgamiento y el incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones restantes emergentes del beneficio promocional, cuando la transgresión sea imputable a la unidad de vinculación aunque no fuere ella titular del beneficio.

57. Otra particularidad del régimen sancionatorio es que cuando los proyectos se presentan en modo coparticipado entre empresas y unidad de vinculación, alguno de tales sujetos puede no ser alcanzados por la medida - quienes serán igualmente notificadas del acto administrativo declarativo de la extinción o caducidad de la habilitación-. De allí que se admita peticionar el reemplazo *de la persona jurídica afectada en la administración del proyecto, para posibilitar su iniciación o prosecución en su caso*. Es decir, el efecto de la caducidad puede limitarse parcial y subjetivamente, en beneficio del proyecto promovido (art. 10 del Reglamento). Las provincias adheridas, a su vez, han dictado normas regulatorias de los beneficios fiscales emergentes de la ley 23.877. Un caso es el de Río Negro, que adhirió al régimen por la ley 2501 y lo acaba de reglamentar. El Decreto 326/2001 de esa provincia, contempla, pues, en el capítulo de *las infracciones* la sanción de caducidad del beneficio fiscal asignado pendiente de certificación y entrega al beneficiario cuando éste incurra en incumplimiento de su obligación de ejecutar el

c) La Ley N° 22.428, de Conservación de Suelos, prevé un régimen para el fomento de la iniciativa privada destinada a la conservación y recuperación de la capacidad productiva de los suelos (Arts. 1 y 2). Con ese propósito, las respectivas autoridades de aplicación pueden declarar *distrito de conservación de suelos* a una zona donde sea necesario o conveniente emprender programas de conservación y recuperación (Art. 3). Declaración procedente a iniciativa pública o de los productores. También pueden conformarse *consorcios de conservación* integrados por los productores agrarios (Art. 4).

Pues bien, el Art. 14 contempla una sanción (equiparable a la caducidad). La norma dispone que los productores que hubieran recibido subsidios con arreglo a dicha ley, *“deberán reintegrar los importes que reciban cuando hubieren transcurrido 6 meses, sin que se hubieren presentado los certificados de obra que acrediten la realización de las inversiones dispuestas en el plan que aprueba la autoridad de aplicación o si los hubieren falseado. La misma sanción se aplicará a los productores que hayan destruido las obras subsidiadas, sin autorización de la autoridad de aplicación”*. Si no se produce el reintegro la Secretaría de Agricultura debe intimar el pago en un determinado plazo, vencido el cual se aplica un interés punitivo (Art. 15). Esta intimación es recurrible, prescribe esta misma norma⁵⁸.

d) La Ley N° 25.080 de Promoción de Inversiones para Nuevos Emprendimientos Forestales y Ampliaciones en Bosques Cultivados, regula el otorgamiento de beneficios para el desarrollo de proyectos forestales o foresto-industriales, para aumentar la oferta maderera a través de la implantación de nuevos bosques⁵⁹.

El interesado debe obtener su inscripción en el Registro de Emprendimientos, por parte de la Dirección de Forestación. Pero la inscripción no genera derecho alguno en tanto no se haya concretado el emprendimiento y no se cumplan los requisitos de la ley

proyecto de investigación y desarrollo así como el de su obligación de presentar los informes de avance y final de ejecución, dentro de los plazos establecidos, *“así como cualquier otro incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones asumidas”*. (punto 22 del Anexo I del Decreto). La norma dice que tales incumplimientos *facultan* a la autoridad provincial -la Subsecretaría de Innovación Tecnológica- a disponer la caducidad (punto 22 citado). Ahora bien con carácter previo, impone una *“intimación al beneficiario por el término de 15 días hábiles para regularizar el estado de cumplimiento de sus obligaciones y para alegar lo que crea conveniente en defensa de sus derechos e intereses legítimos...”* (punto 22 cit.). El acto que declare la caducidad será notificado al beneficiario y al asegurador, configurará el siniestro que hace exigible la efectivización de la garantía prestada por el asegurador”. Ahora bien, el punto 23 precisa otra situación diferente. Que es aquella originada por el *ocultamiento o la falsedad en la solicitud del beneficio, su documentación o información suministrada a la Administración*. En tales casos, una vez acreditada se dispondrá la *“revocación o anulación del acto o actos administrativos falsamente causados que se hubieren dictado en su consecuencia”*. Se trata de un régimen de buena factura técnica, que ha deslindado los campos de aplicación de las dos figuras extintivas.

58. La norma examinada (Ley n° 22.428) exceptúa de la obligación de restituir cuando las obras e inversiones cuya realización formaba parte el programa promocional, *no haya podido efectuarse total o parcialmente por razones de caso fortuito o fuerza mayor*, que a juicio de la Secretaría de Agricultura puedan justificar por su gravedad, la demora producida. Tal es la solución contemplada en el art. 17. En tal caso la Administración podrá acordar plazos supletorios para la realización de los trabajos incumplidos.

59. Se les asegura un régimen de estabilidad fiscal por 30 años, contados a partir de la fecha de aprobación del proyecto respectivo. Que puede incluso ser ampliado, a solicitud de las autoridades provinciales, hasta un máximo de 50 años de acuerdo a la zona y ciclo de las especies que se implanten. El Art. 17 prevé, aparte de los beneficios tributarios, un apoyo económico no reintegrable (subsidio) a los titulares de proyectos que abarquen una extensión inferior a las 500 ha, que según los casos, (zona, especie y actividad forestal) varía entre el 80% y el 20% de los costos de implantación y que en la región patagónica se incrementa. El pago se realiza por única vez, para las actividades de plantación, tratamiento de silviculturales (poda y raleo), en la forma y plazos que fija la ley (Art. 18) la que también prescribe que para el pago se requiere *“la certificación de las tareas realizadas conforme a las condiciones establecidas reglamentariamente”*. Por Resolución n° 22/2001 es autoridad de aplicación de la ley la Secretaría de la Producción.

25.080 y su Decreto reglamentario N° 133/99 (Art. 7). Los titulares de emprendimientos que hayan solicitado beneficios fiscales tienen la carga de presentar anualmente y hasta el turno de corte una Declaración Jurada con la información que prescriben estas normas. El incumplimiento determina la caducidad de los beneficios fiscales otorgados hasta el turno de corte⁶⁰.

El reglamento ejecutivo no desarrolla el capítulo relativo a las infracciones y sanciones, con lo que solamente es aplicable el Art. 28 de la Ley N° 25.080 y las normas análogas. En este contexto regulatorio el citado Art. 28 dispone que “*toda infracción a la presente ley y a las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten, será sancionada, en forma acumulativa, con: a) caducidad total o parcial del tratamiento otorgado...*”⁶¹.

e) La Ley de Promoción del Libro N° 20.380 contempla beneficios crediticios. Y como sanción por infracciones a la ley, la multa y la caducidad de los plazos estipulados para el reembolso de tales créditos (Art. 16).

f) La Ley N° 25.422 sobre régimen de la ganadería ovina, es una de las más recientes normas de fomento. Posibilita conferir a los titulares de planes de trabajo y proyectos de inversión una serie de beneficios diversos, subvenciones y asistencia técnica a los productores. En su Art. 23 se ha dispuesto un régimen de sanciones, graduales y acumulativas, de: a) Caducidad total o parcial de los beneficios otorgados; b) Devolución del monto de los subsidios; c) Devolución inmediata del total de los montos entregados como créditos pendientes de amortización.

2. Medidas extintivas en materia de concesiones de uso de bienes del dominio estatal

a) Para las concesiones de uso de bienes del dominio público o privado del Estado Nacional, el nuevo Reglamento de Contrataciones aprobado por el Decreto 436/2000 (Título XII) fija un conjunto de normas, en consonancia con el marco general regulatorio que surge del Art. 2 de la normativa. En el Art. 157 enuncia las causales de “*rescisión por culpa del concesionario*”, entre las que menciona la falta de pago del canon (inc. a), la aplicación de los bienes para un uso o goce distinto del estipulado (inc. c), las interrupciones reiteradas en el cumplimiento de las obligaciones emergentes de la concesión (inc. e) entre otras. Siendo típicos motivos de una caducidad la norma no habla de ésta sino, según vimos, de *rescisión*, sobre la base de la calificación contractual del vínculo.

b) El Decreto ley 9533/80 establece el régimen general de los bienes del Estado provincial y municipal en la Provincia de Buenos Aires. En su capítulo IV relativo a las concesiones de uso de tales bienes, regla las formas de extinción. En concreto, el Art.

60. Art. 13 Res. 22/2001. El subsidio se hará efectivo en una sola cuota, cuando se haya constatado el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Art. 5 (presentación completa del proyecto de inversión y registros). Además la autoridad provincial efectuará inspecciones *in situ* a fin de comprobar lo expresado en el certificado presentado y lo enviará a la Secretaría conjuntamente con el Certificado de Inspección de Plantación y Actividades Silvícolas Realizadas en un plazo de 30 días, sin perjuicio de las inspecciones que practique la autoridad de aplicación.

61. A la que añade las siguientes medidas “... b) devolución del monto del subsidio otorgado con las actualizaciones e intereses correspondientes, c) restitución de los impuestos no abonados; d) multas que no excederán el treinta por ciento de las sumas declaradas como inversión...e) el reintegro a las administraciones provinciales de los montos de las franquicias otorgadas por ellas con motivo de su adhesión a la presente ley”.

32 prevé, al par del vencimiento del plazo (inc.a), muerte del concesionario (inc.b), imposibilidad de cumplimiento del objeto (inc.c), revocación (inc.d), la “*caducidad por causas imputables al concesionario*”, que enumera en lista ejemplificativa, a saber: “*falta de pago, cambio de destino, cesión (se supone no autorizada) pérdida material de la tenencia por la acción de intrusos, abandono, daño deliberado en el bien por acción u omisión del beneficiario y hechos que en forma potencial o efectiva tiendan a disminuir su valor*”.

c) El Código de Aguas de la Provincia de Buenos Aires, Ley N° 12.257, ha previsto en el Art. 50 la *caducidad* de la concesión del uso o aprovechamiento del agua pública, o de la ocupación de sus cauces o lechos, o para la construcción de obras en beneficio común o para la prestación de servicios públicos vinculados con tales elementos (sin derecho del concesionario a indemnización alguna) cuando no ejerciere sus derechos o no pagara el canon durante tres años consecutivos, no efectuare las obras en los plazos previstos, no cumpliera con las restantes obligaciones esenciales de la concesión, o contraviniera el régimen de los desagües. A su vez, la *revocación* procede “por razones de interés general” y con el pago de la indemnización (Art. 51).

También establece un régimen de caducidad de concesiones el Código de Aguas de la Provincia de Santiago del Estero (Ley N° 4869, reformada por Ley N° 6537).

d) En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, el todavía aplicable Decreto PEN 2409/66, para los permisos de ocupación uso y explotación de bienes del dominio público y privado municipal, instituye, entre otras reglas, un sistema de penalidades. Y, como podrá apreciarse, la norma utiliza promiscuamente la calificación jurídica.

Allí se dice, por un lado, que la falta de constitución de garantías determina la aplicación de multas y si transcurre un plazo adicional que se le otorga al permisionario podrá disponerse la *rescisión* del contrato, reza el Art. 38. Mas, para el caso de falta de pago de canon sin que el permisionario haya regularizado su situación, cabe aplicar la *caducidad del permiso* (Art. 41) con pérdida de los depósitos en garantía. De igual modo, cuando es impuesta una multa y ésta queda impaga, la entidad local puede declarar *caduco el permiso* (Art. 43). Empero, el Art. 45, al referirse a la consecuencia de las *faltas graves y repetidas* del permisionario, menciona, aparte de las multas, a la *rescisión del contrato*. Tras cartón, el Art. 46 prescribe que “*declarada la caducidad del permiso por incumplimiento del adjudicatario de las obligaciones a su cargo, perderá éste la totalidad de las garantías constituidas y se procederá de oficio al cobro y ejecución de las mismas*”. Finalmente, la revocación procede, entre otros supuestos, por *cambio de destino (del bien)*... (Art. 49) que claramente comporta una infracción del titular del uso del inmueble.

La norma, entonces, plantea un verdadero galimatías.

e) En el ámbito local, de ordinario, los municipios otorgan a las empresas que lo solicitan, autorizaciones, licencias o permisos para la utilización del espacio público aéreo y subterráneo local, para la realización de los tendidos o colocación de postes necesarios a los fines de la transmisión de televisión por cable. Y en los actos respectivos, suele condicionarse la vigencia de tales autorizaciones o bien al pago de ciertos de derechos, o a un determinado plazo para la realización de los trabajos, o a la acreditación del otorgamiento de la licencia de radiodifusión, *bajo apercibimiento de caducidad*⁶².

62. Por ejemplo la Ordenanza n° 14.048/94 de la Municipalidad de Morón o la Ordenanza n° 12.601 de la Municipalidad de General Pueyrredón.

3. Medidas extintivas de licencias o actos autorizativos en materia ambiental, urbanística y de edificación

Este rubro merecería un tratamiento diferenciado en otro estudio. Por ello nos limitaremos a poner de resalto algunas situaciones dignas de mención.

a) Ley N° 11.723, de la Provincia de Buenos Aires, en el Capítulo VIII, entre otras sanciones, determina, como de la mayor gravedad a la *caducidad total o parcial de la concesión, licencia y/o autorización otorgada* (Art. 70, inc.d) que puede acumularse a la clausura temporal o definitiva del establecimiento (inc. e).

b) Algo similar se explicita, bajo el equívoco término de *revocación* (del certificado de aptitud ambiental) en el régimen bonaerense de radicación industrial (Decreto N° 1741/96 reglamentario de la Ley N° 11.459; Art. 87 inc. d).

c) La caducidad de las licencias urbanísticas por lo común se encuentra asociada al transcurso de los plazos de iniciación, interrupción del derecho a edificar, a desarrollar un emprendimiento urbanístico de escala o a urbanizar por incumplimiento de los plazos fijados, que opera mediante su declaración formal, en un procedimiento con audiencia del interesado⁶³.

Aparte de la caducidad-sanción, la figura de la caducidad-decadencia entronca perfectamente en esta materia toda vez que el factor temporal es una de las condiciones a las que se subordina la eficacia y subsistencia de las licencias urbanísticas; su inobservancia, por ende, apareja aquella sanción⁶⁴. ¿Cuál es el fin de esta caducidad? El mismo del establecimiento de plazos para el ejercicio de las facultades urbanísticas: evitar la obtención de licencias con fines meramente especulativos, desvinculadas de la concreta decisión de edificar, urbanizar o instalar un determinado equipamiento. Los requisitos de la caducidad suelen ser:

La inexistencia de motivo que justifique el no uso del derecho contemplado en la licencia (v.gr. fuerza mayor u otro tipo de circunstancias imprevistas o inevitables⁶⁵) o actos o hechos de terceros. Hay que tener presente que de mediar esta imposibilidad de cumplir con el plazo conlleva una severa sanción, y que ésta debe ser apreciada con estrictez.

La previsión de la caducidad en los planes o disposiciones urbanísticas, aprobados por las ordenanzas municipales y, en su caso, en la misma licencia o autorización.

La declaración formal de caducidad en un procedimiento específico.

Ello sentado veamos algunos ejemplos en nuestro ordenamiento.

d) La Ordenanza General N° 214/77 de la Provincia de Buenos Aires, otorgaba un tratamiento especial a los *permisos de construcción* conferidos con anterioridad a la sanción del Decreto ley 8921/77 y de las normas locales dictadas en su consecuencia. Se

63. Así estaba previsto en el Art. 35.1 de la LS/92 de España, norma que pese a haber sido declarada inconstitucional, en la famosa sentencia 61/1997 del Tribunal Constitucional, fue incorporada por algunas Comunidades Autónomas a sus regulaciones locales.

64. En las legislaciones autonómicas españolas se fijan plazos: p.ej. el Decreto Legislativo 1/1990, Texto Refundido de las Disposiciones Vigentes en materia de Urbanismo de Cataluña, en los Arts. 223 y siguientes fija una serie de plazos residuales, a falta de precisión en las normas locales (planes o programas de actuación urbanística), transcurridos los cuales, en caso de no haberse comenzado o terminado las obras, según los supuestos, se opera la caducidad de las licencias (v.gr. dos años para la edificación en la parcela correspondiente a las áreas consolidadas o tres años en casos en que esté incluida en obras de urbanización).

65. Trib. Sup. Sent. de 24-7-95, RJ 6095.

permitía su subsistencia condicionada por plazos y cargas de actividad cuyo incumplimiento determinaba la caducidad. Entre otras, la incorporación definitiva y firme de materiales hasta un nivel de estructura como mínimo de una planta (es decir principio de ejecución de la obra) en un período de 6 meses, la finalización de las obras en los plazos que el Municipio acuerde a propuesta del interesado (Art. 4).

e) El Decreto N° 4931/88 de la Provincia de Buenos Aires, sobre la gestión, aprobación y ejecución de urbanizaciones de interés social consagraba, entre otras dispensas, la facultad de no observar las dimensiones mínimas para parcelas, unidades rodeadas de calles y espacios circulatorios, supuestas determinadas condiciones (art. 3) con el objeto de desarrollar estos planes sociales. La aprobación de los proyectos correspondía a la por entonces Subsecretaría de Urbanismo y Vivienda (Art. 7) en tanto que la Dirección de Geodesia tenía a su cargo dar su conformidad a los planos de subdivisión correspondientes (Art. 10). Ahora bien el Art. 15 prescribía que la aprobación “caducará siempre que no haya tenido principio de ejecución a los 180 días corridos contados a partir de la fecha de su inclusión en el programa”. Y agregaba “si caducara la aprobación a que alude el párrafo anterior, los planos de subdivisión” de estos proyectos que hubieran sido aprobados “...serán *anulados* por la Dirección de Geodesia, previa comunicación de su situación por parte de la Subsecretaría de Urbanismo y Vivienda”. He aquí una confusión, por cuanto, no mediando vicio alguno de legalidad, la anulación era una medida extintiva que no cabía utilizar.

f) El Código de Edificación de la Ciudad de Buenos Aires, en su numeral 3.1.1.7 alude a la “pérdida de los derechos de delineación y construcción, caducidad y archivos de los respectivos expedientes”. Es un ejemplo de la caducidad-decadencia que tiene lugar cuando durante un lapso de 3 años contados a partir de la fecha del registro de los planos y otorgamiento del respectivo permiso, la obra no tuviera comienzo. Ello importa la consiguiente pérdida de los derechos de delineación y construcción, así como la finalización del respectivo expediente, el que una vez dictado el acto pertinente es archivado.

g) Algo similar acontece con el Código de Planeamiento Urbano de la Ciudad de Buenos Aires, Ley N° 449. En lo atinente al régimen del *certificado de uso conforme*, que es menester requerir y tramitar para usar una parcela, edificio, estructura, instalaciones o parte de ellas con destino a cualquier de las actividades admitidas; (Art. 2.1.1.) el Código fija una vigencia de 180 días (2.1.4). Si al vencimiento del plazo el interesado no hubiese presentado el expediente de obra, o instalaciones o habilitaciones o la solicitud de categorización de las actividades para obtener el certificado de aptitud ambiental Ley N° 123, se produce la decadencia, pérdida de vigencia o caducidad del certificado. De modo similar, si el legajo se presenta incompleto, o si las observaciones que se le formularan no fueran corregidas en 60 días de su notificación, operará esa decadencia. En este caso hay una especie de plazo suplementario dado por el citado período de corrección, lo cual matiza la automaticidad predicable acerca de esta modalidad de extinción.

4. Figuras equivalentes bajo otras calificaciones jurídicas

En otras regulaciones sectoriales se establecen fórmulas de extinción administrativa de bienes jurídicos emergentes de actos favorables, *lato sensu*, que operan bajo otras denominaciones, aunque, por su consistencia, encuadran en la figura de la caducidad.

a) Así, la Ley N° 20.091 de Entidades de Seguros y su Control, en su Art. 48 prevé los supuestos de *revocación de la autorización* otorgada a las compañías de seguros. En muchos casos se trata un acto netamente sancionatorio homologable con la caducidad. Adviértase que procede cuando: a) el asegurador no inicie sus operaciones en el ‘término de 6 meses’ típico supuesto de *caducidad-decadencia*, o b) no cumpla con las normas sobre pérdida de capital mínimo, c) cuando no funcione de acuerdo a sus estatutos, entre otros.

b) Algo similar acontece con la Ley N° 21.526 de Entidades Financieras. Ella contempla la *revocación de la autorización para funcionar* (Art. 41 inc. 6) como una de las sanciones aplicables por el BCRA. De todos modos, conforme a lo dispuesto en el Art. 44 de la ley 21.526, texto según ley 24.144, aquella medida es aplicable a solicitud de las autoridades legales o estatutarias de la entidad (Art. 44 inc. a) por afectación de la solvencia o liquidez de la entidad que no sea susceptible de superarse por medio de un plan de regularización y saneamiento (inc. c, de la citada norma). Sería un supuesto vinculado a la *pérdida de condiciones subjetivas o de subsistencia*, más que a la producción de incumplimientos o la inobservancia de deberes o cargas.

c) Ley N° 24.241 reguladora del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones aborda una similar cuestión. En el Art. 71 diseña el régimen de *liquidación* de la Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP)⁶⁶. En tales circunstancias, el Art. 72 inc. a) prescribe que la Superintendencia debe “dictar resolución *revocando* la autorización para operar en la administración de un fondo de jubilaciones y pensiones...”. Y agrega: “esta resolución implicará la disolución por pérdida de objeto de la administradora y conlleva la caducidad de todos los derechos” de ésta y de sus directivos a administrar el fondo.

Aparte de las sanciones penales, el Art. 152 contempla sanciones administrativas por incumplimientos de las obligaciones de las AFJP. Ellas van desde el apercibimiento hasta la *revocación de la autorización para funcionar de la administradora* (inc. d). Más allá de su *nomen iuris* la figura mentada es la de la caducidad.

d) La ley N° 19.227 sobre Mercados de Interés Nacional determina un capítulo sancionatorio para los usuarios. Contempla penalidades más severa como la “*revocación del carácter de usuario*” (Art. 27 inc.d). Y similar catálogo de sanciones procedía en relación con los concesionarios de un mercado de este tipo (Art. 28). Es evidente que esta *revocación* participa del régimen descrito en los Arts. 17 y 18 de la LPA. Se asemeja a la caducidad-sanción.

e) En la Ley N° 23.661 sobre el Régimen Nacional del Seguro de Salud están normadas las sanciones que la ANSSAL puede aplicar. Van desde el apercibimiento hasta la *cancelación de la inscripción en el Registro Nacional de Prestadores* (Art. 43 inc. c) acto que es afín al de caducidad.

f) Una regulación análoga puede observarse en el Código Aduanero -Ley N° 22.415- en cuanto a la eliminación del Registro de Despachantes de Aduana, por faltas graves y reiteradas, o por no haber realizado operación alguna o el mínimo de operaciones que determinare la ANA de acuerdo con las características de las distintas aduanas (este último, un supuesto similar a la caducidad-decadencia) (Art. 45 inc. 2)⁶⁷.

66. Por ejemplo: (i) cuando se verifica una disminución en el capital de la AFJP inferior al mínimo legal establecido (Art. 63) y no se hubiere reintegrado en el plazo establecido, (ii) cuando se verifica dentro de un año un déficit de encaje en más de dos oportunidades, cuando no hubiere cubierto la rentabilidad mínima establecida en el Art. 86 de la ley, (iii) cuando la Superintendencia de AFJP hubiera verificado hechos de los que tengan previsto como sanción tal consecuencia, o (iv) cuando la AFJP hubiera entrado en cesación de pagos (incisos “a” a “f”).

67. Lo mismo se dispone en el Art. 98 (eliminación del Registro respectivo) para los importadores y exportadores.

g) De igual forma, la Ley de Pesca N° 24.922 penaliza con la “cancelación de la inscripción” los registros (Art. 51) y con la “cancelación de la habilitación para navegar” (Art. 62, inc. d) a propietarios y armadores.

h) La *cancelación definitiva*, es también una sanción que, entre otras, y en atención a la gravedad del incumplimiento, autoriza aplicar la Ley N° 25.163 sobre Designación y Presentación de Vinos y Bebidas Espirituosas de Naturaleza Vínica. Acto que puede recaer sobre “...(d)el uso de la Denominación de Origen Controlada, Indicación de Procedencia o Indicación Geográfica” (Art. 45 inc. d).

i) La Ley N° 22.375 de Habilitación y funcionamiento de establecimientos de faena de animales y elaboración de productos de origen animal, consagra también una sanción de *inhabilitación* definitiva (o temporaria) (Art. 4 inc. e), que equivale a la *caducidad* de la habilitación allí disciplinada.

j) A los señalados regímenes se asemeja el de la Ley N° 18.829 regulatoria de la actividad de las agencias de viaje. Según sus términos, a los titulares de las licencias puede llegar a caberles como penalidad administrativa hasta la *cancelación* de dicho título autorizativo (Art. 13, ley cit.).

k) En la Ley N° 24.481 t.o. 1996, dec. 260/96, sobre Patentes de Invención y Modelos de Utilidad pueden hallarse ejemplos del instituto bajo estudio. En ella se regulan los motivos de la *caducidad* de las patentes de invención y certificados de modelos de utilidad (Art. 62). Lo cual ocurrirá: (i) al vencimiento de su vigencia; (ii) por renuncia de su titular; (iii) por no cubrir el pago de tasas anuales de mantenimiento al que están sujetos, fijados los vencimientos respectivos (debiendo tenerse en cuenta que el titular cuenta con un plazo de gracia de 180 días para abonar el arancel actualizado, a cuyo vencimiento se operará la caducidad, salvo que el pago no se haya efectuado por causa de fuerza mayor); (iv) “cuando concedido el uso a un tercero no se explotara la invención en un plazo de dos (2) años por causas imputables al titular de la patente”. El primero y el cuarto supuestos son típicos casos de caducidad-decadencia; el tercero, de caducidad-sanción.

l) La Ley de cooperativas N° 20.337 prescribe que las infracciones a las normas aplicables harán pasibles a las entidades -entre otras sanciones- del “retiro de la autorización para funcionar” (Art. 101 inc. 3). Sanciones que se graduarán teniendo en cuenta la gravedad de la infracción, los antecedentes de la imputada, su importancia social o económica y en su caso los perjuicios causados.

m) Un ejemplo de caducidad decadencia lo hallamos en la Ley N° 25.192, norma que consagró un beneficio extraordinario equivalente a la remuneración mensual de los agentes Nivel A del SINAPA por el coeficiente 100 para los “causahabientes de las personas fallecidas entre el 9 y el 12 de junio de 1956, con motivo de la represión por el levantamiento cívico militar de esas jornadas o de su disidencia política” (así lo expresa el Art. 1°). La indemnización, de trámite especial ante el Ministerio del Interior, debe solicitarse dentro de los dos años de la fecha de entrada en vigencia de la ley “bajo apercibimiento de *caducidad*” (Art. 7).

n) El Decreto ley N° 6823/63 Productos Medicinales, ratificado por Ley N° 16.478, relativo a la importación y exportación de drogas y medicamentos en general, la producción, elaboración y comercialización en jurisdicción nacional de esos productos, así como la producción, elaboración y comercialización destinada al comercio interprovincial, etc. (Art. 1) entre otras prescripciones prohíbe la elaboración de productos fuera de los establecimientos habilitados por el Ministerio de Salud (Art. 3). Pues bien, el in-

cumplimiento de este requisito o la realización de actos vedados por la regulación aplicable conlleva la inhabilitación en el ejercicio de la profesión y la “cancelación de la autorización de venta de los productos en infracción o de aquellos compuestos en que intervengan elementos o sustancias cuestionadas”. Tales medidas se aplican en función de la gravedad y circunstancias de la infracción, sus proyecciones desde el punto de vista sanitario y los antecedentes del imputado. Vale decir, se exige un análisis para dictar el acto declarativo de la caducidad-sanción.

5. Servicios Públicos y actividades de Interés Público

En este campo sólo mencionaremos algunos ejemplos.

a) En materia de transporte son variados los supuestos en los que la caducidad integra el catálogo sancionatorio.

Así en materia de autotransporte público de pasajeros de jurisdicción nacional, la Ley N° 21.844 fija las bases del procedimiento aplicable frente a las transgresiones o infracciones a las disposiciones legales y reglamentarias en que incurran los prestatarios de esos servicios públicos. Estas penalidades van desde el apercibimiento hasta la “caducidad de los permisos” (Art. 1).

Sucesivas reglamentaciones han terminado de perfilar este régimen de penalidades administrativas (v. Decretos 696/92 t.o. dec. 2254/92, 2673/92; 656/94 253/95; 808/95; 1387/96) en el que es preciso distinguir entre el transporte que desarrolla su actividad bajo el régimen de servicio público y el de habilitación o autorización (v.gr. servicios de oferta libre). A semejanza de lo que ocurre con otros sistemas normativos de reciente factura, en el Decreto 1388/96, por el que se ha aprobado, en su anexo I, el Estatuto de la CNRT, se habilita al ente regulador (v. Art. 7) a propiciar *la suspensión y caducidad de los permisos y licencias para la ulterior resolución* de la autoridad de aplicación (actualmente, el Secretario de Transporte).

b) Un servicio urbano típico es el de taxis. La Ordenanza de la Ciudad de Buenos Aires, N° 41.185/87 que, con modificaciones, rige la actividad, exige para prestarlo, tanto la “*licencia de taxi* -calificada como permiso municipal que habilita la prestación del servicio (Art. 1° inc. c)- como la *habilitación del vehículo* (Art. 3)⁶⁸.

La aplicación del régimen de penalidades estaba asignada a la, por entonces existente, Justicia Municipal de Faltas. De acuerdo a la gravedad y reiteración de las infracciones cometidas por los titulares de licencia de taxi, pueden disponerse administrativamente sanciones de apercibimiento hasta *caducidad* del permiso (Art. 40 inc. c). Esta última procede cuando por la “*comisión de hechos dolosos en fraude a las normas de este régimen en perjuicio de los usuarios y/o de la municipalidad*”. A su vez el Art. 44 reza que “en todos los casos de plazos vencidos se procederá a *intimar al titular* ...con notificación fehaciente de que tendrá un plazo de treinta días para regularizar la situación, caso contrario se procederá a la *baja de la habilitación*”. Se trata de un supuesto equivalente al de la caducidad.

68. El servicio tiene una serie de fiscalizaciones y controles pautados, como v.gr. la inspección de la aptitud técnica (Art. 8 inc. k) o el contralor de seguros, pago de impuestos, libre de deuda de faltas, etc. (Art. 6) que debe efectuarse en oportunidad de la renovación anual o periódica de la licencia. Por otra parte el *reloj taxímetro* debe ser provisto por responsables habilitados a tal fin (Art. 12).

c) La actual Ley de radiodifusión N° 22.285 estatuye las sanciones a aplicar a los titulares de licencias de radiodifusión. Ellas comprenden la “*caducidad* de la licencia” (Art. 81 inc. a, apartado 5) sin perjuicio de otras, como la *inhabilitación* (inc. b, apartado 4). Las causales de caducidad (Art. 85) son:

- el incumplimiento grave o reiterado de la ley, de la ley de telecomunicaciones o de las estipulaciones consignadas en los pliegos de condiciones y en las propuestas de adjudicación;
- el fraude o simulación con que se desvirtúe la titularidad de las licencias;
- la realización y aprobación de una transferencia de cuotas o acciones que la ley prohíba;
- la ejecución de maniobras de monopolio;
- las declaraciones falseadas sobre la propiedad de los bienes afectados al servicio;
- la emisión de mensajes *terroristas*;
- la condena en proceso penal (art. 85)⁶⁹

Hay situaciones anteriores al momento de inicio de las transmisiones que pueden originar una declaración de caducidad⁷⁰ que, tal cual ha sido regulada, configura una medida que combina ciertos atributos de la caducidad-sanción con otros más cercanos a la caducidad-decadencia. Por ejemplo, en el Pliego de Condiciones para el otorgamiento de licencias para la instalación, funcionamiento y explotación comercial de servicios complementarios de radiodifusión, aprobado por Res. 725/91 del COMFER, aún vigente, se fija un plazo para la instalación y funcionamiento de tales servicios (12 meses, prorrogable por causa justificada por 6 meses más) (Art. 20). A su vez, en el Art. 21 se prescribe que dentro de los diez días hábiles de notificada la resolución por la que se otorga la licencia, el adjudicatario debe constituir un depósito en garantía del cumplimiento del montaje e instalación del sistema, según una tabla que la misma normativa prevé. Si no es constituido, la consecuencia establecida por la norma es la *caducidad* de la licencia adjudicada y la pérdida del depósito. Ambos efectos se producen *de pleno derecho* (Art. 23). Lo mismo ocurre cuando el licenciatario no incumple con la carga de instalación del servicio en los plazos arriba señalados (Art. 23)⁷¹.

d) Por último basta mencionar que en el régimen de telecomunicaciones, Decreto N° 62/90 y modificatorios, aprobatorio del Pliego de Condiciones del servicio telefónico (Anexo I, punto 13.10.1) la caducidad de la licencia es la sanción ciertamente más grave.

Como hemos dicho, ella podía recaer sobre el derecho a mantener por el plazo predispuesto el *régimen de exclusividad*, a más de ser factible su aplicación total o parcial (p.ej. una provincia determinada) y tiene cabida, entre otros casos, cuando se comprueba una reiteración de sanciones de multas o por incumplimiento de las metas del servi-

69. La caducidad debe ser dispuesta por el PE salvo para los servicios complementarios cuya extinción se atribuye al COMFER. (Art. 86). Paralelamente, la Res. COMFER 626/98 (ADLA LVIII-D-4353) estableció el Régimen de Sanciones aplicables; reformada por Res. 609/2001 COMFER (aprueba el texto ordenado; deroga las Res. COMFER 1413/96 y 60/97). Distingue entre faltas leves y graves. Luego realiza una escala progresiva de sanciones que aparecen reiteradas. Las *faltas graves* de los explotadores de servicios de radiodifusión pueden sancionarse con la caducidad de la licencia.

70. Estos son -y eran bajo el régimen del decreto 1577/69- casos de caducidad en forma directa, sin necesidad de sumario previo. Tau Anzoátegui critica la exención del sumario, porque la gravedad de la sanción exige la audiencia previa (Cf., TAU ANZOÁTEGUI, Carlos, A., *Derecho de la radiodifusión*, Bs. As. 1998, p. 397). Por ejemplo, señala que pueden concurrir razones de caso fortuito o fuerza mayor que impidan a la emisora concluir los requerimientos previos para la habilitación.

71. Otra causal de caducidad es la falta de constitución en el plazo legal de 180 días, de la sociedad que ha de explotar la licencia (Art. 29).

cio obligatorio. La *caducidad de la licencia*, 13.10.6 del Pliego, estaba prevista para situaciones de incumplimiento grave de las obligaciones, siendo de aplicación luego de haberse impuesto la caducidad total del régimen de exclusividad, o la interrupción total o parcial reiterada del servicio. Además, el Pliego estableció con precisión las consecuencias y alternativas a seguir en caso de decretarse la caducidad⁷².

A su vez, el Decreto 1185/90 dispone que la Comisión Nacional de Comunicaciones tiene competencia para la declaración de caducidad (así como el otorgamiento) de las licencias a las que no corresponda régimen de exclusividad” (Art. 9 inc. a) o de *las autorizaciones y en su caso los permisos* (inc. c). En tanto que el Art. 25 impone sujetar la declaración de caducidad de las licencias, autorizaciones o permisos por el Poder Ejecutivo Nacional o la CNC, según el caso, a “...*las reglas del debido proceso adjetivo, en particular las contenidas en la Ley de Procedimiento Administrativo*”.

e) Inscripta en la dinámica contractual, la caducidad de las concesiones puede ser modulada a través de un instrumento predispuesto por la Administración con carácter general o, aún, de pacto específico, supuesta una cierta laxitud en el marco normativo de base⁷³. Para cubrir el vacío de la falta de la interpelación previa parece pertinente extender aplicación de la norma del Art. 21 de la LPA.

En tal sentido, Cassagne no encuentra obstáculo en extender la causal del Art. 21 de la LPA a los contratos de concesión, en la medida en que no hubiere prescripciones específicas en la legislación o en los documentos que rigen tales concesiones. Y añade que con arreglo a aquel precepto, que a su juicio comporta un típico medio de resolución o rescisión unilateral que dispone la Administración frente al incumplimiento de alguna obligación esencial por parte del concesionario, con el fin de preservar el servicio o la explotación de la obra pública, el principio es que la resolución contractual no se produce *ipso iure*. De ello se deriva la inaplicabilidad al derecho administrativo del Art. 1204, 3ª parte del Código Civil, en cuanto contempla la posibilidad de pactar la rescisión de pleno derecho⁷⁴.

VI. ELEMENTOS JURÍDICOS DE LA DECLARACIÓN DE CADUCIDAD

1. Subjetivos

El Art. 21 de la LPA dice *la Administración podrá declarar* con lo que es claro que el órgano competente puede decidir y disponer (Art. 12, LPA) el acto de caducidad. La autoridad administrativa tiene un margen de apreciación que está reforzado en el texto al consignar el vocablo *podrá*.

72. Entre otros en los apartados 13.10.3.2; 13.10.6; 13.10.5.2; 13.10.7.1 ; 13.10.7.2 ; 13.10.7.3; 13.10.7.4.; 13.10.7.5; 13.10.7.6; 13.10.7.7; 13.10.7.8; 13.10.7.9, 13.10.7.10; 13.10.7.11; 13.10.7.12; 13.10.7.13 del Pliego respectivo.

73. Sin utilizar el *nomen* caducidad, el régimen previsto en los Contratos de Concesión de Servicio Público de Transporte de Energía Eléctrica, celebrados bajo el régimen de la Ley 24.065, contempla un procedimiento singular para la *ejecución de la garantía* por incumplimientos graves de la empresa transportista, que exige para su configuración la intimación y el otorgamiento de un plazo razonable para subsanar los defectos (V., Art. 30, Contrato citado) y, en su caso, la *venta por el Concedente de las acciones prendadas* (Art. 31).

74. Conf. “El Contrato ...” *cit.*, p. 102 nota 39.

En el campo regulatorio de ciertos servicios públicos y de actividades de interés público, suele establecerse una distinción competencial a la hora del tratamiento de la caducidad-sanción, entre la *propuesta o iniciativa* para el pronunciamiento de la caducidad, asignada al ente regulador, y el acto declarativo de la caducidad, competencia de la autoridad de aplicación o titular de la Administración⁷⁵.

2. Objetivos

a. ¿Qué es lo que dispone el acto de caducidad? ¿Sobre qué bienes jurídicos recae? ¿Y en cuáles supuestos típicos procede?

Ciertamente, la caducidad extingue el acto administrativo con el efecto de gravamen al que antes nos hemos referido, por incumplimientos o inejecuciones de deberes o cargas, impuestas en el interés de la Administración, de terceros (v.gr. usuarios) o del propio incumplidor, privando al interesado del disfrute de un bien jurídico. Como excepción, bajo algunas regulaciones sectoriales, se acude a esta modalidad por motivos de índole objetiva, referidos a la frustración o la imposibilidad de obtener la finalidad pública perseguida por la Administración al otorgar el acto cuya extinción se dispone, sin repararse mayormente en la conducta observada por el interesado.

La caducidad actúa sobre las consecuencias jurídicas de actos favorables o ampliativos generadores de relaciones jurídicas administrativas, aun de sesgo bilateral, o bien sobre las consecuencias de vínculos contractuales, o sobre títulos de atribución exigidos para el ejercicio de derechos o para la delegación de cometidos de preferente interés público. Esos actos, como se ha dicho ya, han de ser de efectos singulares, no normativos o reglamentarios.

De allí que el campo de aplicación más corriente esté conformado por:

- Las relaciones de fomento.
- Las concesiones de uso de bienes del dominio estatal.
- Las licencias o autorizaciones urbanísticas.
- Las autorizaciones de funcionamiento.
- Las habilitaciones.
- Las concesiones y licencias de servicios públicos.
- Excepcionalmente, supuesto que en estos vínculos anteriores no se refleje con cabalidad, en relaciones especiales de sujeción.

75. Así, tanto el Estatuto de la Comisión Nacional de Regulación del Transporte (Decreto 1388/96), el Marco Regulatorio Eléctrico, como el similar del Gas, Leyes n° 24.065 (Art. 56 inc. h) y n° 24.076 (Art. 52 inc. j), respectivamente, se atribuye a los correspondientes entes reguladores la *propuesta* de la caducidad. Y al Poder Ejecutivo u órgano correspondiente de la administración activa compete dictar el acto extintivo. El problema se suscitara si el acto resolutorio del P.E.N o autoridad competente de aplicación no está precedido de la propuesta o si se aparta de ésta. La propuesta, como el dictamen, son actos preparatorios de carácter esencial, que, de un lado, deben ser expedidos (salvo que en situaciones de urgencia comprobada existiere una inercia inexcusable o la imposibilidad de funcionamiento del organismo regulatorio) y que, por lo menos, agravan la carga motivadora de la autoridad competente para resolver. En el caso de la radiodifusión, el Poder Ejecutivo dispone las caducidades de las licencias cuyo otorgamiento le compete (p.ej. las de televisión abierta; Art. 39, inc. a, Ley n° 22.285); y lo propio cabe para el COMFER (p.ej. los denominados servicios complementarios de radiodifusión como la TV por cable; Art. 39, inc. b, Ley n° 22.285) conforme al Art. 86 del mismo texto legal, que recoge el principio del *paralelismo de las competencias*.

b. El presupuesto objetivo o material básico de la declaración de caducidad se afina en el incumplimiento de obligaciones, prestaciones o condiciones *esenciales*, impuestas por las normas de aplicación o fijadas en el propio acto cuyos efectos se extinguen. Trátase, pues, de una transgresión u omisión *injustificada* (culpable, *lato sensu*), en rubros principales o definitorios para la Administración (v.gr. pago del canon por la concesión de uso del bien), atribuible o imputable a la persona ha de ser desalojada de su situación subjetiva⁷⁶.

c. Acotemos algo más sobre el contenido principal del acto de caducidad. En primer lugar, ya se ha dicho que incide sobre la subsistencia de un bien jurídico de la persona vinculada con la Administración en el marco de una relación jurídico administrativa particular (que no necesariamente genera prestaciones recíprocas y fluentes de una parte a favor de la otra). Y puede hacerlo sobre esta situación subjetiva *in totum* o sobre algún aspecto de ella. Valga el ejemplo de la caducidad prevista en el régimen originario de la privatización del servicio telefónico (Decreto N° 62/90) que preveía una secuencia sancionatoria que comenzaba por la caducidad en la situación de exclusividad que beneficiaba a las licenciatarias del servicio básico -que rigió durante el primer tramo de la licencia- y que podía concluir con la caducidad de la licencia misma.

La medida extintiva puede conllevar, a la vez, la aplicación de sanciones accesorias o aparejar consecuencias de índole complementaria (p.ej. en la Ley ambiental general de la Provincia de Buenos Aires, N° 11.723, en su art. 70, junto con la *caducidad* contempla la aplicación de la *clausura* del establecimiento involucrado). Y, desde luego, deja subsistente la pretensión para el resarcimiento de los daños, que puede ejercer la Administración.

El Art. 21 de la LPA apunta a la declaración de caducidad de un acto administrativo cuando el interesado no cumpliera las condiciones fijadas en el mismo. ¿Qué quiere decirse con la expresión *condiciones fijadas*? Gordillo apunta que el enunciado hace referencia a las obligaciones que el acto imponga al particular destinatario⁷⁷. Como vimos, el defecto de redacción de la norma ha sido corregido en la versión consignada en la LPA de la Ciudad de Buenos Aires (Art. 21).

Estimamos necesario superar una inteligencia meramente literal o estrecha en la interpretación del precepto. Independientemente de lo dispuesto en el acto cuyos efectos sean extinguidos o declarados caducos, las condiciones u obligaciones referidas puedan ser tanto las determinadas en él, cuanto aquellas otras que resulten de la aplicación de normas superiores o correlacionadas con dicho acto (v.gr. leyes, reglamentos, pliegos, contratos, etc.). Más aún, esto último ocurrirá muchas veces. En las concesiones, autorizaciones, licencias o habilitaciones, las obligaciones y cargas impuestas al interesado, así como las sanciones (incluida la caducidad) por su incumplimiento se incorporan a complejos normativos en los que encaja -y a los que debe sujetarse- el acto de concesión, autorización, dispensa o habilitación.

76. En ocasiones, la jurisprudencia ha calificado tal comportamiento (refiriéndose a la caducidad de un permiso de edificación) como una sanción que adoptada ante el incumplimiento grave y culpable de obligaciones esenciales del administrado" (SCBA, B-47.881, "Lovardo"; B-47.882, "Ravinovich").

77. "A menos que se quiera interpretar el artículo en el sentido de que la caducidad sólo procede si el incumplimiento se refiere a obligaciones del interesado que fueron condición del otorgamiento del acto. Pero tampoco creemos que esta interpretación sea correcta, pues no se estaría hablando de una condición en sentido jurídico, ya que no lo sería ni suspensiva ni resolutoria. En lugar de *condiciones fijadas*, pues, ha de entenderse simplemente *obligaciones impuestas* (*Ob. cit.*, XIII-19).

Por ello, la LPA de Neuquén (v. *supra* 3) resuelve con mayor sabiduría esta cuestión, al no limitar la fuente de las obligaciones o condiciones al acto favorable objeto de la extinción. Idéntica interpretación se corresponde con el Art. 21 de la LPA de la Ciudad de Buenos Aires.

En fin, lo importante es tener presente que, con mayor o menor laxitud, las causales de caducidad han de estar objetivadas en una norma preexistente al acto extinguido (ley, reglamento, pliego de bases y condiciones, contrato, según el caso). O, a lo sumo, en el mismo acto de otorgamiento del derecho o beneficio otorgado. Pero siempre antes del incumplimiento que la Administración pretenda invocar a los fines de la declaración de caducidad.

d. Porque involucra el ejercicio de una potestad pública, en la declaración de caducidad, la Administración debe observar los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad.

Sobre el punto, la Suprema Corte provincial ha tenido ocasión de trazar adecuadas líneas interpretativas en un precedente de una década atrás⁷⁸. El tribunal⁷⁹ tuvo en cuenta que el acto revestía el carácter de una sanción por supuestos incumplimientos del continuador del concesionario original. A partir de lo cual, y al valorar la gravedad de la conducta reprochada, consideró que las faltas no reunían entidad suficiente para justificar la determinación extintiva. Por otra parte, entre otros elementos, valoró que el continuador había explotado la unidad balnearia *por casi siete años sin merecer objeciones a su desempeño ni incumplir el pago del canon*. De allí que la Administración al declarar, tanto tiempo después, la caducidad por la ausencia de aquellos elementos documentales, había incurrido -a juicio de la Corte provincial- en un verdadero exceso y, por su desproporción, que dicho acto se tornaba manifiestamente irrazonable. En el entendimiento del fallo, la razonabilidad del acto de caducidad debía centrarse en la “*la comprobación de incumplimientos graves y culpables ...del particular*”. En definitiva, la medida extintiva carecía de *...un justo motivo*⁸⁰.

Sintetizando: en el ejercicio de la potestad administrativa que venimos examinando, el *test* de razonabilidad, como el de *proporcionalidad*⁸¹ (entre la falta y la sanción) inherente a aquélla, debe estar presente a la hora de disponer una caducidad.

e. Reconocerle a la Administración un cierto margen de maniobra para apreciar la pertinencia de la medida, contribuye no sólo al resguardo de los derechos subjetivos de quienes han accedido a una autorización, licencia o concesión, sino también a la mejor satisfacción de los intereses generales. Así, p. ej., en las concesiones de servicios públicos, el principio de continuidad podrá inclinar la balanza a favor de la salida menos drástica frente a una crisis prestacional, evitando la caducidad. De tal modo, el carácter sancionador de este acto queda en cierto entredicho cuando el órgano administrativo,

78. SCBA, causa B-50.010 *Herederos de Amalia del Carmen Gómez de Valenzuela c/Municipalidad de General Alvarado*. DCA, sent. de fecha 17-10-90. Se trataba de un caso en el que los herederos del concesionario de una unidad fiscal balnearia, que habían solicitado y obtenido la continuidad de la concesión de uso, conforme al Pliego de Bases y Condiciones, impugnaron una declaración de caducidad dispuesta por el Municipio sobre la base de un informe administrativo en que se señalaba que aquéllos no habían acompañado unas constancias y planillas referidas a las capacidades económico-financieras y comerciales, que se hallaban expresamente previstas en la Documentación licitatoria.

79. Que descartó, en primer término, que la decisión involucrada (cese de la concesión) se hubiera fundado o no en la ilegitimidad del acto que convalidó la continuidad en la explotación del balneario.

80. Con cita de los precedentes de la SCBA en las causas B-48.179, *Fryd*, de 29-VI-82 y B-47.879, *Nebenschoss* de 19-2-90.

81. Cf., BREWER CARÍAS, Allan R., *Principios del procedimiento administrativo*, Madrid 1990, pp. 72 y ss.

valorando este tipo de exigencias o motivaciones de interés general, no se pronuncia por la extinción, existiendo causas objetivas para hacerlo⁸². Igualmente, en materia urbanística se han dado casos en que la Administración optó por la rehabilitación de licencias que, estando incursas en caducidad⁸³, no eran formalmente declaradas como tales, precisamente por motivos de interés público⁸⁴.

En esta misma línea de razonamiento, la Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido que la Administración tiene la potestad de valorar las circunstancias y motivaciones que invocara el interesado para verificar si hay razones justificativas del incumplimiento⁸⁵.

Todo ello inhibe la automaticidad en la solución legal o en la aplicación de la sanción de caducidad⁸⁶.

f. En vínculos contractuales, las causales de extinción deben provenir de norma expresa del acuerdo negociado o predispuesto. La única causal que cabría admitir en la lógica contractual, pública o privada, en defecto de estipulación expresa, podría ser el *distrauto* o la resolución de común o mutuo acuerdo⁸⁷.

3. De procedimiento

a. El procedimiento ordinario de la declaración de caducidad tiene un trámite esencial que es la *intimación previa* integrada con el adicional *emplazamiento* (concesión de un plazo suplementario) que la Administración debe efectuar al interesado, a fin de que éste pueda superar el estado de incumplimiento o inexecución obligacional. Trámite que deberá concretarse por medio de un acto expreso, debidamente notificado al interesado, potencial destinatario de la declaración de caducidad.

b. En torno a la observancia de este recaudo se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Hermes Francisco, Borgo c. Junta Nacional de Granos*⁸⁸. Se cuestionaba la legitimidad o, visto de otra manera, el grado de invalidez, de una resolución de la Junta Nacional de Granos que había dejado sin efecto el acto de reincorporación al organismo de un agente por no haber tomado posesión del cargo. Aquella resolución extintiva había sido dictada sin previa intimación ni concesión de plazo suplementario alguno al afectado.

82. Cf., RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, *La caducidad en el derecho administrativo español*, Madrid 1993, pp. 40, 41 y ss.

83. Cf., RODRÍGUEZ ARANA, *cit.*, pp. 242 y ss.

84. Sobre esta cuestión mucho tiempo atrás la Corte ha sostenido que, tratándose de concesiones otorgadas por la Nación, *la caducidad está sometida al criterio y apreciación de la Nación misma, según considere que subsisten o no los motivos de utilidad general que fundaron aquéllas*, sin que ningún interés de orden privado pueda sobreponerse a las consideraciones y voluntad del concedente (Fallos 114: 124; 124: 626).

85. PTN, Dictámenes, t 148: 204, de fecha 6-3-79.

86. Este criterio que, ha sido aplicado por la Procuración del Tesoro en el análisis de las decisiones a adoptar en materia de relaciones de fomento, se relaciona también con la reconocida facultad administrativa de aceptar modificaciones en los planes industriales, con base a la doctrina de Dictámenes 132:163; luego sostenida en 157:248.

87. Con todo, no parece impropio aplicar en determinados supuestos, como norma supletoria, el Art. 21 de la LPA, pues su regulación, con las garantías que ofrece al interesado, debiera prevalecer sobre la extensión analógica de normas del derecho privado, tales como los Arts. 509 y 1204 del Código Civil.

88. CFCAs Sala IV, sent. 19-6-84; CSJN Fallos 308:108, sent. de 13-2-86.

La sentencia de Cámara, contraria a la pretensión, consideró que esa omisión de procedimiento generaba en el acto extintivo una *mera anulabilidad subsanable*, criterio compartido por el Procurador General de la Nación⁸⁹.

La Corte Suprema se inclinó por una solución diferente, revocando el pronunciamiento del tribunal inferior⁹⁰. En su fallo sostuvo que la caducidad decretada reconocía como fundamento *una conducta reprochable* del agente. Y que requería de la interpelación para que al empleado pudieran aplicársele los efectos propios del retardo imputable en la esfera de relación de empleo público. La falta de este requerimiento, a juicio de la Corte, determinó la nulidad del acto por el vicio de violación de la ley (Art. 14 inc. b, LPA)⁹¹.

En nuestra opinión, la ilegitimidad apuntada encuadra, principalmente, en la inobservancia de un procedimiento esencial (Art. 14 inc. d, LPA)⁹².

c. Por esta última solución (nulidad absoluta de la caducidad que omite la previa intimación, por violación de una formalidad esencial del procedimiento, Arts. 7 inc. d y 14 inc. b, LPA) se ha inclinado la Procuración del Tesoro⁹³.

d. Las consideraciones anteriores tienen cabida en el terreno de los principios generales. Pero no es improbable que su virtualidad ceda ante específicas y justificadas normas administrativas.

89. Ambos tuvieron en cuenta, además, el tiempo transcurrido entre el acto que había decidido la reincorporación y aquel que resolvió luego dejarlo sin efecto; lapso que para la Cámara había podido hacer creer a la Administración que no era menester el cumplimiento de tales recaudos.

90. El Alto Tribunal consideró que "...*aceptado que el régimen jurídico imponía el cumplimiento de una intimación a los efectos de constituir en mora al agente... la demora en que se hubiera incurrido al asumir el cargo correspondiente carecía de relevancia jurídica y no podía válidamente sustentar la legalidad del obrar administrativo ni atenuar los defectos de un acto que presuponia el cumplimiento de aquella exigencia*" (Cons. 5°).

91. En otro caso, diferente y encuadrado en un régimen especial (de la ley 22.529) la Corte Suprema, a los fines pronunciarse por la ilegitimidad del obrar extintivo (acto de revocación de la autorización bancaria fundado en el fracaso del plan de saneamiento presentado ante el BCRA) pareció exigir al impugnante la demostración del agravio que había significado la omisión del respeto o el establecimiento de plazos adicionales con el objeto de evitar la resolución de gravamen, en la medida en que no se había argumentado una hipotética solución distinta de haberse contactado con ellos (*in re* Banco de Ultramar S.A., de 28-6-88, Fallos 311: 433).

92. En un fallo judicial más reciente se ha reafirmado la obligatoriedad de la intimación y la concesión de un plazo suplementario, que establece el Art. 21 de la LPA. En el caso, el actor cuestionada una resolución de Lotería Nacional S.E. por la que se había extinguido el contrato de agencia oficial de la que era titular, por no haber cumplido con el monto mínimo promedio de recaudación que se había fijado. El agravio del actor se centró en que la medida (denominada *revocación*) se había adoptada sin aviso previo, lo cual le hubiera permitido tomar alguna determinación para evitar la cancelación de su estatus de *agenciero*, a pesar de que en el contrato respectivo las partes no habían impuesto esa *puesta en mora*. La Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, por su Sala I, consideró que la omisión del emplazamiento legal (Art. 21, LPA), entre otros vicios que declara probados, afecta la validez del acto extintivo. Porque, como dice, "...de haber mediado la intimación previa y ante la consecuencia a la podría llevar persistir en el incumplimiento de la exigencia, bien pudo el actor haber intentado redoblar esfuerzos para alcanzar el mínimo exigido o, en caso de resultarle imposible, pudo haber adoptado medidas alternativas, como la alegada eventual cesión de los derechos y obligaciones del contrato... con la hipotética posibilidad de obtener una lleve por la venta del fondo de comercio, impidiendo o restringiendo la negativa incidencia sobre su patrimonio que es susceptible de provocar la caducidad decretada por la Administración" (Expte. n° 28.936/99 *Lapeña, Francisco c/Lotería Nacional S.E. -Resol. 263/99 s/amparo Ley 16.986 de 22-2-00*)

93. Dictámenes t 200: 14 (parecer emitido el 9-1-92. expte. 3294/87). En el caso aludido se había declarado la caducidad de la resolución de la Subsecretaría de Pesca que había aprobado un proyecto pesquero presentado por una empresa del sector, inicialmente aprobado y materializado a través de un permiso de pesca, a realizarse con dos buques. La medida extintiva se había dispuesto a pesar de que el beneficiario había solicitado sucesivas prórrogas (así como el reemplazo de los buques por otros) alegando *dificultades objetivas que le impedirían comenzar o desarrollar el proyecto*.

Así, en materia tributaria o de ingresos públicos en general, las disposiciones que regulan las moratorias o los planes de facilidades de pago o los convenios de pago de deudas impositivas en cuotas, suelen encadenar una caducidad automática al vencimiento impago de una o más cuotas de los planes que suscriben los contribuyentes deudores o dar el carácter de condición resolutoria a ciertos incumplimientos de quienes se acogieron a dichos planes (v.gr. el régimen de las Ley N° 12.937 de la Provincia de Buenos Aires; Res. 1405/01 de la Dirección de Rentas de la Ciudad de Buenos Aires; la Res. AFIP 4383/00)⁹⁴. Con esta misma línea de razonamiento, en algún fallo jurisprudencial se ha considerado innecesaria la emisión por parte de la D.G.I. de un acto administrativo que declare operada la caducidad, dado que ésta se había producido de *pleno derecho*⁹⁵.

7. Como hemos visto en ciertos procedimientos administrativos correspondientes a los regímenes sectoriales, la caducidad se exhibe como el eslabón final de un trámite sumarial, a sustanciarse con plena audiencia del interesado. Estos trámites, en principio, dejan de lado la aplicabilidad de los procedimientos que impone el Art. 21 de la LPA.

VII. APUNTES COMPLEMENTARIOS

Para concluir la descripción general del instituto cabe examinar brevemente algunos aspectos complementarios.

1. Concurrencia de causales de revocación y de caducidad

a. Sin tratarse de un supuesto habitual, puede suceder que en una determinada situación confluyan en un mismo acto administrativo las razones para revocarlo por ilegitimidad o, según el caso, por inoportunidad, con las que permitirían declarar su caducidad. Por ejemplo, si al tiempo de decidirse la sanción extintiva el órgano administrativo descubriera un vicio de origen en acto, que, además, era de conocimiento del beneficiario. O cuando coincide un cambio de valoración del interés público implicado con la configuración de supuestos que podrían dar lugar a la caducidad.

Cierto es que estos ejemplos se enuncian en el modo más simplificado y lineal posible; y que la realidad es mucho más compleja, lo que descarta la aplicación de criterios rígidos. Con todo, en líneas generales, parece útil marcar algunos trazos gruesos en este asunto. Y, así, cabe sostener que:

(i) Si la convergencia se da entre vicios de legalidad y faltas generadoras de la caducidad-sanción, el principio de legalidad impone al órgano administrativo una precisa determinación de la juridicidad o invalidez de origen del acto en cuestión. En caso de descartarse el ejercicio de la potestad anulatoria por tratarse de un acto válido o regular, recién entonces la Administración debería enderezar su accionar hacia la declaración de caducidad.

94. Por su lado, la Res. n° 321/00 de la Secretaría de Comunicaciones, ha previsto la caducidad de *pleno derecho* de las autorizaciones o permisos para operar sistemas, estaciones y servicios radioeléctricos, por falta de pago. De igual modo, en el régimen de regularización de deudas por sanciones dispuestas por la autoridad de aplicación en materia laboral en la Provincia de Buenos Aires, aprobado por Decreto 1385/01 se establece la caducidad automática del plan de cuotas, en caso de incurrirse en mora en el pago de tres de ellas consecutivas o cinco alternativas (Art. 6°, Dec. *cit.*).

95. CNCAF, Sala I, cauda 6138/97, "Davisa S.A." de 5-8-97.

(ii) Si concurre una valoración negativa del interés general comprometido en la subsistencia del acto (a los fines de la revocación por inoportunidad) y el incumplimiento grave del interesado, se impone, antes que nada, atender a la configuración de las causales de caducidad. Pues, de hallarse reunidos sus recaudos, la Administración deberá ejercer la potestad sancionatoria, no sólo por imperativo legal, sino por cuanto sería difícilmente compatible con el interés público eludir su ejercicio e incurrir, además, en el coste de las indemnizaciones que aparea la revocación por inoportunidad.

b. La Procuración del Tesoro de la Nación ha tenido ocasión de examinar un mismo acto extintivo de situaciones subjetivas, desde la perspectiva revocatoria y desde la que ofrece la caducidad⁹⁶. En el caso, se trataba de un agente que había sido designado en una entidad pública federal, cuyo nombramiento fue considerado irregular, por no acreditar la condición de ciudadano argentino⁹⁷.

El órgano de asesoramiento, que había afirmado la pertinencia de la potestad revocatoria (Art. 17, LPA) en un *obiter dictum*, añadió que parecía aplicable al caso el art. 21 de la LPA. Ello por cuanto la designación del funcionario había sido efectuada “...*sujeta a que el nombrado -beneficiario con su incorporación a la planta del personal permanente- diera satisfacción a las exigencias legales en lo que a la nacionalidad refiere: se trataba de una condición implícita, a cuyo cumplimiento fue intimado en numerosas ocasiones, habiéndosele acordado al efecto plazos suplementarios por demás razonables*”.

Si bien compartimos la idea general del dictamen, no podemos dejar de llamar la atención sobre los conflictos a que puede dar lugar la afirmación de la existencia de alguna *condición implícita*, a los fines de la aplicabilidad del Art. 21 de la LPA.

2. Efectos de la caducidad

a. Según lo comentáramos al comienzo, la caducidad proyecta sus consecuencias *ex nunc*. De todos modos, estos efectos se manifiestan de manera consistente con la condición jurídica del acto extinguido. Así, cuando opera sobre una habilitación implica la imposibilidad de continuar realizando la actividad. Cuando recae sobre la concesión de un bien del dominio público, suprime el derecho real administrativo que gozaba el concesionario⁹⁸.

96. Lo hizo en el dictamen registrado en el tomo 146: 522, de su Colección de Dictámenes. Expte 80250, del 29-9-78.

97. Se había violado el art. 3 del decreto ley 6666/57, a la sazón aplicable al caso, por tratarse de un ciudadano paraguayo.

98. Cf., VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t 4, Bs. As. 1954, pp. 271. Por otra parte, como lo ha sostenido la Corte Suprema en un antiguo pronunciamiento, la caducidad de la concesión no puede tener más consecuencia que la de privar al concesionario del derecho de hacer aquello mismo que el acto de concesión le otorgaba como privilegio (o como derecho, diríamos ahora), esto es, la facultad de ejercer su actividad futura en esa parte de la administración pública que, dentro de ciertos límites, le había sido delegada (CSJN, t 141:190, sent. de 18-4-22).

b. En diversos regímenes la caducidad apareja sanciones accesorias o complementarias⁹⁹. Por ejemplo, la inhabilitación para ser permisionario o concesionario de la Administración o la interdicción no ya al titular del beneficio, autorización, permiso, etc., sino al profesional actuante.

c. Finalmente, por principio, la declaración legítima de caducidad, a diferencia de la revocación por interés público (Art. 18, LPA) no genera derecho a indemnización por parte de la Administración.

VIII. CONCLUSIONES

La caducidad a la que nos hemos referido preferentemente en esta ponencia (*caducidad-sanción*) ofrece las siguientes notas características:

a. Es un modo extintivo de actos administrativos vigentes, susceptible de modulación por la administración pública en el diseño reglamentario con base legal o en las estipulaciones consignadas en actos ampliativos o en dispositivos contractuales.

b. Actúa sobre los efectos jurídicos de los actos de alcance singular, válidos, favorables y en perjuicio del destinatario.

c. Opera por lo general sobre autorizaciones, habilitaciones, licencias o permisiones que facilitan una actividad o uso, actos cuyos efectos se hallan en curso de ejecución al tiempo de su dictado.

d. En principio, genera sus consecuencias hacia adelante; a menos que como producto de la sanción deba evitarse un enriquecimiento indebido del incumplidor (v.gr. restitución de subsidios o beneficios promocionales) por lo que el reintegro puede ser un accesorio procedente.

e. Supone un título válido o no irregular en su origen en el ejercicio de los derechos luego caducos.

f. No es aplicable frente a las omisiones o incumplimientos menores, o de obligaciones accesorias o prestaciones no esenciales, o ante la realización de faltas aisladas, no reiteradas.

g. Exige, por vía de principio, la acreditación de conductas culpables y de gravedad, consistiendo en una reacción a modo de sanción rescisoria, aun cuando, excepcionalmente, puede actuar por causas objetivas no culpables, como la pérdida de ciertas condiciones de interés público bajo las cuales fue otorgado el acto favorable.

h. También requiere de acto expreso; no hay posibilidad de caducidad automática, sin declaración de voluntad administrativa.

i. A falta de regulación en sentido contrario, exige de la intimación para constituir en mora al incumplidor y la concesión de un plazo suplementario para que cumpla la prestación debida o regularice la situación.

99. SCBA, Causa B. 50.701, *Alvarez de Allue, Inés contra Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa* de 29-12-92. En esa sentencia se trató -y consideró ajustada a derecho- la desestimación de una oferta presentada por una persona que había formado parte de una sociedad cuya concesión de uso fuera caducada por falta de pago de canon, por la autoridad licitante. En el Pliego de Bases y Condiciones se había dispuesto la inhabilitación por un período de 4 años.

j. Como acto administrativo, su razonabilidad está ligada, básicamente, a la *proporcionalidad* que debe observar entre la gravedad de la infracción cometida, los intereses en públicos y privados presencia y el contenido de la privación que ha de provocar o de la actividad que ha de interrumpir o afectar.

k. Las causales de caducidad pueden haberse dispuesto en el acto de otorgamiento del status subjetivo o tener soporte en disposiciones o acuerdos que lo complementan o informan; mas siempre han de estar pautadas en una norma legal, reglamentaria o incluso contractual, anteriores, a la que aquél se ajustó.

l. Por fin, la declaración válida de la caducidad no genera, por vía de principio, el deber de indemnización por parte de la Administración.

V. LOS CONTRATOS DEL ESTADO

§ 77. LA MUTABILIDAD DE LA FIGURA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Rafael Gómez-Ferrer Morant
Catedrático de Derecho Administrativo. España

I. INTRODUCCIÓN

Una de las características del Derecho Administrativo es su sensibilidad a la configuración del Estado en cada momento histórico, y a las ideas políticas predominantes en cada época e incluso en el Gobierno del momento, dado que el pluralismo político es uno de los valores propios del Estado democrático.

De ahí que en las instituciones del Derecho Administrativo se refleje una línea de evolución continua que es perceptible en cada época e incluso en períodos muy cortos de tiempo.

De esta forma, si tomamos en consideración el contrato administrativo podemos efectuar afirmaciones aparentemente tan diferentes como las siguientes:

- el contrato administrativo se configura inicialmente, a mediados del s. XIX, como un contrato privado con modulaciones.
- el contrato administrativo se configura como una institución jurídica substantivada en la Ley de Contratos del Estado de 1965, y también, a partir de la Constitución, en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995.
- existe una línea de tendencia que coexiste con la anterior, claramente perceptible en el momento actual, a volver a configurar determinados contratos de obras públicas como un contrato privado con modulaciones.

Y por otra parte, debe señalarse que la regulación de los contratos de las Administraciones Públicas se encuentra lejos de haber llegado a una fase de estabilidad. Cada año se modifica la Ley de Contratos de 1995 por medio de las denominadas *Leyes de Acompañamiento* que son *Leyes de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*, y, además, en el momento actual se encuentra en tramitación un proyecto dirigido a modificar más de 100 artículos de esta Ley.

Todo ello acredita un modo de legislar al hilo de los problemas que se van planteando, sin la pausada y necesaria reflexión de fondo que requieren las leyes estructurantes del ordenamiento jurídico; pero evidencia también la existencia de una realidad cambiante que va por delante del legislador el cual -hasta ahora- se muestra impotente establecer una regulación general dotada de la necesaria estabilidad. A ello contribuye sin duda la desconfianza en la Administración, que al quedar encorsetada por una ordenación rígida, promueve sucesivos cambios legislativos para solucionar cuestiones concretas suscitadas en el período que transcurre entre dos Leyes de Acompañamiento.

Dentro de este continuo cambio legislativo, fuente de inseguridad jurídica, resulta especialmente oportuno intentar detectar cuáles son las cuestiones de base, las líneas de tensión que permiten explicar la mutabilidad de la figura del contrato administrativo.

II. LA CONFIGURACIÓN INICIAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO, EN EL ESTADO LIBERAL, COMO UN CONTRATO PRIVADO CON MODULACIONES

El surgimiento del contrato administrativo se produce en el s. XIX, al hilo de la solución de cuestiones concretas que se van suscitando en el tiempo, y no como producto de una construcción dogmática.

En el contexto de un Estado abstencionista como el Estado Liberal, la cuestión que se plantea es la realización por el Estado de obras públicas¹, cuya construcción viene a remover obstáculos para el libre juego de la iniciativa privada. Y como en este contexto ha de justificarse toda intervención del Estado, resulta necesaria la búsqueda de títulos² que justifiquen la incidencia que la obra pública puede producir sobre la propiedad, la libertad, y la igualdad. Y también es objeto de consideración, desde otra perspectiva, cuál es la posición jurídica que ha de ostentar la Administración para la mejor consecución del interés general³.

A continuación se desarrolla brevemente cada uno de estos aspectos.

1. Obra pública y propiedad privada

La realización de obras públicas requería privar de su propiedad a los propietarios afectados, y la propiedad se consideraba en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 como un derecho sagrado e inviolable, lo que planteaba la cuestión de si la realización de la obra pública justificaba la privación de la propiedad privada.

Este problema será solucionado por la Ley de 17 de julio de 1836 sobre “enajenación de la propiedad particular por causa de utilidad pública”; de acuerdo con esta Ley, siendo inviolable el derecho de propiedad sólo podrá obligarse a la enajenación para *obras de utilidad pública*.

Si únicamente la obra de utilidad pública justificaba la expropiación forzosa, que suponía el sacrificio de un derecho calificado de *inviolable*, como el de propiedad, se explica fácilmente que resultara necesario determinar qué debía entenderse por obra de utilidad pública. Y ello no sólo desde la perspectiva parcial de la expropiación forzosa y consiguiente incidencia sobre la propiedad privada, sino también desde la perspectiva del interés general en presencia, que exigía tomar en consideración las distintas cuestiones que planteaba la promoción y ejecución de la obra pública.

1. La importancia de la obra pública en el proceso de formación del Derecho Administrativo y sus instituciones han sido objeto de estudio por FERNÁNDEZ, T.R., “Las obras públicas”, *RAP*, n° 102, vol. III, pp. 2.427 a 2.471.

2. Sobre la búsqueda de títulos de intervención, en general, V., VILLAR PALASÍ, *La intervención administrativa en la industria*, Madrid 1964, esp. pp. 121 y ss.

3. Esta doble perspectiva ha sido desarrollada en mi trabajo “El contrato de obras. La concesión de obra pública como contrato”, publicado en el libro colectivo *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid 1996.

En esta línea, el R.D. de 10 de octubre de 1845 aprobó y mandó observar la *Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas*, cuyo concepto delimitaba mediante una enumeración abierta, que sería completada por la Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877.

2. Obra pública y libertad de empresa: planificación pública e iniciativa privada

En la regulación de la época se refleja la idea liberal de la incapacidad empresarial de la Administración, lo que conduce a que la Instrucción establezca que el sistema normal de realización de la obra es el contrato; y junto a este criterio general, determina también los casos en que puede realizarse por *empresa*, es decir -en terminología actual- mediante concesión en la que el adjudicatario financia la obra y se resarce con los productos y rendimientos de su explotación; y finalmente, enumera también los supuestos tasados en que puede realizarse la obra por la propia Administración.

De estos tres sistemas la Instrucción determina que el preferible es el contrato siempre que haya fondos suficientes para satisfacer a los contratistas el importe de las obras, en cuyo caso -y tomamos como referencia las obras costeadas por el Estado- era necesaria la inclusión en el correspondiente plan, la aprobación del proyecto, y la consignación presupuestaria (arts. 34 y 35 de la Instrucción de 10 de octubre de 1845). Mientras que en el sistema de realización por empresa -concesión- la Instrucción permitía que la obra fuera promovida por particulares, dado que el coste no gravitaba sobre el presupuesto.

De esta forma queda ya perfilado que el contrato ha de ser la institución que ha de utilizar la Administración normalmente para la realización de la obra pública.

3. La selección del contratista y el principio de igualdad

Una de las características de la revolución liberal, frente a la sociedad estamental, es la proclamación del principio de igualdad ante la Ley.

Este principio se va a traducir, en relación con la contratación de obras públicas, en los principios de publicidad y de concurrencia; es decir, en que se garantice la mayor publicidad, de forma que quienes estén interesados en realizar la obra pública puedan concurrir y presentar sus ofertas.

Ahora bien, la igualdad no se garantiza sólo con la publicidad y la concurrencia, sino, además, con un sistema de selección que asegure que la obra se adjudica a la mejor oferta.

De ahí que, con carácter general, el procedimiento de selección del contratista sea el de subasta, que permite la adjudicación automática al mejor postor, lo que asegura la igualdad y la transparencia. Y además, para evitar bajas inmoderadas, el RD de 27 de febrero de 1852 de “Reglas para la celebración de toda clase de contratos sobre servicios y obras públicas” estableció que los contratos se celebraran generalmente por subasta y pliegos cerrados.

La Exposición de Motivos de este RD de 27 de febrero de 1852 no tiene desperdicio, y evidencia cómo la preocupación por la igualdad y por seleccionar la oferta más adecuada para el interés general -con absoluta transparencia- es propia de todas las épocas,

así como también la necesidad de “establecer ciertas trabas saludables evitando los abusos fáciles de cometer en una materia de peligrosos estímulos y de garantizar a la Administración contra los tiros de la maledicencia”.

4. Contrato de obra pública e interés general: el modelo de contrato privado y el modelo del acto administrativo

Si se observa la legislación de mediados del siglo XIX sobre el contrato de obra pública, se llega a la conclusión de que toman en consideración dos modelos de referencia: de una parte el modelo del contrato, tal y como había sido elaborado esencialmente por el Derecho privado; y de otra el modelo que deriva de las actuaciones de la Administración como poder, de los actos de autoridad.

En efecto, aunque se partiera de la figura del contrato elaborado por el Derecho privado, resultaba evidente que tal figura se utilizaba para conseguir la realización de un fin de utilidad pública -la obra pública-, y que la consecución de este interés podía exigir como medida proporcionada un régimen jurídico-administrativo peculiar no sólo en la preparación del contrato (competencia, procedimiento y, en particular, selección del contratista de acuerdo con el principio de igualdad, por un precio justo), sino también en la ejecución del contrato.

De aquí que la configuración del contrato de obra pública se mueve entre los modelos del contrato privado y del acto de autoridad. En este sentido, debe señalarse que la Exposición de Motivos del RD de 27 de febrero de 1952, que vino a establecer las *Reglas para la celebración de toda clase de contratos*, expresa con toda claridad tanto las razones que justifican las reglas que se establecen para la selección de contratistas -subasta con carácter general y ofertas mediante pliegos cerrados-, como también la posición de autoridad que tiene la Administración para obligar a los contratistas -por sí misma- para que cumplan el contrato. La posición de la Administración puede no ser la propia de los actos de autoridad cuando adjudica el contrato -que requiere la voluntad o consentimiento del adjudicatario-, pero sí lo es en la ejecución, dado que la obra pública cumple un fin de interés general. En esta línea de razonamiento, dice la Exposición de Motivos mencionada:

En los pliegos de condiciones han de preverse los casos y penas de falta de cumplimiento, y puesto que la Administración es un poder público que tiene en sí medios constitucionales de obligar, y que, por otra parte, su acción no puede ser interrumpida, cuando ocurriere la necesidad de obligar a los contratistas al cumplimiento, podrá hacerlo, dejando a éstos, salvo su derecho, para recurrir por la vía contenciosa, siempre que se crean perjudicados.

Ahora bien, la determinación de este régimen jurídico-administrativo quedaba remitida -en parte- a los pliegos de condiciones, en cuanto a la determinación de las causas de incumplimiento y a la acción “que haya de ejercer la Administración sobre las garantías y demás medios por los que hubiere de compeler a aquéllos (los contratistas) a que cumplan sus obligaciones y a que resarzan los perjuicios irrogados por dicha causa”; pero el propio RD determinaba el carácter ejecutivo de las *disposiciones* que adoptara la Administración para el cumplimiento, la forma de hacer efectivas *gubernativamente* las multas y demás indemnizaciones a que dieran lugar los contratistas, y la actuación por la *vía de apremio* en la ejecución y venta de los bienes en que haya de hacerse efectiva la responsabilidad de los contratistas y sus fiadores, con arreglo a lo que para la recaudación de tributos, rentas y créditos del Fisco, establecen las leyes e instrucciones de la

Hacienda Pública. Y junto a esta clara adopción del modelo del acto de la Administración como poder, del *acto de autoridad*, en la ejecución y cumplimiento del contrato, este mismo modelo se tomaba también a efectos jurisdiccionales; en este sentido, el artículo 12 del propio RD de 27 de febrero de 1852 decía que “Ningún contrato celebrado con la Administración podrá someterse a juicio arbitral, resolviéndose cuantas cuestiones puedan suscitarse sobre su cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos por la vía contencioso-administrativa que señalan las leyes vigentes”.

La lectura de este RD evidencia que si bien se parte de la figura del contrato elaborada por el Derecho privado, se establece ya un régimen diferente justificado por razón de los fines de interés general que cumple la Administración⁴. Ahora bien, como la concreción de este régimen quedaba en buena parte remitido a los pliegos, surgía el problema técnico-jurídico de justificar esta desviación sustancial del régimen jurídico propio de los contratos privados. Y el punto de engarce, la bisagra que permite solucionar esta cuestión es la *renuncia* por parte del contratista al derecho común, que le viene impuesta por los pliegos de condiciones generales que forman parte de la *invitatio ad offerendum* que formula la Administración al convocar la subasta, y que constituyen por tanto un aspecto básico del consentimiento de las partes⁵. Así, en el artículo 6º del Pliego de Condiciones para los contratos de obras públicas aprobado por RD de 10 de julio de 1861, se establecía:

Los contratistas quedan obligados a las decisiones de las autoridades y Tribunales administrativos establecidas por las leyes y órdenes vigentes en todo lo relativo a las cuestiones que puedan tener con la Administración sobre la ejecución de los contratos, renunciando al derecho común y a todo fuero especial.

De esta manera -máxime teniendo en cuenta que el sometimiento al régimen jurídico administrativo se efectúa mediante *renuncia al derecho común*- podía construirse la figura del contrato administrativo de obra pública como un contrato de Derecho común con *modulaciones*⁶; pero quedaba también apuntada otra posibilidad, que era la construcción del contrato administrativo partiendo de la figura del acto de autoridad con modulaciones, en cuanto era de carácter bilateral y las potestades de la Administración se hacían presentes en la ejecución del contrato; todavía sin embargo, y avanzando por este camino, quedaba también patente que en la preparación del contrato tampoco regían las reglas del Derecho común, y, por otra parte, que el sometimiento del contratista al régimen jurídico administrativo especial tenía poco de *voluntario*, puesto que la renuncia era al menos una *carga* que debía asumirse si se quería contratar con la Administración.

4. Por ello los contratos de obras públicas encajaban con dificultad en los actos de gestión, dado que la Administración actuaba como un poder en la fase de ejecución. El sometimiento a la jurisdicción contencioso administrativa no era, por tanto, una desviación aislada del régimen aplicable a los contratos privados, sino que reflejaba una peculiaridad más del régimen jurídico del contrato de obra pública. Sobre los actos de autoridad y de gestión y las peculiaridades de los contratos, es de cita obligada la obra clásica de LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. I, París 1887, pp. 428 y ss.

5. De esta forma el régimen jurídico administrativo especial que se establecía en normas sin rango de Ley, y que se detallaba en los pliegos, se fundamentaba también en el consentimiento de los contratistas. Por eso podía considerarse aplicable la figura expuesta por OTTO MAYER en su *Derecho Administrativo Alemán*, de los “actos administrativos en virtud de sumisión” (t I, trad. esp. Ed. Depalma, Buenos Aires 1982, pp. 129 y 130).

6. Dadas las peculiaridades que presenta además el contrato de obra regulado por el derecho privado como ha estudiado detenidamente GARCÍA DE ENTERRÍA en su trabajo “La figura del contrato administrativo”, *RAP*, nº 41, pp. 99 a 131.

A partir de este momento, el tipo de regulación del contrato de obras públicas, y en particular su configuración, no va a modificarse en lo sustancial hasta la Ley de Contratos del Estado del año 1965. Pues, en efecto, el Pliego de condiciones para la contratación de obras públicas de 13 de marzo de 1903 y la Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911 va a seguir el modelo establecido por la legislación del siglo XIX, si bien ha de reconocerse que la citada Ley incorpora su articulado determinadas potestades de la Administración, que pasan así a estar recogidas en una norma con rango de Ley (carácter ejecutivo de las *disposiciones* de la Administración, facultades de la Administración para modificar o rescindir un contrato, ejecución forzosa para hacer efectiva la responsabilidad del contratista), además de regular la selección de la otra parte contratante y la formalización del contrato.

En definitiva el contrato de obra pública estaba sometido a un régimen jurídico-administrativo muy completo, fijado en las Normas aplicables y en los Pliegos Generales de Condiciones para la contratación de obras públicas; el hecho de que el pliego se configurara en teoría como una norma dispositiva -aplicable por la aceptación del contratista-, no puede hacer olvidar que su observancia era obligatoria para la Administración, lo que conduce ineludiblemente a la conclusión de que en la práctica la aceptación por el contratista era al menos una carga.

5. La posición jurídica peculiar de la Administración en más y en menos

En conclusión, la construcción jurídica del régimen aplicable al contrato de obra pública, cuya fijación quedaba remitida en una parte sustancial a los pliegos generales, permitía configurar el contrato de obra pública como un contrato de Derecho común con modulaciones, dadas las peculiaridades que presenta además el contrato de obra regulado por el Derecho privado. Pero considerando la regulación jurídico-administrativa en su conjunto, no cabe duda de que estaba operando también el modelo del acto de autoridad en la ejecución del contrato, con modulaciones propias de su carácter bilateral. Y, en definitiva, se reflejaba la posición jurídica peculiar de la Administración en más y en menos⁷: así, en la selección del contratista la Administración no disponía de libertad sino que -como regla general- debía aplicar los criterios de publicidad y concurrencia, la licitación mediante subasta y adjudicación al mejor postor; y en la fase de ejecución la Administración se encontraba en una posición de superioridad, sin perjuicio de que existieran otras peculiaridades, como la indemnización en caso de fuerza mayor, más favorable al contratista que la regulación del derecho común.

En definitiva, es lógico que ello fuera así. La obra pública perseguía la realización de un fin de interés general, y la posición jurídica peculiar de la Administración se justifica en cuanto es necesaria como medida proporcionada para la consecución de estos fines⁸. De ahí que en el momento en que se pasara de una concepción liberal del Estado -teóricamente abstencionista- a una concepción social, de carácter intervencionista, y en que se propusiera el criterio del servicio público para delimitar el ámbito del Derecho

7. Posición que puso ya de manifiesto RIVERO, Jean en su trabajo “¿Existe-t-il un critere du droit administratif?”, pub. en la *Revue du Droit Public et de la Science Politique* en France et a l'étranger n° 2, abril-junio 1953, pp. 279 a 286.

8. Afirmación que he desarrollado en mi trabajo “Derecho a la tutela judicial y posición jurídica peculiar de los poderes públicos”, *REDA* n° 83, pp. 183 a 208.

administrativo, se acentuaría la posibilidad de que los contratos de obra y servicios públicos quedasen sujetos a un régimen jurídico-administrativo establecido por la Ley y normas aplicables, sin tener que recurrir a la aceptación voluntaria por parte del contratista, más ficticia que real. Y en la medida en que se pusiera el énfasis en la consecución del interés general, se construiría una figura de contrato administrativo sustantivado, inspirado en el modelo del acto administrativo, si bien de carácter bilateral y por tanto con modulaciones.

III. LA SUSTANTIVACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El Estado Social de Derecho representa la culminación de una trayectoria histórica que comienza con el Estado liberal -que consagra las libertades de carácter negativo- prosigue con el Estado democrático -que añade las libertades de carácter positivo y muy en particular el sufragio universal- y culmina con el Estado social y democrático de Derecho que intenta conseguir además fines de justicia material mediante los denominados derechos de carácter económico y social concebidos como derechos de prestación. Y de ahí que su efectividad, al menos en cuanto no se produzca en el seno de la sociedad, depende de los medios de que dispongan los poderes públicos por lo que, en general, no se reconocen como tales derechos sino como directrices o principios cuya consecución ha de guiar la actuación de tales poderes.

La línea de avance del Estado liberal y democrático al Estado social se reflejan así en una pérdida del protagonismo de la obra pública en beneficio del servicio público, que incluso llega a configurarse como elemento delimitador del ámbito del Derecho Administrativo⁹. Se trata de un concepto amplio de servicio público que comprende la obra pública, la cuál además es en muchas ocasiones la base necesaria para la prestación del servicio público entendido en el sentido más estricto; p. ej. la construcción del *camino de hierro* es la base necesaria para la prestación del servicio ferroviario.

Las características del Estado social que han quedado apuntadas, se reflejan en una superación o desaparición de los límites que existían en el contexto liberal para las actuaciones del Estado y demás entes públicos. En este sentido, y por lo que ahora interesa, la expropiación forzosa ya no se justifica sólo por razones de utilidad pública, sino también de interés social; ya no se considera que la Administración sea *incapaz* para la realización de actividades empresariales; se produce una confianza en la planificación económica, vinculante para el sector público, y en otras planificaciones de carácter territorial y urbanístico, concebidas como una proyección de futuro poco flexible -como si pudiera *adivinarsse* el devenir de los acontecimientos-. Y, naturalmente, la ampliación de los fines del Estado y de sus técnicas de intervención desborda el concepto de servicio público y obliga a la doctrina a perfilar los distintos tipos de actuación, en cuanto tienen consecuencias importantes de régimen jurídico.

En este contexto va a producirse la sustantivación del contrato administrativo.

9. La concepción del Derecho Administrativo como derecho de los servicios públicos es sobradamente conocida y no requiere ahora un desarrollo que excedería con mucho de los límites de este trabajo. Me limito a recordar la obra de DUQUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, 1927; BONNARD, *Précis de Droit Administratif*, París 1935; G. JÉZE, *Los principios generales del Derecho Administrativo*, trad. esp. Ed. Depalma, Buenos Aires 1928.

En efecto, el contrato es un medio necesario para la consecución de los fines de interés general propios del Estado social, y esta finalidad de interés general justifica que se atribuyan a la Administración determinadas prerrogativas y que se regule el régimen jurídico del contrato en su totalidad. Debe hacerse notar además que los contratos en los que concurren estas características ya no son sólo el contrato de obras públicas, y el de gestión de servicios públicos, sino una variada serie de contratos que puede llevar a cabo la Administración por razones de interés general.

De ahí que venga a establecer una regulación sustantiva del contrato administrativo en la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 y en el Reglamento General de Contratación de 25 de noviembre de 1975¹⁰. Debe hacerse notar, sin embargo, que la Ley regulaba tres contratos, los de obras, servicios públicos y suministros, estableciendo unas disposiciones comunes a estos contratos típicos, y una detenida regulación del contrato de obra, que era aplicable a los contratos de servicios públicos y suministros en defecto de regulación específica de los mismos; a la vez que establecía -art. 18- el régimen jurídico aplicable a los demás contratos que, según su naturaleza, debieran quedar sometidos al ordenamiento jurídico administrativo.

De esta forma, en los contratos administrativos la Administración posee una posición jurídica peculiar que ya no depende -en absoluto- de la aceptación por parte del contratista.

La sustantivación del contrato administrativo viene a consagrar por tanto un tipo de contrato que parte históricamente de la figura del contrato elaborado por el Derecho Común, pero que consagra ya *ex lege* una posición jurídica peculiar *en más y en menos* respecto a la de un particular; posición que es característica del Derecho Administrativo y que no puede explicarse desde la perspectiva del Derecho privado.

Esta sustantivación se ha mantenido después de la Constitución, cuyo artículo 149.1.18ª reserva al Estado la competencia exclusiva en materia de “legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas”.

Pues bien, en desarrollo de esta competencia el Estado ha dictado la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que acentúa si cabe la sustantivación del contrato administrativo, al regular de forma completa y con carácter general el contrato administrativo (119 artículos), y establecer a continuación las peculiaridades de los contratos administrativos típicos que son los de obras públicas -incluida la concesión de obra pública- (arts. 120 a 154), de gestión de servicios públicos (arts. 155 a 171), de suministro (arts. 172 a 196), contratos de consultoría y asistencia, y de servicios y trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración (arts. 197 a 219). Esta estructura se mantiene en el actual Texto Refundido de 16 de junio de 2000.

La posición jurídica peculiar de la Administración aparece perfectamente delimitada *ex lege*: la competencia y el procedimiento de contratación, incluida la selección de la otra parte contratante de acuerdo con los principios de publicidad y concurrencia, se rigen por el Derecho Administrativo, así como también la ejecución y extinción de los contratos administrativos en los que la Administración es titular de una serie de prerrogativas que se estiman justificadas por razones de interés general: interpretación, modificación, extinción, e, incluso, revisión de oficio.

10. Como puso de manifiesto PARADA, “La nueva Ley de Contratos del Estado”, *RAP* n° 47, y en su obra *Los orígenes del contrato administrativo*, Sevilla 1963.

En esta línea de razonamiento, ha de partirse de que el contrato administrativo es una institución que tiene carácter instrumental para la consecución de fines de interés general, por lo que la posición jurídica que el Ordenamiento atribuye a la Administración se explica en función de la garantía de los interesados y de la necesidad de que la Administración disponga de medios proporcionados.

IV. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN EL CONTEXTO NEOLIBERAL DEL DERECHO COMUNITARIO

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha venido a culminar un período de adaptación de la legislación española en esta materia a la Constitución y al Derecho Comunitario Europeo, cuyas Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, tratan de los contratos públicos de servicios, suministros, y obras, respectivamente¹¹. El objeto de estas Directivas, como es sabido, es el de garantizar el principio de igualdad de trato a los nacionales de todos los Estados, cuando se invierten fondos públicos, a cuyo efecto regulan en cada caso el ámbito de los contratos que comprende la Directiva correspondiente, las peculiaridades de contratar y los procedimientos de selección; en cambio al Derecho Comunitario le es indiferente la ejecución y extinción del contrato por lo que no trata en absoluto de estos aspectos.

De esta forma, parecía que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como norma estructurante del Ordenamiento, iba a ser una Ley dotada de estabilidad, como hubiera sido normal dado el carácter básico de la mayor parte de sus preceptos, que tienen así el carácter de un mínimo común denominador aplicable en todo el territorio nacional.

Pero no ha sido así. Cada año, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha sido modificada en mayor o menor medida, e incluso en el momento actual se está tramitando un Proyecto de Ley que modifica más de 100 artículos.

Podemos por ello preguntarnos cuáles son las causas de estos cambios sucesivos, que dan la imagen de una Ley inadecuada para regular la realidad.

Entre estas causas podemos considerar como relevantes la rigidez del modelo creado por la Ley, y el problema suscitado por la observancia de los criterios de convergencia de Maastricht¹².

La rigidez del modelo creado dio lugar a que una vez promulgada la Ley se paralizara la contratación de obras públicas -y la consiguiente inversión- dado que las prohibiciones de contratar, mucho más intensas que las exigidas por el Derecho Comunitario, daban lugar a que buena parte de las empresas de construcción de obras públicas estuvieran inmersas en la prohibición establecida por el artículo 20.1.a) de la Ley.

Estas exigencias se encontraban basadas en el objetivo de luchar contra la corrupción, pero los resultados a que conducían dieron lugar a una primera modificación de la Ley

11. En este sentido PIÑAR MAÑAS, J.L., "El Derecho Comunitario de la contratación pública, marco de referencia de la nueva Ley", pub. en la obra colectiva *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas cit.*, pp. 21 a 53.

12. Todos estos aspectos han sido objeto de consideración en la Ponencia que presenté en el Congreso hispano-italiano de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Bari-Lecce en octubre de 1998, pendiente de publicación, sobre "Los contratos de las Administraciones Públicas: una regulación en continua evolución".

con objeto de facilitar la contratación, que se introdujo en la Ley 9/1996, de 15 de enero, de “Medidas extraordinarias, excepcionales y urgentes como consecuencia de la persistencia de la sequía”.

Algunas otras modificaciones introducidas por esta Ley, y otras posteriores, pueden explicarse desde esta perspectiva.

1. El cumplimiento de los criterios de convergencia

Un segundo orden de modificaciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas va a producirse como consecuencia de la voluntad del Estado de cumplir los denominados criterios de Convergencia de Maastricht.

Este objetivo se considera prioritario -con toda claridad- en 1996, después de las elecciones generales, cuando el cumplimiento de tales criterios en materia de deuda, déficit e inflación se convierte en una aspiración política de primer orden, en un desafío que hay que superar.

Planteada así la cuestión, la Administración efectuó un estudio en el que se consideraban las distintas modalidades posibles de financiación de la construcción y gestión de las obras públicas, desde la perspectiva del cumplimiento de los criterios de convergencia.

Las modalidades objeto de consideración, que se han traducido en cuanto ha sido necesario en sucesivas modificaciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, fueron las siguientes: el modelo presupuestario puro o normal; el modelo concesional; la gestión directa a través de un ente público o de una sociedad estatal de carácter mercantil; el modelo alemán (pago total); el modelo inglés (peaje en la sombra); leasing o arrendamiento financiero.

De todas estas modalidades se van a poner el énfasis inmediatamente en las cuatro primeras; casi paralelamente se utilizará también el modelo inglés, y en el momento actual se encuentra formulado un Proyecto de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que viene a regular el leasing o arrendamiento financiero.

Desde la perspectiva de este trabajo interesa detenerse en uno de los modelos considerados, como es el de la gestión directa a través de una sociedad estatal de carácter mercantil.

2. La gestión directa a través de una sociedad estatal de carácter mercantil

En España no existe una regulación general relativa a los distintos modos de gestión de las obras públicas.

Ello puede deberse a que se han utilizado normalmente -y así estaba ya previsto en la Ley General de Obras Públicas de 1877, los dos primeros modelos a que me he referido: la realización de la obra a través de un contrato celebrado por la Administración con un contratista y la gestión indirecta mediante concesión; y sólo excepcionalmente y en supuestos tasados estaba previsto que la Administración construyera la obra mediante la realización de la misma *por administración*.

Sin embargo, en la legislación sectorial no dejaba de haber supuestos en los cuales el legislador había previsto otras formas de gestión de las obras públicas. Y así, en materia de urbanismo, la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 reguló distintas formas de ges-

ción, y, entre ellas, la ejecución de los planes de urbanismo mediante la creación de entes públicos y de sociedades mercantiles cuyo capital fuera en su totalidad -o en su mayor parte- del Estado o de un ente público, al que se encargara la gestión de la obra pública urbanizadora.

Estas previsiones legales obedecían sustancialmente a la necesidad de crear organizaciones adecuadas que puedan gestionar una regulación tan compleja como la urbanística, que puede superar las posibilidades de organización propias del Ayuntamiento, especialmente en las grandes ciudades.

Por otra parte, el modelo de la sociedad privada había sido utilizada también en relación con los Juegos Olímpicos de Barcelona, e incluso determinadas Comunidades Autónomas como Cataluña -por medio de GISA-, y Madrid -por medio de Arpegio, S.A.-, estaban utilizando este modelo.

Pues bien, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas 13/1995 al trasponer las Directivas Comunitarias ha debido concretar qué entiende por Administración Pública (es decir por *poderes adjudicadores*) y de ahí que haya debido regular cuándo los organismos autónomos y las restantes entidades de derecho público se consideran Administraciones Públicas. Pero la Ley no califica como Administración Pública a las sociedades mercantiles cuyo capital sea en su totalidad de un ente público, y de ahí los problemas que en orden al régimen jurídico aplicable van a plantearse cuando se confíe la construcción de obras públicas a sociedades de este tipo.

En efecto, las sociedades privadas cuyo capital pertenezca en su totalidad a una Administración Pública están sin duda integradas en el sector público, pero formalmente no son Administraciones Públicas ni tienen la consideración de tales desde la perspectiva de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Por ello, los contratos que celebren cuyo objeto sea la construcción de una obra pública serán contratos privados. Y de ahí que, volviendo a los problemas que planteaban en el s. XIX, será necesario plantearse si esta sociedad mercantil pública debe observar en la contratación el derecho civil aplicable al contrato de obra o si existen razones que justifiquen la introducción en el modelo de determinadas *modulaciones* que sitúen a la sociedad en una posición jurídica peculiar *en más* y *en menos* respecto de los particulares que contratan la realización de una obra privada.

Siguiendo el orden antes expuesto, voy a referirme separadamente a la posición *en menos* en orden a la selección de la otra parte contratante, y a la posición *en más* respecto a la ejecución y cumplimiento del contrato.

A. La posición *en menos* en orden a la selección de la otra parte contractual

Si la Administración efectúa un contrato de obra pública ha de observar los principios de publicidad y concurrencia, en los términos y con el alcance previsto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que viene a trasponer las Directivas Comunitarias.

A partir de esta constatación, la cuestión que se plantea es la siguiente: si la propia Administración crea una sociedad mercantil cuyas acciones le pertenecen en su totalidad, y le encomienda la gestión de la obra pública, ¿tal sociedad podría contratar la obra pública sin sujetarse a los mismos principios de publicidad y concurrencia establecidos por la Ley -y las Directivas- para el contrato de obra pública?

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no regula las distintas formas posibles de gestión de las obras públicas, por lo que no contiene ninguna mención de la gestión de la obra pública por medio de una sociedad en mano pública. Únicamente se limita a establecer un criterio general en la D.A. sexta, según la cuál las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos Autónomos o Entidades de Derecho Público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios¹³.

De esta forma y aún cuando el precepto esté concebido con un carácter más general, resulta patente, a mi juicio, que estas sociedades han de aplicar los principios de publicidad y concurrencia en los contratos cuyo objeto sea la construcción de una obra pública, dado que se trata de un supuesto en el que la naturaleza de la operación a realizar no es incompatible con la observancia de tales principios.

Por otro lado, conviene precisar que no existe razón alguna que justifique *debilitar* la aplicación de dichos principios, en los términos establecidos por la Ley para la Administración, por lo que en consecuencia parece razonable entender que deberían observarse las prescripciones de la Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimiento de licitación y formas de adjudicación.

En definitiva no parece lógico admitir una vía para eludir los principios de publicidad y concurrencia por el procedimiento de encomendar la gestión de la obra pública a una sociedad constituida por la Administración al efecto, cuyo capital le pertenezca en su totalidad; elusión que podría implicar una inobservancia del derecho comunitario si por razón de la cuantía del contrato entrara en el ámbito de la Directiva Comunitaria¹⁴.

B. La posición *en más* en las fases de ejecución y cumplimiento del contrato

La posición jurídica *en más* de la Administración sólo se justifica, de conformidad con el artículo 103.1 de la Constitución, en cuanto es adecuada o proporcionada para la consecución de los fines de interés general que tiene confiados.

Resulta así, que si la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas atribuye determinadas potestades a la Administración en orden a la ejecución y extinción del contrato -interpretación, modificación, resolución- es porque las considera necesarias como medida proporcionada para la consecución del interés general.

13. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en dictamen 24/95, de 24 de octubre, ha considerado que la sujeción a los principios de publicidad y concurrencia que establece la D.A. sexta no supone la sujeción a las normas concretas sobre publicidad y concurrencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues de haber querido el legislador este efecto lo hubiera consignado expresamente; y asimismo ha indicado que sobre la sujeción a los indicados principios no pueden darse soluciones concretas ya que será la propia empresa la que deberá decidir la manera más adecuada de dar efectividad a los mismos.

14. Por todo ello entiendo que en el caso que se contempla en el texto el carácter normativo, y vinculante, de la D.A. sexta, y su alcance, es claro. En todo caso debe señalarse que existen autores como RUÍZ OJEDA, A., y GARCÍA BERNALDO DE QUIROS, J., que en su libro *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a su Reglamento de desarrollo parcial*, Madrid 1996, pp. 850 y 851, consideran que “Esta Disposición Adicional debe ser considerada más como una directiva que (como) una norma estrictamente vinculante y con plena eficacia frente a terceros”.

En todo caso, creo que la trascendencia práctica y el alcance de la D.A. sexta, dado su carácter general, ha de establecerse a la luz del caso concreto planteado.

Partiendo de esta afirmación, hemos de plantearnos si es admisible que se constituya una sociedad anónima cuyo capital pertenezca en su totalidad a la Administración, a la que se encomiende la gestión de la obra pública, cuando tal sociedad no dispone *ex lege* de las potestades que la Ley atribuye a la Administración.

He aquí de nuevo como hay que acudir a la misma solución ya experimentada en el S. XIX. La sociedad podrá tener estas potestades -y así sucede en la práctica- por vía convencional, en cuanto se encuentran previstas en los pliegos, que forman parte del contrato, que han de ser voluntariamente aceptados por quienes pretendan contratar con la sociedad¹⁵.

C. El sometimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa

Otra cuestión importante es la de establecer si la competencia para entender de los contratos de obras públicas celebrados por la sociedad debería atribuirse a la jurisdicción contencioso administrativa.

La respuesta a esta cuestión -teniendo en cuenta el objeto del contrato y el interés público en presencia- debería ser afirmativa, pero no puede ignorarse que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1998, de 13 de julio, no incluye este supuesto en el ámbito del recurso contencioso, aún cuando la enumeración que efectúa no es cerrada, ya que contempla que la Ley pueda establecer otros supuestos dentro del ámbito de la Ley de la Jurisdicción; y debe añadirse que tal Ley ha tomado en consideración la pertinencia de incluir en su ámbito determinados supuestos de actos no atribuibles directamente a la Administración por lo que encajaría con naturalidad en el sistema diseñado el que una Ley incluyera los supuestos de que ahora se trata en el ámbito del recurso contencioso¹⁶.

15. La validez de estas cláusulas desde una perspectiva privada puede ser considerada, desde el principio de autonomía de la voluntad, en relación con la prohibición contenida en el artículo 1.256 del Código Civil, según el cual "La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".

El primer aspecto -principio de autonomía de la voluntad- ha sido considerado por MALARET GARCÍA, E., *Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*, esp., Ed. Civitas, 1993, pp. 89 y ss., que trata de las cláusulas exorbitantes pactadas en los contratos celebrados por sociedades privadas -integradas en mano públicas- cuyo objeto es la realización de obras públicas; cláusulas en las que se recogen todos los poderes tradicionales de la Administración en la ejecución de los contratos, y cuya validez considera desde la perspectiva de los contratos de adhesión, y también desde el principio de autonomía de la voluntad, al sostener que no pueden calificarse de contrarias al orden público, máxime teniendo en cuenta el juego del principio de la equivalencia económica de las prestaciones recogido en los diferentes contratos.

El segundo aspecto, relativo a si tales cláusulas vulneran o no el artículo 1.256 (que supone también un límite al principio de autonomía de la voluntad) ha de ser considerado en el momento actual teniendo en cuenta la doctrina y la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que viene negando que el cumplimiento del contrato haya quedado al arbitrio de uno de los contratantes cuando éste limita su actuación al ejercicio de un derecho potestativo incluido en el contrato mismo (SS. de 3.03.1992 -Ar. 2.156-, y de 9.01.1995 -Ar. 340-). Resulta también de gran interés la Resolución de la D.G. de los Registros de 25.02.1994, que recuerda la pertinencia de distinguir entre la condición puramente potestativa basada en la pura arbitrariedad, y la simplemente potestativa en la que han de valorarse otros intereses e impulsos, estando la jurisprudencia inclinada a calificar como condición no invalidante aquella en que la voluntad dependa de un complejo de intereses y motivos que influyen en la determinación de la voluntad, aunque sean confiados a la valoración exclusiva del interesado.

16. Precisamente este sometimiento evitaría las dificultades que ofrece el control de la observancia de la D.A. sexta por la jurisdicción ordinaria, a las que se ha referido S. del SAZ en su trabajo "La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas", pub. en la *Revista de Administración Pública* n° 133.

D. Regulación por Ley

La importancia de las cuestiones planteadas justifica la idea de que deberían regularse por Ley las distintas formas de gestión de las obras públicas.

El propio legislador ha sido consciente de esta necesidad y de ahí que, aun sin llegar a efectuar una regulación de carácter general, haya contemplado la creación de sociedades en mano pública cuyo objeto sea la realización de determinadas obras públicas, especificando el régimen jurídico aplicable a los contratos de obras y a la propia obra pública: publicidad y concurrencia, potestades de la Administración y de la sociedad, e incluso el sometimiento al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

V. APLICACIÓN POR EL ESTADO DEL MODELO DE GESTIÓN DIRECTA DE LA OBRA PÚBLICA POR MEDIO DE UNA SOCIEDAD ESTATAL DE CARÁCTER MERCANTIL

El legislador estatal ha sido consciente de los problemas que suscita este tipo de gestión directa de la obra pública, y de ahí que haya optado por regular por Ley la utilización de este modelo para la ejecución de determinadas obras públicas.

Así, en la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, el legislador ha venido a regular la “gestión directa de la construcción y/o explotación de determinadas obras públicas” (art. 158); estas obras públicas *determinadas* son las carreteras estatales, si bien el propio precepto prevé la aplicación del mismo régimen para la construcción de obras públicas hidráulicas.

En concreto, la Ley regula tres extremos concretos a los que me refiero a continuación: la autorización para constituir sociedades estatales, las relaciones entre la Administración y la sociedad, y los contratos que celebre la sociedad con terceros.

En cuanto a la autorización para constituir estas sociedades (art. 158.1), la Ley autoriza al Consejo de Ministros a constituir una o varias sociedades estatales cuyo objeto social sea la construcción y/o explotación de las carreteras estatales que al efecto determine el propio Consejo de Ministros.

Las relaciones entre la Administración estatal y estas sociedades (art. 158.2) se regularán mediante los correspondientes convenios, que habrán de ser autorizados por el Consejo de Ministros, en los que se preverán el régimen de construcción y/o explotación de las carreteras estatales de que se trate; las potestades de la Administración del Estado en relación con la dirección, inspección, control y recepción de las obras, cuya titularidad le corresponderá en todo caso; las aportaciones económicas que haya de realizar la Administración a la sociedad estatal; y las garantías que hayan de establecerse en favor de las entidades que financian la construcción y/o explotación de las carreteras estatales.

La Ley regula los contratos que celebran estas sociedades con terceros para la construcción de carreteras estatales y establece correctamente que se aplicarán los principios de publicidad y concurrencia al decir que “se aplicarán las prescripciones de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y de las disposiciones que la desarrollan en lo concerniente a la capacidad de las empresas y publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación”.

Pero no es éste el único problema planteado en relación con los contratos que celebre la sociedad para la construcción de carreteras, sino que al tratarse materialmente de un contrato de obra pública en el que se persiguen fines de interés general, se suscita la cuestión de la incidencia del fin en el propio contrato. En relación con este punto, y a falta de una regulación legal que establezca en concreto cuales son las potestades de que va a disponer la Administración y la posición que ha de ostentar la sociedad estatal en relación con la obra pública, la Ley remite la concreción de esta posición al propio contrato en el que “se incluirán las cláusulas que resulten pertinentes para la adecuada defensa por dichas sociedades estatales y por la Administración General del Estado de los intereses públicos afectados”. Es decir, en definitiva, una técnica similar a la observada en el derecho español en el s. XIX, e incluso hasta la primera mitad del s. XX, en el que la posición de superioridad de la Administración respecto del contratista resultaba de la necesaria aceptación por el mismo del Pliego de Cláusulas, ya que de no aceptarlo no le era adjudicado el contrato.

Finalmente, también es importante determinar cuál es la jurisdicción competente, pues nos encontramos ante un supuesto de un contrato de obras públicas, sometido a un régimen jurídico administrativo. De ahí que el legislador se haya planteado cuál debe ser el orden jurisdiccional competente. Problema que ha resuelto en el sentido de establecer que “El orden jurisdiccional contencioso administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación” de tales contratos, lo que se explica porque la preparación y adjudicación se rige por el derecho administrativo; en cambio, todo lo relativo a los efectos y extinción -al no decirse nada y al ser una sociedad mercantil el ente contratante- estará sometido a la jurisdicción civil.

Entiendo que esta solución es excesivamente formal, y que, yendo a la sustancia de las cosas, la jurisdicción competente debería haber sido la contencioso administrativa; pues, en definitiva, nos encontramos ante un contrato de obra pública, por lo que las cuestiones que se planteen deberían ser enjuiciadas por la jurisdicción especializada para entender de tales contratos, que es la contencioso administrativa.

VI. CONCLUSIÓN

Las consideraciones expuestas acreditan la dificultad de construir de una vez por todas la institución del contrato administrativo, dado que la configuración del mismo, según creemos haber demostrado, se encuentra en función de las ideas políticas dominantes en cada fase histórica.

En este sentido debe concluirse que la evolución no ha finalizado todavía, dado que coexisten dos líneas: una, que ha conducido a la sustantivación de la figura del contrato administrativo, cuya excesiva rigidez se traduce en cambios continuos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; y otra, muy actual, que tiende a utilizarse cada vez más, que viene a configurar de nuevo al contrato de obra pública -gestionado por medio de una sociedad mercantil-, como un contrato de derecho privado con modulaciones.

De esta forma se produce el resultado de que existen dos modelos: el de la Ley de Contratos de las administraciones Públicas y el de la legislación sectorial, que pueden utilizarse con la misma finalidad que es la construcción de la obra pública.

Ello no es en sí mismo negativo, en cuanto no lo es el que puedan utilizarse distintas técnicas para obtener el mismo resultado. Lo que debe evitarse es que se trate de dos modelos paralelos, de tal forma que la aplicación de uno u otro conlleve distintas garantías para la consecución del interés general o para los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

§ 78. ¿DEBEN SUBSISTIR LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN UNA FUTURA LEGISLACIÓN?

Jesús Caballero Ortiz
Jefe de la Cátedra de Derecho Administrativo
de la Universidad Central de Venezuela

Dentro de los contratos que celebra la Administración, la jurisprudencia venezolana -de todos es sabido- ha aceptado la tipología de los llamados *administrativos*, dividiendo así los contratos en dos categorías, los de derecho privado y los administrativos.

I. LAS CONTRADICCIONES QUE PRESENTAN LAS TESIS NEGADORAS DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Ahora bien, antes y ahora se ha cuestionado esa distinción. Duguit consideraba que no existe diferencia en cuanto al fondo entre un contrato de derecho común y un contrato administrativo pues en sus elementos intrínsecos un contrato tiene siempre las mismas características y los mismos efectos. Conforme a esta tesis no existirían contratos administrativos como categoría autónoma sino solamente contratos cuyo contencioso corresponde a los tribunales administrativos porque son celebrados con una finalidad de servicio público; la diferencia entre estos contratos y los de derecho civil sería análoga a la que existe entre estos últimos y los contratos comerciales, cuyo contencioso se encuentra sometido a la jurisdicción mercantil¹. Veremos más adelante que la situación no se presente tan simple en la actualidad.

Por su parte, Sayagués Laso ha sostenido que la división en contratos administrativos y contratos de derecho privado no se ajusta a la realidad de las cosas², sin embargo, debe reconocer que existen contratos cuyo vínculo jurídico queda regulado fundamentalmente por el derecho público, cuyo ejemplo más típico es la concesión de servicio público³.

Más recientemente, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández han pretendido negar la sustantividad del contrato administrativo al afirmar que "...hay quien cree incluso (no nosotros, como veremos)⁴ que tales modulaciones concluyen en una verdadera *sustantividad* institucional de tales contratos"⁵, afirmando como superada la etapa en que el contrato administrativo y el de derecho privado eran realidades diferentes.

1. V., DUGUIT, León, *Traité de Droit Constitutionnel*, t III, p. 44, *cit.*, por DE LAUBADERE, André, VENEZIA, Jean Claude e GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit Administratif*, París 1999, pp. 791 y 792.

2. V., SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, t I, Montevideo 1959, p. 536.

3. *Ibid*, p. 538.

4. Paréntesis de los autores.

5. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid 2001, p. 666.

Ahora bien, no puede negarse con tal categoricidad la existencia de los contratos administrativos cuando, tanto en España como en Venezuela, los mismos han adquirido carta de naturaleza, en el primero, en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del 16 de junio de 2000, donde se califican de administrativos los contratos de obras, de gestión de servicios públicos, de suministro, de consultoría y de asistencias; y, en el segundo, en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En fin, lo que más llama la atención de los destacados administrativistas es que, después de un largo estudio por suprimir el concepto como categoría jurídica, terminan reconociéndolo y lo definen en forma expresa así:

Existe contrato administrativo en todos aquellos casos en que el órgano administrativo que celebra el contrato se mueve en el ámbito de su giro o tráfico característico, es decir, dentro del campo concreto de las competencias y atribuciones cuyo ejercicio constituye su misión y su responsabilidad específicas

Todos los demás contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados...⁶

Al respecto cabe preguntarse, en lo atinente al primer párrafo transcrito ¿Por qué definir un concepto que carece de individualidad jurídica? Y, respecto al segundo ¿Cómo reconocer que existen dos categorías diferentes de contratos que puede celebrar la Administración, luego de negar la *sustantividad institucional* de una de esas dos categorías?

Los destacados autores concluyen reconociendo que las prerrogativas de la Administración sólo se aplican a los contratos de carácter administrativo, pero, para justificar esa consideración, asientan: “Sin embargo, estos principios no agotan el problema, cuya solución exige tener en cuenta otras reglas diferentes...”⁷. Esas reglas la constituyen la comunidad de normas de competencia para todo tipo de contratos, en concreto, la formación de la voluntad contractual a través de los llamados actos separables como son los actos de adjudicación o actos preparatorios. No obstante, esas reglas comunes no son susceptibles de ignorar, en modo alguno, las que rigen los privilegios exorbitantes de la Administración.

La otra regla la constituye, como consecuencia de la anterior, la inexistencia de un régimen unitario para todos los contratos administrativos, cuando más bien de lo que se trata es de la inexistencia de un régimen excluyente, lo que no es extraño en el Derecho, donde muchas otras instituciones carecen de un régimen excluyente.

Por último, en nuestro país ha sido el destacado administrativista Gonzalo Pérez Luciani quien ha desconocido los contratos administrativos como categoría jurídica⁸, cuando los mismos se encuentran expresamente previstos en nuestro derecho positivo.

Resulta obvio entonces, de acuerdo al título que le hemos dado al presente trabajo, que en la actualidad no podemos dejar de reconocer la existencia de los contratos administrativos. De otro modo no propugnáramos su exclusión del ámbito administrativo. Nuestro propósito radica entonces en poner de manifiesto el por qué de la necesidad de esa exclusión.

6. *Ibid*, pp. 690 y 691.

7. *Ibid*, p. 691.

8. V., PÉREZ LUCIANI, Gonzalo, “Los contratos administrativos en Venezuela” en *Derecho Público en Venezuela y Colombia, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, UCV, Caracas 1986, pp. 247 y ss.

II. PLURALIDAD DE CRITERIOS PARA CALIFICAR AL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Como veremos de seguidas, no existe un criterio único para definir al contrato administrativo y, de este modo, distinguirlo de los llamados contratos de derecho común.

1. Los criterios manejados en su país de origen

El origen de la dualidad de contratos se encuentra en el derecho francés. En efecto, en la famosa decisión del Consejo de Estado del 6 de febrero de 1903 (*arrêt terrier*), éste acoge la opinión del abogado del Estado Romieu al precisar:

Todo aquello que concierne a la organización y al funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, nacionales o locales, constituye una operación administrativa que es, por su naturaleza, del dominio de la jurisdicción contencioso administrativa...Todas las acciones entre las personas públicas y los terceros, o entre personas públicas ellas mismas, fundadas en la ejecución, inejecución o mala ejecución de un servicio público son de la competencia administrativa⁹.

Nótese entonces dos afirmaciones de importancia en el párrafo transcrito: la primera, el litigio que era sometido al Consejo de Estado se refería al pago de una prima por parte de un Departamento a un particular, luego de haberse adoptado que dicha prima se cancelaría a todo individuo que hubiese demostrado haber destruido una víbora, pero encontrándose de por medio un contrato celebrado entre un Departamento y los cazadores de víboras.

Al calificarse tal actividad como servicio público, esa connotación trae consigo la segunda afirmación: La jurisdicción contencioso administrativa es la concedora del litigio como consecuencia de la previa calificación de contrato administrativo.

La segunda decisión de importancia que permite caracterizar al contrato administrativo es el *arrêt Société de Granits Porphyroïdes des Vosges*, dictado por el Consejo de Estado el 31 de julio de 1912. La sociedad antes mencionada había demandado a la ciudad de Lille con motivo de un contrato por medio del que se obligaba a suministrar adoquines para unas calles. En ella se decide que el contrato no tiene carácter administrativo, ya que los trabajos a ejecutar tenían por único objeto un suministro según las reglas y condiciones de los contratos que se celebran entre particulares.

Es importante sin embargo destacar el criterio del abogado del Estado de acuerdo con el cual los contratos celebrados en interés de un servicio público pueden ser contratos de derecho privado o contratos administrativos. Cuando estamos en presencia de un contrato es necesario buscar no el fin por el cual el mismo es celebrado, sino su naturaleza misma. No es suficiente que el suministro que es el objeto del contrato deba ser de inmediato utilizado para un servicio público; es preciso que ese contrato por sí mismo, y por su naturaleza propia, sea de aquéllos que sólo una persona pública pueda celebrar. El abogado del Estado, y ésta es la importancia de la decisión, consideraba que el criterio del contrato administrativo era la presencia de cláusulas exorbitantes del derecho común¹⁰, entendiendo por ellas las cláusulas que son inusuales en los contratos entre particulares; aquéllas que tienen por objeto conferir a las partes derechos o imponerles obligaciones que son extrañas a los que pueden ser libremente consentidos en el marco de las leyes civiles y comerciales.

9. V., LONG, M., WEIL, P. y BRAIBANT, G., *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, París 1974, pp. 49 y ss.

10. *Ibid.*, pp. 109 y ss.

En fin, una tercera decisión de principio lo constituye el *arrêt epoux Bertin*, dictado por el Consejo de Estado el 20 de abril de 1956. El matrimonio Bertin se había obligado por una suma de treinta francos por persona y por día a alimentar a los refugiados soviéticos albergados en un centro de repatriación. El Consejo de Estado consideró que ese contrato tenía por objeto confiar a unos particulares la *ejecución misma* del servicio público, lo que implicaba su calificación como contrato administrativo¹¹.

Ahora bien, la jurisprudencia posterior no se limitó, para caracterizar al contrato administrativo de acuerdo a la noción del servicio público, al concepto de *ejecución misma del servicio público*¹², sino que lo ha extendido a la *participación* directa del cocontratante en el funcionamiento del servicio público, sin que tenga a su cargo la verdadera ejecución del servicio; también lo ha extendido al contrato *que asocia* al cocontratante a la ejecución del servicio público o el que constituye *una de las modalidades* de la ejecución del servicio público¹³. Por ello, con razón ha dicho Chenot que el diagnóstico en este punto es incierto, controversial y variable, en virtud de la dificultad de delimitar la consistencia de la misión de servicio público. Al efecto, el suministro de televisores a un hospital lo ha considerado la jurisprudencia como administrativo; en cambio, el mismo suministro a un establecimiento carcelario no lo es¹⁴.

Por lo que respecta a la cláusula exorbitante, ya desde 1983 Paul Amselek había puesto de manifiesto que la sumisión del contrato administrativo a un régimen exorbitante no era propiamente un criterio que lo calificase, sino su noción misma¹⁵. En todo caso, la jurisprudencia se ha mantenido fiel a este segundo criterio para tipificar a un contrato como administrativo y, en efecto, ha actuado de esta manera para evitar la calificación de servicio público a un bar restaurant. Así lo ha puesto de manifiesto Jean Virole al comentar la decisión del Tribunal de los Conflictos del 7 de julio de 1980 en la que se consideró como cláusula exorbitante la obligación de hacer funcionar un bar restaurant todos los días y con un horario determinado¹⁶. Más recientemente, el Tribunal de los Conflictos ha afirmado, en sentencia del 5 de julio de 1999, que basta la presencia de una cláusula exorbitante para calificar a un contrato como administrativo¹⁷.

De este modo, el criterio de la cláusula exorbitante no es subsidiario del de la noción de servicio público, como lo pensaba Raymond Odent¹⁸. Tales criterios, como lo ha puesto de manifiesto André de Laubadère al comentar la precitada decisión del Tribunal de los Conflictos del 7 de julio de 1980¹⁹, son alternativos.

11. *Ibid*, pp. 442 y ss.

12. RIVERO y WALINE, a pesar de la extensión ulterior del concepto, definen al contrato administrativo, en este aspecto, como aquél que tiene por objeto la ejecución misma del servicio público, manteniéndose fieles a la jurisprudencia *epoux Bertin*. V., *Droit Administratif*, París 2000, p. 122.

13. V., DE LAUBADERE, André, VENEZIA, Jean-Claude e GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit Administratif*, París 1999, p. 800.

14. V., CHAPUS, René, *Droit Administratif Général*, t 1, París 2000, p. 549.

15. V., AMSELEK, Paul, "La qualification des contrats de l'Administration par la jurisprudence" en *L'Actualité Juridique Droit Administratif* n° 1, enero 1983.

16. Se trata del *arrêt Société d'exploitation touristique de la Haute Marianne*. V., la decisión y su comentario en *Cahiers Juridiques de L'Electricité et du Gaz* n° 352, enero 1981, p. 1.

17. V., FARDET, Christophe, "La clause exorbitante et la réalisation de l'intérêt général" en *L'Actualité Juridique, Droit Administratif* n° 2, febrero 2000, pp. 115 y ss.

18. V., ODENT, Raymond, *Contentieux Administratif*, París 1978, p. 432.

19. V., el comentario a la decisión que formula André de Laubadère en *L'Actualité Juridique Droit Administratif* n° 1, enero 1981, p. 48 bajo el título "Les critères du contrat administratif sont-ils hiérarchisés?"

Como se observa, no existe en Francia un criterio uniforme en cuanto al contrato administrativo. Sin embargo, André de Laudadère, Jean Claude Venezia e Yves Gaudemet lo sistematizan así:

A. Contrato administrativo por determinación de la ley, respecto a los cuales no existen dudas acerca de tal carácter, como el contrato de obra pública, el de venta de inmuebles del Estado y el que comporta la ocupación del dominio público. Tal determinación de la ley no es directa, sino que resulta de la interpretación de la misma que sólo señala que tales contratos quedan sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativo. Hoy se cuestiona en Francia el carácter administrativo del contrato de obra pública si no está de por medio la ejecución de un servicio público o la cláusula exorbitante²⁰.

B. Por su objeto, son contratos administrativos las concesiones de servicio público.

C. Para el resto de los contratos de la Administración la jurisprudencia exige:

a. La condición de persona de derecho público de uno de los contratantes. No obstante, la jurisprudencia francesa ha admitido que un contrato celebrado entre dos particulares pueda considerarse como administrativo si una de las partes actúa por la cuenta de una persona pública bajo las ideas de la representación y del mandato. Así, el Tribunal de los Conflictos ha considerado, en 1963, que los contratos celebrados entre las sociedades de economía mixta concesionarias de autopistas son contratos administrativos porque esas sociedades actúan *por la cuenta del Estado*. Es la decisión del 8 de julio de 1963: *Entreprise Peyrot*. “Un nuevo caso de representación institucional”, se ha comentado²¹. En este sentido Marcele Waline ha sostenido que las circunstancias por las cuales se estima que una sociedad ha actuado *por la cuenta* de una persona pública no son bien precisas²².

b. Cuando tal condición se da, el criterio del contrato administrativo es hoy alternativo: ya bien radica en la relación del contrato con un servicio público, ya bien en la presencia de cláusulas exorbitantes del derecho común²³.

Por último, debe destacarse que la noción de contrato administrativo no guarda relación alguna con su importancia: El Consejo de Estado ha considerado como administrativo el contrato por medio del cual una persona realiza actividades artísticas para un teatro municipal, ya que así participa directamente en la ejecución de un servicio público (decisión del 15 de enero de 1979); aquél por medio del cual una persona se abona al servicio telefónico (decisión del 29 de junio de 1979), en virtud de las cláusulas exorbitantes del derecho común contenidas en el mismo, y el contrato que permite realizar actividades de jardinería en un parque, plazas y vías públicas, dada la participación directa en un servicio público (decisión del 14 de enero de 1980).

2. La amplia e incongruente caracterización del contrato administrativo en Venezuela

En la forma expuesta, y bajo los criterios señalados, la institución del contrato administrativo constituyó una figura novedosa que el derecho comparado estuvo presto a adoptar. En efecto, muchos países lo acogieron aun cuando sus ordenamientos jurídicos

20. V., LLORENS, Francois, “*Note de jurisprudence administrative*” en *Revue du Droit Public* n° 1, enero-febrero 2000, pp. 247 y ss., tal como resulta de la decisión del Tribunal de los Conflictos del 5 de julio de 1999.

21. DE LAUBADERE, André, VENEZIA, Jean Claude e GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit Administratif*, t I, op. cit., pp. 796 y 797.

22. V., la referencia en GODIRIN, Philippe, en “*Contrats et marchés*”, *L'Actualité Juridique Droit Administratif* n° 5, mayo 1985, pp. 274 y ss.

23. Por lo que respecta al contrato de obra pública, V., DE LAUBADERE, André e GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit Administratif*, t II, París 1998, pp. 376 y ss.

permitiesen la adopción de otras fórmulas más cónsonas con su idiosincrasia. Así Venezuela, en la sentencia de la Corte Federal y de Casación del 5 de diciembre de 1944, se pronunció en los siguientes términos:

Cuando en un contrato está interesado el *servicio público*, el particular que celebra contrato con la administración, se ha convertido en *colaborador* del servicio público y por lo tanto, está aceptando quedar subordinado al interés general, y sometido al derecho público²⁴.

La jurisprudencia posterior continuó fundamentada en los principios de la sentencia del 5 de diciembre de 1944: los contratos administrativos son aquéllos que interesan a los servicios públicos y, por ello, se contraponen a los de derecho privado. Ahora bien, si en Francia el contrato administrativo no se circunscribió a aquél que tiene por objeto encomendar al cocontratante la ejecución misma del servicio público, y se amplió la noción en la forma como lo hemos expuesto y bajo las críticas doctrinarias reseñadas, en Venezuela la noción fue objeto de tal ampliación que hoy son pocos los contratos que escapan al calificativo de administrativo.

En efecto, en la sentencia del 12 de noviembre de 1954 nuestro Máximo Tribunal Administrativo sostuvo que cuando la Administración Pública celebra con otra persona un contrato que tiene por objeto una prestación de utilidad pública “nos encontramos sin duda frente a un contrato administrativo”. En el caso particular se trataba de una venta de conejos a un organismo administrativo para el fomento y mejoramiento de la cría de los mismos²⁵. Otra sentencia, del 13 de agosto de 1964, dejó sentado que un contrato de explotación maderera en terrenos baldíos era indudablemente un contrato administrativo²⁶.

Si tales decisiones no permiten la obtención de un criterio de contrato administrativo, pues son conceptos bien diferenciados el interés de servicio público y la prestación de utilidad pública, las sentencias más recientes de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, así como las de la nueva Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia no han hecho otra cosa que agravar el problema. Veamos en efecto tales criterios:

El criterio del contrato administrativo como aquél que ostenta una finalidad pública inminente o una finalidad pública a secas es acogido en las sentencias de fechas 6 de julio de 1999²⁷, 5 de agosto de 1999²⁸, 27 de abril de 2000²⁹, 10 de octubre de 2000³⁰, 24 de enero de 2001³¹, 13 de febrero de 2001³² y 22 de enero de 2002³³. Como se observa, la circunstancia de que un contrato celebrado por la Administración ostente una finalidad pública constituye un criterio tan amplio, y hasta abstracto, que a lo que induce es a la imposibilidad de caracterizar el contrato administrativo. Recuérdese que en Francia, como antes expusimos, se le negó el criterio de contrato administrativo al de suministro de adoquines, pues lo que debe ser tomado en cuenta no es la finalidad en virtud de la cual es suscrito el contrato, sino su objeto.

24. V., BREWER-CARÍAS, Allan R., *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, t. III, vol. 2, p.733, subrayado nuestro.

25. *Ibid.*, p. 730.

26. *Ibid.*, p. 729.

27. V., PIERRE TAPIA, Oscar R., *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia* n° 7, julio 1999, p 122.

28. *Ibid.*, n° 8, p. 210.

29. *Ibid.*, n° 4, p. 170.

30. *Ibid.*, n° 10, p. 74.

31. *Ibid.*, n° 1, p. 120.

32. *Ibid.*, n° 2, p. 239.

33. *Ibid.*, n° 1, p. 116.

La jurisprudencia, al parecer, sin darse cuenta de ello, ha ido aún más allá y ha considerado como contrato administrativo aquél en el que se *evidencie* el interés o la noción de servicio público (sentencias del 16 de mayo de 2000³⁴ y del 3 de agosto de 2000³⁵). Con posterioridad, el criterio queda radicalmente distorsionado en el fallo del 28 de noviembre de 2000³⁶ en el cual se sostiene que para caracterizar al contrato como administrativo basta que tenga por objeto la organización o funcionamiento de un servicio público o de *alguna* actividad de interés general; que *guarde relación* con una actividad de servicio público o de utilidad pública o que la actividad desarrollada sea *trascendente* para la prestación de un servicio público.

En fin, la demostración más radical de que el contrato administrativo pueda difícilmente constituir una categoría jurídica cierta, de acuerdo a los criterios jurisprudenciales, queda demostrada en el fallo del 7 de marzo de 2002³⁷ en el que se afirma que “...en virtud de que la actividad contratada es *inherente* al desarrollo del servicio público...evidentemente estamos en presencia de un contrato administrativo”.

Como se observa, los conceptos adoptados por nuestra jurisprudencia presentan una gran amplitud, y ello, por haberse sustentado sobre la base de la vaga e imprecisa noción de servicio público. En efecto, misión de servicio público, finalidad de servicio público, criterio de servicio público, finalidad pública inminente o utilidad pública son conceptos que pueden encontrarse en cualquier contrato celebrado por la Administración. En consecuencia, resulta difícil descartar la calificación de administrativo a contratos que revisten las características de contratos de derecho privado, de seguirse tal calificación. El carácter omnicomprendivo del concepto es tan relevante que algunos autores lo han venido considerando como una noción inútil y carente de efectividad³⁸.

Sin embargo, como tal institución ostenta un régimen sustantivo y adjetivo propios, es necesario referirse a esos regímenes a objeto de determinar si dicho concepto, aun con las distorsiones a las cuales lo ha sometido nuestra jurisprudencia, debe subsistir.

III. LA INNECESARIA JUSTIFICACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN BASE A UN RÉGIMEN ESPECIAL

1. El régimen jurídico sustantivo o sistema de prerrogativas no justifica la categoría

La noción de contrato administrativo, tal como la doctrina y jurisprudencia lo justificaban, en virtud de encontrarse de por medio la prestación de un servicio público, colocaba a la Administración en un plano de superioridad. Como ese servicio público interesa a toda la colectividad, era necesario dotar al contratante de poderes especiales o exorbitantes. Tal es la teoría clásica en los países que han adoptado la dualidad de contratos como Francia, Bélgica, España y Venezuela.

34. *Ibid*, nº 5, p. 342.

35. *Ibid*, nº 8, t 1, p. 230.

36. *Ibid*, nº 11, t 1, p. 325.

37. Consultada en la página web del Tribunal Supremo de Justicia www.tsj.gov.ve

38. V., PÉREZ LUCIANI, Gonzalo, “Los contratos administrativos en Venezuela” en *Derecho Público en Venezuela y Colombia. Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, U.C.V., Caracas 1986, p. 253.

Esas prerrogativas fueron claramente acogidas en nuestro país en la sentencia de la Corte Federal y de Casación del 5 de diciembre de 1944 antes citada, criterio confirmado en el fallo de la Corte Federal del 12 de noviembre de 1954³⁹ en la que se dejó claramente expuesto que cuando existe un contrato administrativo “la situación individual del derecho de los particulares es menos estable que la situación individual nacida de los contratos civiles, y ya se dijo que tal desigualdad se explica y se justifica por la supremacía y por el imperio de los intereses públicos”.

Como sabemos, tales potestades son la de dirección y control en la ejecución del contrato, la imposición de sanciones, la interpretación, la modificación unilateral y la resolución del contrato por parte de la Administración, todas ellas trasladadas del derecho francés.

Ahora bien, tal como lo han precisado Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández⁴⁰, y ha sido aceptado por parte de nuestra doctrina⁴¹, “este formidable poder no resulta propiamente del contrato mismo, sino de la posición jurídica general de la Administración, de su privilegio general de autotutela, de modo que es en sí mismo extracontractual”. Además, tales prerrogativas se ponen de manifiesto a través de actos administrativos denominados actos separables que pueden ser objeto de impugnación por ante la jurisdicción contencioso administrativa.

No obstante lo expuesto, el criterio del contrato administrativo podría haber quedado sustantivizado en virtud de que sólo respecto a los contratos denominados administrativos la Administración ostenta la potestad de ejercer esos poderes a través de actos administrativos. Sin embargo, dos razonamientos obran en contra de tal caracterización.

En primer lugar, el principio de desigualdad contractual, y las prerrogativas de la Administración que son consecuencia de esa desigualdad, se encuentra en nuestro país consagrado por vía legislativa, sin ninguna referencia a los contratos administrativos. En efecto, en el Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones del 17 de septiembre de 1999⁴² se prevé, respecto a éstas, la potestad de inspección y control (artículo 37), la interpretación unilateral (artículo 38), la modificación unilateral (artículo 39) y el rescate anticipado (artículo 53), sin que se las califique de contratos administrativos. Entonces, si legislativamente se encuentran consagradas tales prerrogativas de la Administración en relación a determinados contratos, ¿Por qué entonces extenderlas a otros? Además, en tanto que prerrogativas, su interpretación es restrictiva y no cabe respecto a ellas la interpretación analógica.

En este mismo orden de ideas, en nuestro derecho positivo el decreto No. 1417 del 31 de julio de 1996, contenido de las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras⁴³, prevé la resolución del contrato por causas no imputables al contratista (artículo 112), lo que se encuentra ya previsto en el artículo 1639 del Código Civil. Además, se consagra la teoría de la imprevisión, típica situación del contratista aplicable a los contratos administrativos, con la particularidad de que, al acogerla, se separa de la jurisprudencia francesa, pues se adopta el sistema de la reparación integral: el ente contratante pagará al contratista los aumentos de los precios de los materiales de cons-

39. V., BREWER-CARÍAS, Allan R., *Jurisprudencia de la Corte Suprema 1930-74 y Estudios de Derecho Administrativo*, t III, vol 2, *op. cit.*, p. 732.

40. *Curso de Derecho Administrativo*, t I, Madrid 2001, p. 683.

41. V., BREWER-CARÍAS, Allan R., *Contratos Administrativos*, Caracas 1992, p. 47.

42. V., G.O. n° 5.394 Extraordinario del 25 de octubre de 1999.

43. V., G.O. n° 5096 Extraordinario del 16 de septiembre de 1996.

trucción utilizados en la obra y de los equipos destinados a ser incorporados a ella, que tuvieren su causa en las condiciones del mercado y que hubiesen sido adquiridos por el contratista durante la ejecución de los trabajos. Tampoco se formula en dicho decreto referencia alguna a los contratos administrativos, ni se le califica como tal al contrato de obras.

En segundo lugar, y en virtud de los amplios criterios interpretativos adoptados por nuestra jurisprudencia para sustantivar el contrato administrativo, no dejan de presentarse situaciones evidentemente injustas al aplicar ese *formidable poder*, contenido de prerrogativas en perjuicio de un particular, a contratos como los de venta de conejos, a título de ejemplo, calificado como administrativo por nuestra jurisprudencia.

De acuerdo con lo expuesto, desde el punto de vista del régimen sustantivo ninguna necesidad existe para justificar una categoría determinada de contratos calificados como administrativos. Basta entonces para el juez la aplicación de nuestro derecho positivo, en particular las normas que regulan determinados tipos de contratos, sin necesidad de recurrir a su previa calificación de administrativos bajo criterios tan disímiles como los que hemos expuesto con anterioridad. Por lo demás, de esa forma se evitarían los innumerables conflictos de competencia entre la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa en virtud del criterio que cada una pueda tener respecto a la calificación previa de un contrato en particular.

No obstante, queda en pie un problema a resolver: si desde el punto de vista sustantivo es innecesaria la categorización de los contratos administrativos, desde el punto de vista adjetivo ¿A quien corresponde conocer de los contratos respecto a los cuales el derecho positivo confiere prerrogativas a la Administración?

2. La manera equívoca como fue incorporado el contrato administrativo en la legislación procesal administrativa

A. Una disposición aislada

La figura del contrato administrativo, hasta donde sepamos, figuraba en nuestro derecho positivo sólo en la Ley Forestal de Suelos y Aguas del 30 de diciembre de 1965⁴⁴. Su artículo 65 establece que el aprovechamiento de productos forestales en terrenos baldíos y cualesquiera otros terrenos que fueren del dominio privado de la Nación, cuando no fuere practicado directamente por el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Agricultura y Cría, podrá ser ejecutado por particulares mediante *contratos administrativos* otorgados de conformidad con dicha ley.

Ahora bien, si aplicamos un criterio más o menos coherente, en realidad no podemos caracterizar a dicho contrato como administrativo de acuerdo a los criterios manejados por la doctrina y la jurisprudencia. En él no se le confiere al particular la ejecución de un servicio público, ni se le convierte en colaborador de un servicio público o de utilidad pública. Se trata simplemente de un contrato que va a beneficiar a un particular en el aprovechamiento de productos forestales.

44. V., G.O. n° 1004 Extraordinario del 26 de enero de 1966.

Obviamente, si aplicamos un criterio amplio de contrato administrativo, como lo ha hecho nuestro Máximo Tribunal Contencioso Administrativo, ciertamente el contrato lo sería por su vinculación, aunque remota, con un servicio público, pues el contratista bien pudiere resultar propietario de un establecimiento que venda al público muebles elaborados con productos forestales, si es que algún tribunal se atravesase a calificar esa actividad como servicio público.

En nuestro criterio, en consecuencia, esa disposición aislada en modo alguno otorga carta de naturaleza a los contratos administrativos en nuestro país. Su denominación de administrativo es intrascendente pues más bien parece que con ella el legislador lo que quiso fue darle un carácter más restrictivo a determinados contratos cuya utilización abusiva, paradójicamente, en lugar de proteger a los servicios públicos, puede causar daños ambientales de diversa naturaleza.

B. La norma competencial

(a) *La tradición constitucional y legislativa*

En materia contractual, en todas nuestras constituciones, con excepción de la de 1961 y la vigente, y bajo diversas fórmulas, se le otorgó competencia a la Corte Suprema de Justicia para conocer de las controversias que resultaren de los contratos suscritos por la República. A partir de la Constitución de 1925 la competencia se restringe al especificarse concretamente los asuntos de naturaleza contractual que serían del conocimiento de la Corte (nulidad, caducidad, resolución, alcance, interpretación y cumplimiento), pero, con evidente ausencia de técnica legislativa, toda esa enumeración iba a resultar innecesaria, pues a continuación se indicaba "...y cualesquiera otras que se susciten entre la Nación y los contratistas...", fórmula que va a repetirse en las constituciones de 1928, 1929 y 1931. Con algunas variantes, la disposición se mantiene, en sus rasgos fundamentales, en las constituciones de 1936, 1947 y 1953.

Como se observa, ninguna referencia hacían las constituciones a los contratos administrativos. Nunca ellas se circunscribieron a una categoría específica de contratos, sino a todas las cuestiones relativas a todo tipo de contratos celebrados por la República, con prescindencia de que ésta fuese demandante o demandada.

En fin, la norma desaparece en la Constitución de 1961 y en la vigente. No obstante, la Ley Orgánica de la Corte Federal promulgada el 2 de agosto de 1953, y la cual mantuvo su vigencia hasta el 31 de diciembre de 1976 dispuso:

Son atribuciones de la Corte Federal:

omissis

28. Conocer en juicio contencioso de todas las cuestiones por nulidad, caducidad, resolución, alcance, interpretación, cumplimiento y cualesquiera otras que se susciten entre la Nación y los particulares a consecuencia de los contratos celebrados por el Ejecutivo Nacional.

En consecuencia, la Corte mantenía una competencia genérica en materia de contratos celebrados por la Administración, independientemente de que éstos pudiesen ser calificados de administrativos o no. En otras palabras, la caracterización de un contrato como administrativo carecía de toda connotación desde el punto de vista competencial.

(b) *El surgimiento de la norma competencial*

Ausente en el derecho positivo disposición alguna que confiriese competencia a los tribunales contencioso administrativos para conocer de los asuntos vinculados a los contratos administrativos, al discutirse la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en primera discusión en la Cámara de Diputados, en particular, el artículo referente a las competencias de la Corte, el diputado Juan José Caldera, en la sesión del día 14 de julio de 1976, formuló la siguiente observación:

...este artículo tiene una omisión importante: en el texto presentado originalmente por la Corte en agosto del año pasado se incluía un ordinal que está también en la Ley Orgánica de la Corte Federal, vigente todavía en Venezuela en virtud de la disposición transitoria decimoquinta de la Constitución, que le da competencia a la Corte de los asuntos relativos a contratos administrativos. La Corte lo incluyó en el texto que presentó en agosto del año pasado y, luego, en un documento anexo que pretendía corregir algunos errores que existían en ese primer texto, omite, a mi modo de ver, por simple descuido, el ordinal relativo a los contratos administrativos que es de especial importancia⁴⁵.

Como se observa, no resultaba cierto que en la Ley Orgánica de la Corte Federal existiese un artículo que le otorgase competencia a la Corte para conocer de los contratos administrativos. Por el contrario, tal como hemos citado textualmente esa disposición antes, tal competencia lo era para conocer de los asuntos vinculados a todo tipo de contratos. Lamentablemente, el diputado asimiló los contratos de la Administración con los contratos administrativos, respecto a los cuales existía ya una abundante y contradictoria jurisprudencia.

De esta forma quedó incorporada, luego de haber sido suprimida de la versión de agosto de 1975, la norma que le otorga competencia a la Sala Político Administrativa de la ahora extinta Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

Es de la competencia de la Corte:

omissis

14. Conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades⁴⁶.

No puede entonces dejar de objetarse la incorporación al derecho positivo de una noción que, si bien era manejada por la jurisprudencia al copiar un derecho extranjero, era ajena a nuestra tradición constitucional y legal⁴⁷. Además, esa incorporación agravaba el concepto de contrato administrativo, el cual de por sí ostentaba ya la amplitud y variedad de criterios que antes hemos puesto de relieve.

De acuerdo con lo expuesto, si antes de 1977, al entrar en vigencia la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, era necesario delimitar la noción de contrato administrativo a los fines de determinar la supremacía de la Administración, según el criterio que en cada oportunidad se adoptase, ahora lo es para determinar la jurisdicción competente, la ordinaria o la contencioso-administrativa.

45. V., *Diario de Debates de la Cámara de Diputados*, t VI, vol. 1, marzo-julio 1976, p. 831, subrayado nuestro.

46. Artículo 42, numeral 14 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

47. Como magistralmente lo ha puesto de manifiesto, aun cuando no hace referencia a la norma procesal, el profesor PÉREZ LUCIANI, Gonzalo en el artículo antes citado.

IV. SOLUCIÓN QUE SE PROPONE

En la medida en que subsista una norma atributiva de competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las controversias que se susciten respecto a los contratos administrativos, habrá siempre que definir el concepto, y ya hemos visto la amplitud de márgenes dentro del que se desenvuelve. La variedad de interpretaciones y la multiplicidad de criterios que respecto a ellos existe desacreditan una institución y la desmeritan como categoría jurídica, pues carece de un criterio fundamental y preciso que la caracterice.

Es necesario entonces volver al sistema tradicional en nuestro país desde 1830, que no por ello es más racional, sino porque la sola presencia de la República en una relación contractual justifica ya la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa. En efecto, tomar como base la noción del servicio público es caer en una institución carente de unicidad, tal como el estudio de la jurisprudencia lo ha podido constatar.

Una fórmula que consideramos adecuada podría ser ésta: Conocer de las controversias que se susciten con motivo de los contratos en que sea parte la República y, tal como lo sugeríamos en un libro publicado en 1989 (aun cuando nos referíamos a los contratos administrativos)⁴⁸, las controversias contractuales en que sean parte los Estados y los Municipios podrían ser competencia, ya no de la Sala Político-Administrativa, sino de los juzgados regionales con competencia en lo contencioso administrativo, lo que, sin necesidad de reforma legal y en base a la interpretación del nuevo Texto Constitucional, ha sido ya adoptado por la jurisprudencia de la citada Sala Político-Administrativa⁴⁹.

Definida así la competencia contractual, sin las complicaciones a las cuales actualmente se encuentra sometida, las potestades exorbitantes de la Administración -como se dijo antes- se aplicarían respecto a los contratos y en la forma prevista en nuestro ordenamiento jurídico positivo. Como resulta obvio, al juez le corresponde fundamentalmente la aplicación del derecho positivo, y ya hemos indicado con anterioridad que en Venezuela se encuentran precisados cabalmente los casos en que son aplicables tales prerrogativas, en concreto, en las concesiones a que se refiere el Decreto-Ley del 17 de septiembre de 1999 y, sólo algunas de esas prerrogativas, en los contratos para la ejecución de obras, no siendo extensible en modo alguno, por vía analógica, a otro tipo de contratos.

De este modo quedaría descartada la categoría del contrato administrativo. Sólo subsistiría una sola tipología de contratos dentro de los cuales, a un grupo de ellos, le serían aplicables algunas reglas especiales por mandato expreso del Legislador. Basta para ello conocer si se trata de una concesión de las ya mencionadas o un contrato de ejecución de obras, sin necesidad de entrar en el análisis, muchas veces subjetivo, acerca de si la Administración actuó con una misión o finalidad de utilidad pública, o de interés público; si la actividad a cargo del cocontratante guarda relación con un servicio público o es trascendente para su prestación, utilizando los términos empleados por nuestro Máximo Tribunal.

48. CABALLERO ORTIZ, Jesús, *Contencioso de Plena Jurisdicción y Demandas contra los Entes Públicos*, Caracas 1989.

49. V., las sentencias de la Sala Político administrativa del 12 de marzo de 2002 (PIERRE TAPIA, Oscar R., *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia* n° 3, pp. 116 y ss) y del 23 de abril de 2002 (*ibid*, n° 4, pp. 151 y ss.).

Desde el punto de vista procesal, los inconvenientes que actualmente pone de manifiesto la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa justificarían también la unificación jurisdiccional de todos los contratos celebrados por la Administración a favor de la jurisdicción contencioso administrativa, ya que la partición jurisdiccional da lugar no sólo a criterios interpretativos diferentes dentro de una misma jurisdicción -como lo hemos señalado con tanta insistencia- sino también a conceptos divergentes entre la jurisdicción civil y la contencioso administrativa.

Por último, debe a toda costa evitarse la tentación del Parlamento a legislar sobre contratos administrativos. Tal observación obedece a la tendencia que existe en nuestro país, ya bien sea por la Asamblea Nacional, o por el Presidente de la República a través de leyes habilitantes, a legislar sobre las más variadas materias, muchas veces sin tomar en cuenta las realidades fácticas. Esta reflexión parece obvia dado el contenido del presente trabajo, pero ella la motiva también la influencia que el derecho español ha venido ejerciendo sobre el nuestro y, en España, se ha dictado recientemente el Real Decreto Legislativo del 16 de junio de 2000 sobre Contratos de las Administraciones Públicas⁵⁰.

En dicho Texto legal los contratos se clasifican en administrativos y de derecho privado. Entre los administrativos se mencionan aquéllos cuyo objeto es la gestión de servicios públicos, la realización de suministros, los de consultoría o de servicios y, en una forma bastante original “los de objeto distinto pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la competencia de aquélla o por declararlo así una ley”.

Nótese entonces el peligro que trae consigo la amplitud de los conceptos empleados y como afrontarían algunos jueces la naturaleza administrativa especial de un contrato para luego vincularlo al giro o tráfico específico de la Administración, y todo ello por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública. Una fórmula similar, de ser adoptada en nuestro país, nos llevaría a un laberinto del cual quizá sólo saldríamos desvirtuando más la noción de lo que actualmente se encuentra.

De igual forma, La Ley española de la jurisdicción contencioso administrativa prevé la dualidad de jurisdicciones en materia contractual al consagrar en su artículo 2.b. que el orden jurisdiccional contencioso administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con los contratos administrativos.

V. CONCLUSIÓN

Existen entonces sobradas razones para excluir a la llamada figura del contrato administrativo en una futura legislación, sin que con ello se infrinja disposición normativa alguna. Las razones teóricas y prácticas son altamente poderosas para evitar al juez una tarea en la que cada vez abre más las compuertas al concepto, en detrimento y perjuicio del cocontratante de la Administración y con menoscabo evidente de la seguridad jurídica.

Por lo demás, la tesis tradicional conforme a la cual correspondía al Máximo Órgano contencioso administrativo conocer de las controversias contractuales en que fuese parte la República nunca dio lugar a problemas. Extender esa competencia a los contra-

50. V., MUJICA, Juan, *Contratos de las Administraciones Públicas. Texto Refundido 2000*, Madrid 2000.

tos de las entidades territoriales menores, bajo el pretexto de que se trataba de contratos administrativos, sí los ha originado, al punto de que la Sala Político-Administrativa ha debido resolver el asunto a la luz de una interpretación constitucional que se enfrenta a una clara disposición de la ley.

Excluir por tanto a los contratos administrativos en una futura legislación constituye una verdadera necesidad. Baste al respecto observar que la circunstancia de que una determinada actividad guarde relación con un servicio público, o sea inherente al desarrollo del mismo -como lo sostiene la jurisprudencia más reciente- dejan poco margen para que un contrato no ingrese dentro de esa categoría. Hemos llegado así, por la vía equivocada, a una errónea conclusión: asimilar contratos administrativos con contratos de la Administración.

§ 79. ALTERACIONES ECONÓMICAS Y OBLIGACIONES CONTRACTUALES: LA CLAÚSULA *REBUS SIC STANTIBUS* EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Luis Corsi

Profesor de la Universidad Santa María y
Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

“...que por la acumulación de las circunstancias indicadas la economía del contrato se encuentra totalmente trastornada, que la Compañía tiene, pues, fundamento para sostener que no debe ser obligada, en las mismas condiciones previstas en su origen, al funcionamiento del servicio, mientras dure la situación anormal antes anotada”.

(Conseil d'Etat, S. 1916, 3, 17, concl. Chadernet)

“On ne peut, donc pas invoquer “l'autonomie” du droit administrative pour affirmer que la théorie générale du contrat administratif écarterait, par principe, la théorie civiliste. Tout est une question d'analyse du droit positive: sur le fond dans quelles mesure les solutions du droit administratif s'écartent-elles de celles du droit civil en rappeler que la notion même de contrat? À cet égard, il faut rappeler que la notion même de “contrat” ‘est une notion juridique général et n'est pas, en tant que telle, plus une notion “civiliste” que une notion “administrativiste”. Dès lors la logique voudrai qu' à un concept unique corresponde une théorie général unique, commune au deux/disciplines, sous réserve des adaptation (qui peuvent parfois être importantes) nécessités par le droit civil ou par le droit administratif. Reste à vérifier si cette hypothèse correspondon ou non à le réalité du droit positif. C'est ce que nous nous proposons de faire maintenant”. Jean Waline

I. INTRODUCCIÓN

Escribir sobre Napoleón ese sorprendente curso cuyo nombre atrajo la atención del mundo fue una empresa difícil. Esa fue la opinión de Stendhal, su mejor biógrafo, quien escribió para febrero de 1818 en el prefacio de su *Vie de Napoleón*: “Es igualmente difícil satisfacer a los lectores escribiendo sobre cosas o muy poco o demasiado interesantes” (Subrayado de L. C.).

A estas dificultades de tipo general para mi se añaden otras que deseo señalar en esta introducción:

Escribo sobre este tema, en efecto asaltado por la duda por varias razones:

1. Hay motivos para entender que, para cualquiera que desee incursionar en el acorralamiento sistemático de la problemática de la cláusula *rebus sic stantibus* resulta sobremanera arduo porque es emprender el camino de ilustres predecesores. Y es que, ciertamente, no resulta fácil continuar con decoro las grandes obras de maestros insignes, tanto extranjeros como venezolanos. Basta citar a Bonnecase¹, Ripert², Larenz³,

1. *Supplement au Traité de Droit Civil* de Baudry-Lacantinerie, t. 3, n° 314.

Pino⁴, etc., que han brindado su contribución al estudio de este tópico “una de las materias con mayor relieve y trascendencia práctica dentro del moderno derecho de las obligaciones”⁵.

En la bibliografía venezolana el tema no es huérfano de doctrina.

El gran juriconsulto Dr. Luis Felipe Urbaneja, quien en vida me distinguió y me honró con su amistad, escribió “Conceptos sobre la teoría de la imprevisión en los contratos privados”, Caracas, 1972, su Discurso de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, el primer trabajo que aborda con seriedad el tema. Más recientemente debe resaltarse un enjundioso aporte del también jurista de acrisolado prestigio, el Dr. José Mélich Orsini, “La revisión del contrato por onerosidad excesiva”, publicada en *la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, junio de 1999, número 54, págs. 55 a 98.

Al determinar el alfa y el omega de las aportaciones venezolanas no significa, según nuestro leal saber y entender, que no deben tenerse en cuenta y recomendarse también los aportes (cito en orden cronológico) de mi maestro Eloy Maduro Luyando⁶, Jaime Otis Rodner S.⁷, y en la dogmática *iurpublicistica* hasta donde llegan nuestra noticias, a Brewer-Carías⁸, Lares Martínez⁹, Linares Benzo¹⁰, Lupini Bianchi-Ruan Santos¹¹ y Andrade Labarca *et alii*¹².

He de confesar, por ello, que emprendí *con temor y temblor* (así también lo ha reconocido alguien), el honroso encargo de mi buen amigo, también condiscípulo, el Dr. Alfredo Arismendi, Director del Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas que *in illo tempore*, compartimos algunas inquietudes, entre ellas, la necesidad del hombre de crearse una vida mejor y nació una amistad que todavía perdura.

2. He tenido que recorrer las fuentes fundamentales, que afortunadamente están en nuestras bibliotecas jurídicas entre ellas, la Biblioteca de los Tribunales del Distrito

2. RIPERT, G., *La règle morale dans les obligation civiles*, París 1949, n° 81.

3. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.), Madrid 1956.

La teoría de LARENZ es considerada la más perfecta de todas. Así lo estima DIEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid 1993, p. 878.

4. *La excesiva onerosidad de la prestación*, (de DE MALLOL), Barcelona 1959.

5. DIEZ-PICAZO, Luis, Prólogo a la obra de ESPERT SANZ, *La frustración del fin del contrato*, Madrid 1968, p. 9.

6. *Curso de Obligaciones (Derecho Civil III)*, reimp., Caracas 1983, pp. 199 a 202. Esta obra de tan esclarecido profesor ha sido revisada y puesta al día por el Dr. Emilio PITTIER SUCRE, en lo adelante MADURO-PITTIER. vol. II, Caracas 2000, pp. 821 a 824. PITTIER SUCRE, a diferencia de MADURO LUYANDO, que deja el problema de su adquisición librado a la doctrina y la jurisprudencia (p. 202), considera “que la teoría de la imprevisión no es aplicable en Venezuela, por no tener fundamentos muy sólidos, ni existir conceptos claros en relación a los requisitos para su procedencia, que justifique la violación de nuestro sistema contractual de derecho privado...” p. 823 y ss.

7. *El Contrato y la inflación. El uso de cláusulas de valores en Venezuela*, Caracas 1983. Más recientemente ver su monumental estudio, *El dinero, la inflación y las deudas de valor* (Prólogo de José MÉLICH ORSINI), Caracas 1995, que se pronuncia explícitamente y en líneas generales a su inadmisión por la jurisprudencia y se muestra, con el apoyo de MÉLICH ORSINI, cauteloso frente a la posibilidad de adoptarla en el derecho privado a menos que sea producto de una modificación legislativa. Cf., p. 519 de dicha obra y nota 48.

8. *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo*, Caracas, p. 210 con afirmación poco clara, que rectifica en su obra más reciente, *Contratos Administrativos*, Caracas 1992, pp. 220 y ss.

9. *Manual de Derecho Administrativo*, 12ª, ed. actualizada, Caracas 1999, pp. 302 a 305.

10. “La revisión de los precios en el contrato administrativo” en *RFPGR*, vol. 8, 1993, pp. 135 a 148.

11. Consideraciones sobre las condiciones generales para la ejecución de obras de la Administración Pública, en *Revista de Derecho Público* n° 12, 1982, pp. 5 y ss.

12. Imprevisión en los contratos de obra pública, en *RFDZ* n° 26, 1969, pp. 63 a 80.

Federal Fundación *Rojas Astudillo* y la Biblioteca de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, nuestra *alma mater*, donde siempre hemos sido atendidos con exquisita amabilidad.

No obstante, sus fondos bibliográficos están bastante atrasados en fechas (libros y sobre todo revistas) lo que nos ha obligado a adquirir obras más recientes francesas e italianas.

El escollo de estar al día en bibliografía en parte, pues, ha sido obviado y estoy, por lo menos en documentación, en escribir, porque siempre trato de ser exhaustivo, un ensayo digno del homenajeado.

3. El tema de la *cláusula rebus sic stantibus* (*verbus* cosas, *sic* así, *stantibus*, estando permaneciendo es decir, permaneciendo (*así las cosas*) que responde a la interrogante de si debe o no, compelerse el cumplimiento de obligaciones concertadas en épocas normales, si a la fecha de la ejecución de las mismas circunstancias extraordinarias e imprevisibles hacen que la realización de la prestación sea de excesividad gravosa o ruinosa para el obligado, abre un ancho campo a la polémica especialmente en los ordenamientos como el nuestro en que no está positivamente consagrado por nuestro legislador o lo está (caso del contrato de obra pública), pero con deficiente formulación y en normas de rango sublegal.

Por otra parte, el tema es de una gran importancia práctica que deriva entre otras razones, del fenómeno económico de la inflación y del aumento de los precios que obligan a una solución de principio.

Para nosotros, constituye un motivo de honda satisfacción poder efectuar este modesto aporte a los fines de la publicación que efectuará la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela en homenaje al ilustre Dr. Allan Randolph Brewer-Carías.

Hemos elegido, para ello como tema, “la cláusula *rebus sic stantibus*” en la contratación administrativa.

No ha sido tarea fácil escoger un tema que pueda ser de interés para un administrativista.

Aunque en el ejercicio profesional he manejado las categorías del Derecho público existía de mi parte cierta aprehensión, porque, según una opinión que no comparto, “el Derecho Administrativo es un mundo extraño al Derecho, o fuera del Derecho, o incluso es no Derecho”¹³. Pero los contratos administrativos son claramente tales y es indiscutible la “sustantividad del contrato administrativo”.

A esta conclusión he llegado en plena consonancia con el eminente Forshoff¹⁴ y, superado los escrúpulos aspiro con gran satisfacción y orgullo honrar a un brillante discípulo creador de una bibliografía apabullante, difícil de superar por su calidad y número¹⁵.

No quiero terminar sin manifestar mi agradecimiento al Doctor Arismendi y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, por

13. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid 1994, p. 77 que afirma que “la historia de la formación singular de este Derecho, es sin duda la más alta expresión del monumento jurídico de la Revolución...”.

14. *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid 1958, pp. 373 a 374.

15. V., “Biblio verbi grafía de Allan Brewer-Carías, 1957-2001”, en BREWER-CARÍAS, Allan R., *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Caracas 2001, pp. 287 a 427.

brindarme la ocasión de participar en esta justiciera exaltación, según se lee en la Partida 3, 1: pr. [2]: “*E non tan solamente ha logar Justicia en los pleytos que son entre los demandadores e los demandados en juyzio; mas aun entre otras cosas que avienen entre los omes, quier se fagan por obra, o se digan por palabra*”.

1. Referencia a la Cláusula

Sólo se discute sobre en que fundamento basar la cláusula *rebus sic stantibus* sobreentendida en los contratos de tracto sucesivo.

La doctrina italiana ha realizado una investigación amplísima y circunstanciada sobre los precedentes y el desenvolvimiento histórico de la cláusula *rebus sic stantibus* que todavía no ha sido superada¹⁶. Si bien pueden encontrarse precedentes en la época romana tardía bajo la influencia de la filosofía estoica¹⁷, las exigencias de mitigar el rigor de la inmutabilidad de los pactos (*pacta sunt servanda*) es de los post glosadores, que le dan su formulación definitiva. Una verdadera construcción teórica que se remonta a Alciato (1482-1550), Bartolo y Baldo, en el comentario al fragmento 8 D. XII 4 (1599)¹⁸, cuando la cláusula aparece ampliamente extendida¹⁹.

Su extensión con carácter general en los diferentes países y ramas del Derecho²⁰, es cuando adquiere verdadera y propia formulación jurídica en las fuentes canónicas; y la primera manifestación de su formulación está en la 2ª. Parte del Decreto de Graciano en el cap. 14 (*nequis*), Cap. XXII qu 2, que se estima que deriva de un pasaje de la *Summa Theologica* (Lib. II, qu 110, art. 3, que expresa “Pues como Séneca dice para que uno esté obligado a cumplir lo que prometió se requiere que nada haya cambiado: por el contrario ni mintió al prometer, porque prometió lo que tenía en la mente supuestas las condiciones debidas; ni tampoco falta a la palabra no cumpliendo lo que prometió, ya que no persisten las mismas condiciones. Por consiguiente el Apóstol tampoco mintió al no ir a Corinto adonde había prometido ir como se dice en la II a los Corintios, capítulo I, debido a los acontecimientos que sobrevinieron”.

Desde este momento, determinándose los límites dentro de los cuales el incumplimiento de la promesa podía no considerarse *mendicium*, la cláusula se difunde en los comentarios del Digesto y en las recopilaciones de los Concilios²¹.

La influencia de autores como Grozio, Cocceio, Leyser, KOPP, Eberhard, Tevenar, Weber etcétera, de la escuela alemana y holandesa hacen posible que en las primera codificaciones de los países germánicos (*Allgemeines Land-Recht* bávaro de 1756 y *A. L. R* prusiano de 1794 y del Código civil austríaco de 1815), se hacen unas aplicaciones directas de la teoría del cambio de circunstancias que, sin duda, son considerados de un indudable interés práctico.

16. Cf., OSTI, “La cosiddetta cláusula reb. sic stant, nel suo svilupo storico” en *Riv. dir. Civ.*, 1912, I, pp. 1 y ss. que es fundamental.

17. CICERÓN y SÉNECA, que por medio de la filosofía escolástica, ejercieron su influencia sobre el desenvolvimiento del derecho contractual en general.

18. V: para ampliar, TERRAZAS MARTORELL, Juan, *Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad (teoría de la cláusula rebus sic stantibus)*, Barcelona 1951, pp. 68 a 70. Y, también OSTI, *loc. cit.*

19. Así TERRAZAS MARTORELL..., *cit.*, p. 74.

20. Cf., PINO, Augusto, *ob. cit.*, p. 144.

21. Cf., TERRAZAS Martoreel, *ob. cit.*, p. 74.

Más tarde en el Código civil alemán (párrafos 321 y 610 BGB) no se dan reglas generales, sino una sistematización excepcional con limitación a casos particulares.

En la experiencia francesa del mismo período, la vitalidad del principio absolutamente no influencia a el *Code Napoléon* y resulta infructuosa toda tentativa de eludir el precepto de la inmodificabilidad unilateral de los pactos contratados sancionado en el art. 1134.

Sólo a partir de 1916 (caso *Gaz de Bordeaux*, Conseil d'Etat, 30 de marzo 1916, S. 16, 317) la jurisprudencia administrativa francesa propugnaba la aplicación de mecanismos de revisión para todos los contratos celebrados por la Administración Pública cuyo contenido fuese alterado por circunstancias imprevistas evitando así la interrupción del servicio público, y que este pacto debería considerarse implícito en todas las convenciones de ejecución prolongada.

Posteriormente, el Consejo de Estado fue haciendo extensiva la *teoría de la imprevisión* y excedió el campo del derecho administrativo para abarcar el derecho laboral (1915 y 1918) y el civil donde se produjeron pronunciamientos basados en esta teoría de litigios sobre contratos de suministros o transportes, seguros, etcétera²².

Osti²³, ha subrayado que hoy en día, no obstante, la doctrina de la *Imprévision*, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* es objeto de debate, y la exigencia del mantenimiento del equilibrio contractual originario recientemente se fundamenta en términos de “moralismo” contractual, por la subsistencia de deberes de cooperación, de reglas de corrección y de cargas de información²⁴.

2. La Cláusula *rebus sic stantibus* en el Código civil

Es incuestionable que todo contrato debe ser cumplido en orden a sus términos: *pacta sunt servanda*.

La seguridad jurídica reclama individualmente la estabilidad de los contratos, o principio de la intangibilidad llamado también “principio del contrato-ley” que consagra el art. 1.155 del Código civil, y que ha sido justificado por nuestra mejor doctrina en los siguientes términos:

“Que el legislador al consagrar el artículo 1.159 C.C. haya apreciado que efectivamente existen pocas razones que puedan justificar una intervención extraña a la propia voluntad de las partes que lo formaron, se comprende fácilmente cuando se piensa que si las partes acuden al contrato para regular sus relaciones lo hacen precisamente en búsqueda de un piso firme sobre el cual cada una de ellas puede planificar sus iniciativas y proyectarlas en el porvenir. Esta necesidad social de darle estabilidad a las relaciones sobre las cuales se apoya la dinámica económica excluye que puede verse en la

22. Así, BENABENT, Alain, *Droit civil. Les obligations*, 8a. ed., París 2001, p. 209.

No obstante, la tendencia actual de la jurisprudencia judicial francesa, en principio, es no admitir la revisión del contrato resultante de las nuevas circunstancias por el Juez.

Esta solución señala BÉNABENT, es contraria a las admitidas en la mayor parte de las legislaciones extranjeras y cita en la nota 119, bibliografía para ampliar.

Por otra parte, es una solución descartada por los principios UNIDROIT (art. 1-2-3).

Entre nosotros, para ampliar V., MARTÍNEZ ESTÉVEZ, Jaime, “Anotaciones sobre los principios UNIDROIT” en *RFUCAB* n° 51, 1997, pp. 199 y ss. especialmente, p. 221.

23. OSTI, “Cláusula *rebus sic stantibus*”, *ad vocem, Noviss. Dig. it.*, III, Turúm 1959, p. 358.

24. Cf., REMY, en *L'évolution contemporaine del droit des contrats*, París pp. 113 y ss.

consagración de un principio que era dirigido a procurar tal estabilidad, un mecanismo susceptible de favorecer la mera explotación del débil por el fuerte. Por el contrario resulta patente que cuando se predica el respeto incondicional a la palabra dada, la ley desarrolla más bien el principio consagrado en el Art. 97 de la constitución al evitar que quien le prometió algún bien o algún servicio necesario al desenvolvimiento de su propia iniciativa o actividad empresarial, de que verse defraudado y perjudicado al punto de pretender este último a sus compromisos por mero capricho o por la complacencia de un juez. ¿Qué otra cosa perseguimos en verdad, cuando intentamos adelantarnos a lo porvenir y sustraernos a los inciertos cambios de la economía mediante la celebración de contratos que nos garanticen la estabilidad de los suministros y precios de los bienes, insumos y servicios, sin los cuales no podría mantenerse la empresa que hemos fundado y cuyas mismas bases de subsistencia dependen de una cierta fijeza en los datos económicos que hemos utilizado para realizar nuestros cálculos?”.

“El principio de la intangibilidad del contrato significa, pues, que las partes no pueden sustraerse a su deber de observar al contrato tal como él fue contraído en su conjunto y cada una de sus cláusulas. Pero significa, además, que ninguna consideración de piedad o de equidad, por mucho que golpee su conciencia, autoriza al juez para modificar los efectos de un contrato, ni de oficio ni a petición de alguna de las partes, ya que al juez no le está permitido procurarse por la mayor o menor severidad de las cláusulas aceptadas libremente y por las consecuencias más o menos perjudiciales, que de las mismas puedan seguirse para alguna de las partes²⁵”.

Ha llegado el momento de preguntarse, ante el silencio del ordenamiento, si en nuestro Código civil y Código de comercio se encuentran disposiciones que sirvan de punto de partida a la aplicabilidad de la cláusula.

El *Codice civile* de 1865 no contenía norma alguna en el tema *sub examine*. No obstante, en los primeros comentaristas se notó la tendencia a afirmar el principio, así los comentarios de Cataneo e Borda, de Galli y Ferrarotti citados por Giorgi²⁶.

Más adelante la doctrina italiana se aboca al estudio del problema y trata de establecer el fundamento jurídico del principio en algunos artículos del *Código*.

Giovene, posteriormente, Osilia y Pugliese, entre otros autores, se preocuparon en encontrar en algunos dispositivos técnicos el *Código* de 1865 “un único principio animatore”.

Giovene²⁷ deducía el principio general para los contratos y todos los actos jurídicos de los artículos 888, 1083, 1081, 176, 1469 y 119; 1580, 1617, 1618, 1641, 1916 y 1860 del *Código* y 432 y 617 del *Código di commercio* de 1882.

25. Así, MÉLICH-ORSINI, José, *Doctrina general del contrato*, Caracas 1997, pp. 437-438.

26. Cf., GIORGI, Jorge, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, traducción española de 7ed., italiana, Madrid 1977, n° 207 bis que concluye: “Por esto, razones de equidad y de justicia distributiva exigen que la ley obligue al Magistrado a restablecer el equilibrio legal, cortando toda desigualdad, utilidad común y buscando aquella utilidad común que dio origen a la celebración y ejecución del contrato”. (p. 217).

27. *L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza la doctrina dell' clausula rebus sic stantibus*, Padua 1941, p. 111.

Pues bien, Osilia²⁸ y Pugliese²⁹ demostraron exhaustivamente que sólo de los artículos 1176³⁰; 1469³¹ y 1919 N° 2³² puede deducirse un principio general, aquél que inspira la cláusula *rebus sic stantibus* sancionando indirectamente la cláusula con una serie de disposiciones fragmentarias.

La cláusula *rebus sic stantibus* es una de los tantos fallidos intentos de obtener “la adaptación del contrato a las circunstancias económicas”³³. Pareciera que no queda sino pensar en la intervención del legislador con una *legislación casuística* o la *formación de principios más generales*³⁴.

Mientras tanto, habrá que recurrir en Derecho privado, a la tan desdeñada cláusula que, desde el Dr. Urbaneja recepta la doctrina nacional³⁵, “porque no existe un impedimento legal para la aceptación de la teoría de la imprevisión para modificar o alterar las prestaciones de un contrato sin incurrir por ello en ilegalidad”.

Sólo se discute sobre en qué fundamento basar la cláusula *rebus sic stantibus* sobreentendida en los contratos.

3. La Cláusula en la jurisprudencia venezolana

Nuestros jueces *se han sentido seducidos* a reaccionar contra el clásico principio de la intangibilidad del contrato en jurisprudencia reciente que es proclive de admitir en algunos casos la llamada *corrección monetaria*³⁶.

Al respecto, traemos a colación una sentencia de la Casación venezolana del 30 de septiembre de 1992 bajo ponencia de Aníbal Rueda, reiterada por la Sala Político Administrativa, cuyo texto íntegro puede consultarse en Mélich Orsini³⁷.

Este autor destaca también distintos laudos arbitrales.

a) Un laudo arbitral de árbitros arbitradores, integrado por los doctores Jesús Carmoña Borjas, Gonzalo Parra Aranguren y José Mélich Orsini del 19 de febrero de 1987, donde se lee: “los daños compensados con el interés legal al que se refiere el artículo 1277 del Código Civil venezolano son daños presuntos que no necesitan ser probados por el acreedor y que se generan por el solo hecho de la mora del deudor sin que el acreedor se exija comprobar culpa grave del deudor. Deben por tal motivo reputarse un mínimo de la indemnización a que pudiera haber tenido derecho al acreedor si le hubiera sido aplicable a la regla general de los artículos 1.264 y 1.271 C.C. y como derogato-

28. “La sopravvenienza contrattuale” en *Riv. dir. comm.*, 1924, I, pp. 320 y ss.

29. “Laesio supervienes” en *Riv. dir. comm.*, 1925, pp. 16 y ss.

30. Equivalente al art. 1.215 del C.c. venezolano: “Si al deudor se ha hecho insolvente o por actos propios hubiere disminuido las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación, o no le hubiere dado las garantías prometidas no puede reclamar el beneficio del término o plazo”.

31. Equivalente al art. 1.493 del C.c. venezolano: “El vendedor que no acordado plazo para el pago, no está obligado a entregar la cosa si el comprador no paga el precio.

Tampoco está obligado a hacer la entrega, aun cuando haya acordado plazo para el pago del precio, si después de la venta el comprador se hace insolvente o cae en estado de quiebra de suerte que el vendedor se encuentra en peligro inminente de perder el precio a menos que se de caución de pagar en el plazo estipulado”.

32. Equivalente al art. 1864 del C.c. venezolano.

33. Así, MÉLICH-ORSINI, José, *Doctrina general ...*, cit., pp. 448-9.

34. *Ibidem*.

35. URBANEJA, Luis Felipe, *ob. cit.*, pp. 31 a 33.

36. Así, MÉLICH ORSINI, José, *Doctrina general...*, cit., pp. 437-38.

37. *Ob. cit.*, pp. 643 y ss.

ria de la regla general que viene así a ser el artículo 1273 *ejusdem*, resulta lógica atribuirle al mencionado artículo 1.277 del Código Civil una interpretación restrictiva y volver a la aplicación de la norma general cuando se hayan dado por comprobados, como es el caso de ante todos los extremos necesarios para reclamar daños y perjuicios contractuales por el incumplimiento en el pago de una obligación pecuniaria”. Así se declara³⁸.

b) Un laudo arbitral dictado el 20 de diciembre de 1989 por los doctores Enrique La-grange, Ney Himiod y Gonzalo Pérez Luciani, que recoge la necesidad de la situación de las obligaciones mercantiles de las obligaciones civiles, hace resaltar que los intereses de que trata el artículo 108 del Código de Comercio³⁹ no son compatible con una simultánea aplicación del artículo 1.277 del Código Civil, “Lo contrario-agrega textualmente este laudo- conduciría al absurdo de someter al mismo trato al deudor moroso y al deudor no moroso de obligaciones pecuniarias de naturaleza mercantil uno y otro se encontrarían obligados a pagar intereses a la tasa corriente en el mercado sin exceder del doce por ciento (12%) anual; y al tratar de sostener, que la norma comentada contiene una liquidación que representa el máximo de la indemnización que debería pagar el deudor en mora se llegaría a la ilógica conclusión de que ésta no acarrearía para el que hubiese incurrido en ella ninguna consecuencia distinta de la obligación de pagar aquellos intereses, consecuencia ésta derivada no de su retardo culposo en pagar, sino de la sola circunstancia constitutiva del supuesto de hecho del artículo 108 del Código de Comercio de ser deudor de una suma de dinero líquida y exigible. La mora en pagar obligaciones derivados de la misma se harán irreversibles, lo cual estaría en contraste con todo el sistema del derecho de obligaciones en el cual la mora del deudor tiene una importancia fundamental”.

“La fuerza contundente del anterior argumento ha de conducir -en rigor de lógica- a que como ha quedado dicho, aun los partidarios de la interpretación de que el Art. 1.277 C.C. niega la posibilidad legal de la reparación del llamado daño mayor o daño ulterior, convengan en que el Art. 108 Cód. como no expresa sanción alguna para el deudor moroso ni prejuzgar sobre la reparación de los daños derivados del retar culposos en pagar obligaciones pecuniarias. El artículo 108 del Código de Comercio descarta así cualquier posibilidad en materia de obligaciones mercantiles la idea de la liquidación legal de la indemnización debida por el deudor moroso, fijándola como un máximo de lo debido a un título de resarcimiento en el interés legal y conduce a la inevitable y lógica consecuencia de que la sanción del retardo culposo en pagar obligaciones secundarias mercantiles haya que extraerle las normas generales sobre la responsabilidad contractual, establecidas en disposiciones del Código Civil plenamente aplicables en material mercantil por no ser incomparables con éstas las normas del código civil sobre la responsabilidad derivada del incumplimiento de obligaciones (art. 1.264 y 1.271)”⁴⁰.

38. V., el texto del laudo en CORSI, L. -GOVEA, L. G.- VEGAS Rolando, N., (Compiladores); *Los intereses y la usura*, (Prólogo del Dr. Luis Felipe URBANEJA), Caracas 1988, p. 426.

Este laudo acogió una doctrina que MÉLICH ORSINI había insinuado en su estudio sobre “La mora del deudor en el Derecho venezolano”, *LHRG*, Caracas 1967.

39. Dicho artículo preceptúa: “Las deudas mercantiles de sumas de dinero líquidas y exigibles devengarán de pleno derecho el interés corriente en el mercado, siempre que éste no exceda del doce por ciento anual”.

Respecto a este dispositivo técnico V., en la doctrina, PULIDO MÉNDEZ, Víctor, “Los intereses moratorios, correctivos y compensatorios en el derecho venezolano vigente y en el anteproyecto de reforma del Código civil”, en *RCADF* n° 133-134, 1968, pp. 186 y ss.

40. Transcripción tomada de MÉLICH ORSINI, José, *Doctrina general ...*, cit., nota 73, pp. 651 a 652.

II. LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. Precisiones terminológicas

Junto al riesgo normal del contrato⁴¹, existe otro más amplio. Existe otro derivado de una circunstancia sobrevenida que las partes no pudieron prever.

Estos supuestos de alteraciones encuentran una justificación predominantemente subjetiva y, para resolver el problema ha sobrevivido la concepción medieval de la cláusula *rebus sic stantibus* (*Contratus qui habuit tractum successivum vel dependentia de futuro rebus sic stantibus intelligitur*). Las llamadas teorías de la presuposición y de la base del negocio parte del dato fundamental de que ambas partes han debido considerar determinadas circunstancias económicas, jurídicas, sociales o de simple albedrío como influyentes para la celebración del contrato. Si posteriormente esa base o fundamento comercial desaparece, se considera que las partes pueden pedir la resolución o modificación del contrato.

Ciertamente, de hecho históricamente la cláusula no nace en el terreno contractual⁴². Pero la solución a través de la cláusula *rebus sic stantibus* en los contratos administrativos se utiliza en Suiza y Alemania”. “El instituto jurídico -escribe Forsthoff-⁴³ que hace posible la disolución del contrato es la cláusula *rebus sic stantibus*, que desde antiguo ha sido reconocida en el derecho internacional como en el Derecho civil y que también en este campo nuestra su eficiencia... Ahora bien, mientras en el Derecho civil la cláusula se limita a casos excepcionales, en el Derecho público debe reconocerle una aplicación extensiva”.

Esta es la denominación que adoptamos y es la que propugnamos de *iure condendo* para nuestro Derecho.

No obstante, la teoría de la imprevisión, creación jurisprudencial del *Conseil d'Etat*, es la que ha sido admitida en nuestra doctrina, y en nuestra jurisprudencia.

41. Según el autorizado pensamiento de NICOLO (*Alea, ad vocem*, en Ed. D, II, Milán 1958, pp. 1024 y ss. el alea normal es *un factor externo* que no altera la función del negocio, porque es un riesgo implícito en cada contrato.

El alea, según este eminente autor, (p. 1026) es reducida como “estadísticamente connatural a este o aquel mecanismo contractual”. Ergo, “variable en función de las singulares figuras contractuales” (*loc. cit.*).

El *álea normal*, por su puesto, favorable o desfavorable para el contratante recae sobre éste.

Pero cuando se rompe el equilibrio entre cargas y ventajas de las partes, por un hecho imprevisible que altera la economía del contrato *la ecuación económica o de equilibrio financiero* (V., BREWER-CARÍAS, Allan R., “Consideraciones sobre los efectos de la ruptura de la ecuación económica de un Contrato Administrativo por una Ley declarada nula por inconstitucional” en *CDP*, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Mérida 1976, p. 9, implícita o inherente a todo contrato administrativo (“el cocontratante tiene derecho a recibir de la administración una indemnización, cuando se produce la ruptura del mismo”).

La noción de ecuación económica ha sido receptada en la doctrina nacional Cf., LAREZ MARTÍNEZ, *Manual, cit.* p. pero con reservas; BREWER-CARÍAS, Allan R., *Las instituciones fundamentales...*, *cit.*, pp. 204 y ss. y ahora, en *Contratos ..., cit.*, pp. 185 y esp. 202 y ss.

V., el artículo 1.638 Cc. venezolano, de escasa importancia en la práctica porque regula el contrato de obra *a des-tajo* poco frecuente en la *praxis* negocial.

42. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid 1968, p. 280.

43. Cf., FORSTHOFF, E., *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid 1958, p. 381.

Ha sido formulada por Jéze en la siguiente forma: “Cuando circunstancias imprevistas en el momento de la conclusión del contrato vienen a trastornar la economía del mismo con tal gravedad, que lo hace, si no imposible, mucho más difícil y oneroso por encima de lo que las partes han podido razonablemente prever; cuando el déficit sobrepasa los límites del riesgo normal toma un carácter anormal y excepcional, entonces el contratante de la Administración tiene el derecho de pedirle que venga en su ayuda para repartir con él el riesgo extraordinario mediante una indemnización calculada en función del déficit que le compense en parte de él”.

2. Situaciones de imprevisión en nuestro ordenamiento jurídico

Para solucionar los problemas y las situaciones excepcionales que dan lugar en Venezuela a la teoría de la imprevisión, se ha recurrido al expediente de la revisión de precios, en textos de rango sublegal.

La resolución N° 3721 de 15 de diciembre de 1986 (G. O. N° 3939 Extraordinaria de 15-12-869 reguló las tarifas de los servicios de electricidad en el Área Metropolitana⁴⁴.

Otras normas relativas a los ajustes de precios en los contratos que se realizan con la Administración Pública, son las “Condiciones generales de contratación para la ejecución de obras”, que se refieren al contrato de obras públicas pero, por analogía (*sic*) se extienden a otros tipos de contratos como contratos de servicios, incluyendo servicios técnicos, contratos de suministro.

Inexplicablemente se discute si estas condiciones tienen el carácter de verdaderas normas legales o normas de carácter contractual⁴⁵.

En materia de aumento de precios derivados de las condiciones laborales, el art. 63 establece:

El Ente Contratante pagará al Contratista las variaciones de los salarios, prestaciones sociales u otras indemnizaciones a los trabajadores que hubieran intervenido en la ejecución de las obras, cuando esas variaciones fueren consecuencia directa de Leyes, Decretos y Contratos Colectivos de Trabajo celebrados por parte de la República o de obligatoria aplicación de acuerdo con el Decreto sobre Contratos Colectivos por Ramas de Industrias posterior a la presentación del presupuesto de la obra y sólo a partir de la fecha de vigencia de las referidas Leyes, Decretos o Contratos Colectivos.

La cuantificación de estas variaciones se determinará tomando en cuenta los análisis de Precios Unitarios de cada partida que conforma el Presupuesto Original, salvo que en el contrato se haya especificado la utilización del Sistema de Fórmulas Polinómicas, en cuyo caso se determinarán en la forma que especifique la Resolución correspondiente.

En cuanto a los aumentos consecuencia del alza en el costo de los materiales las previsiones contractuales son las siguientes:

Artículo 62. Todas las variaciones de precios que hayan afectado realmente el valor de la obra contratada, deberán ser reconocidas y pagadas por el Ente Contratante, previa comprobación por el Contratista de la ocurrencia efectiva de las variaciones en relación con el Presupuesto Original. En todo caso, las variaciones alegadas deberán derivar de hechos posteriores a la fecha de presentación de la oferta y, ser por lo tanto, imprevisibles para el Contratista en ese momento.

44. Cf., BREWER-CARÍAS, Allan R., *Contratos ...*, cit., p. 195, note 108.

45. Cf., OTIS RODNER, James, *El dinero ...*, cit., p. 684, notas 1 y 2.

El Presupuesto de la Obra que forma parte del contrato deberá incluir una partida denominada *Variaciones de Precios* por un monto prudencialmente estimado por el Ente Contratante para que el Contratista pueda, en cada valuación, cobrar los montos que se le reconocieran por concepto de variación de precios.

A estos efectos, el Ente Contratante establecerá en el contrato las reglas y procedimientos aplicables según su naturaleza y fines, a los casos de variación de precios ocurridos durante la ejecución de la obra contratada, sean ellos procedimientos de determinación en base a variaciones de índices según Fórmulas Polinómicas o de comprobación directa de las variaciones o una combinación de los sistemas anteriores o cualesquiera otros que el Ente Contratante considere adecuados.

La variación de los precios por el Sistema de Fórmulas Polinómicas será de acuerdo a las normas generales o particulares que dicte el Ente Contratante.

En todo caso, en la Resolución que regule el sistema de Fórmulas Polinómicas, a las variaciones que se determinen por la utilización de dichos sistemas se les deberá aplicar por lo menos una reducción equivalente al porcentaje que exceda del diez por ciento (10%) del o de los anticipos otorgados.

Las variaciones así determinadas se pagarán contra la partida "*Variaciones de Precios*".

Estas cláusulas, como observa atinadamente Brewer-Carías⁴⁶, "han planteado una serie de problemas interpretativos que se refieren básicamente, a la legalidad misma de dichas cláusulas, a los efectos de las regulaciones nacionales de precios de artículos de primera necesidad y a la aplicabilidad eventual de la teoría de la imprevisión en caso de que dichas cláusulas no puedan utilizarse, en virtud de las regulaciones nacionales de precios".

3. Condiciones de existencia de la imprevisión : requisito para que proceda

Los *Bouleversements économiques* provocados por la I Guerra Mundial conducen a la jurisprudencia francesa al célebre *arrêt* del 30 de marzo de 1916, *Compagnie Generale d'éclairage de Bordeaux* (S. 1916,3,17, conclusiones (Chardenet, nota Hauriu, G.A.J.A. pág. 187) que admite la teoría de la imprevisión.

Como en la teoría de la sujeción imprevista, aunque no se confunde con ella, la situación de imprevisión supone⁴⁷:

1° La ocurrencia de eventos imprevisibles al momento de la conclusión del contrato, porque la imprevisibilidad que el juez debe investigar si estaba prevista o era previsible, se entiende que el deudor contrató asumiendo el riesgo.

2° La imprevisión supone que las circunstancias no sean solamente excepcionales, es necesario también según la jurisprudencia, el aumento grave de la onerosidad de la prestación *dejuant toutles calculs (arrêt Gaz de Bordeaux)*.

3° El estado de imprevisión requiere que el *L' économie du contrat se trouve absolument bouleversé*, o sea, que el acontecimiento imprevisible no sólo produzca un sobre-coste y consiguiente pérdida para el contratista, sino que la lesión resulte desproporcio-

46. Cf., BREWER-CARÍAS, Allan R., *Contratos ...*, cit., p.

47. RICHER, Laurent, *Droit des contrats administratifs*, 3ra. ed, París 2002, pp. 247 y ss. a quien seguimos para lo expuesto.

nada con lo que el contratista pudo prever. Es necesario que se produzca un verdadero *bouleversement* de la economía del contrato, en expresión constantemente utilizado por la jurisprudencia del *Cónseil d'état* desde el *arrêt Gaz de Borbeaux*.

Como dice Laubadère⁴⁸ la imprevisión supone que se produce un déficit para el contratista y no una simple falta de ganancia o la desaparición de un beneficio.

Todavía es válida la afirmación de Brewer-Carías que “La jurisprudencia administrativa venezolana no se ha pronunciado concretamente sobre el particular”.

Ortiz-Alvarez y Mascetti⁴⁹ reseñan una sentencia de la Sala Político Administrativa del 30 de abril de 1998 que desecha la teoría de la imprevisión al caso sometido a su consideración, bajo la ponencia del Magistrado, H. J. La Roche que se transcribe a continuación:

No se puede aplicar la teoría de la imprevisión para los efectos de ajustar las prestaciones por dificultad sobrevenida como consecuencia de la inflación en aquellos casos en que la inflación pueda ser prevista por las partes como lo es el presente contrato suscrito entre la parte actora y la parte demandada, donde constituye un hecho notorio la inflación en los últimos años en nuestro país.

En este sentido no se puede aplicar la teoría de la imprevisión, por el simple hecho de que Constructora Guarítico, C.A. alegue un aumento en la mano de obra y materiales, ya que la inflación en Venezuela no es imprevisible. La devaluación con lo imprevista que pueda resultar a veces, es una posibilidad presente en una economía en dificultades, y no puede afirmarse, que sea un hecho imprevisible.

La teoría de la imprevisión, en caso de ser aceptada su aplicación, sólo sería útil para resolver casos extremos de desequilibrio contractual en materia de inflación. No siendo la inflación un acontecimiento absolutamente imprevisible y en consecuencia, sólo se podría decir, que tiene tal condición, un salto brusco del índice inflacionario, pero una alteración de los precios que se mantenga en el promedio de los últimos 10 años, no puede ser considerado imprevisible en forma alguna, como es el caso presente, donde la subida de los precios en mano de obra y materiales, pudo haber sido perfectamente previsible por las partes al momento de la celebración del contrato de obra. En consecuencia, se declara sin lugar la pretensión formulada por la parte actora, de que al contrato de obra que suscribió con Corpoven, S.A. le pueda ser aplicable la teoría de la imprevisión.

Por otra parte, la imprevisión no es aplicable en aquellos casos, donde el contrato con la Administración Pública, esté sujeto a las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras; como es el caso del contrato suscrito entre Corpoven, S.A. y Constructora Guarítico, S.A.

No se trata de la consagración de un texto legal de la imprevisión, sino por el contrario, la consagración de cláusulas de valor. Los ajustes se hacen de acuerdo con términos contenidos en las propias Condiciones Generales de Contratación (artículos 62 y siguientes).

No se puede afirmar que se está aplicando la imprevisión en este caso; donde precisamente se han previsto los ajustes de acuerdo a las Condiciones Generales de Contratación, las cuales forman parte integrante del contrato de obra.

Por cuanto las Condiciones Generales de Contratación, no son una consagración legal de la imprevisión, la misma se aplica independientemente del concepto de servicio público del contrato, que se celebra con la administración pública, e independiente de la calificación del contrato, como un contrato administrativo o un contrato privado de la administración.

48. *Traité théorique et pratique des contrats Administratifs*, t III, París 1999, p. 24.

49. *Jurisprudencia de contratos administrativos* (1980-1999), Caracas 1999.

Los contratos sujetos a las Condiciones Generales de Contratación, como es el caso bajo análisis, son ajustes que derivan de la aplicación de las cláusulas que regulan los precios, es decir, cláusulas de valor contenidas en las Condiciones Generales de Contratación.

En vista de que las variaciones en los precios están expresamente contenidas dentro de las Condiciones Generales, cuando se celebran contratos con la administración pública, que estén sujetos a las normas de estas condiciones, ya no se puede hablar en el contrato de la teoría de la imprevisión del derecho administrativo, dado que las variaciones producidas por efecto de la inflación en el contrato, están expresamente previstas. Así se declara.

Ciertamente, la teoría de la imprevisión ha sido reconocida expresamente en el contrato de obra públicas al proveerse en los artículos 6, 2 al 67 del Decreto de cláusulas de variación de precios.

4. Los poderes exorbitantes de la Administración en el contrato administrativo: La buena fe y la equidad como fundamento del riesgo imprevisible

Dejando de lado el problema de la existencia y sustantividad de los contratos administrativos, conviene destacar que la noción de contrato administrativo depende principalmente de dos criterios clave que la jurisprudencia venezolana se ha encargado de determinar: el criterio del servicio público y el criterio de las cláusulas exorbitantes.

Estas prerrogativas exorbitantes que forman parte implícitamente de la relación contractual son según nuestra jurisprudencia las que distinguen los contratos administrativos de los contratos de derecho privado de la Administración⁵⁰.

La más acreditada y prestigiosa manualística pone de manifiesto en tal sentido que las reglas de derecho común (arts. 1.167, 1.276 y 1.768 Cc entre otros) son insuficientes para tutelar que “no se interrumpa la marcha de los servicios públicos y la actividad de la administración”⁵¹.

50. Así, BREWER-CARÍAS, Allan R., *Contratos ...*, cit., p. 164.

51. Cf., LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual...*, cit., p. 293.

Otras sanciones están previstas en los contratos administrativos, incluso, se consideran implícitas si no han sido previstas al celebrar el contrato. Así lo ha decidido la Corte Federal de Casación, en un fallo memorable, bajo la ponencia del Dr. Pedro ARISMENDI LAIRET del 5 de diciembre de 1944 en la cual se expresó:

“Entre las sanciones normales está el derecho de la administración pública de tomar de oficio el riesgo del contratista, las medidas indispensables al buen funcionamiento del servicio público, así como también la resolución bajo la responsabilidad por falta (*aux torts*) del concesionario del empresario de obras o del proveedor.

“También se impone contra estos, como consecuencia necesaria de la inexecución de sus obligaciones, una indemnización de perjuicios a la administración pública, aunque no se haya establecido sanción alguna para los hechos de su incumplimiento en las cláusulas del contrato. Los daños y perjuicios, como sanción menos grave que resolución del contrato se tienen como más convenientes en los casos en que el retardo en la ejecución no ha tenido consecuencias muy graves. Cuando en el contrato administrativo se han previsto expresamente ciertas sanciones, la administración pública no tiene el derecho de elegir entre esas sanciones previstas en el contrato y las que serían procedentes según los principios generales del derecho se ha establecido una pena para el caso de retardo, es ésta la que ha de aplicarse pura y simplemente. El empresario o contratista de provisiones y suministro pueden invocar en su provecho la estimación en una suma global de los daños y perjuicios, aunque ha sido establecido a favor de la administración. Este principio de que son las sanciones previstas expresamente en el contrato, las únicas que deben aplicarse con prescindencia del otro que fueren procedentes según el derecho común, reposa naturalmente en el otro principio de que el contrato es la ley de las partes, pero por esta misma razón, si el contrato, al prever determinadas sanciones, se hace reserva de cualesquiera otras aplicables, según las reglas generales de la responsabilidad contractual, entonces pueden demandarse, estas conjuntamente con aquellas” (S. de la Corte Federal y de Casación, en *Memoria*, 1945, I, p. 290).

La técnica contractual de la administración supone una ruptura con dos principios básicos de la teoría general del contrato, *la libertad contractual* consagrada en el art. 1.159 Cc. y el de la igualdad de las partes, principios fundamentales de contratación civil⁵².

La cláusulas exorbitantes (potestad de dirección y control⁵³, potestad de sancionar administrativamente el incumplimiento del contratista⁵⁴; potestad de interpretar el contrato⁵⁵, potestad de modificar unilateralmente el contrato⁵⁶ y, potestad de rescindir unilateralmente el contrato⁵⁷ que substraen la relación jurídica del derecho común, es la noción clave para la cualificación, y estas prerrogativas crean una desigualdad jurídica.

Recientemente un calificado jurista⁵⁸ hace una sucinta síntesis de la recepción del contrato administrativo en el Derecho venezolano: sentencia de la Corte Federal y de Casación del 5 de diciembre de 1944, ya referida, luego la decisión de 12 de noviembre de 1954; más tarde, el fallo de la misma Corte Federal de 3 diciembre de 1959 que sienta un criterio, luego confirmado por la Sala Político Administrativa de la CSJ de 14 de diciembre de 1961, de 14 de noviembre de 1963 y, por último, la sentencia de la misma Sala de 13 de agosto de 1964.

Según Amselek, “el régimen exorbitante no es propiamente el criterio que califica el contrato administrativo, sino su noción misma”⁵⁹.

Esta es la línea jurisprudencial que se remonta a 1944, y va a quedar confirmada en la jurisprudencia posterior de la SPACSJ en decisiones del 14 de junio de 1983, de 1° de abril de 1986 y de más recientes decisiones de la susodicha Sala del 6 de julio de 5 de agosto, 7 de octubre y de 25 de noviembre de 1999⁶⁰.

52. Por todos MELICH ORSINI, José, *Doctrina general ...*, cit., pp. 5.435 y ss.

53. Cf., BREWER-CARÍAS, Allan R., *Contratos ...*, cit., pp. 164 y ss. y la sentencia de la Corte Federal y de Casación transcrita parcialmente, puede consultarse en *Memorias* 1945, I, p. 290.

Incluso en la facultad de dirección y control significa en algunos casos *acatar ordenes V.*, el art. 40 de las Condiciones Generadas de Contratación para la Ejecución de obras (en lo adelante CGCEO).

54. *Ibidem*, pp. 165 y ss.

Entre las sanciones más graves que la administración pueda imponer al incumplimiento de las obligaciones del co-contratante, está la *rescisión unilateral*.

55. *Ibidem*, pp. 169 y ss.

56. *Ibidem*, pp. 182 y ss.

FARIAS MATA, Luis H, “Teoría del Contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia venezolana en *LHAMC*, Caracas, II, pp. 944 y ss. expresa que “La doctrina en concordancia con aquella [la jurisprudencia], insistió en la idea de que debían entenderse como tales no solo las que ponían a la Administración en una situación de tipo privilegiado frente al cocontratante, sino que colocaban en nivel de desventaja, inconcebible para los particulares contratantes... pero justificada en el caso de los contratos administrativos en razón del interés general del cual la Administración es depositaria y de cuya gestión no puede desentenderse”.

Acerca de la noción de servicio público remitimos a lo dicho por este prestigioso administrativista y ex-Magistrado, pp. 948 a 956.

Además, BREWER-CARÍAS, Allan R., *Instituciones Fundamentales ...*, cit., p. 179 que adopta una noción de servicio público en su más amplio sentido.

57. BREWER-CARÍAS, *loc. cit.*

58. Cf., CABALLERO ORTIZ, Jesús, “Algunas consideraciones fundamentales sobre los contratos administrativos”, en *Régimen Legal de las Concesiones Públicas (Aspectos jurídicos, financieros y técnicos)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 52 y ss.

59. La referencia en CABALLERO, *ob. cit.*, p. 53.

60. Las cuales “Consideran al contrato administrativo como aquél que ostenta una finalidad pública inminente” el que “tiene una finalidad de utilidad pública, o la prestación de un servicio público”, o aquél cuya finalidad “este destinada a cumplir un servicio de utilidad pública”.

Los criterios como señala CABALLERO (p. 54) *son ostensibles amplios y se sustentan en la vaga e imprecisa noción de servicio público*.

Pero como admitió la sentencia del 1 de abril de 1986, la noción de servicio público recobra su sentido como criterio de cualificación en el contrato administrativo, cuando están *ausentes... las cláusulas exorbitantes*.

Es, pues, característico la ruptura del principio de igualdad de los contratantes, la cual, condiciona una superioridad de la Administración que se manifiestan “a través de las diversas prerrogativas que le son reconocidas”⁶¹.

La buena fe cobra especial significado en el Derecho público actual como compensación de esos poderes exorbitantes: La buena fe según una conclusión de Villar Palasí⁶² “continúa conservando la función de delimitación del *quantum* de derechos, deberes, obligaciones y cargas, como criterio judicial y administrativo, como una de tantas formas de caminos por los que el Derecho lógico pasa a convertirse en Derecho tópico en justicia del caso concreto; a modo de técnica jurídica que funciona como el freno de urgencia, (Zeidler) cuando la conclusión dogmática no es alcanzable o llega a resultados contradictorios”.

La buena fe (con mayor virtualidad que en el Derecho privado) y la equidad, tienen una función esencial para facilitar la ejecución del contrato y para delimitar el *quantum* de derechos y obligaciones que de ellas se derivan para ambas partes⁶³.

La doctrina francesa considera que en el derecho administrativo del contrato debe prevalecer una interpretación finalista. Dentro de esta concepción hermeneútica la *bona fides* administrativa, como criterio de interpretación en los casos de riesgos sobrevenidos apunta más que al propio interés pecuniario de la Administración, *al fin del interés general del contrato* que objetivamente está plasmada en la relación contractual.

Por consiguiente, la buena fe en el contrato administrativo en caso de riesgos sobrevenidos es expansiva y juega, por tanto, un papel de más largo alcance que el asignado por el artículo 1.160 del Cc. para el contrato civil.

III. EFECTOS JURÍDICOS DE LA CLÁUSULA

Ariño Ortiz⁶⁴ señala que para resolver el problema de la prestación excesivamente onerosa cabe adoptar algunas de las siguientes soluciones:

- a) que deje de prestarla: rescisión o resolución del contrato;
- b) que se suspenda la prestación hasta tanto pasen las circunstancias sobrevenidas y vuelva la normalidad en las condiciones de ejecución del contrato, el cual entre tanto, queda en suspenso: *suspensión del contrato*;
- c) que realice la prestación o que la siga realizando, pero haciendo participar a la otra parte en la carga extraordinaria que del acontecimiento imprevisto se ha derivado: *revisión del contrato*.

61. CABALLERO ORTIZ, Jesús, *Algunas consideraciones ...*, cit., pp. 55 a 58.

62. Cf., VILLAR PALASÍ, J. L., *Derecho Administrativo*, t I, Madrid 1968, p. 549.

63. Así, RIDER LARENT, *Droit des contrats ...*, cit., p. 259.

64. Cf. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente económico...*, cit., p. 507.

1. Revisión del contrato

Existe un antecedente en el Derecho francés, el célebre caso de *Gaz de Bordeaux*, en donde contra decisiones anteriores que habían optado por la resolución o terminación, el Consejo de Estado ordenó a las partes la revisión amigable de las estipulaciones del contrato, y reenvió el contrato al juez de instancia a fin de que éste, en caso de no lograrse acuerdo entre aquéllas, fijase las nuevas en que habría de desarrollarse en el futuro la concesión.

Con Ariño⁶⁵, habrá que distinguir: si el acontecimiento imprevisto que origina la situación de imprevisión es de orden natural (cataclismo, por ejemplo) o la necesidad del ajuste deriva de “un déficit que se instala en la empresa como consecuencia de la elevación de precios de las primeras materias, salarios, cargas sociales, etc”. Para delimitar los efectos de la imprevisión habrá que reparar, pues, entre las causas del desequilibrio contractual, si se haya o no sobrepasado el precio límite y hasta qué punto las partes pudieron prever o no las variaciones de precios.

La ruptura del equilibrio contractual puede sobrepasar el álea normal del contrato.

Según lo expuesto, el cambio de circunstancias conduce necesariamente a la revisión, cuando éstas son consecuencias de un riesgo extraordinario “el cual se determina, negativamente, por su falta de previsibilidad y de relación de causalidad con la ejecución misma del contrato”⁶⁶.

Dentro de este orden de ideas consideramos que el ajuste, salvo previsión expresa (caso del contrato de obra pública) no necesariamente debe ser entendido como sinónimo de incremento de valor. Ello dependerá de cada caso concreto. Ergo, una prestación puede ser reajustada bien sea aumentando o disminuyendo su valor.

Uno de los efectos de la imprevisión es el ajuste para restablecer la equidad en el contrato, conducentes a una indemnización cuyo precio límite vendrá determinado por el precio del coste total de la prestación. ¿La teoría de la revisión de precios dogmáticamente descansa en la teoría del hecho del príncipe o de la teoría de la imprevisión?

En nuestro ordenamiento jurídico la calificación, en nuestro concepto no ofrece dudas, según el tenor de algunos artículos de CGC que recogen los casos *de potestas varianda* en el contrato de obra pública. Se deberá encuadrar en la teoría de imprevisión (*arg.* entre otros, el artículo 62 CGC).

Ahora bien, la revisión de precios actúa cuando el contrato que realice el ente contratante, según “sus normas de contratación” que deberá elaborar en concordancia con lo dispuesto en los dispositivos técnicos contenido en las CGC (art 1°).

Se puede entender que estas cláusulas, por consiguiente, son *ex contractu*, aunque, con un contenido prefigurado, razón por la cual se las debe considerar como un pacto regulado, a pesar de que el órgano de contratación es el que las elige, de entre las fórmulas tipo.

Por otra parte desde el punto de vista de su naturaleza jurídica son “cláusulas de estabilización”.

En cuanto a sus modalidades, resaltamos que dependerá de las reglas establecidas en el contrato. Variación de índices o fórmulas polinómicas, sistema matemático de cálculo de un coeficiente que se multiplica por el precio a revisar.

65. *Ob. cit.*, p. 312.

66. *Ibidem.*, p. 314.

Estas fórmulas polinómicas las dicta el órgano contratante con carácter general o de manera especial.

De la norma contenida en el artículo 66, parágrafo 2, se desprende que el procedimiento de revisión de precios deberá iniciarlo el contratista “dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha en que suceda el evento que motiva la variación”.

Cuando el conjunto de factores dé lugar a un aumento de precios, se abrirá el procedimiento de revisión (*seuil du boulersèment*, en la teoría de la imprevisión).

Este Decreto merece una valoración crítica adversa. Sin buena técnica legislativa y con una tipificación de los principios y supuestos que adolecen de defectuosa redacción gramatical, razón por la cual estimamos que la misión creadora del Derecho que tiene la jurisprudencia encuentra aquí un campo adecuado para manifestarse.

2. Suspensión del contrato

El acaecimiento de hechos o circunstancias sobrevenidas pero temporales, con una duración determinada o determinables en el tiempo, puedan condicionar, sobremanera, si el cumplimiento de la prestación ha de entrañar la ruina del contratista, la suspensión o cesación de la colaboración.

No obstante, la suspensión como remedio de la excesiva onerosidad en los contratos administrativos, en principio, debe descartarse porque el contratista deberá asegurar el cumplimiento de las prestaciones estipuladas (siempre que sean posible). Como dice Jèze⁶⁷ “sería muy injusto hacer soportar al concedente todas las consecuencias que resultasen de los acontecimientos de fuerza mayor y de las dificultades excepcionales imprevistas que han surgido después de celebrarse el contrato, pero desligar al contratante del cumplimiento de sus obligaciones originaría un gran desorden, que repercutiría en el funcionamiento del servicio público, en la realización de la obra”.

Es de notar, además, que muchas situaciones de imprevisión no imposibilitan totalmente el cumplimiento de la prestación y que, como dice Ariño Ortiz⁶⁸ aplicando “la mecánica del *solve et repete* [el contratista] deberá ejecutar a su costa las obras o prestaciones en el plazo convenido, sin perjuicio de que luego pueda solicitar de la Administración la compensación pecuniaria que restablezca el equilibrio financiero alterado; este es, precisamente, su campo de actuación”.

Todo ello, sin perjuicio de que la Administración acuda en auxilio de su colaborador mediante una ayuda pecuniaria o decida participar en las pérdidas sufridas por el contratista.

3. Resolución del contrato

El Código italiano donde la teoría de la imprevisión ha sido consagrada positivamente, ha previsto como efecto de la imprevisión la resolución del acto o contrato.

67 Cf. JÈZE, G., *Principios generales del Derecho administrativo*, Buenos Aires 1950, p. 6 y nota.

68. *Ob. cit.*, pp. 312 y ss.

Pero las diferencias del contrato administrativo con el civil determinan que la moderna doctrina, se ha mostrado más bien partidaria de restablecer el equilibrio económico perturbado mediante la revisión, con preferencia a la suspensión o resolución.

Para decidir con justicia expresa, Ariño Ortiz⁶⁹, “La solución más acorde con la naturaleza y finalidad del contrato administrativo es, sin duda la revisión del mismo: el interés público, que el contrato administrativo siempre encierra y su pronta realización exigen mantenerlo subsistente con las necesarias adaptaciones, bien mediante acuerdo entre las partes, que establezcan las condiciones en que se ha de desarrollar el contrato durante este período momentáneo de dificultades imprevistas, bien a través de la modificación judicial de los precios del contrato o de la concesión al contratista de una indemnización compensadora de la mayor onerosidad sobrevenida en el cumplimiento de su prestación”.

4. Imprevisión y fuerza mayor

La fuerza mayor es una categoría de la teoría general del Derecho, construida sobre la base del Derecho positivo de un ordenamiento jurídico determinado⁷⁰.

El concepto de fuerza mayor hay que buscarlo, pues, en el Derecho civil. El artículo 1.272 del Cc. preceptúa: “El deudor no está obligado a pagar daños y perjuicios cuando a consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, ha dejado de dar o de hacer aquello a que estaba obligado o ha ejecutado lo que estaba prohibido”.

Cumplir es tanto como realizar el programa de prestación⁷¹. Por tanto, en principio, sería incumplimiento la omisión de la prestación en el tiempo previsto o la realización de la conducta de prestación infringiendo o desviándose de los parámetros de identidad e integridad, o sea, no existe ajuste de la prestación a los parámetros definidos en la relación obligatoria.

Los supuestos básicos de incumplimiento, siguiendo a Díez-Picazo⁷² pueden reducirse a tres: el retardo en la ejecución; la ejecución de una prestación defectuosa y el incumplimiento definitivo de la obligación.

El incumplimiento de la obligación produce como consecuencia una especial reprobación de la conducta del deudor, el deber de reparar y una especial sujeción del patrimonio del deudor que puede ser objeto de agresión por parte del deudor (arts. 1.168, 1.185, 1.196, 1.264, 1.271, 1.273 de Cc. venezolano.)

De la ejecución, retraso o mala ejecución nace la obligación de reparar *el daño circumferens* referido al valor de la prestación y los daños y perjuicios ulteriores⁷³.

69. *Ob. cit.*, 311-12.

70. Por todos, CARNELUTTI, F., *Teoría general del Derecho* (F. Javier OSSET), Madrid 1955, p. 318, que expresa: “Análoga a la del *constreñimiento físico* es la noción de la *fuerza mayor* con la única diferencia de que la *vis, cui resisti non potest*, no está en caso dirigida a coaccionar, aunque obligue a realizar un acto determinado”.

71. *Cf.*, MÉLICH ORSINI, José, *El pago*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2000, pp. 21 y ss.

Ya había escrito (*La sanción de la inexecución del contrato*, una ponencia a un congreso internacional, reproducida en *Estudios de Derecho Civil*, Ediciones Fabretón, Caracas 1974, p. 14) “que cabe hablar de un *cumplimiento en sentido estricto* cuando el deudor pone exactamente la conducta debida (art. 1264 Cc)”.

72. Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Madrid 1993, p. 144.

73. La lesión del interés del acreedor constituye el presupuesto de un nuevo derecho de crédito (al resarcimiento del daño) que asegura al acreedor una tutela plenamente conforme al resultado prometido.

Esa es la consecuencia de las transgresiones jurídicas reconocida en la contratación administrativa por nuestra mejor doctrina así: “El derecho a indemnización surge para el co-contratante, no sólo por una acción de la Administración contratante con base en sus prerrogativas, sino también por la presencia en la ejecución del contrato de hechos o actos jurídicos ajenos a la voluntad de las partes y que afecten la ecuación económica del contrato. Estos hechos constituyen el álea económica del contrato y pueden ser, o un acto de una autoridad pública distinta de la Administración contratante o lo que se ha llamado la Teoría de la Imprevisión⁷⁴”.

Dejando de un lado la polémica de si el artículo 1.272 distingue o no la fuerza mayor del caso fortuito, interesa poner de relieve que la fuerza mayor o el caso fortuito, exonera al deudor de pagar daños y perjuicios⁷⁵ en cuanto rompe la relación de causalidad entre las acciones u omisión del deudor y los daños experimentados por el acreedor.

Interviene una causa extraña no imputable que no se halla bajo control del deudor y que no le pueden ser imputadas por lo que se exonera del pago.

Puede ocurrir también la exoneración del deudor cuando es el propio acreedor que impide u obstaculiza la actividad del deudor dirigida al cumplimiento o incumplimiento de la carga de cooperación.

El artículo 1.275, Cc. ha subordinado el resarcimiento del daño a la circunstancia que los daños sean “Consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación”.

“La expresión *daño previsto*, en realidad, alude a la determinación, practicada en el convenio, de los daños susceptibles de producirse por incidencia del acto antijurídico, es decir, a la predeterminación de la extensión y del *quantum* del perjuicio susceptible de generarse por el incumplimiento de la obligación (siempre que no envuelva la estipulación de una cláusula penal). La frase *daños previsibles* involucra una mera posibilidad de prever las consecuencias del evento dañoso antes de ocurrir el hecho generador. Pero la doctrina tradicional exige que la previsibilidad conserva estrecha vinculación con el curso normal del negocio jurídico y se refiera a la condición del agente del daño, lo cual elimina cualquier factor liberado a la exclusiva conveniencia del pretensor o al hecho subjetivo del responsable. La previsibilidad involucra, así, un criterio despersonalizado, ínsito, por tanto, a la configuración privativa del negocio jurídico y a la naturaleza de la prestación. La despersonalización progresiva (operada en la doctrina y en la jurisprudencia) del concepto de *previsibilidad* resultaría presumible para el hombre medio, para el diligente *padre de familia* (tomado como *standard* jurídico), al tiempo de la celebración del contrato. En contraposición, el daño imprevisible asume la categoría de daño excepcional dentro del rango de la resultantes directa e inmediatamente vinculadas a la conducta contraria del deudor”.

En lo que atañe al perjuicio “El deber de resarcir el daño previsible (directo e inmediato), a cargo del incumpliente de proceder culposo, surge como una sanción típica y se esquematiza como una agravación de la responsabilidad en el marco de la teoría tradicional. Esto último no significa la liberación de toda prueba, a favor del legitimado activo *ad causam* en el ámbito de la relación obligacional, aserto que cobra relieve si se considera que es el pretensor quien económicamente aprovechará las resultas de un fallo que ordene la reparación de esa especie calificada del perjuicio. El deber de probar que el daño era previsible por el deudor “en el tiempo en que asumía la obligación más tarde incumplida” y además- que ese daño realmente se ha verificado, incide, pues sobre el pretensor.

En lo que atañe al perjuicio *imprevisible*, dentro de la esfera de la carga procesal de que se inviste al acreedor, la norma supra ordenada coloca la actuación *dolosa* del deudor incumpliente, como uno de los requerimientos para la materialización del acto coactivo apuntado al resarcimiento. El incumplimiento doloso significa, aquí, no sólo que el deudor conocía su deber de ejecutar la prestación y voluntariamente se abstuvo, sino la transgresión consciente del deber, aunada a la preordenada intención de causar la lesión patrimonial al acreedor”

Cf., KUMMEROW, Gert, “Esquema del daño contractual resarcible” en AA. VV., *Indemnización de Daños y Perjuicios*, Caracas 2001, pp. 316 a 317.

Más recientemente, V., MÉLICH ORSINI, José, *Doctrina general...*, cit., pp. 468 al 473.

V., además, MADURO-PITTIER, Curso ..., cit., I, pp. 167 y ss., especialmente, n° 318 y 320.

74. Así, BREWER-CARÍAS, Allan R., *Contratos ...*, cit., p. 220.

75. *Ibidem*, p. 242.

Esta elaboración doctrinal es recibida indiscriminadamente por nuestros mejores doctrinadores, y con ello, según Ariño Ortiz⁷⁶ *se comete un error metodológico*.

“Porque, en efecto, -sigue diciendo- la situación de intereses en la relación contractual ya no es la misma. Ya no son opuestos y contrarios el uno y el otro sino coincidentes en buena medida, y además, por encima de los intereses secundarios y privativos de las partes está el interés primario -común- del fin público al que el contrato sirve.

Una vez más *la finalidad se nos revela como el elemento clave*, para la comprensión de la institución contractual en el campo administrativo⁷⁷.

Concluye, Ariño Ortiz, admitiendo que, “nada se opone al reconocimiento del juego de la fuerza mayor en los supuestos de grave onerosidad, ni en el terreno de la dogmática ni en el terreno de los resultados prácticos, pues también, como veremos, en este último aspecto resulta más beneficiosa esta solución para los intereses de la propia Administración⁷⁸”.

Cicerón en el libro I, capítulo X de su obra *De officiis*, haciendo referencia a los principios de la justicia por él enumerados (*primum ut ne cui noceatur; deinde ut communi utilitati serviatur*) afirma: el abogado que ha prometido su asistencia para una causa, no está obligado a mantener la promesa, si durante aquel tiempo se enferma gravemente su hijo.

Y más adelante en el capítulo XXV del libro III, dice: Luego, alguna vez no hay que hacer promesas, ni siempre se han de devolver los préstamos; por ejemplo: si se ha depositado una espada, ésta no deberá ser devuelta al deponente que se ha vuelto loco, ni deberá ser devuelto el dinero depositado, a quien ahora hace la guerra contra su patria; y en general sentencia: El dar la palabra, el cumplir lo prometido, el entregar los préstamos una vez cambiada la utilidad se convierten en cosas no honestas.

En términos también muy generales Séneca en el libro IV de su obra *De beneficiis*, después de haber dicho en el capítulo 34 que el sabio no cambia de parecer si permanecen las razones que existían cuando lo tomó; en el epígrafe *voluntas mutari non praesumitur*, (no se presume que la voluntad cambie) prosigue en el capítulo 35: Tan pronto como quebrante mi palabra entonces seré tachado de inconstante, siempre que quedando todas las cosas de la misma manera que cuando di mi palabra, no la mantenga. Por el contrario todo lo que cambia, me da la libertad de consultar de nuevo y me desliga de la palabra dada.

Todas las cosas deben quedar igual como estaban al dar la palabra para que cumplas la palabra prometida; si por ejemplo, yo te prometo mi asistencia legal y después resulta que la acción que tú quieres intentar es dirigida contra mi padre; si yo prometo acompañar a alguien en un viaje y posteriormente llega la noticia que los ladrones hacen inseguro el camino; si yo prometo asistirte, pero en tanto se enferma mi hijo o mi mujer es objeto de los dolores del parto, en todos estos casos el officium no me obliga a mantener la palabra que he dado.

76. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente...*, cit., p. 302.

77. Cf., ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente económico ...*, cit., p. 302.

78. *Ibidem*, p. 304

5. La teoría de la imprevisión y las exigencias del fin público o interés general propio del contrato administrativo

“El interés general ha escrito Garrido Falla⁷⁹ es el que explica y justifica la teoría de la imprevisión en materia de contratos administrativos pues la ruina del contratista privado atenta a la continuidad del servicio público”.

Lo importante es que el contrato se lleve a feliz término, porque como señala Jèze ello “es absolutamente necesario para asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público”. Lo importante es asegurar la preeminencia del fin del servicio público “y que éste se realice mediante el cumplimiento del contrato.

Para conseguirlo incluso en los casos de grave onerosidad sobrevenida y mientras no exista una imposibilidad absoluta del cumplimiento (fuerza mayor administrativa)⁸⁰ es necesario poner al contratista en condiciones de poder honrar sus compromisos con la Administración.

Este es el fin público, el interés público que juega en la contratación administrativa, su eje central, que hoy en día con el resurgimiento de la concesión de servicios públicos⁸¹ presenta esencial protagonismo en la configuración de la figura del contrato administrativo.

Pacta sunt servanda, pero cuando circunstancias sobrevenidas crean para el contratista grave onerosidad, ¿Será o no necesario atenuar la rigidez del vínculo contractual cuando la economía del contrato se halla absolutamente turbada?

Al apreciar el estado de imprevisión en el contrato y valorar la necesidad del cumplimiento, no cabe otra cosa que considerar las necesidades públicas, las cuales permiten dar una respuesta positiva a la pregunta que nos hemos formulado.

La conveniencia del servicio público no justificaría la permanencia del contrato en los términos paccionados y se haría innecesario mitigar su rigidez a fin de facilitar el cumplimiento, lo cual, sin duda, hace posible la teoría de la imprevisión, al compensar la excesiva onerosidad sobrevenida.

Surgirá, pues, la necesidad de calcular la indemnización por imprevisión, para restablecer las circunstancias normales.

6. Significado y alcance de la indemnización

Si no hay acuerdo entre las partes el Juez debe determinar el alcance o monto de la indemnización.

La indemnización según jurisprudencia de la *CF* (*G.F.* N° 6, 1954, págs. 204 a 226) no debe exceder el monto de los perjuicios ocasionados.

79. GARRIDO FALLA, F., “Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales” en *RAP* n° 7, 1952, p. 46 *cit.*, por ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico...*, *cit.*, p. 305.

80. La *fuerza mayor* administrativa, no exige el requisito de la imposibilidad absoluta.

La noción ha sido introducida por el célebre arrêt de 9 de diciembre de 1932, *Compagnie des trainways de Cherbourg*.

Actualmente en Francia raramente se le aplica.

Cf., RICHER, Laurent, *Droit des contrats...*, *cit.*, pp. 250 y ss. especialmente, p. 205.

81. *Cf.*, V., la Ley de Licitaciones (*G.O.* n° 37.097 del 12 de diciembre del 2000) y especialmente el Decreto Ley n° 318, sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones (*G.O.* n° 5.394 Extraordinario del 25 de octubre de 1999).

Parece que esta sentencia ha sido influida por Jèze según el cual la indemnización, debe cubrir el *perjuicio sufrido* y el *sacrificio frustrado*⁸².

La interpretación del contrato según el *arrêt GAZ de Bordeaux* permite determinar las reglas que señalan a continuación.

1ª) La indemnización no tiene el carácter de *dommage-interêts*, por lo tanto, la indemnización no repara la integridad del daño⁸³.

Tiende a cubrir una parte del *damnum e mergens*, pero no el *lucrum cessans*.

2ª) El carácter bilateral del principio de la imprevisión, es aquí reconocido, de manera que la necesidad de mantener la ecuación económica, presupone que el contratista debe ser indemnizado de los daños imprevisibles.

Estas normas orientadoras para el juez, le dejan un amplio margen de apreciación discrecional para fijar, salvo que existan cláusulas de variación de precios, para fijar la indemnización por la onerosidad sobrevenida que deberá ser apreciada por el juez equitativamente⁸⁴.

7. El sistema expuesto y su valoración crítica

Desde el punto de vista del contrato civil se ha hecho a la teoría de la imprevisión objeciones que quizá estén aquí fuera de lugar.

Mélich Orsini⁸⁵, a falta de texto expreso en nuestro ordenamiento jurídico considera que las únicas normas de nuestro Código civil (arts. 1.588, 1.624, 1.894) en las cuales se puede hallar una aproximación a la teoría de la imprevisión, son normas singulares “que nuestro codificador las ha considerado casos excepcionales del principio general que sería un cambio, el de la intangibilidad del contrato”.

Reconoce, no obstante, entre otras, “el progresivo proceso de globalización de la economía”⁸⁶ y los “procesos inflacionarios”, flagelo que nos toca padecer hoy en día, no es posible “empecinarse en una ciega defensa del principio de la intangibilidad del contrato”.

82. Cf., JÈZE, G., *Principios generales ...*, cit., IV, pp. 234 y 24.

83. Cf., RICHER, Laurent, *Droit des contrats ...*, cit., p. 250.

84. Estas cláusulas configuran una solución convencional preestablecida de la situación de imprevisión y son de aplicación automática. Pero en algunos casos estos pactos son de difícil aplicación en cuyo caso, se aplicaría la teoría de la imprevisión.

Para esta problemática y en relación al Derecho francés V., BREWER-CARÍAS, Allan R., *Contratos ...*, y allí bibliografía.

El juzgador deberá tener en cuenta el conjunto de las circunstancias de la empresa: capacidad financiera, diligencia puestas por el contratista, los beneficios de explotación de otras empresas.

Para ampliar V., JÈZE, G., *Principios generales ...*, cit., ver p. 79.

El estado de imprevisión se aprecia en relación a un contrato determinado y para ser indemnizado el contratista no debe haber interrumpido el contrato, Así RICHER, Laurent, *Droit des contrats ...*, cit., pp. 248 y ss. y allí más detalles.

Deberá consultarse con provecho, BADELL MADRID, Rafael, *Régimen jurídico ...*, cit., especialmente, p. 158.

85. Cf., MÉLICH ORSINI, José, “La revisión judicial del contrato por excesiva onerosidad” en *RFUCAB* n° 54, 1999, pp. 55 y ss.

86. V., OTIS RODNER S., James, *La globalización: un proceso dinámico*, discurso y trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 2001.

Ahora bien, manifiesta su poco entusiasmo por la incorporación de dispositivos técnicos que resuelvan *expressis verbis* la cuestión de la alteración de las circunstancias que obliguen a restaurar el equilibrio de la equivalencia de las prestaciones perturbadas.

La intervención legislativa le parece “menos riesgosa que una genérica consagración de la teoría de la imprevisión”, por un Poder Judicial que deja hoy en día mucho que desear en cuanto a moralidad e imparcialidad.

No obstante, tales asertos, que *data venia* no compartimos, el insigne civilista reconoce que “la necesidad de preservar la no interrupción de los servicios públicos” justifica reputar implícita en la contratación administrativa la cláusula *rebus sic stantibus*.

Han dicho, en este sentido, García de Enterría y Fernández⁸⁷ “que la lógica del *contratus lex*, que postula la rescisión por incumplimiento, es así a la lógica del servicio público que aboga en pro de una solución que garantice la continuidad del mismo”.

Al operarse un trastorno o quebranto en la ecuación económica financiera en el contrato administrativo, tanto el contratista como la Administración, puedan invocar “la Cláusula”, para facilitar el cumplimiento del mismo (contrato de obra pública, suministro etcétera).

El evento de la alteración de las circunstancias produce la necesidad de la distribución del *alea económica* entre los contratantes, mediante la *revisión del contrato*, no su resolución, que en el Derecho administrativo está más limitada que en el Derecho civil en atención al interés público que se persigue.

Existe el peligro, dadas las diferentes distinciones que hay que hacer en su aplicación, lo que Hanriou llamaba *vue arbitraire de l'esprit*.

Para la aplicación de la teoría de la imprevisión con un innegable fondo de justicia entre otras razones, para “reconocer que toda esta construcción dogmática y jurisprudencial ha supuesto un inmenso esfuerzo para acercarse en toda su complejidad a la realidad misma de las cosas, con un sentido de justicia que va mucho más allá de lo que digan las leyes o los conceptos. Evitando todo aquello que suponga encerrar en moldes abstractos y esquemáticos lo que vario y multiforme, el *Conseil d'Etat* ha levantado así una pieza maestra de la jurisprudencia de todos los tiempos y países. Ello era más necesario, cuando, esos moldes -llámese principio del *contratus lex*, autonomía de la voluntad de las partes o equilibrio sinalagmático de las prestaciones- habían sido elaborados por la doctrina jurídica sobre supuesto distintos a los que el contrato administrativo contempla”⁸⁸.

La forma parcial y fragmentaria con la cual nuestro ordenamiento recepta casos de imprevisión y los postulados de la buena fe y la equidad que presiden la contratación civil y la administrativa, permite entender a quien escribe que *la Cláusula* se debe considerar implícita en los contratos, razón por la cual le damos *carta de naturaleza en nuestro Derecho*.

87. Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid 1998, I, p. 514.

88. Así ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente ...*, cit., p. 324.

§ 80. LAS NEGOCIACIONES Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO: TRANSACCIONES, CONVENIOS, ARBITRAJE

Santiago González-Varas Ibáñez
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de León, España

I. LAS ACTIVIDADES NEGOCIADAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Cada vez más se discute acerca de las formas convencionales, de las transacciones o conciliaciones y de los arbitrajes en el Derecho administrativo. Paulatinamente van afianzándose al mismo tiempo que va surgiendo la necesidad de ir perfilando sus límites jurídicos. Es éste además un tema de indudable alcance práctico en toda Hispanoamérica, llegándose en ciertos Estados americanos a planteamientos más *progresistas* que en Europa.

El reto o ideal parece estar en lograr una sabia combinación que aglutine las ventajas que aquéllas presentan evitando al mismo tiempo los riesgos que conllevan.

En principio, dichas formas suponen una desviación frente a los cauces clásicos o *normales* de resolución de conflictos en el Derecho administrativo, es decir el acto unilateral con posterior recurso ante la Administración y la impugnación del acto o actuación ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Es claro además que su espíritu está en permitir a los agentes administrativos un cierto margen de negociación con los particulares que pueda servir para una mejor consecución de los propios intereses públicos. Y es éste precisamente un problema de fondo de estas figuras, ya que el Derecho público contemporáneo ha surgido afirmando un principio de primacía de las leyes sobre los hombres y no lo contrario.

Pero los convenios, las transacciones o conciliaciones y los arbitrajes presentan ventajas prácticas, por ejemplo desde el punto de vista del logro de una mejor ejecución de la actuación administrativa por contar ésta con el previo consenso de los particulares, así como una mayor rapidez y eficacia a costa de evitar la tramitación de procedimientos o procesos innecesarios reduciendo el coste social y de tiempo que ello representa, entre otras ventajas.

De ahí que a veces se presenten conjuntamente todas las figuras mencionadas (transacciones o conciliaciones, convenios y arbitrajes) pues, aunque bien diferentes entre sí, todas ellas parecen situarse frente a ciertos problemas importantes, sociales y jurídico-administrativos, tales como la lentitud de la justicia administrativa o la conveniencia de abrir mayores cauces de participación o colaboración en favor de los ciudadanos en el ejercicio de funciones administrativas, etc.

En este sentido, las formas convencionales por ejemplo suelen verse como una consecuencia del creciente arraigo del Estado democrático y de la pujante participación activa de los particulares¹. Así, J. Tornos nos explica que “de la Administración autoritaria se evolucionó hacia la Administración participada (...)” aunque “la decisión final seguía siendo un acto unilateral”. “La Administración convencional supone un paso más, ya no basta con ofrecer la participación, cuando se reclama que el esfuerzo por llegar a posiciones comunes se formalice. El administrado busca garantías de estabilidad en lo acordado (...). En la Administración convencional pasamos del acto participado al acto acordado. Del acto como negocio jurídico unilateral al acto como negocio jurídico bilateral (...)”².

Sin mermar un ápice la significación de este tipo de razonamientos³ a mi juicio la explicación última de la creciente presencia de este tipo de figuras se encontraría en la cada vez mayor presencia o incluso presión de intereses económicos en el seno del Derecho administrativo.

El arbitraje, por ejemplo, es una figura de especial desarrollo en el Derecho mercantil, hecha al modo y manera de los agentes económicos, a quienes no satisfarán las formas previstas en el Derecho administrativo para la resolución de sus conflictos con la Administración pública, representando en cambio el arbitraje un medio más ágil, rápido, más neutral y menos formalista y sobre todo más idóneo para resolver las cuestiones patrimoniales que a aquéllos interesan.

1. Por todos, MORÓN URBINA, J.C., “La solución alternativa de controversias en sede administrativa. De la imposición unilateral de la autoridad a la conciliación de intereses en asuntos administrativos”, CEPSCON, Centro Peruano de Solución de Conflictos, administración, ciber *Revista de Derecho Administrativo* n° 12, octubre-diciembre 1999, www.derecho.unican.es/administracion.

2. Palabras de TORNOS MAS, J. en el prólogo a PALMA DEL TESO, *Los acuerdos procedimentales en el Derecho administrativo*, Valencia 2000, autora para quien el acuerdo procedimental entre la Administración y el interesado aparece, en la actualidad, como un instrumento alternativo al tradicional acto administrativo unilateral para el ejercicio de potestades en el ámbito de la discrecionalidad. Por su parte apunta TORNOS MAS: “si la Administración era autoridad y aparato prestador de servicios, hoy las principales decisiones y actividades prestacionales se desenvuelven al mercado. La ordenación se convierte en regulación para garantizar el mercado y los clásicos servicios públicos pasan a ser servicios de interés general, es decir, actividades privadas de interés general, reguladas, pero ya no actividades propias. Esta nueva realidad no supone sin embargo la desaparición del Derecho administrativo (...)”.

V., esta obra también para un estudio de la naturaleza jurídica de los acuerdos procedimentales y sus distintas clases, así como para un análisis de los elementos de los acuerdos procedimentales, es decir, el elemento subjetivo (la Administración como parte necesaria y la posición de otros sujetos), el elemento formal (formación de los acuerdos, formalización, publicación y registro), el elemento objetivo (objeto de los acuerdos, ámbito objetivo, es decir, la discrecionalidad y contenido del acuerdo), el elemento causal (causa y fin o función) y finalmente los elementos accidentales o cláusulas accesorias (la condición, el término y el modo). Esta obra, finalmente, en el capítulo V se refiere a la visión dinámica de los acuerdos procedimentales, analizando los principios rectores de la interpretación de los acuerdos procedimentales. Asimismo, se detiene la autora en comentar las vicisitudes de la relación jurídico-administrativa surgida del acuerdo procedimental.

3. Es más, cabría extender la relación hecha a las recientes reformas de la legislación administrativa que van consiguiendo erradicar la visión tradicional del administrado como un mero receptor de actos administrativos, como por ejemplo la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998 y la introducción de pretensiones procesales no impugnatorias, en las el particular no impugna un acto sino que requiere un acto o actuación (o prestación). Para estas cuestiones y, a su vez, su relación con la teoría de la relación jurídica puede verse mi libro *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Editorial Tecnos, Madrid 1999.

El éxito del arbitraje, dicen J.M. Chillón Medina, J.F. Merino Merchán⁴, es consecuencia de la *progresiva iusmercantilización* o lo que “los mercantilistas llaman generalización del Derecho mercantil y comercialización del Derecho civil”.

Sin perjuicio de que transacciones, los convenios y los arbitrajes pueden manifestarse en distintas ramas del Derecho⁵, *el empuje* de estas figuras estaría en la pujanza de intereses económicos⁶ y (en menor medida) también en el contagio de maneras políticas de actuación⁷.

4. CHILLÓN MEDINA, J.M., MERINO MERCHÁN, J.F., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid 1991 p. 74. Esta afirmación entrecomillada se mantiene aun reconociendo las notas *publicistas del arbitraje* o la presencia del arbitraje en el Derecho procesal (p. 113 de la citada obra).

5. Interesan ciertas referencias relativas a la presencia de la transacción tanto en el Derecho internacional público (arts.2.3 y 33.1 de la Carta de las Naciones Unidas; GONZÁLEZ CAMPOS, J. y otros, *Curso de Derecho internacional público*, Madrid 1992, pp.738 y ss.), como en el Derecho laboral (recuérdense los acuerdos o convenios colectivos que resuelven un conflicto; ALONSO OLEA, M., CASAS BAHAMONDE, M.E., *Manual del Derecho del trabajo*, Madrid 1997, pp. 911 y ss.) e incluso en el Derecho penal (M.B. SAN MARTÍN LARRIONA, *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico-criminológicos*, Bilbao 1997, pp. 31 y ss.) y en el propio Derecho tributario (GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, M.L., *Los procedimientos tributarios, su terminación transaccional*, Madrid 1998, pp.292 y ss.; V., LOPERENA ROTA, *La transacción en la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Oñati 2000, de quien tomo estas referencias).

6. El nuevo *Zeitgeist* o espíritu del tiempo, la *mercantilización*, que afecta también al Derecho administrativo, *afecta* más bien a cualquier fenómeno de nuestro tiempo. “Es en el siglo XIX cuando el teatro pasa a organizarse como mercado, confirmando y al mismo tiempo transformando su público” dice GIACCHE, Piergiorgio (*Teatro e Storia* 19 1997). Otra cita de interés, en este mismo sentido, ahora desde la musicología, es aquella de Jacques Attali para quien el músico, sucesivamente sacerdote, narrador, juglar, ministro, empresario, *vedette*, “ha terminado convirtiéndose en una mercancía que se compra, se vende, se consume, se gasta y se tira, bajo una pedagogía de consumo o *show business*” (*Ensayo sobre la economía política de la música*, Ruedo Ibérico 1977).

Precisamente, si se ha caracterizado la realidad del presente como *postmodernidad* es debido al eclecticismo de la realidad actual, donde todo cabe y todo entra y donde todo se lía con lo otro, creándose una especie de espejismo de abundancia o engaño de realidad: el *merchandising* publicitario cuyo sentido está en crear un universo de consumo-espectáculo (puede verse *Boletín de la Fundación Juan March*, 290, 1999).

Por tanto el *problema* no es el mercado. Mercado siempre hubo. El problema es que aquello que no se presenta como mercado lo sea en realidad, o termine siéndolo. Las actividades pierden sentido si se sitúan al margen de los negocios y esto llega a afectar a ámbitos propiamente intelectuales o científicos. V., GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, V., *La segunda realidad. Ensayo didáctico-satírico en busca de la realidad, sobre la fama y sobre las sensaciones*, Editorial Comares, marzo 2002.

7. Así, en los convenios y en las transacciones lo característico es la primacía de la cultura del pacto y del *do ut des*. Esto es precisamente lo propio de las decisiones política. En el Derecho administrativo, en cambio, viene primando la idea de legalidad positiva según la cual las decisiones tomadas por la Administración son aquéllas a las que necesariamente conduce la aplicación de la ley. Qué duda cabe que las disciplinas económica o mercantil y la política son aquellas disciplinas que predominan en el nuevo contexto social. Todo esto explicaría que se relacione la figura de la transacción con los pactos políticos y acuerdos parlamentarios así como con las transferencias de servicios del Estado en las CCAA, los convenios de transferencia sectorial, los convenios de colaboración y acuerdos de cooperación (LOPERENA ROTA, *La transacción en la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Oñati 2000, pp. 109 y 177 y ss.): “los Pactos Autonómicos y el Pacto local son claros ejemplos de controversias políticas de hondo calado que se resuelven por la vía del compromiso (...)”.

Pero la propia política es en parte también pura economía. En la financiación de los partidos políticos, por ejemplo, irrumpe desde hace algún tiempo esta cultura de las transacciones en el sentido de la posibilidad de realizar aportaciones a los partidos sin ocultar su vocación de influir en la toma de decisiones políticas una vez se proclama la candidatura que ha sido apoyada. Nuevamente, se pone de manifiesto, sobre el particular, el diferente tratamiento de esta cuestión en nuestra legislación española (donde las donaciones a los partidos se ven con especial escepticismo) y en la legislación de los países anglosajones (donde no sólo se admiten, sino que incluso se fomentan, dichas aportaciones, eso sí a cambio de la debida transparencia en cuanto al conocimiento de las personas que realizan estas prácticas, insisto admisibles, con una finalidad de *do ut des*). V., GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La financiación de los partidos políticos*, Editorial Dykinson, Madrid 1995. V., también un reciente artículo publicado en *DÖV* 18, 2001, p. 750, de ROELLECKE cuyo expresivo título es precisamente: *¿Se puede comprar la política?*

De hecho, también la deformación o abuso de este tipo de figuras jurídicas (los arbitrajes) vendrá igualmente asociada a factores económicos, cuando concretamente los árbitros (y con ello el funcionamiento de los arbitrajes) terminan por ceder a la presión de los intereses económicos de alguna de las partes (como ilustra la experiencia de ciertos arbitrajes en Colombia y ciertos casos de corrupción que allí se habrían manifestado).

El espíritu de todas estas figuras mencionadas está en una libertad de negociar, algo que no casa bien del todo con el Derecho administrativo clásico.

Se sufre así una *relajación* de un criterio estricto de legalidad positiva administrativa y se experimenta la irrupción de formas administrativas de actuación negociada⁸ en contraposición a las formas y estilos jurídico-administrativos tradicionales de actuación.

Se habla, en este sentido⁹, por referencia a las transacciones, de la necesidad de una nueva cultura administrativa (la *cultura del pacto*) que llevaría a considerar válidas todas aquellas transacciones que no contravengan el ordenamiento jurídico o los intereses públicos¹⁰. Transacciones, convenios, arbitrajes serían admitidos en esferas propias del giro o tráfico administrativo¹¹. Asimismo, siempre que fuera posible, habría que procurar una conversión de dichas esferas en otras de carácter patrimonial, aplicándose entonces fácilmente las transacciones¹². Lejos de su anormalidad, estaríamos ante figuras propias de Derecho administrativo (de naturaleza contractual¹³) y *no ante un traslado de figuras de Derecho privado a un ámbito administrativo*¹⁴. Eso sí poco desarrolladas y que necesitan de una mayor aplicación. A la búsqueda de testimonios de transacciones en nuestro ordenamiento, llega a mantenerse un concepto lato de transacción que conduce a relacionar directamente la transacción con todos aquellos casos en los cuales las decisiones de la Administración cuentan con un asentimiento de los particulares o existe una conjunción de voluntades o incluso si, con

8. Relaciono intencionadamente los términos *negocio* y actividad *negociada*. Interesa destacar que el primer significado que el Diccionario de la Real Academia ofrece de *negociar* es el de “tratar y comerciar, comprando y vendiendo géneros, mercaderías o valores para aumentar el caudal” pero también “tratar asuntos públicos o privados procurando su mejor logro”.

En este contexto, en el Derecho privado aparecen publicaciones donde se enseña, a los abogados, el manejo de las técnicas de negociación y mediación, como *técnicas* de futuro y de mayor rentabilidad que el propio pleito (MALARET, J., *Manual de negociación y mediación*, Madrid 2000).

9. Las que siguen son básicamente las tesis de LOPERENA ROTA, D., *La transacción en la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Oñati 2000 *in toto*.

10. ¿Parece llegarse a un modelo de legalidad negativa? Se pueden celebrar transacciones a salvo de que “los acuerdos sean manifiestamente contrarios al ordenamiento jurídico” (LOPERENA ROTA, *La transacción...*, p. 240).

11. “La transacción que habilitan estas leyes (LRJAP-PAC, LJCA) está vinculada al giro o tráfico administrativo sin discusión alguna” (p. 200). “La transacción se produce en el giro o tráfico administrativo. Si la LJCA admite la transacción para terminar litigios que están sometidos a esta jurisdicción, es porque, de acuerdo con su art.1 y concomitantes se refiere a actos o disposiciones reguladas por el Derecho administrativo” (p. 215).

12. Sobre esta cuestión, de especial significación, *infra* en el contexto de los arbitrajes.

13. “He señalado que se trata de un contrato administrativo” (p. 216). Sin embargo, no deja de ser algo paradójico a mi juicio que, siendo un contrato, termine afirmándose que “la regulación general de los contratos administrativos que hace la Ley es en gran medida inaplicable al contrato de transacción (...)”. “De este modo, principios como el de libertad de concurrencia, o procedimientos de selección del contratista carecen de posibilidad aplicativa” (p. 258).

14. “La transacción no es un hueco por donde entra el Derecho civil, sino que es una institución de Derecho común con unas peculiaridades propias en su aplicación por el Derecho administrativo, lo cual permite hablar de la transacción administrativa como una institución propia de aquella rama del Derecho con un régimen peculiar distinto del que pudiera deducirse del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento” (p. 200).

anterioridad a la decisión administrativa, existe un requerimiento¹⁵. Sería entonces preciso actualmente, como primer paso encaminado en esta dirección, flexibilizar las actuales *rigideces* de tipo procedimental o material presentes en la legislación administrativa (esencialmente arts. 39 LGP y 40 LPE que se estudian *infra*) abriendo en cambio *márgenes de negociabilidad*. Como argumento de Derecho comparado se presenta, lógicamente, el modelo anglosajón, en el cual arraigan las transacciones y los negocios y el cual impulsaría la normalización de estas figuras dentro del Derecho administrativo español¹⁶.

En efecto, este fenómeno no es necesariamente, o en cuanto tal, algo negativo si uno considera las ventajas con las que se nos presentan estos nuevos productos que contrastan con la imagen de lentitud e inadaptación a los nuevos tiempos del Derecho administrativo. Salvando algún límite, la cultura del *do ut des* parece estar en la propia realidad de las cosas, pues éstas funcionan casi siempre mejor de este modo.

De ahí que se considere un logro la consagración de una *autonomía negocial* de la Administración, o de los *actos negociales sustitutivos* que “permiten una toma de decisión más acertada, con mejor conocimiento de causa, al conocer los puntos de vista de los propios interesados, lo que viene a favorecer la ejecución de la decisión misma”¹⁷.

O que se diga, igualmente, que “el empleo de técnicas de negociación con agentes privados ha sido una cuestión cotidiana de las Administraciones públicas contemporáneas, pues en verdad resulta impensable abordar la ejecución de contratos administrativos o las relaciones laborales, *sin que las partes se encuentren transitando por caminos de la negociación*, sobre las modificaciones contractuales, los modos de ejecutar las prestaciones, la sustitución de obligaciones o la liquidación de contratos”¹⁸.

15. Entre otros ejemplos LOPERENA ROTA considera en este contexto de la transacción casos como el del procedimiento de codecisión del art.251 del TCE, el requerimiento previo del art. 62 de la LOTC (aportando tres ejemplos de transacciones en las resoluciones del TC: autos 124/1988, de 8 de noviembre; 485/89, de 3 de octubre y auto de 12 de febrero de 1991), incluso los deslindes administrativos (cuando el particular acepta la demarcación propuesta). También la regulación de la interpretación *unilateral* de los contratos de la Administración, el privilegio del *ius variandi* o la propia fase de resolución del contrato serían ejemplos de transacciones, en tanto en cuanto existe un expediente contradictorio.

Esta concepción tiene el mérito de informarnos que la transacción en cuanto tal no es tan ajena al Derecho administrativo como inicialmente podríamos pensar, aunque es discutible si no va más allá de los límites conceptuales lógicos de la transacción entendiendo por tal toda decisión en torno a la cual existe una toma en consideración de voluntades diferentes de la instancia administrativa que dicta el acto o resolución.

16. A esto lo denomina LOPERENA ROTA, con evidente acierto y realismo, “la superación del dogmatismo paralizante”, ya que “en el fondo anglosajón la preocupación se orienta fundamentalmente a la búsqueda de soluciones prácticas. Los conceptos no son tan importantes...” (*La transacción en la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Oñati 2000 *in toto*).

17. DELGADO PIQUERAS, F., en *Jornadas de Estudio sobre la reforma de la Ley 30/1992*, Madrid 1997; del mismo autor, *La terminación convencional del procedimiento expropiatorio*, Pamplona 1995.

18. MORÓN URBINA, J.C., “La solución alternativa de controversias en sede administrativa. De la imposición uniletaral de la autoridad a la conciliación de intereses en asuntos administrativos”, CEPSCON, Centro Peruano de Solución de Conflictos, administración, *ciberrevista de Derecho administrativo* n° 12, octubre-diciembre 1999, www.derecho.unican.es/administracion; V., sobre estas cuestiones también BUSTAMANTE BELAUNDE, A., “Justicia alternativa”, *Instituto de economía de Libre mercado*, 1993, p.116 quien aboga por desjudicializar de forma inmediata los procedimientos no contenciosos”.

De ahí también que se apunte (por A. Peters) que “la tesis clásica de la actuación del Estado al margen de criterios económicos (*Fremdheit der fiskalischen Interessen des Staaten*) aparece en el mundo actual como una tesis desfasada considerando los modelos imperantes de carácter predominantemente económico”¹⁹.

En conclusión, junto a otras posibles interpretaciones, las actividades negociadas, pueden ser vistas junto a todos aquellos fenómenos que actualmente informan de la progresiva mercantilización de ámbitos administrativos (tales como la creciente aplicación del Derecho de la competencia en ámbitos donde tradicionalmente imperaban las regulaciones de Derecho administrativo, el desarrollo de una idea de colaboración empresarial en el ejercicio de funciones públicas, o el triunfo de los fenómenos de privatización, liberalización y desregulación sobre los servicios públicos²⁰.

II. LA POSIBILIDAD DE CONVENIR CON LOS PARTICULARES

1. Manifestaciones principales de los acuerdos procedimentales

Los convenios no son un invento de la reciente legislación administrativa (por ejemplo la LEF en su art. 24 prevé los convenios expropiatorios para la determinación del justiprecio²¹ y tampoco los convenios urbanísticos son desconocidos para el Derecho urbanístico clásico) aunque aquéllos empiezan a cobrar mayor auge en los últimos tiempos.

El punto de referencia principal en la actualidad sería la terminación convencional (o finalización de los procedimientos administrativos mediante acuerdo) prevista en los arts.88, 109.e de la LRJAP-PAC y Disposición Adicional cuarta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; SAN de 13 de marzo de 1995 AA 34 1998 § 662²²).

19 PETERS, A., “Die Ausfüllung von Spielräumen der Verwaltung durch Wirtschaftlichkeitserwägungen”, *DÖV* 18, 2001, p.750.

20. Sobre todos ellos GONZÁLEZ-VARAS ÍBAÑEZ, *Los mercados de interés general: de telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*, Editorial Comares (Granada), septiembre 2001; igualmente GARRIDO FALLA, “¿Réquiem por el servicio público?”, *Cuenta y Razón*, junio-julio 2000 p.7; y PIELOW, *Strukturen öffentlicher Versorgung*, Tubinga 2001. Y por supuesto imprescindible la consulta del Manual de *Gestión de servicios públicos locales*, de SOSA WAGNER, Editorial Aranzadi.

21. V. GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo* (II), Madrid 1993, pp.291 y ss.; GARCÍA-TREVIJANO, FOS, *Los convenios expropiatorios*, Madrid 1979; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Los procedimientos tributarios: su terminación transaccional*, Madrid 1998; CHAMORRO GONZÁLEZ, “Terminación convencional y silencio administrativo”, AA 41, 2001, p.1341.

22 En dicho art.88.1 se prevén (por primera vez expresamente en el Derecho español) los acuerdos procedimentales en general, en el contexto de la terminación o finalización del procedimiento (arts. 87 y ss. de la LRJAP-PAC). El artículo 88.1 de la LRJAP-PAC regula la *terminación convencional*: “las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo vinculante o no, a la resolución que les ponga fin” (V., los art. 104 y DA 4ª de la LCAP y art.111 TRL).

En el art. 88.2 se recoge el contenido mínimo de los citados instrumentos. En el 88.3 se afirma que requerirán la aprobación expresa del Consejo de Ministros los acuerdos que versen sobre competencia directa de dicho

Además, pueden citarse otras manifestaciones de la terminación convencional:

1. Posibilidad de terminación convencional en caso de acuerdos indemnizatorios, es decir acuerdos en los que se determina la cuantía de la indemnización (arts. 2.2 y 3, 11.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo).

2. Posibilidad de terminación convencional para la determinación de la cantidad en concepto de reparación de daños en favor de la Administración (artículo 22.2 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, donde se admite la terminación convencional en estos casos en los que además de la imposición de una sanción es preciso reclamar de forma igualmente ejecutoria la reparación del daño causado en un procedimiento complementario al de la sanción).

3. Posibilidad de la terminación convencional en los casos de procedimientos complementarios de determinación de las cantidades que han de devolverse por un alto cargo en aplicación del Real Decreto 1410/1995, de 4 de agosto, por el que se regulan los Registros de Actividades y de Bienes y Derechos Patrimoniales de los Altos Cargos (art. 24) en desarrollo de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los altos cargos de la Administración General del Estado.

4. Posibilidad de terminación convencional del procedimiento para la concesión de subvenciones públicas (art. 7.1 del Real Decreto 225/1993, de 17 de diciembre).

5. Posibilidad de terminación convencional del procedimiento de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones (art. 5 del RD 1778/1994, de 5 de agosto).

6. Posibilidad de terminación convencional del procedimiento para otorgar la autorización administrativa en aplicación de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas²³.

7. Posibilidad de terminación convencional en el procedimiento para el control de las concentraciones económicas (art. 15ter del RD-Ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia)²⁴.

8. Posibilidad de celebrar acuerdos ambientales con repercusión sobre la autorización de actividades contaminantes o agresivas para el medio ambiente en el marco de la Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero²⁵.

órgano (V., artículo 5 Ley del Gobierno). En el art. 88.4 se sienta que los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos (...).

Un problema importante, sobre el cual no existe solución unánime en la doctrina, es el de si el art. 88 citado tiene directa aplicación o si precisa de normas de desarrollo; V., en detalle BUSTILLO BOLADO, R. O. *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Pamplona 2001, pp. 264 y ss.

23 Sobre esta Ley 5/1995, de 23 de marzo, de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas puede verse GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *Los mercados de interés general: de telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*, Editorial Comares, Granada septiembre 2001.

24. Para otros supuestos de terminación convencional previstos en la legislación autonómica PALMA DEL TESO, *Los acuerdos procedimentales en el Derecho administrativo*, Valencia 2000, pp. 103. Y para la actividad convencional en el ámbito tributario pp. 178 y ss.; puede verse también VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias de los actos administrativos*, Madrid 1996.

25 Puede verse SANZ PÉREZ, "Los acuerdos ambientales como mecanismo de sustitución o complemento del control preventivo unilateral de las actividades potencialmente contaminantes: las previsiones de la Ley 3/1998", *Revista interdisciplinar de gestión ambiental* nº 34, 2001, pp.11 y ss.

2. Selección de un ejemplo: los convenios urbanísticos; la influencia de los intereses privados en materia urbanística (la “privatización” del urbanismo)

Los convenios urbanísticos, institución en auge, representan ejemplarmente la *idea de colaboración* de los particulares en el ejercicio de la función pública urbanística.

No obstante su actualidad, al urbanismo histórico no han sido ajenos los convenios urbanísticos. En el siglo XIX los convenios aparecen junto a las distintas técnicas o acciones más características del momento. En el contexto de las alineaciones los convenios se celebran con el fin de evitar el procedimiento expropiatorio o de agilizarlo una vez que éste se ha puesto en marcha; pueden por tanto asociarse aquéllos a la necesidad de facilitar la adquisición de suelo por parte de los poderes públicos. Asimismo, cuando la Administración impulsa los característicos procesos de ensanche y reforma interior de las ciudades, surgen convenios como medio para fomentar la colaboración del particular en la realización de las obras de urbanización y por tanto como cauce de colaboración en el ejercicio de una función pública, la urbanística. En definitiva, desde siempre se han puesto de manifiesto ciertas limitaciones con las que se enfrenta la acción pública urbanística (en este contexto de cara a la realización de las obras necesarias) y por tanto la necesidad de buscar la colaboración de los particulares. También se deja espacio a la colaboración o iniciativa privada en el contexto de la implantación de las disposiciones higiénicas y sanitarias (mediante exenciones tributarias y subvenciones en favor de empresas colaboradoras; art. 12 de la Ley de Casas Baratas de 1911).

La LS 1956, a pesar de pretender la unilateralidad de decisiones, no pudo renunciar a la actuación de los particulares mediante convenios o formas convenidas de colaboración con los particulares en el ejercicio de la función pública urbanística (arts. 137 a 141, donde se regula la colaboración de los particulares en labores de ejecución, previéndose el concesionario de obra urbanizadora seleccionado por licitación pública; art. 117, donde se prevén convenios para costear las obras de urbanización de los propietarios).

Pero es precisamente por reacción frente a la LS 1956 como en realidad se introduce en sentido *moderno*, por el TRLS 1976, el llamado urbanismo concertado (con el antecedente del Decreto 2432/1972, de 18 de agosto). En suma, facilitando la actuación de los particulares mediante convenios se prevé la *posibilidad* de que las Entidades locales, de oficio o a instancia de parte, convoquen concursos para la formulación y ejecución de los Programas de Actuación Urbanística (por tanto en suelo urbanizable no programado), con la consiguiente adjudicación a un concursante que deberá formular el correspondiente Programa de actuación de acuerdo con el avance de planeamiento aprobado. No obstante, dichas Entidades podían ejecutar directamente los PAU o prescindir de la apertura del concurso (arts. 146 y ss. del TRLS 1976).

Por su parte, la LRSV 1998 considera que “en los supuestos de actuación pública, la Administración actuante promoverá, en el marco de la legislación urbanística, la participación de la iniciativa privada”, y en su filosofía la LRSV de 1998 no es distante del TRLS 1976 (ni tampoco del espíritu del desarrollismo económico de los tiempos del TRLS 1976)²⁶.

26 Por lo que se refiere al TRLS 1992 no parte éste de la *ratio* del urbanismo concertado, sino más bien de la idea del dirigismo de los poderes públicos (V., el art. 19). No obstante, en primer término, el TRLS 1992

Pero la actuación de los particulares mediante convenios o formas convenidas de colaboración desbordan los márgenes de cualquier previsión legal (en general, véanse los arts. 88 de la LRJAP-PAC 30/1992, 111 TRRL 1986, 4 LCAP, art. 77 LJCA). Estamos ante uno de esos fenómenos que impulsan nuevas necesidades y tendencias sociales asociadas tanto a una ágil y eficaz gestión administrativa como a la conveniencia de abrir mayores cauces de participación de los particulares en el ejercicio de funciones públicas, como es el caso de la urbanística.

Se generan así convenios urbanísticos atípicos dirigidos a la modificación del planeamiento urbanístico torpedeando el contenido y funcionalidad de los planes generales. Mediante este tipo de convenios, el Ayuntamiento se compromete a clasificar o calificar los terrenos atribuyéndolos determinados usos e intensidades y el propietario a compensar los beneficios adquiridos incrementando las cesiones gratuitas al Ayuntamiento más allá de las cesiones previstas en el ordenamiento jurídico. Pero los convenios también podrán celebrarse con fines recaudatorios o, lo que es más problemático, eludiendo la aplicación de medios coercitivos y sancionadores, a los efectos de conseguir la legalización de ciertas acciones urbanísticas. Es *problemático* cuando de esta forma se eluda la imposición de una sanción que deba aplicarse.

La colaboración mediante los convenios se inspira en parte en la idea del *do ut des*. Ambas partes convienen la satisfacción de sus intereses recíprocos, para mejor realización de los fines públicos en caso de la Administración. Y es obvio que este planteamiento lleva consigo la necesidad de aplicar límites jurídicos. Pero antes de mencionar los límites y garantías, es preciso insistir en la idea anterior, esencial a los pactos o convenios y que en lo urbanístico lleva a conceder a la Administración la posibilidad de aprovechar los márgenes de apreciación o discrecionalidad que le otorga la legalidad administrativa a la hora de realizar el planeamiento urbanístico; siendo varias las opciones posibles, podrá buscarse un punto de encuentro con los intereses de los particulares y sacar provecho de este tipo de circunstancias para la mejor realización de los fines públicos que, a la postre, es lo que interesa. El particular, movido por su particular interés, colabora en definitiva en la mejor realización de los intereses públicos. La posición jurídica del particular que pacta con la Administración no es la de un concesionario sino la de un *colaborador* en el ejercicio de funciones públicas.

confirma que las Entidades locales puedan convocar concursos para la formulación y ejecución de los Programas de Actuación Urbanística (arts. 177 a 184). Contempla asimismo otros casos o ejemplos relacionables de forma más o menos directa con formas de actuación convenida entre particulares y Administración. Este es el caso de los convenios que puede celebrar la Administración con los particulares para satisfacer el justiprecio mediante la adjudicación de terrenos situados dentro o fuera del área de reparto donde se encuentran los expropiados (art.217), o para llevar a cabo una expropiación (art. 213) o para la constitución de servidumbres cuando “para la ejecución de un Plan no fuere menester la expropiación del dominio” (art. 211), o para fijar los compromisos que se hubieren de contraer entre el urbanizador y el Ayuntamiento en los casos de planes de iniciativa particular (art.105.2.d). Se sitúan en esta línea, los convenios mediante los cuales se permite que el pago de los gastos de urbanización, que han de asumir los propietarios, se haga mediante terrenos edificables o se haga de forma aplazada (arts.155.2 y 163.3 respectivamente). También puede encajar en este contexto el supuesto contemplado en el art.151.4, donde se faculta a la Administración a transmitir los excesos de aprovechamiento siempre que el uso de los terrenos en la unidad de ejecución no sea adecuado a los fines del Patrimonio Municipal del suelo. En este contexto, el art.282.2 permite las cesiones de Patrimonio municipal de suelo, donde nuevamente puede ser encajado el convenio (con las limitaciones no obstante que prevén los preceptos siguientes).

En la práctica, las cesiones de terrenos vía convenio son uno de los objetos principales de los convenios (por todas, STS de 18 de junio de 1991 Ar.5186).

Es obvio, como decíamos, que este tipo de planteamientos acentúe la necesidad de transparencia y de publicidad en la celebración de convenios. El problema jurídico de los convenios es, en realidad, el problema de sus límites y controles jurídicos.

Los convenios *atípicos* son cada vez más *típicos*, desde el momento en que la legislación urbanística autonómica, superando ciertos reparos de la jurisprudencia, reconoce y matiza el empleo de los convenios urbanísticos (disposición adicional cuarta de la Ley valencia 4/1992, de 5 de junio, de Suelo no urbanizable).

El reconocimiento de los convenios pasa necesariamente por establecer límites jurídicos insistiendo en su transparencia y su publicidad. Esto es en definitiva lo que hace dicha legislación autonómica nada más reconocer los convenios urbanísticos, tanto respecto de los convenios para la ejecución del planeamiento (art. 74.3.a de la Ley madrileña 9/1995, de 28 de marzo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo) como de los convenios que se suscriban con motivo de la formulación y aprobación de los planes (disposición adicional cuarta de la Ley valencia 4/1992, de 5 de junio, de Suelo no urbanizable, apartado cuarto) o con el objeto de que la Administración tome la iniciativa y tramitación de los pertinentes procedimientos para la modificación del planeamiento (art. 140.5.2 de la Ley 10/1994, de Navarra; arts. 83 y 84 de la Ley 5/1999 de Aragón).

Otros límites que es preciso aunque sólo sea recordar se refieren a la imposibilidad de contravenir el ordenamiento jurídico y a la indisponibilidad de las potestades públicas (art.94.2 de la Ley 5/1999, de 5 de abril, de Castilla y León). Dicha indisponibilidad es un criterio o límite sobre el que incide de forma especial la jurisprudencia. Así, la STS de 15 de abril de 1992 Ar. 4051 afirma que “no resulta posible una disposición de la potestad de planeamiento por vía contractual (...)”. “Nunca podría aquél (el convenio) limitar el contenido de las potestades autonómicas” (STS de 13 de febrero de 1992, Ar. 2828). “Aquella potestad ha de actuarse para lograr la mejor ordenación posible, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que ya en otro terreno pueda desencadenar el apartamiento de convenios anteriores” (STS de 13 de julio de 1990 Ar. 6034).

De entre la numerosa jurisprudencia existente una sentencia ilustrativa, sobre el correcto funcionamiento de los convenios, es la STS de 15 de febrero de 1994 Ar. 1448, en tanto en cuanto primero establece ciertos límites y reservas y, segundo, admite la celebración de los convenios aportando datos de interés sobre su sentido y alcance práctico. Por una parte, “el convenio viene a ser un instrumento facilitador de la actuación urbanística que en modo alguno puede implicar derogación (ni un beneficio de la Administración ni en favor de los particulares) de las reglamentaciones de carácter imperativo, ni puede condicionar el ejercicio de las potestades urbanísticas, por ser el urbanismo una auténtica función pública indisponible e irrenunciable”.

Entendido así, añade dicha STS de 15 de febrero de 1994 Ar. 1448, no existen mayores problemas para admitir un convenio que venga a plasmar en la realidad lo establecido en el planeamiento. Concretamente en el presente supuesto el convenio *plasma* “la expectativa de aprovechamiento que la parte actora tenía por reconocérselo así las Normas subsidiarias (...) favoreciendo y facilitando la gestión de la urbanización (...), por localizar y materializar parte del proceso ejecucional a efectos urbanísticos mediante la cesión de los terrenos de cesión obligatoria y gratuita a que estaba obligada la parte actora al amparo de lo dispuesto en los artículos 83.3.1, 120 y 124.1 de la Ley del Suelo, concretando igualmente el volumen de edificabilidad de la parte actora de los terrenos de su propiedad (...).

En esta línea de sacar partido, en buen sentido, a la figura del convenio se sitúa también la STS de 25 de marzo de 1992 Ar. 3387. El convenio viene a evitar, en este caso, la indemnización prevista en el artículo 41 y ss. de la LRSV, lo que evidentemente contribuye a realizar o favorecer los intereses públicos siempre que no se pongan en riesgo otro tipo de valores jurídicos superiores: “al tratarse pues de un Plan Parcial en curso de ejecución y sin posibilidad de consumación, el referido Convenio urbanístico ofrecía como la única posibilidad viable para eludir las consecuencias indemnizatorias a que se refiere el art. 87.2 de la Ley del Suelo, que, en otro caso, hubieran devenido inevitables”.

Pero el convenio no sólo debe respetar las leyes sino también los planes urbanísticos: “el convenio urbanístico no tiene, en general, y por sí solo valor normativo reglamentario autónomo, ni puede prevalecer en definitiva contra las determinaciones del Plan que ulteriormente se apruebe” (STS de 29 de noviembre de 1993 Ar. 9062; igualmente, STS de 16 de febrero de 1993 Ar. 1204; STS de 30 de octubre de 1997 Ar. 7638).

No obstante, como esta misma sentencia (STS de 29 de noviembre de 1993 Ar. 9062) reconoce, “el convenio deja de ser convenio si es asumido validamente por el Plan, pues a partir de entonces sus estipulaciones cuentan como determinaciones de éste” (véase también la STS de 6 de noviembre de 1997 Ar. 8003).

El convenio, como forma de actuación administrativa, no podrá llevar a una huida del Derecho administrativo, lo que ocurre cuando se utiliza un convenio en lugar de otra forma de actuación, que es la que procede conforme al objeto que se pretende. Es el caso de la STS de 18 de octubre de 1990 Ar. 8145 que sienta la “nulidad radical” de un convenio de permuta de bienes, “por cuanto el mismo, pese a tratarse de una permuta de bienes de las Corporaciones locales, fue celebrado sin darse cumplimiento a lo prescrito en el artículo 98.2 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones locales, precepto este último que exige para la procedencia de la permuta la previa tramitación de un expediente que acredite su necesidad así como la equivalencia de valores”. La nulidad radical se presenta “al haber sido adoptado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido” (otros ejemplos en la STS de 15 de febrero de 1999 Ar. 1705).

Pero será necesario estar al caso concreto. A veces un convenio será una simple forma de regular o definir el régimen de obligaciones de los propietarios definido en el ordenamiento jurídico. Una licencia condicionada a la realización de ciertas cesiones no es tanto un convenio como una obligación legal (STS de 25 de enero de 1999 Ar. 178).

Por su parte, alguna legislación autonómica urbanística afirma también el principio de concurrencia. En este sentido, el art. 74.2 de la citada Ley de Madrid afirma que la negociación, formalización y el cumplimiento de los convenios urbanísticos se rigen con carácter general por el principio de concurrencia. Esta mención se explica ante el interés especial, que antes se explicaba, de poner límites jurídicos a la celebración de los convenios. No obstante la bondad que encierra esta regla, lo cierto es que por pura lógica no siempre será factible la concurrencia, sin que ello suponga un problema jurídico (numerosos convenios son susceptibles de celebración con un único sujeto o grupo de sujetos: convenios expropiatorios, o de pactos de gastos de urbanización, etc.). De hecho, alguna legislación autonómica más reciente afirma, con acierto, que los convenios se rigen por “los principios de transparencia, publicidad y, *cuando proceda*, concurrencia” (art. 11.2 *in fine* de la Ley 2/1998 de Castilla-La Mancha).

Quiere decirse de esta forma que, si bien en los contratos administrativos típicos la observancia del principio de concurrencia es esencial al carácter público de dichos contratos, el *quid* del sistema jurídico-público de garantías en el ámbito de los convenios está más bien en la transparencia y la publicidad como forma de compensar la libertad de pactos, tan visible en la celebración de los convenios urbanísticos.

III. TRANSACCIONES

1. Transacción extraprocésal

A diferencia de los convenios, los cuales sustituyen o predeterminan un procedimiento administrativo, las transacciones sustituyen un proceso judicial (al igual, en esto, que los arbitrajes).

La transacción ha de entenderse, pues, como un medio de resolución extrajudicial de conflictos (así se caracteriza aquélla en el propio CC: art. 1809; para la delimitación entre transacciones y convenios puede también consultarse la STS de 29 de abril de 1988, RJ 3157).

En este sentido, cuando se realiza un convenio no se zanja una controversia judicial, ya que más bien se está acordando un régimen de derechos y obligaciones que servirá de pauta para el ejercicio de las potestades administrativas anticipando el resultado del procedimiento administrativo. Con la transacción, más bien, se zanján las actuaciones y se evita un proceso judicial²⁷.

Por otra parte, si bien el presupuesto normativo general y directo del convenio puede encontrarse en el art. 88 de la LRJAP-PAC el de la transacción se encuentra en principio en el CC además de que la transacción, y no la terminación convencional, precisa obligatoriamente de dictamen del Consejo de Estado o de órgano autonómico equivalente. En el segundo caso precisan un Decreto (art. 39 LGP y 40 LPE), en el primero basta una autorización del Consejo de Ministros u órgano ejecutivo autonómico.

El presupuesto de la transacción es que exista una controversia. Entonces, su sentido será el de evitar el pleito al que conduciría dicha controversia, o ponerlo fin si éste hubiera comenzado²⁸. Para ello, ambas partes pueden transigir mediante recíprocas concesiones. Su sentido práctico está, pues, en hacer posible que la Administración llegue a un acuerdo para zanjar las controversias e incertidumbres existentes.

27 Puede verse, sobre la transacción, BOQUERA OLIVER, "Administración Pública y transacción", *REVL* XXIV n° 141, 1965, pp. 321 y ss.; CLAVERO ARÉVALO, "Posibilidades de transacción con la Administración local", *REVL* n° 74, 1954, pp. 161 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, "La transacción en el Proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa", *RAP* n° 145, pp. 7 y ss.; SÁNCHEZ MORÓN, M., "El régimen de los actos y los recursos administrativos en la LRJAP-PAC" en VVAA, *Ciudadanos y reforma administrativa*, Madrid 1995, pp.249 y ss.

28 Ilustra, por ejemplo, la noticia (tomada del periódico *El país* de noviembre de 2001) "el Gobierno rebaja de nuevo la tasa de los móviles para evitar el conflicto judicial": "el pacto se certificó mediante una enmienda a los Presupuestos de 2002 presentada ayer con carácter de urgencia por el Grupo Popular en el Senado" pero "lo cierto es que el Gobierno ha adoptado esta decisión tras arduas negociaciones...". "Los operadores habían recurrido la tasa ante el Tribunal Económico-administrativo Central y tras ser desestimado en esta vía administrativa, anunciaron que llevarían el asunto ante la Audiencia Nacional. Sin embargo, los operadores se han comprometido a no seguir la vía judicial".

Con la evitación de un pleito se evita al mismo tiempo la incertidumbre del resultado en la resolución judicial de la controversia. De ahí que el Consejo de Estado haya podido condicionar la posibilidad de las transacciones a aquellos casos en que pueda suponerse probabilidad de éxito del recurso planteado (dictamen nº 36277, de 14 de mayo). Dichos dictámenes informan además que por la materia las transacciones administrativas tienen lugar *fundamentalmente respecto de cuestiones patrimoniales* (así por ejemplo indemnizatorias en casos de liquidaciones de concesiones administrativas²⁹) y de Derecho privado de la Administración (especialmente explotación de bienes patrimoniales).

No obstante, de los arts. 88.1 de la LRJAP-PAC y 77.1 de la LJCA se infiere que la transacción ha de contar con ciertos límites. En principio, parece difícil sino imposible imaginar la posibilidad de una transacción en los casos en que la Administración ejercite una potestad reglada (en este contexto habría que mencionar el principio de la indisponibilidad de las potestades administrativas). Los límites se referirían por tanto a aquellos casos en que se ejercite una potestad discrecional (y serían entonces de obligado acatamiento principios tales como los de motivación, plena adecuación con los intereses presentes en la relación jurídica objeto de transacción, ausencia de desviación de poder, etc.).

Por otra parte, su ámbito propio parece ser, conforme a su propia naturaleza, el de las relaciones de tipo patrimonial³⁰.

Así pues, en todo caso la legalidad administrativa ha de respetarse. La propia definición del Diccionario de la Real Academia sobre el término *transigir* es a mi juicio bastante explícita de la problemática que encierra esta figura jurídica de la transacción. *Transigir* es “consentir en parte lo que no se cree justo, razonable o verdadero a fin de acabar con una diferencia”. ¿Y es posible *consentir* en el ejercicio de las potestades públicas? Por otra parte, el renglón que acaba de escribirse *a fin de acabar con una diferencia* es también importante ya que nos indica el beneficio que se consigue, es decir la terminación de una contienda.

No pueden en efecto olvidarse los riesgos que presentan este tipo de figuras como la conciliación o transacción. La difusión de las soluciones negociales sin regulación apropiada puede llegar a poner en riesgo el resguardo del interés público (W. Brohm³¹).

29 Dictámenes de 11 de marzo de 1976 (nº 40027), 20 de mayo de 1977 (nº 40626), de 2 de noviembre de 1967 (nº 35577), 29 de abril de 1982 (nº 44122), etc.

30. Un ejemplo puede ser la STS de 25 de marzo de 1992, Ar.3387, es decir una transacción mediante la cual los interesados admiten una reubicación de los primitivos aprovechamientos urbanísticos a cambio de ceder en sus pretensiones indemnizatorias contra la revisión de un plan que realizaba una recalificación del suelo declarando no urbanizable el suelo donde dichos interesados habían realizado cuantiosas inversiones. Otro ejemplo es el recogido en la Ley 6/1996, de 8 de julio, que autoriza al Gobierno una transacción con el Canal de Isabel II para la cancelación de una deuda. V., BUSTILLO BOLADO, *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Pamplona 2001, pp.210 y ss.; esta obra, aunque no ignora que el ámbito propio de la transacción es el *patrimonial o hacendístico*, admite la transacción en otros casos no patrimoniales, a pesar de que deja esta afirmación sin concretar. Un caso que se analiza detalladamente es el de la transacción en los procedimientos concursales.

31. BROHM, W., “Sobre la aceleración de los procedimientos, ¿una mayor disciplina o una consensuación de la acción administrativa?”, *Revista de Documentación Administrativa* nº 235-236, 1993, pp. 387 y ss.

Especialmente atentos habremos de estar a la posibilidad de que, mediante su empleo, se encubran fraudes de ley administrativa³² o la satisfacción de intereses personales por encima de los propios intereses públicos.

Así pues, ni la transacción debe negarse alegando falsos límites (tales como desigualdad de los sujetos en las relaciones jurídicas administrativas, imposibilidad de comprometer al erario vía conciliación, la presunción de legalidad de los actos administrativos³³) ni tampoco afirmarse olvidando ciertos límites esenciales frente a su aplicación en el caso concreto, es decir límites reales aunque no insuperables (principio de legalidad de las actuaciones públicas y por tanto solución conforme a Derecho, autonomía de voluntad en sentido de libertad de las partes para conciliarse, interés público o finalidad pública del acuerdo conciliatorio).

Pero lejos de una regulación precisa sobre el particular, en el Derecho administrativo español no existen más que normas de tipo procedimental, respecto de la transacción, esencialmente el art. 39.1 de la LGP³⁴ o 40 de la LPE³⁵ y el art. 77 de la LJCA³⁶, a diferencia por ejemplo del ordenamiento alemán, donde se ha conseguido una regulación sustantiva en la LPA (art. 55, junto al 106 de la LJCA) desarrollada y matizada jurisprudencialmente³⁷ conforme al frecuente uso que se hace en la práctica de las transacciones. También en el ámbito autonómico y local las referencias son esencialmente de igual carácter procedimental³⁸. En el Derecho comunitario europeo está presente, en cambio, una voluntad más decidida por la instauración de sistemas u órganos de transacción o acuerdo, tanto mediante comisiones parlamentarias como a través de la actuación del Defensor del pueblo. En este sentido, también en el Derecho español, esta institución del Defensor del pueblo (en el ámbito estatal y en el autonómico) permite llegar a la concertación de transacciones y acuerdos entre Administración y particulares.

32. En esta línea, un dictamen del Consejo de Estado, de 30 de mayo de 1968 (nº 35965) reacciona contra una transacción que pretendía justificar una enajenación soslayando las garantías legales para la enajenación de bienes municipales y entre ellas la subasta pública.

33. MORÓN URBINA, J.C. *cit.*, pp.16 y ss.

34. Según el citado art.39.1 de la LGP “no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Real Decreto del Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en Pleno”.

35. Respecto de los bienes o derechos del patrimonio del Estado dicho artículo exige Decreto del Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, con audiencia del de Estado en pleno.

36. Asimismo, en el art.117.3.1 del RD-Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el TR de la LCAP se reconoce la posibilidad de transigir previa autorización del Consejo de Ministros “en los contratos con empresas extranjeras (...)”.

37. En esta línea habría que considerar además el art.38.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales donde se afirma que si el tribunal declara admisible una demanda procederá al examen contradictorio del caso y procurará un acuerdo amistoso (...). Respecto del Derecho alemán es preciso tener en cuenta que en el proceso contencioso-administrativo alemán rigen los principios de investigación de oficio y de aclaración judicial en favor de las partes, con un importante y activo papel del juez, que permite a éste *forzar* la conciliación en el proceso. Sobre la conciliación puede verse GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Madrid 1993, p.417. Según el significativo artículo 55 de la LPA, “cuando la Administración lo estime conveniente podrá celebrar contratos de Derecho público de los previstos en el art.54, por los que resuelva, mediante concesiones recíprocas, una incertidumbre que resulte de una valoración prudente de las circunstancias de hecho o de la situación jurídica” (puede verse FROMONT, M., “L'exemple allemand”, *AJDA*, 1997, pp.59 y ss.).

38. Pueden verse los arts.23.1.a y 28.1.c del TRRL/1986 (atribuyendo al Pleno la competencia para transigir). En el caso autonómico la legislación, muy numerosa, sigue la ratio de la legislación estatal debiéndose consultar la legislación pública de patrimonio o de hacienda o régimen presupuestario.

Además, se regula un trámite de conciliación en los artículos 68 y ss. de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre Procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las directivas 93/38/CE y 92/13/CEE.

2. Transacción judicial o conciliación

La introducción de la conciliación en el proceso administrativo puede verse también en sintonía con la paulatina evolución favorable que en el Derecho administrativo se advierte en relación con los fenómenos transaccionales que acaban de comentarse³⁹.

En este contexto, y sin salir de la LJCA puede, igualmente, citarse el artículo 29.1 *in fine*, cuando prevé que la acción procesal allí regulada sólo puede ejercitarse de “no haberse llegado a un acuerdo entre los interesados y la Administración”.

En este sentido, y como es propio de las transacciones, pactos o convenios administrativos, el requisito o límite esencial de la conciliación es el de que lo acordado no sea manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros, así como que el juicio o proceso se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad (artículo 77 de la LJCA).

Este último inciso informa ya sobre su preferente aplicación práctica en materia de estimaciones de cantidad, como es propio de las transacciones en general según ya nos consta.

Considerando que la transacción en favor de la Administración es por esencia limitada (en el fondo por el propio principio de legalidad y por la observancia ineludible de los intereses públicos) se entiende que la LJCA exija que los representantes de las Administraciones Públicas demandadas necesitarán la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos. *Autorización* por tanto del Consejo de Ministros según dispone la LGP (artículo 39), en consonancia también con el artículo 88 de la LPC 30/1992 para la terminación convencional.

La conciliación en el proceso administrativo puede verse como un medio que contribuye a buscar solución frente al problema del retraso de los procesos administrativos y consigue por otra parte completar o perfeccionar la justicia administrativa.

La conciliación en el proceso administrativo está prevista, por otra parte, en el Derecho comparado (por ejemplo, en el Derecho alemán), y en el propio Derecho español la conciliación es conocida en el proceso civil (artículo 692 de la LEC) y es una fase procesal típica del proceso laboral; también se ha destacado que la técnica de la reclamación previa al ejercicio de acciones civiles y laborales tiene carácter de *conciliación preprocesal* (STC 120/93), pese a que en realidad no pueda hablarse más que de un *semejanza* con la conciliación⁴⁰.

39. La conciliación puede verse además en conexión con el allanamiento y con el desistimiento como formas de terminación del proceso; V., sobre aquéllos GONZÁLEZ PÉREZ, J., “El allanamiento de la Administración”, *RAP* 27, 1958, pp.89 y ss.

40. PIÑAR MAÑAS, J.L., en LEGUINA VILLA, J./SÁNCHEZ MORÓN, M., *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid 1993, p.352; SANTAMARÍA

Por otra parte, la transacción del artículo 77 de la LJCA tiene un carácter plenamente judicial que hace que se diferencie también de la satisfacción extrajudicial de la pretensión.

Su aplicación práctica puede no obstante quedar condicionada por los propios requisitos o presupuestos de la conciliación, que acabamos de estudiar. Además, como medida propuesta de oficio por el propio Tribunal, no es fácil concebir una frecuente aplicación de la conciliación considerando el *factor tiempo* que repercute sobre la práctica judicial de cualquier orden jurisdiccional y del contencioso en particular. En este sentido, la conciliación se prevé con posterioridad a la demanda y contestación y antes de la sentencia (tal como dice el propio artículo 77 de la LJCA), por lo que es presumible que el proceso llegue a una fase en la que lo más realista sea, simplemente, dictar la sentencia.

En cualquier caso, si las partes llegan a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el Juez o Tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento. Es interesante observar que, en la fase de ejecución de sentencias, la LJCA se haya referido a este supuesto de la conciliación (artículo 113):

Transcurrido el plazo de ejecución que se hubiere fijado en el acuerdo que implique la desaparición de la controversia cualquiera de las partes podrá instar su ejecución forzosa.

Si no se hubiere fijado plazo para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo, la parte perjudicada podrá requerir a la otra su cumplimiento y transcurridos dos meses podrá proceder a instar su ejecución forzosa.

IV. LOS ARBITRAJES ADMINISTRATIVOS

1. Presente y futuro del arbitraje en el Derecho administrativo⁴¹

También se va abriendo paso en un plano normativo el arbitraje dentro del Derecho administrativo durante los últimos años⁴².

Encontramos menciones en el art. 39.1 de la LGP⁴³, el art. 41 de la Ley del Patrimonio del Estado⁴⁴, 60.2 del TR de la LCAP⁴⁵ y especialmente el fundamental *artículo 107.2 de la LRJAP-PAC* modificado por la Ley 4/1999, de 13 de enero⁴⁶.

PASTOR, J.A., *RAP*, 77, 1975, p.81; CLAVERO ARÉVALO, M.F., en *Estudios dedicados al Profesor GARCÍA OVIEDO con motivo de su jubilación*, Sevilla 1954, t I, pp.220 y ss.; VERA JURADO, D.J. *RAP* 134 1994, p.258.

41. Al margen de este supuesto queda la llamada actividad arbitral de las AAPP, es decir la función arbitral inter privados de la AP. Con los distintos ejemplos, y la problemática que afecta a esta figura, puede verse mi libro *La reparación de los daños causados a la Administración*, Editorial Cedecs, Barcelona 1997.

42. Todo ello a pesar de las incertidumbres que plantea, tanto sobre sus límites (como vamos a ver) como sobre su tramitación (V., MAGRO SERVET, “¿Pueden adoptarse medidas cautelares en el procedimiento arbitral?”, *Actualidad Aranzadi* nº 510, 2001. Sobre el tema también LÓPEZ ARGUMEDO PIÑEIRO, A., “Medidas cautelares en arbitraje internacional y nacional”, *La Ley*, 4 de mayo de 2000.

43. Según el citado art.39.1 de la LGP “no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Real Decreto del Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en Pleno”.

Es discutible si este régimen jurídico puede entenderse más que una regla referida al supuesto concreto de los derechos de la Hacienda como un régimen jurídico de validez general. Para CHILLÓN MEDINA, J.M./MERINO

Como es sabido, el arbitraje, en general, se regula en la Ley de arbitraje 36/1988, de 5 de diciembre⁴⁷.

Los rasgos principales del arbitraje son, conforme a su definición propia, su carácter potestativo renunciando las partes a la protección judicial (a salvo del recurso que puedan interponer, conforme a ciertos motivos tasados, contra el laudo arbitral⁴⁸), nombramiento pactado de los árbitros, existencia de una cuestión litigiosa como objeto del arbitraje.

Con este perfil no es fácil encontrar casos de arbitraje en el Derecho administrativo español. El art. 107 de la LRJAP-PAC piensa en los arbitrajes como un medio de sustitución de los recursos, por tanto con carácter forzoso⁴⁹. El citado artículo 107 no parece conseguir más que desplazar la competencia en favor de otros órganos no directamente involucrados en la controversia en cuestión.

También se excepciona, por dicho art. 107, otro criterio esencial del arbitraje desde el momento en que las resoluciones que se dicten podrán ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa (“con respeto a los principios, garantías y plazos...” dice la LRJAP-PAC en su art. 107.2 *in fine*).

MERCHÁN, J.F., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid 1991, p.632 no es posible extender el art.39.1 LGP, previsto para la Hacienda Pública, a las distintas relaciones jurídico-administrativas de tipo patrimonial.

44. “Para someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los bienes o derechos patrimoniales hará falta una Ley que lo autorice”. A efectos de salvar una posible contradicción entre este art. y el 39 de la LGP téngase en cuenta que el citado art.39 LGP se aplica a los derechos de contenido económico o dinerario (arts.2, 22 y 27 LGP).

45. Este precepto, siguiendo el art.61.2 de la LCAP 13/1995, afirma que “el sometimiento a arbitraje se sujetará a los requisitos establecidos en la LGP (art.39.1 por tanto) o en las correspondientes normas de otras AAPP” (V., art.107 de la LRJAP-PAC). Interesante es que dicho art.61.2 de la LCAP se separó de la prohibición de arbitraje que defendía el art.12.2 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales y proponaba asimismo el RD de 27 de febrero de 1852 (art.12); en este contexto puede verse la STS de 11 de marzo de 1980 (Ar.2146). V., ARIÑO ORTIZ, G., *La reforma de la ley de Contratos del Estado*, Madrid 1984, pp. 164 y ss.; GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (dir.), *Comentarios a la LCAP*, Madrid 1996, p.470.

46. “Las Leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo”

“En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado”.

“La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por Ley”.

47. En este contexto CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*, Pamplona 1995; LORCA NAVARRETE, A., *Comentarios a la Ley del Arbitraje*, Madrid 1991.

48. Sobre esta cuestión es importante la STC 174/1995 que declaró inconstitucional el art.38.2.1 de la LOTT, 16/1987, en tanto en cuanto implantaba un arbitraje obligatorio del que sólo se podía prescindir mediante acuerdo unánime de las partes; V., MERINO MERCHÁN, J.F., en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, XI 1995, pp.223 y ss.; M. MATEO TEJEDOR, *La actividad arbitral de la Administración en el transporte terrestre*, Madrid 1998; de la CUESTA SÁENZ, J.M., en *Derecho privado y Constitución* nº 9, 1996, pp.315 y ss.; CARAZO LIÉBANA, M.J., en *Revista de Derecho Mercantil* nº 222, 1996, pp.1305 y ss.

49. En este sentido SÁNCHEZ MORÓN entiende que “los procedimientos en cuestión no podrán establecerse como cumulativos u opcionales respecto del recurso ordinario (actualmente de alzada), sino que en el ámbito para el que se establezcan desaparecerá este recurso” (*Recursos administrativos*, cit., p.346).

Difícil dilema el de este artículo: si se admite la posibilidad de recurso contencioso-administrativo disminuye la virtualidad del arbitraje, y si se excepciona la posibilidad de recurso contencioso-administrativo puede incurrirse en vulneración de dichos principios y garantías⁵⁰.

Es preciso dejar claro que actualmente el ordenamiento no prevé casos de arbitraje administrativo a salvo de ciertos arbitrajes interadministrativos⁵¹.

Tampoco propicia la aplicación del arbitraje administrativo la Ley de arbitraje de 1988 cuando primero ignora dicho arbitraje administrativo⁵² y cuando segundo exige el requisito de la *disponibilidad de la materia* (arts. 1 y 2.1.b), requisito que no se cumple en las materias reguladas por el Derecho administrativo.

En general, la posibilidad de admitir el arbitraje se enfrenta en el Derecho administrativo español con principios elementales de obligada consideración tales como la previsión del sistema contencioso-administrativo como sistema de solución de litigios entre particulares y Administración y de control de la legalidad de la actuación y actos de la Administración Pública (art. 1.1 y 1.2, art. 2 de la LJCA de 13 de julio de 1998). En cuanto al debate *lege ferenda* el tema o problema principal que plantea el arbitraje es el de la precisión de las materias que pueden quedar sujetas al mismo⁵³.

Se han apuntado en este sentido distintos criterios⁵⁴. El hilo conductor parece estar en la índole patrimonial de la controversia. En este sentido, en el Derecho comparado

50. Por otra parte, no parece conveniente retornar al modelo de las jurisdicciones especiales. En términos generales véase sobre esta cuestión SOSA WAGNER, *Jurisdicciones administrativas especiales*, Sevilla 1977; MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I., "La cláusula de renuncia al recurso y el derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales", *REDA* 48, 1985, pp.597 y ss.

51. Me refiero a la Comisión Arbitral del País Vasco regulada en el Estatuto de Autonomía del País Vasco, art.39 así como a las Juntas arbitrales de resolución de conflictos tributarios interadministrativos: art. 45 de la Ley 28/1990, de 26 de diciembre y arts. 23 y 24 de la LO 3/1996, de 27 de diciembre, de modificación de la LOFCA, art. 39 de la Ley 38/1997, de 4 de agosto. A estos supuestos podría sumarse el previsto en el RD 49/1993, de 15 de enero que, incorporando la directiva 89/662/CEE, de 11 de diciembre de 1989, sobre Sanidad Animal, prevé que, en caso de conflicto, si las partes lo acordaren, podrán someter el conflicto a la apreciación de un perito que figura en una lista de peritos de la Comunidad, sometiéndose las partes al dictamen que aquél emita. En general, las instituciones comunitarias muestran su interés por la aplicación o instauración de arbitrajes administrativos (puede verse GÓMEZ JENE, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, Madrid 2000, p.24) destacando la Resolución del PE sobre el *fomento del recurso al arbitraje de derecho para la resolución de los conflictos en el orden jurídico* (DOCE C 205, de 25 de julio de 1994, pp.519 y ss.).

52. Esta ausencia de mención no sería, no obstante, determinante ya que puede entenderse como una forma general de dar cabida a todo tipo de arbitraje, administrativo o privado, en la línea de lo que por ejemplo ocurre con la aplicación del Derecho de la competencia a la Administración pública. En este último ámbito está consolidada dicha aplicación precisamente partiendo de la ausencia de un criterio expreso que impidiera la sujeción de la Administración (en sus actividades de tipo económico) al Derecho de la competencia.

53. En este sentido, el artículo 107.2 de la LRJAP-PAC, cuando admite la sustitución de la vía de recurso administrativo por otros medios, entre ellos el arbitraje, presupone que la *especificidad de la materia así lo justifique*.

54. Los distintos enfoques o estudios realizados, sobre las materias susceptibles de arbitraje administrativo, parten de la consideración de ciertas actividades (*actividades de interés no general, la actuación discrecional administrativa, la actuación contractual o convenida, la actuación de Derecho privado*) a efectos de deslindar y admitir la figura del arbitraje administrativo.

Sobre estas cuestiones, y sobre el arbitraje en Derecho administrativo en general, CORTADA ESTEVE, M., "El arbitraje: un medio alternativo en la justicia administrativa", *RVAP* n° 51, 1998; CHILLÓN MEDINA, J.M./MERINO MERCHÁN, J.F., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid 1991, p.176; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, M.L., "El arbitraje en el Derecho tributario", *Revista de Contabilidad y Tributación* n° 167, 1997, pp.11 y ss.; HORTALA y VALLVE, "El arbitraje en materia tributaria", *Crónica tributaria* n° 79, 1996, pp.55 y ss.; LÓPEZ MENUÑO, F., "Arbitraje y Derecho Público", *Justicia Administrativa* n° 2, 1999, pp.13 y ss.; MARESCA CABOT, J.C., "El arbitraje en el Derecho administrativo", *Boletín del Tribunal Arbitral de*

(Derechos italiano o francés por ejemplo) llegan a admitirse los arbitrajes administrativos siguiendo el criterio material o funcional de las *cuestiones patrimoniales*⁵⁵. En el propio Derecho español se ha admitido la aplicación de la Ley de arbitraje respecto de la actividad mercantil de entidades administrativas de Derecho privado⁵⁶.

Esta labor de selección o diferenciación de una determinada relación jurídica como de *índole patrimonial* presupone la aplicación de un criterio de carácter material o funcional, ya que la admisión del arbitraje depende del tipo de materia o función, diferenciando las de índole patrimonial a efectos de abrir así paso a los arbitrajes administrativos.

De ahí que pueda advertirse un posible riesgo de extensión de los arbitrajes, con apoyo en la aplicación de unos criterios funcionales que en principio lo hacen factible; según esto el *quid* del éxito del arbitraje en el Derecho administrativo estaría en el arraigo en la práctica jurídica de un criterio de carácter material o funcional, es decir una conversión de ciertos sectores de Derecho administrativo en ámbitos de consideración patrimonial. La cualidad subjetiva (pública o privada) de la entidad sería, entonces, indiferente, por ser en cambio determinante el tipo de función que desempeña la Administración y que se traduce en un tipo concreto de relación y de controversia jurídicas. Tampoco sería relevante, para negar los arbitrajes, el argumento según el cual la Administración se rige por un principio de competencia incompatible con los arbitrajes o aquel otro en virtud del cual los bienes patrimoniales del Estado y de las personas públicas son indisponibles⁵⁷.

Podría por tanto repetirse el fenómeno, que serviría entonces de ejemplo y antecedente a los arbitrajes, de la progresiva aplicación -a ámbitos gobernados tradicional-

Barcelona nº 5, 1994, pp. 57 y ss.; MONTORO CHINER, "Técnicas pre y extraprocesales de resolución de los conflictos urbanísticos", *Boletín del Tribunal Arbitral de Barcelona* nº 9, 1997, pp.44 y ss.; REQUEJO PAGÉS, J.L., "La nueva configuración del arbitraje", *Revista de la Corte española de Arbitraje*, vol.V, 1988-1989, pp. 51 y ss.; MORENO, Rosa, *El arbitraje administrativo*, Madrid 1998; SÁENZ CASALS, C., "Administración y arbitraje", *REALA* nº 264, 1994, pp. 709 y ss.; TORNOS MAS, J., "El arbitraje en el Derecho administrativo: posibilidad de esta figura jurídica", *Boletín del Tribunal Arbitral de Barcelona* nº 6, 1995, pp. 11 y ss.; del mismo autor su trabajo sobre el particular en *RAP* nº 136, 1995, pp. 149 y ss.; TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., "El arbitraje en el Derecho administrativo", *RAP* nº 143, 1997, pp. 93 y ss.

55. En Francia el arbitraje administrativo termina admitiéndose en materia comercial y actuación patrimonial y de Derecho privado (AUBY, J.M., "L'arbitrage en matière administrative", *Actualité juridique*, 1985, pp.1 y ss.); especialmente véanse distintas contribuciones (de diferentes autores) sobre el arbitraje, publicadas en el nº 1/1997, *AJDA*; también CHAPUS, R., *Droit du contentieux administratif*, 9 édition, París 2000, pp.235 y ss.; DURAND, P., "Le règlement par voie de transaction et d'arbitrage des différends de droit privé intéressant les établissements publics à caractère industriel ou commercial", *Droit social*, 1949, p.325; VEDEL, G., "Le problème de l'arbitrage entre gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé", *Rev. Arb.*, 1961, pp.116. En Italia, igualmente, puede verse PANZARINI, G., "Diritti disponibili, specialità di materie e tipi di arbitrato per la Pubblica Amministrazione", en *VVAÁ, Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milán 1999, pp.119 y ss.; sobre la alusión a Costa Rica ver *infra*.

56. No sería tanto la actividad de Derecho privado, como la actividad de carácter mercantil, lo que a mi juicio explicaría esta sujeción. Puede verse, por ejemplo, la STS de 6 de marzo de 1987 Ar.1419 y la resolución publicada en el *Boletín del Tribunal Arbitral de Barcelona*, de 30 de junio de 1995, asunto 310/95, boletín nº 7, 1995, pp.107 y ss., en la que fue parte el ente Gestor de Infraestructuras S.A., empresa pública de la Generalidad de Barcelona.

Por otra parte, considérense los laudos de las juntas arbitrales de consumo, de los Ayuntamientos, impugnables en la jurisdicción civil (por todas, sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 5 de enero de 2000, nº 1/2000, AC 2000\501).

57. En esta línea CHILLÓN MEDINA/MERINO MERCHÁN, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid 1991, pp.628 y ss. indican que tampoco es válido el argumento según el cual el orden jurisdiccional nacional contencioso-administrativo es el único que puede tener conocimiento en materia de servicios públicos.

mente por el Derecho administrativo- del Derecho mercantil de la competencia. Sin necesidad de una reforma legal. Pues ha bastado, en efecto, una aplicación en la práctica jurídica (en este caso, esencialmente por el TDC y el TJCE) de un criterio de tipo material o funcional, según el cual la identificación de una actuación de la Administración como mercantil o económica permite la aplicación del citado Derecho de la competencia⁵⁸. Todo ello sin ignorar que, a toda esta evolución subyace, nuevamente, una presión de intereses económicos y empresariales que motivan la conversión de lo público en económico o mercantil.

Algo similar podría ocurrir con los arbitrajes si se afianzan en torno a la aplicación de un criterio funcional (actividades de índole patrimonial). Aunque por referencia a las transacciones, D. Loperena Rota aporta ciertas reflexiones que ilustran ejemplarmente de esta posible evolución a la que estamos aludiendo cuando llega a decir que “la Administración puede, entre los bienes con los que convenir transaccionalmente, incluir bienes de dominio público”. ¿Cómo llegar a admitir esta conclusión? De forma sencilla: “convirtiendo (el bien demanial) en patrimonial el bien es susceptible de convenio transaccional”, “sabiendo (la Administración) que deberá desafectarlo en el procedimiento de aplicación del convenio (transaccional)”⁵⁹.

Otro supuesto: la política de los pactos, el *do ut des*, de las transacciones, sería admisible en la esfera del empleo público aprovechando la corriente de laboralización (patrimonialización) del régimen funcional. De esta forma sería posible superar *objeciones dogmáticas* tales como *la reserva de Ley de régimen funcionarial, el principio de legalidad* o el de *legalidad presupuestaria*⁶⁰.

Son éstos ejemplos que ilustran del riesgo, al que nos estamos refiriendo, de cómo -convirtiendo lo público en patrimonial- se da entrada a la aplicación de este tipo de figuras aprovechando un cambio de funcionalidad de ciertos ámbitos de Derecho administrativo.

Ahora bien, podemos plantearnos dos cuestiones a efectos de profundizar en las afirmaciones anteriores. La primera: ¿y no es un obstáculo insalvable la vaguedad, o indefinición, propia del criterio *asunto patrimonial*?

No parece serlo. Así, para el TJCE el hecho de que pueda ser complejo en un caso determinado observar si la actuación tiene o no carácter *económico* (para aplicar o no el Derecho comunitario de la competencia) no impide llegar a una solución judicial caso por caso. Más bien, es ésta una típica función judicial la de ir delimitando este

58. Y cada vez más las actividades son susceptibles de ser consideradas como económicas. La condición del sujeto como Administración Pública cede frente al dato de la identificación de una actividad de tipo económico o mercantil con la consecuencia de la aplicación del Derecho de la competencia en estos casos. Asimismo, dicho Derecho de la competencia, con el apoyo del Derecho comunitario europeo, se ha convertido en un Derecho especialmente importante a la hora de regular aquellos sectores liberalizados que pasan a considerarse en gran parte como mercados y que tradicionalmente eran configurados como servicios públicos regulados casi exclusivamente por el Derecho administrativo. Puede verse GONZÁLEZ-VARAS ÍBAÑEZ, *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*, Editorial Comares, Granada 2001.

59. *La transacción en la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Oñati 2000, p.139. El autor pone en ejemplo de la Ley 6/1996, de 8 de junio, de la CA de Madrid por la que se aprobó un supuesto como el enunciado. Y en torno a la transacción sobre bienes comunales aporta Loperena el ejemplo de la Ley foral 6/90, de 2 de julio, de la Administración local de Navarra y el Reglamento de bienes aprobado por Decreto foral 280/1990, de 18 de octubre cuyo arts.30 y ss. instan a celebrar convenios transaccionales para evitar pleitos cediendo el particular una parte del bien a cambio de que reconozca el resto como comunal.

60. *La transacción en la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Oñati 2000, pp.171 a 176.

tipo de funciones⁶¹. Lo mismo podría decirse respecto de los arbitrajes, ya que es una típica función judicial la de decidir, en caso de litigio (más bien cuando se interponga un recurso de nulidad contra el laudo arbitral) cuándo estamos ante una *función patrimonial* es decir cuando la materia es susceptible o insusceptible de ser sometida a arbitraje administrativo.

Así pues, *nuevamente*, el Estado reduciría su posición a la esfera de los asuntos de soberanía o imperio, siendo el resto susceptible de dar entrada a las más diversas formas de intromisión de figuras desarrolladas especialmente en el Derecho privado.

De ahí que la pregunta ¿qué ámbitos podrían quedar afectados por el arbitraje administrativo? lleve a fijar como techo o límite máximo el de los asuntos de policía, soberanía, imperio o giro o tráfico administrativo.

El ámbito que puede abarcar el arbitraje se delimitaría por aquellas materias que, por su propio carácter o naturaleza, admiten una versión tanto de Derecho público como de Derecho privado. En estos casos, aunque la versión de Derecho administrativo es perfectamente legítima por ser una de las posibles versiones, no es en cambio la única forma posible de regulación, porque también es admisible y factible una versión de Derecho privado⁶².

El reto del arbitraje es, en conclusión, afianzar un determinado criterio material o funcional que le sirva de aplicación. De esta forma, el arbitraje, aunque aparentemente no esté aplicándose respecto de asuntos administrativos, sino patrimoniales, en realidad o en el fondo se habrá entrometido dentro del campo del Derecho administrativo. *Y formalmente el arbitraje no sustituirá a la jurisdicción contencioso-administrativa porque se referirá a ámbitos que previamente se han sustraído a dicha jurisdicción.*

De hecho es interesante observar cómo la conversión que, cuando menos en parte, se ha producido durante los últimos años de los viejos servicios públicos en mercados (por ejemplo las telecomunicaciones, los sectores energéticos, etc.) ha traído consigo la aparición de los arbitrajes como medio esencial de resolución de contiendas⁶³.

61. Puede verse, con ejemplos, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho administrativo europeo*, IAAP, Sevilla 2ª edición 2002.

62. De ahí que en cualquier país los asuntos de policía o estrictamente administrativos serán siempre objeto del Derecho público, mientras que otras instituciones administrativas se incardinan en algunos países en el Derecho público y en otros en el Derecho privado.

Con el arbitraje (figura desarrollada especialmente en el Derecho mercantil para dar satisfacción a agentes económicos) ocurre algo similar a aquello que acontece en todo fenómeno privatizador. La privatización (en cualquiera de sus formas) afecta a ámbitos respecto de los que, conforme a su posible consideración tanto prestacional como económica, es tan legítima y factible una versión jurídico-pública como una versión jurídico-privada. La versión jurídico-administrativa es el servicio público, la versión jurídico-privada de estos mismos sectores es el mercado liberalizado sujeto a regulación.

63. Destacaríamos, pues, este dato de la nueva presencia de arbitrajes como consecuencia de una privatización funcional de los servicios públicos. No obstante, lo cierto es que no estamos tanto ante casos de arbitrajes entre Administración y particulares como ante supuestos de arbitrajes para la resolución de controversias entre los agentes económicos privados que protagonizan estos nuevos mercados de interés general, conforme a su sentido y su configuración fundamentalmente privada. Ello a pesar de que estos arbitrajes sean susceptibles de ser aplicados a la Administración o a sus empresas. El supuesto se asemejaría más bien, por tanto, a aquellos arbitrajes presentes en sectores tales como el transporte o del consumo.

Sobre la función arbitral de la CMT ver la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones de 1997 (artículo 1.Dos.2), así como en el *Reglamento de la Comisión*, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre de 1996. Interesa destacar, sobre la citada CMT que los laudos que dicte esta Comisión en el ejercicio de su función arbitral tienen reconocidos los efectos establecidos en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje; su revisión, anulación y ejecución forzosa se acomodarán a lo dispuesto en la citada Ley. No obstante, en puri-

Mención aparte merece el supuesto del arbitraje administrativo en aquellas parcelas dominadas por el comercio internacional, tal como se hará seguidamente después de terminar, con una última referencia jurídico-comparada, el estudio del arbitraje administrativo interno.

2. Un ejemplo de regulación de los arbitrajes: el Derecho de Costa Rica

En estos momentos en que en España se debate la posibilidad de regular normativamente el arbitraje importa hacer mención a la legislación comparada.

En Costa Rica se ha conseguido una regulación en materia de arbitrajes. La propia Constitución reconoce (en su art. 43) que “toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente”.

La Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social, Ley nº 7727 de 9 de diciembre de 1997 en su artículo 2 (solución de diferencias patrimoniales) afirma que “toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible”.

En el artículo 18 de la misma Ley (arbitraje de controversias) se afirma que cuando las partes hayan convenido por escrito que las controversias relacionadas con su contrato o relación jurídica se sometan a arbitraje, tales controversias se resolverán de conformidad con la presente ley, sin perjuicio de lo que las partes acuerden por escrito, siempre y cuando no se oponga a las disposiciones prohibitivas o imperativas de esta ley. Podrán someterse a arbitraje las controversias de orden patrimonial, presentes o futuras, pendientes o no ante tribunales comunes, fundadas en derechos respecto de los cuales las partes tengan plena disposición y sea posible excluir la jurisdicción de los tribunales comunes”.

Finalmente se reconoce expresamente el derecho a todo sujeto de derecho público, incluyendo el Estado, a someter sus controversias a arbitraje, de conformidad con las reglas de la presente ley y el inciso 3 de la Ley General de la AP.

dad no estamos ante un laudo sino ante una resolución que pone fin a la vía administrativa y que será recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En la doctrina española, por todos, MERINO MERCHÁN/PÉREZ-UGENA COROMINA, “Función arbitral de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”, en el libro coordinado por los citados autores, *Régimen de las telecomunicaciones*, Madrid 1998, p. 105, quien destaca que la CMT desplaza en su actuación arbitral a Administración y a tribunales. Similar es el planteamiento en Argentina (CASAGNE, “Los nuevos entes reguladores”, *Libro Homenaje al profesor P. Ramella*, Buenos Aires 1994, p. 38).

En el sector postal, las controversias que se susciten entre los operadores postales y los usuarios se resolverán por las Juntas Arbitrales de Consumo, con arreglo a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). Y cuando los usuarios no se hayan sometido a las Juntas Arbitrales el órgano competente para resolverlas es el órgano del Ministerio de Fomento que reglamentariamente se determine, pudiéndose impugnar la resolución que se dicte ante la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 5 de la Ley postal). En el sector de los hidrocarburos, la Ley de Hidrocarburos crea la Comisión Nacional de Energía, como único órgano encargado de la regulación y vigilancia del mercado energético y de velar por la competencia efectiva (disposición adicional undécima). Y dentro de sus funciones se establecen (en los apartados 9, 12 y 13) las facultades de resolución arbitral de los conflictos que se susciten entre los sujetos que realicen actividades en el sector eléctrico o de hidrocarburos, así como velar por la libre competencia poniendo en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia las posibles prácticas colusorias, y resolver los conflictos relativos al acceso de terceros a las redes de transporte y, en su caso, distribución.

En esta Ley General de la AP n° 6227 de 2 de mayo de 1978 se establecen reglas de competencia administrativa. Y en el art. 66 viene a limitarse el arbitraje administrativo diciéndose que “las potestades de imperio y su ejercicio y los deberes públicos y su cumplimiento, serán irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles. Sólo por Ley podrán establecerse compromisos de no ejercer una potestad de imperio. Dicho compromiso sólo podrá darse dentro de un acto o contrato bilateral y oneroso”.

Además, la posibilidad del arbitraje se prevé en la legislación especial: art. 27 (arbitraje administrativo) de la Ley de Expropiaciones n° 7495, art. 61 in fine (recibo de la obra) de la Ley de contratación administrativa (ley n° 7494 de 2 de mayo de 1995), art. 39 (cláusula arbitral) de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con servicios públicos (ley n° 7762, de 14 de abril de 1998), art. 3 del reglamento de la ley general de concesión de obras públicas n° 7762 de 14 de agosto de 1998, publicado en el alcance n° 27 a la gaceta n° 115 del 16 de junio de 1998, art. 53 (arbitraje) de la Ley de promoción de la competencia y defensa del consumidor n° 7472, de 20 de diciembre de 1994, art. 44 de la Ley orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad social n° 1860 de 21 de abril de 1955, reformada por la ley n° 7360 de 4 de noviembre de 1993.

En la jurisprudencia constan claros testimonios acerca del control judicial sobre los límites de la posibilidad de acudir al arbitraje, como por ejemplo la sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de 9 de marzo de 2001 (ex: 00-000063-004-CA, Res: 000210-F-2001) resolutoria de un recurso de nulidad contra un laudo arbitral por entender una de las partes que la materia sobre la que entendió el tribunal arbitral no pudo haberse sometido a arbitraje: resolución de un asunto objeto de litigio ante un Juzgado contencioso-administrativo relativo a un recurso de lesividad.

En este supuesto, la Sala después de realizar ciertos razonamientos acerca del control judicial de nulidad de los laudos (próximo al control que propicia un recurso de casación civil limitado al examen de los errores *in procedendo*, no *in iudicando*) y después de reiterar el derecho a someter a arbitraje cuestiones patrimoniales y los límites que impone la legislación, sienta que “la competencia para declarar la nulidad de un acto administrativo (a pesar del carácter patrimonial del asunto), mediante el cual el ente actor le canceló a la accionada los derechos laborales como consecuencia de la nota datada 23 de marzo de 1994, es una función pública que por tanto no puede ser delegada de arbitraje”.

La propia Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha tenido ocasión de corregir o matizar la regulación legal sobre el arbitraje. La sentencia de 9 de mayo de 1995 resolutoria de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado sienta que la legislación objeto de litigio es constitucional (Ley 5279 de 27 de julio de 1973 donde se disponía que toda cuestión relativa a contrato-póliza será resuelta por juicio arbitral excepto en lo que concierne a riesgos profesionales o actos administrativos sin vinculación con contratos de seguro o que no se refieran a cuestiones laborales...) siempre que se interprete en el sentido de que “las controversias entre el Instituto Nacional de Seguros y el Asegurado serán resueltas por juicio arbitral *cuando así lo elija el asegurado*”, dejando clara la autonomía de las partes en cuanto a la posibilidad de acogerse a laudo arbitral, ya que “no se podrá impedir a ninguna persona en virtud de esta disposición normativa -ni de cláusula contractual que la reitere- el acceso a los tribunales de justicia para obtener la tutela judicial efectiva”.

La misma Sala, en otro pronunciamiento éste de fecha 23 de agosto de 1992, estima una acción de inconstitucionalidad que afectó ciertos párrafos legales del Código de Trabajo en especial en tanto en cuanto este Código contemplaba la posibilidad de un *fallo en consciencia, no sujeto a las leyes, reglamentos y directrices gubernamentales*.

Otro testimonio importante es el Dictamen de la Procuraduría General de la República de 10 de mayo de 1999 (C-089-99) en el que se responde a la consulta sobre las posibilidades de una entidad de someter a arbitraje las controversias surgidas con los usuarios, por concepto de los servicios que se prestan en el muelle.

El dictamen se basa primeramente en la doctrina científica⁶⁴ para afirmar que, dentro de los servicios públicos, habrá que distinguir entre materias susceptibles y otras insusceptibles de arbitraje (entre las primeras, cuestiones de organización del servicio, de policía, de tarifas, tasas o contribuciones, de control administrativo sobre el concesionario o contratista) enlazando esta doctrina con el art. 66 de la Ley General de la AP que, como ya nos consta, considera las potestades de imperio y su ejercicio y los deberes públicos, irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles.

A efectos de precisar las materias de índole patrimonial, en torno a las cuales procede el arbitraje según el Derecho costarricense, el dictamen se basa en la doctrina⁶⁵ que defiende que una cuestión patrimonial puede someterse a arbitraje cuando “simultáneamente es de índole patrimonial y objeto de regulación por el Derecho civil, mercantil o laboral”⁶⁶.

El dictamen se detiene igualmente en los límites del arbitraje (principio de legalidad positiva respecto del arbitraje, inexistencia de apariencia de buen derecho del particular, materias excluidas de imperio, motivación).

De esta forma, el dictamen está en condiciones de concluir que la sujeción a arbitraje dependerá (siguiendo los criterios apuntados) de la materia litigiosa que se origine en las relaciones jurídicas entre la empresa gestora y los usuarios⁶⁷.

64. Concretamente en el ilustre argentino BIELSA, R., *Derecho administrativo*, t V, Buenos Aires 1957, pp.538 y 539.

65. ORTIZ ORTIZ, E., “Aspectos legales de Concesiones ferrocarrileras”, *Revista de Ciencias Jurídicas* n° 27, 1966, pp.221 y ss.

66. Una relación detallada y precisa, diferenciando entre distintos casos en que es posible y no es posible el arbitraje administrativo, puede encontrarse en ARTAVIA BARRANTES, S., *El arbitraje en el Derecho Costarricense*, sin fecha, p. 107; V., también del mismo autor *El Proceso Arbitral en Costa Rica*, t I, 1996, p.45.

Ha llegado a proponerse, después de conocerse el sistema norteamericano y el histórico español de la Constitución de Cadiz, la posibilidad del arbitraje con independencia de la naturaleza pública o privada de la materia así como una regulación de los aspectos procedimentales del arbitraje en una línea siempre favorecedora a su aplicación (MILANO, A., *Borrador de propuesta de capítulo relativo al RAC en Derecho administrativo*, documento no publicado sin fecha, facilitado por cortesía del autor).

67. A mi juicio, es discutible el requisito según el cual la materia ha de tener naturaleza *jurídico-privada* para poder ser objeto de arbitraje. Incurre en contradicción en mi opinión esta afirmación común: por un lado, se pretende de esta forma excluir del Derecho administrativo el arbitraje, considerando éste posible sólo en torno a las cuestiones de Derecho civil; y por otro lado, las materias que quedan sujetas a arbitraje no terminan siendo sino *materias de Derecho administrativo*. Más bien, a mi juicio, los arbitrajes, al igual que ocurre en torno al fenómeno de privatización, podrían referirse a aquellos campos del Derecho que a pesar de poder estar regulados por el Derecho administrativo admiten, por su naturaleza, una configuración de Derecho privado. En otros términos, el arbitraje no podrá afectar al núcleo del Derecho administrativo.

3. El éxito del arbitraje administrativo en el ámbito del comercio internacional

El comercio internacional sufre una enorme expansión que repercute en favor de la aplicación de formas jurídicas de Derecho mercantil entre ellas el arbitraje⁶⁸.

Posibles postulados de Derecho público que no están en perfecta sintonía con el sometimiento del Estado a arbitrajes internacionales terminan cediendo en favor de la aplicación del arbitraje en estas relaciones jurídicas de este tipo comercial en que interviene la Administración, ante este empuje del mercado especialmente del mercado internacional⁶⁹.

En principio, el arraigo del arbitraje en el ámbito de los mercados internacionales se explica ante el hecho de que los grandes inversores están en condiciones de poder imponer a las Administraciones de otros Estados sus propios modos mercantiles y arbitrales de resolución de conflictos, eludiendo los mecanismos nacionales y jurisdiccionales de control que pueden no merecer a aquéllos la suficiente confianza como para someterse a los mismos. Las exigencias de mercado acaban entonces primando sobre los mecanismos del Derecho administrativo.

La inexistencia de una jurisdicción internacional donde dirimir los conflictos derivados del tráfico mercantil impulsaría asimismo el arbitraje internacional, a pesar de que ello no impide un interesante fenómeno de formación progresiva de un Derecho común en este ámbito del arbitraje internacional y del comercio internacional en general⁷⁰.

En esta esfera internacional del arbitraje las justificaciones o reticencias de tipo jurídico, frente al sometimiento de la Administración a arbitraje en el plano del Derecho interno (en esencia la incapacidad de las personas de Derecho público para someterse a arbitraje), han terminado por no convencer en un pujante tráfico mercantil internacional que parte de otro tipo de postulados, sin convencer asimismo otras posibles *justificaciones* de carácter propiamente internacional tales como la inmunidad de jurisdicción en el arbitraje internacional o la inmunidad de ejecución.

Ilustrativa de la evolución apuntada en favor de la superación de las reticencias frente al arbitraje internacional en el plano administrativo ha sido por ejemplo la evolución del Derecho francés en el que, pese a las limitaciones con las que se enfrenta en Francia el arbitraje administrativo⁷¹, llega a admitirse tanto jurisprudencial como doctrinalmente el arbitraje administrativo *internacional*⁷².

68. Me refiero a los arbitrajes mercantiles internacionales dejando al margen el supuesto, menos relevante, de los arbitrajes entre Estados, los cuales caen dentro del ámbito del Derecho internacional público y el sistema de resolución de controversias de la OMC (Organización Mundial de Comercio).

69. V., para una significación del auge del comercio internacional FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. -ed.-, *Derecho del comercio internacional*, Madrid 1996, p. 35. Puede también verse CHILLÓN MEDINA/MERINO MERCHÁN, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid 1991, p.386 para un estudio de las distintas manifestaciones de la expansión del arbitraje internacional, para las razones de la expansión y sobre el porvenir y tendencias del arbitraje internacional (pp.387 y ss.).

70. RIVERA, A., "El arbitraje al alcance de todos", documento sacado de www.inter-mediacion.com/papers/elarbitraje.htm.

71. En este sentido, art. 2060 del CC y antiguos arts.1004 y 83 del Código de Procedimiento Civil. No obstante, por Ley de 5 de julio de 1975 se consiguió admitir los arbitrajes respecto de determinadas categorías de establecimientos públicos de carácter industrial y comercial. A este supuesto habría que añadir la Ley de 19 de agosto de 1986, desplazando el CC y autorizando el arbitraje internacional de determinadas colectividades territoriales y establecimientos públicos, por un interés particular (Caso *Eurodis-neyland*). Además, el art.1473.3

En el caso de España aunque nadie parece poner en tela de juicio la validez del arbitraje internacional en el que pueda formar parte la Administración⁷³, no es en cambio pacífica la vigencia, en un plano de las exigencias procedimentales, del art. 39 LGP que ya conocemos⁷⁴. Una norma administrativa con referencia expresa a este tipo de arbitrajes es el art. 117.3.1 del RD-Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el TR de la LCAP a cuyo tenor “en los contratos con empresas extranjeras se procurará, cuando las circunstancias lo aconsejen, la incorporación de cláusulas tendentes a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas sencillas de arbitraje. En estos contratos se podrá transigir previa autorización del Consejo de Ministros”.

Al logro del arbitraje administrativo internacional contribuye la aplicación de las normas fundamentales en la materia que nos ocupa: principalmente, el Convenio de Nueva York de 1958 (sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras) en tanto en cuanto no prevé (y por tanto admite) la capacidad del Estado y de sus entidades para someterse a arbitraje internacional; la Convención de Ginebra de 1961 sobre arbitraje comercial internacional elaborado bajo los auspicios de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (en cuyo art. 2 reconoce explícitamente dicha capacidad); Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965 sobre arreglos de diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, donde se contiene una regulación de la elaboración de listas de conciliadores y árbitros y los respectivos procedimientos de conciliación y arbitraje a que pueden acudir las partes, quedando a libertad de los Estados firmantes tanto sujetarse al mecanismo arbitral como la posible previsión de una vía administrativa previa a dicho procedimiento (art. 26); Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral), aprobado por Resolución de la Asamblea de las Naciones Unidas 31/98, de 15 de diciembre de 1976⁷⁵.

del nuevo Código de procedimiento civil francés consagra la capacidad especial del Estado y de sus entidades en lo que concierne al arbitraje internacional.

72. Los hitos fundamentales en esta evolución han sido las conocidas y divulgadas sentencias de la Corte de Casación, sección civil 1ª de 2 de mayo de 1966, asunto *Trésor public c. Galakis* y la de 14 de abril de 1964, asunto *Onic c. Capitaine due San Carlo*, seguidas por la sentencia de la Cour d’appel de París de 13 de junio de 1996 (*société KFTCIC c. société Icori Estero et autre*), en todas ellas admitiendo dicho arbitraje internacional en que era parte el Estado francés.

73. Un ejemplo práctico puede ser el recogido en el RD 1525/1988, de 16 de diciembre.

74. ARTUCH IRIBERRI, E. en FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. -ed.-, *Derecho del comercio internacional*, Madrid 1996, p.477 en sentido negativo a su aplicación; CALVO CARAVACA/FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *El arbitraje comercial internacional*, Madrid 1989, pp.61 y ss. en sentido positivo; y CALVO CARAVACA/FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho mercantil internacional*, Madrid 1993, p.288.

75. En el art.36 del reglamento citado en último lugar se afirma: “si antes de que se dicte el laudo las partes convienen una transacción que resuelva el litigio...”. Interesante es, asimismo, el Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 29s período de sesiones (de 28 de mayo al 14 de junio de 1996). Puede obtenerse en www.uncitral.org/spanish/sessions/unc/unc-29, junto a la Ley modelo de la CNUDMI sobre el arbitraje comercial internacional.

Además deben considerarse distintos Convenios bilaterales ratificados por España que afectan al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales. Para un estudio de otras Convenciones de carácter multilateral, CHILLÓN MEDINA, J.M./MERINO MERCHÁN, J.F., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid 1991, pp.538 y ss.; para el ámbito estrictamente europeo, GÓMEZ JENE, M., *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, Madrid 2000. En el Mercosur, NOODT TAQUELA, M.B. *Arbitraje internacional en el mercosur*, Buenos Aires 1999, con cita de los Convenios aplicables a los Estados miembros en sus controversias con los ciudadanos de otros Estados.

En fin, la realidad mercantil ha superado estos posibles dogmas jurídico-públicos y, más bien, durante los últimos años se han concertado muy numerosos contratos en los cuales los Estados o sus entidades suscriben cláusulas por las que se comprometen a aceptar un arbitraje internacional, admitiendo los arbitrajes administrativos cuando dichos Estados intervienen en el tráfico económico realizando una actividad patrimonial o de gestión.

Por ejemplo⁷⁶, un interesante trabajo de A. Pérez Hualde⁷⁷ informa de cuatro arbitrajes internacionales recientes en los que ha participado la Administración Pública en Argentina como consecuencia de la cláusula compromisoria pactada en este sentido entre una empresa extranjera y el Estado de esta República, según la cual las controversias han de dirimirse en el “*Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones*” organismo que funciona en el ámbito del Banco Mundial⁷⁸. Los casos se refieren a empresas públicas gestoras de servicios públicos de ámbito local que contratan la realización de una determinada prestación en el marco de un servicio público de agua o electricidad con la Administración de este país⁷⁹.

Esta casuística lleva a decir que “el procedimiento que surge del Tratado afecta, sin lugar a dudas, el esquema de control judicial de nuestros contratos administrativos provinciales en tanto en cuanto los mismos ahora, cuando incluyen inversiones extranjeras, pueden ser revisados en una instancia que excede los límites nacionales”⁸⁰.

Por lo que se refiere a las instituciones arbitrales pueden distinguirse entre aquéllas de carácter nacional (American Arbitration Association, London Court of Arbitration, Cámara de Comercio de Zurich, Instituto Holandés de Arbitraje, etc.) y aquellas otras de carácter regional (Reglamento de la Comisión Económica para Europa de la Organización de las Naciones Unidas, Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, Comisión económica para Asia y Extremo Oriente), instituciones de carácter sectorial y corporativo, instituciones de carácter universal (Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional), junto a otras formas de arbitraje (arbitraje *ad hoc* y arbitraje semiorganizado).

76. Otro caso interesante puede ser (por afectar al contrato administrativo más oneroso de la historia de Costa Rica) el contrato para la gestión interesada de los servicios aeroportuarios prestados en el aeropuerto internacional Juan Santamaría.

Se ha dicho que “de un total de 300 procedimientos anuales en el marco de la Cámara de Comercio Internacional casi una tercera parte de ellos tiene lugar con una parte estatal o paraestatal” (CHILLÓN MEDINA, J.M./MERINO MERCHÁN, J.F., *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid 1991, p.635 nota a pie de página 30, y notas siguientes, con otras referencias sobre el particular).

77. “Las provincias, sus contratos públicos y los Tratados internacionales de protección recíproca de inversiones”, *La Ley*, Buenos Aires, 25 de junio de 2001, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho administrativo pp.1 y ss. V., también RODRÍGUEZ, S.L. “Hacia un régimen regulatorio en el nuevo milenio”, *JA* 6207, del 16 de agosto de 2000, p.13.

78. V., TAWIL, G.S., “Los Tratados de protección y promoción recíproca de inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional”, *La Ley*, 2000-D, 1106; también C.A. MANFRONI, *La Convención Americana contra la corrupción*, Buenos Aires 1997.

79. V., LECUONA, D., “Arbitraje internacional sobre la concesión del servicio de agua y cloacas de la Provincia de Tucumán. Estado de la cuestión a agosto de 1998”, *ED* 180-1213.

80. PÉREZ HUALDE, A., “Las provincias, sus contratos públicos y los Tratados internacionales de protección recíproca de inversiones”, *La Ley*, Buenos Aires, 25 de junio de 2001, *Suplemento de Jurisprudencia de Derecho administrativo*, p. 4.

En el caso que comenta este autor (D.C. 2000/11/21, Caso n° ARB/97/3, *Compañía de aguas del Aconquija S.A. y otra contra República Argentina*) cuyo laudo puede consultarse en *La Ley*, 2001-A,230 o en inglés en www.worldbank.org/icsid el Tribunal arbitral no entró en el fondo del asunto por entender que era necesario haber acudido con anterioridad a la jurisdicción nacional argentina por el hecho, sólo por este hecho, de haberse pactado así en el contrato administrativo objeto de litigio.

Así pues, tanto en España como en otros Estados próximos se discute especialmente sobre una figura, el arbitraje, cuyos límites no están aún definidos con claridad. He pretendido aportar algún rayo de luz sobre la materia, advirtiendo de su insatisfactoria regulación y de su posible evolución, y habrá que esperar para observar el desarrollo jurídico que aquéllos alcancen en la práctica administrativa. Aunque sólo sea por la posible necesidad de fijar límites jurídicos conviene, ante todo, desechar actitudes apriorísticas que quieran llevarnos a ignorar la aplicación que se esté haciendo de ciertas figuras dentro de parcelas de actuación que afecten a la Administración pública.

§ 81. SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE LA LICITACIÓN Y DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Juan Pablo Cajarville Peluffo
Profesor de la Universidad de la República del Uruguay

En el *Prefacio* de su obra *Contratos Administrativos*¹, el Prof. Brewer-Carías relata que su primer trabajo de investigación en el Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela, en 1960, y también el último 27 años después, versaron sobre el tema de los contratos administrativos. “La vida quiso, por tanto -dice el ilustre maestro-, que mi labor en el Instituto comenzara y terminara con el estudio de este tema tan importante para el derecho administrativo”.

No puede sino compartirse esa apreciación sobre la importancia de la contratación administrativa. Importancia a la vez práctica y teórica, porque la riquísima casuística que ofrece en la realidad debe resolverse por oferentes y contratantes, administradores y jueces sobre la base de escasas normas legales relativas sobre todo a cuestiones de procedimiento, y con necesaria y enriquecedora aplicación entonces de conceptos y principios de derecho *reglas de derecho* explícitamente integrantes de nuestro ordenamiento-, unos aplicables a toda actuación de la Administración y otros específicos de su contratación.

Por ambas razones, me ha parecido oportuno formular en homenaje a tan distinguido jurista latinoamericano, algunas reflexiones sobre temas concretos de la contratación de la Administración que no emanan de la fría reflexión del laboratorio, sino de la realidad. Las expondré haciendo referencia a las normas positivas uruguayas simplemente por ser el marco en el cual las cuestiones se plantearon, pero con la esperanza de que los conceptos y principios en que se basan sean útiles también en el ámbito de otros ordenamientos.

I. INTRODUCCIÓN

1. Los procedimientos de selección del contratista

La legislación uruguaya sobre contratación de la Administración regula sobre todo el procedimiento de selección del contratista; muy pocas de sus normas se refieren a cuestiones de fondo de la contratación².

1. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1997; el *Prefacio* está fechado en junio de 1992.

2. Las normas legales, contenidas formalmente en leyes diversas, han sido ordenadas por Decreto del Poder Ejecutivo n° 194/997 de 10 de junio de 1997, denominado “Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera” (en lo sucesivo: TOCAF). Aunque contenidas en un reglamento, sus disposiciones, que recogen a la letra las legales, tienen por ello valor y fuerza de ley formal.

La ley establece que “todo contrato se celebrará mediante el procedimiento de la licitación pública, cuando del mismo se deriven gastos de funcionamiento o de inversión o salidas para el Estado, y por remate o licitación pública cuando se deriven entradas o recursos”³. Pero a ese principio se establecen excepciones, unas en razón de montos de la contratación y otras específicas muy numerosas que responden a diversos criterios (calidad de los sujetos, de los objetos de los futuros contratos, urgencia, secreto, etc.), que permiten seleccionar al contratista mediante *licitación abreviada* -en todo similar a la *pública*, salvo en la abreviación de los plazos- o *directamente*, sin procedimiento competitivo previo.

2. Los “pliegos de bases y condiciones”

El procedimiento de selección del contratista y el propio contrato a que tiende se basan en *pliegos de condiciones* previamente elaborados por la Administración, unos generales para categorías de contratos⁴ y otros particulares para cada licitación⁵.

Los pliegos de bases y condiciones generales son por su naturaleza reglamentos, y están definidos como tales en la ley.

En cambio, es objeto de discusión la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones particulares.

3. TOCAF, art. 33.

4. TOCAF, art. 44: “El Poder Ejecutivo, con la conformidad del Tribunal de Cuentas, formulará reglamentos o pliegos únicos de bases y condiciones generales para los contratos de:

Suministros y servicios no personales.

Obras y trabajos públicos.

Servicios personales.

Dichos reglamentos o pliegos deberán contener como mínimo:

Las condiciones que se establecen en la presente ley, determinando con precisión los requisitos de admisibilidad de las propuestas, los efectos de la falta de cumplimiento del contrato y, en particular, las penalidades por mora, causales de rescisión y la acción a ejercer con respecto a las garantías, y los perjuicios del incumplimiento.

Las condiciones especiales y económico-administrativas del contrato y su ejecución.

Los derechos y garantías que asisten a los oferentes.

Toda otra condición o especificación que se estime necesaria o conveniente para asegurar en pie de igualdad a los oferentes y la mayor concurrencia de los mismos a las licitaciones.

Dichos reglamentos o pliegos serán de uso obligatorio para todos los organismos públicos en los casos de licitaciones públicas y abreviadas, que superen \$, salvo en lo que no fuere conciliable con sus fines específicos establecidos por la Constitución de la República o la ley”. (La cifra omitida se reajusta al inicio de cada cuatrimestre según índice de precios del consumo, TOCAF art. 135.)

5. TOCAF, art. 45: “El pliego de bases y condiciones generales será complementado con un pliego de bases y condiciones particulares para cada licitación, que será formulado por el organismo licitante y deberá contener: la descripción del objeto de la licitación, las condiciones especiales o técnicas, los principales factores que se tendrán en cuenta además del precio para evaluar las ofertas, el tipo de moneda en que deberá cotizarse, el procedimiento de conversión en una sola moneda para la comparación de las ofertas, el momento en que se efectuará la conversión, la clase y monto de la garantía de cumplimiento del contrato, el modo de la provisión, el lugar, día y hora para la presentación y apertura de ofertas y, en su caso, el plazo para expedirse y toda otra especificación que contribuya a asegurar la claridad necesaria para los posibles oferentes.

Cuando el pliego no determine precisamente la cantidad a comprar, los oferentes podrán proponer precios distintos por cantidades diferentes de unidades que se adjudiquen.

Lo establecido precedentemente es sin perjuicio de las disposiciones sobre contenido de los pliegos a que se refiere el art. 8° de la Ley n° 16.134 de 24 de setiembre de 1990 y a las disposiciones contractuales sobre comparación de ofertas en los préstamos de organismos internacionales de los que el país forma parte”. (La Ley n° 16.134 art. 8° contiene disposiciones sobre moneda en que se formularán las ofertas y cómputo en ellas de impuestos internos, con la finalidad de asegurar la igualdad de tratamiento de los oferentes nacionales y extranjeros.)

Abundante y valiosa doctrina considera que no son actos reglamentarios, sino actos administrativos particulares y concretos, cuya eficacia vinculante entre las partes resultará de su incorporación al contrato⁶. Es preferible la opinión que sostiene que se trata de verdaderos reglamentos, sin perjuicio de su integración al contrato una vez celebrado, porque esa naturaleza explica mejor la eficacia de los pliegos para terceros⁷; debiéndose precisar que en la categorización introducida reglamentariamente en nuestro derecho positivo, debe incluirse en el rubro *disposiciones generales*⁸.

En cualquier caso, ya se les considere como disposiciones generales o como cláusulas contractuales, los pliegos deben interpretarse atribuyéndoles el sentido que los haga conformes al ordenamiento jurídico, descartando toda interpretación que los ponga en conflicto con reglas de derecho de superior eficacia normativa⁹.

II. LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE LA LICITACIÓN

1. Objeto de la licitación y objeto del contrato; sus *variables*

El objeto de la licitación es en verdad el objeto del futuro contrato que celebrará con la Administración el oferente que resulte seleccionado en el procedimiento.

El objeto de un contrato se determina mediante pluralidad de características de los bienes o servicios que son objeto de las obligaciones asumidas por las partes, y del contenido de las propias obligaciones que las partes asumen; en lo que sigue, se denominarán *variables* a todas y cada una de esas características.

El número de variables aumenta con la complejidad de los bienes o servicios objeto del contrato. Cuando contrata la Administración y selecciona a su contratista mediante un procedimiento competitivo, los contenidos de esas variables pueden determinarse en diversos actos jurídicos: pueden estar determinados en los pliegos de condiciones, pueden determinarse en las ofertas de los concurrentes al procedimiento de selección y particularmente en aquélla aceptada, pueden determinarse posteriormente en el contrato cuando éste se distingue jurídicamente de la aceptación de una de las ofertas, e incluso pueden determinarse posteriormente por acuerdo de partes o por acto unilateral de la Administración.

Se analizan a continuación esas distintas posibilidades.

6. ABAD, Hernando, "Pliego de condiciones" en *Rev. Uruguaya de Estudios Administrativos* n° 2/978, Montevideo 1979, p. 15; CASSINELLI MUÑOZ, Horacio, *Derecho público*, Montevideo 1999, pp. 413/414; DELPIAZZO, Carlos E., *Contratación administrativa*, Montevideo 1999, p. 167.

7. BARRA, Rodolfo Carlos, *Contrato de obra pública*, t 2, Buenos Aires 1986, pp. 485-486.

8. El art. 120 del Decreto n° 500/991, de 27 de setiembre de 1991, dispone en lo pertinente:

"Llámase Reglamento, a las normas generales y abstractas creadas por acto administrativo".

"Llámase Disposición General, a las normas generales y concretas creadas por acto administrativo".

9. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, "Supremacía constitucional e interpretación" en *Revista de Derecho Público* n° 1, Montevideo 1992, pp. 51 y ss., en esp. p. 61.

2. Determinación del objeto en los pliegos de condiciones

La ley dispone que los “reglamentos o pliegos únicos de bases y condiciones generales para los contratos” de la Administración determinarán “con precisión los requisitos de admisibilidad de las propuestas” y “las condiciones especiales y económico-administrativas del contrato y su ejecución”; y prevé también que el pliego de bases y condiciones particulares de cada licitación “deberá contener: la descripción del objeto de la licitación, las condiciones especiales o técnicas, ...y toda otra especificación que contribuya a asegurar la claridad necesaria para los posibles oferentes”¹⁰.

El pliego de bases y condiciones particulares, que describe el “objeto de [cada] licitación, [y] las condiciones especiales o técnicas”, es “formulado por el organismo licitante”, y es el órgano de ese *organismo* competente para perfeccionar esa *disposición general* el que establecerá el conjunto de variables del objeto del futuro contrato que estarán predeterminadas desde el comienzo del procedimiento de selección. En principio, esa es una decisión discrecional del órgano competente. Quiere decir que ese órgano definirá las características del objeto que entienda requeridas para que ese bien o servicio de que se trate sea adecuado para satisfacer el interés público que persigue la Administración con el contrato en cuestión.

3. Límites de la determinación del objeto en el pliego de condiciones

La opción sobre el grado de determinación del objeto en el pliego de condiciones particulares tiene los límites de toda opción discrecional. Como mínimo, debe permitir individualizar el tipo de bien o servicio que se procura; en el otro extremo, el pliego de condiciones no puede ni debe determinar todas las variables que definen el objeto del bien o servicio licitado.

En un plano de abstracción teórica, la *imposibilidad* de que el pliego de condiciones determine en todas sus variables el objeto del futuro contrato deriva de la manera de ser de toda norma jurídica. Uno de los más ilustres juristas del siglo XX, si no el que más, ha enseñado:

La norma de rango superior no puede determinar en todos los sentidos el acto mediante el cual se la aplica. Siempre permanecerá un mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad, de suerte que la norma de grada superior tiene, con respecto del acto de su aplicación a través de la producción de normas o de ejecución, el carácter de un marco que debe llenarse mediante ese acto. Hasta la orden más minuciosa tiene que dejar al ejecutor una cantidad de determinaciones. ...En todos estos casos de indeterminación intencional o no de la grada normativa inferior, se ofrecen a la aplicación del derecho varias posibilidades. ...En todos estos casos el derecho por aplicar constituye sólo un marco dentro del cual están dadas varias posibilidades de aplicación, con lo cual todo acto es conforme a derecho si se mantiene dentro de ese marco, colmándolo en algún sentido posible¹¹.

Los pliegos ni siquiera *deben* llegar al máximo *posible* de determinación del objeto. La doctrina señala que el pliego de condiciones no puede incluir en la determinación del objeto de la licitación, características excesivas o irrelevantes para la adecuada satisfacción del interés público que se procura atender con el contrato, porque con ello se lesiona el *principio de igualdad* impidiéndose la concurrencia de eventuales

10. V., los arts. 44 y 45 del TOCAF, transcriptos en notas anteriores.

11. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, México 1979, pp. 350-351.

licitantes¹². “El pliego tampoco podrá contener especificaciones tan minuciosas que lleven a singularizar un objeto que no es singular”; “el llamado que circunscribe excesiva o innecesariamente al objeto, aleja de la licitación a quienes podrían concurrir a ella con propuestas susceptibles de satisfacer los intereses de la Administración. En este caso, tampoco sería respetado el *principio de igualdad*”¹³.

En todo caso, la medida legítima de la determinación del objeto se nivela con su aptitud para satisfacer el interés público de que se trate. Tanto es así, que la ley no excluye la determinación del objeto al punto de limitar el posible contratista a un único sujeto, siempre que el interés público únicamente pueda ser satisfecho con los bienes o servicios que solo él puede suministrar en exclusividad y que “no puedan ser sustituidos por elementos similares”, haciendo de esa hipótesis una de las que habilitan la contratación directa prescindiendo de la licitación¹⁴.

La legítima determinación del objeto en los pliegos de bases y condiciones sólo puede entonces contener aquellas características relevantes que aseguren su aptitud para satisfacer la necesidad pública en juego. La ley considera que “las condiciones técnicas establecidas en los pliegos tienen un carácter esencialmente indicativo para la consecución del objeto del llamado”¹⁵; esta disposición subraya la necesaria vinculación entre la predeterminación de variables del objeto del contrato por los pliegos y su razonable aptitud “para la consecución del objeto del llamado”; la Administración debe limitarse a predeterminar en los pliegos aquellas variables en la medida necesaria para que el objeto sea apto para satisfacer la necesidad pública que motiva la celebración del contrato.

La legislación uruguaya sanciona con extremo rigor la violación de este principio: impone la anulación inmediata de aquel llamado en que “se hubieren formulado especificaciones o incluido cláusulas cuyo cumplimiento sólo sea factible para determinada persona o entidad, de manera que el llamado esté dirigido a favorecer situaciones particulares”¹⁶. No se trata sino del caso extremo de sobredeterminación del objeto sin que lo requiera el interés público a satisfacer.

Fuera de ese extremo, la sobredeterminación del objeto constituirá, según el caso, *desviación, abuso o exceso de poder* que viciará la actuación de la Administración¹⁷. Es importante señalar además, la vinculación que la doctrina establece entre la medida de la determinación del objeto y el *principio de igualdad*, porque este principio es la columna vertebral de todo el régimen de la licitación pública¹⁸, y con ese carácter lo recoge expresamente la legislación vigente¹⁹.

12. SUNDFELD, Carlos Ari, *Licitacao e contrato administrativo*, San Pablo 1994, p. 102; BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio, *Curso de Direito Administrativo*, 14ª ed., San Pablo 2002, p. 522.

13. DROMI, Roberto, *Licitación pública*, Buenos Aires 1995, p. 249.

14. TOCAF, art. 33, inc. 2º, nº 3 (letra C).

15. TOCAF, art. 54 inc. 4º.

16. TOCAF, art. 46.

17. Decreto-ley nº 15.524, “Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo”, art. 23: son objeto de la acción de nulidad “los actos administrativos unilaterales, convencionales o de toda otra naturaleza dictados con desviación, abuso o exceso de poder, o con violación de una regla de derecho, considerándose tal, todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual”. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, “Invalidez de los actos administrativos” en *Dos estudios de Derecho Administrativo*, 2a. ed., Montevideo 1995, pp. 71 y ss.

18. BREWER-CARÍAS, Allan. R., *Contratos administrativos*, cit., p. 120; BERCAITZ, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, 2a. ed., Buenos Aires 1980, pp. 323; CASSAGNE, Juan Carlos, *La igualdad en la contratación administrativa en Cuestiones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires 1987, pp. 93 y ss.; DROMI, R., *Licitación pública*, cit., p. 83; ESCOLA, Héctor J., *Tratado integral de los contratos administra-*

En conclusión, la determinación del objeto de la licitación en los pliegos de condiciones particulares no puede incluir características irrelevantes para la adecuada satisfacción del interés público que se procura atender con el contrato; sólo pueden incluirse, so pena de ilegitimidad por violación del principio de igualdad y, según el caso, desviación, abuso o exceso de poder, aquellas características necesarias para que el objeto sea apto para satisfacer la necesidad pública que motiva la celebración del contrato.

Es obvio entonces, por muchas razones, algunas inherentes a la propia índole de las normas jurídicas, otras derivadas de los principios generales y de soluciones positivas de nuestro derecho, que el objeto del futuro contrato de la Administración dista mucho de quedar determinado en los pliegos, y *necesariamente ha de ser objeto de futuras concreciones*.

4. Determinación del objeto en las ofertas

Las variables del objeto del contrato no determinadas en el pliego de condiciones podrán serlo en las ofertas. En principio, las desigualdades entre las ofertas que permitirán elegir a una u otra se referirán precisamente a estas variables no predeterminadas.

La distinción entre variables predeterminadas en los pliegos y variables no determinadas en los pliegos podrán serlo en las ofertas, es la que a su vez permite distinguir dos actos del procedimiento de selección del contratista que aunque formalmente puedan llegar a confundirse, son conceptualmente diferentes: la *admisión* de las ofertas, y la *selección* del adjudicatario²⁰.

La *admisión* de una oferta en el procedimiento de selección del contratista depende de su adecuación -que la ley denomina *ajuste* y barra *correspondencia*- a “las condiciones y forma que se establezca en los pliegos respectivos”. La adecuación a algunas de esas exigencias podrá comprobarse en el propio acto de recepción de las ofertas y otras requerirán la apertura de las propuestas, pero en todo caso la adecuación o inadecuación de una oferta a los requisitos del pliego resultará de la mera comparación de ambos -oferta y pliego- sin que intervenga en ello ninguna comparación con otras ofertas. La falta de adecuación -relevante, según luego se explicará- a las exigencias del pliego determina la no admisión de la oferta, que ocurrirá en el acto de recepción o en cualquier momento posterior del procedimiento²¹, incluso al procederse a la adjudicación a otro oferente. La *selección* de una oferta y la consiguiente atribución de la calidad de *adjudicatario* al respectivo proponente resultará en cambio de una comparación entre las ofertas admitidas, lo que supone que han sido todas ellas adecuadas a las variables del objeto predeterminadas en el pliego, y la comparación para elegir la más conveniente recaerá en variables no predeterminadas en su contenido por los pliegos, pero sí definidas por éstos como factores relevantes para la selección.

tivos, vol. I, Buenos Aires 1977, p. 336; JEZÉ, Gastón, *Principios generales del Derecho Administrativo*, t IV, Buenos Aires 1950, pp. 99 y ss.; SAYAGUÉS LASO, Enrique, *La licitación pública*, Montevideo 1978, pp. 41 y 75.

19. TOCAF, arts. 34; 44 inc. 2º nº 4; (46; 56 inc. 5º y 131 ap. f).

20. BARRA, Rodolfo Carlos, *Contrato de obra pública*, t 2, Buenos Aires 1986, pp. 612/613 y pp. 616-617. Conf. BANDEIRA DE MELLO, C. A., *Curso de Direito Administrativo*, cit., pp. 514, 534-536.

21. TOCAF, art. 54 inc. 2º, nota infra.

5. Adecuación de las ofertas al pliego de condiciones

Los oferentes deben ofrecer bienes o servicios adecuados a las variables predeterminadas en el pliego de bases y condiciones.

La adecuación de las ofertas a los requerimientos del pliego se impone por el *principio de respeto a los pliegos de condiciones*, uno de los principios esenciales -calificado así en el sentido más estricto, porque atañe a su esencia- de los procedimientos competitivos de selección de contratistas²².

Es notable la reiteración con que Sayagues Laso, acompañado por la mejor doctrina²³, destaca el carácter fundamental de este principio de cumplimiento -que califica como *estricto*- del pliego de condiciones. El ilustre maestro afirma en su obra clásica sobre la licitación pública, al enunciar los “principios fundamentales de la licitación”, que las normas del pliego son de interés general, y que su cumplimiento interesa tanto al orden público como a los licitantes²⁴. En sentido coincidente, Carlos Ari Sundfeld señala el triple objetivo que cumple la necesaria adecuación al pliego de condiciones: por un lado, vincula a la Administración al Derecho, en la medida en que la sujeta al respeto de sus propios actos; por otro, impide la elección, después de iniciado el procedimiento, de criterios de habilitación o juzgamiento destinados a privilegiar a determinados licitantes; y finalmente, evita sorpresas a los proponentes, que pueden así formular sus propuestas con entero conocimiento de lo que de ellos pretende el licitador²⁵.

Lo expuesto muestra que el *principio de cumplimiento del pliego de condiciones* en verdad encuentra su fundamento en otros dos que son la médula, no ya solamente de los procedimientos de selección del contratista, sino del régimen administrativo todo: el *principio de legalidad*, que impone a la Administración el respeto de todas las normas que rigen su organización y actividad, incluso las que ella misma haya dictado; y el *principio de igualdad*, en el tema igualdad de todos los oferentes, verdadera columna vertebral de la licitación pública y de los demás procedimientos de selección (supra, par. 5 nota 18).

El *principio de cumplimiento del pliego de condiciones* no figura en la enumeración expresa de principios generales en materia de contrataciones que formula la ley uruguayana²⁶; a pesar de esa omisión, sin duda es uno de los principios que rigen los procedimientos de selección del contratista, porque los *principios de legalidad y de igualdad*, de los cuales aquél deriva necesariamente, tienen ostensible raigambre constitucional y están por ende más allá de las potestades del legislador ordinario.

22. SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, t I, 7ª ed. puesta al día a 1998 por H. MARTINS, Daniel, Montevideo 1998, pp. 459-460.

23. JEZÉ, G., *Principios generales del Derecho Administrativo*, t IV, cit., pp. 172-173; BANDEIRA DE MELO, C. A., *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 476; DROMI, R., *Licitación pública*, cit., pp. 262-263; SUNDFELD, C. A., *Licitacao e contrato administrativo*, cit., p. 21.

24. SAYAGUÉS LASO, Enrique, *La licitación pública*, Montevideo 1978, pp. 41-42, 74 y 94.

25. *Licitacao e contrato administrativo*, cit., p. 21.

26. TOCAF, art. 131: “Los principios generales de actuación y contralor de los organismos estatales en materia de contrataciones serán: a) flexibilidad; b) delegación; c) ausencia de ritualismo; d) principio de la materialidad frente al formalismo; e) principio de la veracidad salvo prueba en contrario; f) publicidad, igualdad de los oferentes y la concurrencia en los procedimientos competitivos para el llamado y la selección de las ofertas.

“Los principios antes mencionados servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las disposiciones pertinentes”.

En este principio descansa la disposición legal uruguaya que impone a los oferentes presentar sus ofertas en las condiciones y forma que se establezca en los pliegos respectivos, e impone el rechazo e impide la consideración de las que se aparten de sus exigencias²⁷. La ley dispone que las ofertas deberán adecuarse a “las exigencias *esenciales* requeridas”, que se rechazarán las que violen “requisitos *sustanciales*”, y que no serán consideradas las que contengan “apartamientos *sustanciales* a dichas exigencias”; que “las ofertas deberán ajustarse *razonablemente* a la descripción del objeto requerido”; y finalmente que “se considerará que las condiciones técnicas establecidas en los pliegos tienen un *carácter esencialmente indicativo para la consecución del objeto del llamado*”²⁸.

La referencia de la norma a *la consecución del objeto del llamado* proporciona el criterio para valorar la *esencialidad* o *sustancialidad* de los requisitos o exigencias del pliego y de los apartamientos del mismo, así como la *razonabilidad* del ajuste de las ofertas a la descripción del objeto por el pliego. Se trata de la consagración en la ley del criterio que ya sostenía la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo con anterioridad, admitiendo “apartamientos que no son *sustanciales* o *esenciales* respecto a las especificaciones de los pliegos de condiciones”, en cuanto la solución propuesta, “desde el punto de vista técnico, se adecua estrictamente a los *requerimientos de la función a cumplir* por ese suministro”²⁹.

La calificación como *esenciales* de las exigencias contenidas en los pliegos que no se pueden omitir en las ofertas, así como el calificativo de *sustanciales* aplicado a los requisitos contenidos en el pliego cuyo defecto dará lugar al rechazo de una propuesta y a los apartamientos de dichas exigencias que determinarán que una oferta no pueda ser considerada, ciertamente no descartan el *principio de cumplimiento del pliego*, sino que *delimitan su alcance*, que hoy debe calificarse como *sustancial*.

De esa disposición resulta una clasificación de los requisitos o exigencias contenidos en los pliegos, así como de los apartamientos de ellos en las ofertas, en dos categorías: *esenciales o sustanciales*, y *no esenciales o no sustanciales*.

Si se tratare de *exigencias o requisitos esenciales o sustanciales* deberán ser cumplidos, porque así lo imponen los principios de legalidad y de igualdad. El *principio de cumplimiento sustancial del pliego de condiciones*, delimitado en su alcance por la legislación vigente, se aplica con todo rigor respecto a esas “exigencias *esenciales*” y “requisitos *sustanciales*” contenidos en el pliego, y las ofertas que contengan “apartamientos *sustanciales*” de dichas exigencias y requisitos serán rechazadas y “*no podrán ser consideradas*”³⁰.

27. TOCAF, art. 54, incs. 1º, 2º y 3º: “Los oferentes deberán presentar sus ofertas en las condiciones y forma que se establezca en los pliegos respectivos pudiendo agregar cualquier otra información complementaria pero sin omitir ninguna de las exigencias esenciales requeridas.

“La admisión inicial de una propuesta no será obstáculo a su rechazo si se constataren luego defectos que violen los requisitos legales o aquellos sustanciales contenidos en el respectivo pliego.

“Las ofertas que contengan apartamientos sustanciales a dichas exigencias no podrán ser consideradas”.

28. TOCAF, art. 54, inc. 4º: “Las ofertas deberán ajustarse razonablemente a la descripción del objeto requerido, teniendo en cuenta la complejidad técnica del mismo. Se considerará que las condiciones técnicas establecidas en los pliegos tienen un carácter esencialmente indicativo para la consecución del objeto del llamado”.

29. Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sent. nº 13, de 13 de febrero de 1989, en *Anuario de Derecho Administrativo*, t. IV, nº 509. Montevideo 1994, p. 157.

30. TOCAF, art. 54. Cf., SAYAGUÉS LASO, E., *La licitación pública*, cit., p. 42; DROMI, R., *Licitación pública*, cit., pp. 247 y 263. El Pliego Único de Bases y Condiciones Generales para los Contratos de Suministros y Servicios No Personales, aprobado por Decreto nº 53/993, aplicable por todos los organismos públicos (TOCAF,

En cambio, cuando se trate de *exigencias o requisitos no esenciales o no sustanciales* del pliego que la oferta ha omitido o de las que se ha apartado, esta circunstancia no dará lugar al rechazo de la oferta ni a que no sea considerada.

Las mentadas disposiciones son coherentes con el *principio general de materialidad*, que servirá “de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las disposiciones pertinentes”. El *principio de materialidad*, “que con una terminología jurídica más usual podría tal vez explicarse como relevancia o trascendencia”³¹, conduce inequívocamente a requerir el cumplimiento estricto de los requisitos esenciales o sustanciales, por ello *materiales*, de la licitación.

En cuanto ahora interesa especialmente, la propia ley califica como de *carácter esencialmente indicativo*, por ende *no sustanciales*, las “condiciones técnicas establecidas en el pliego”; el ajuste de las ofertas “a la descripción del objeto requerido” debe ser *razonable*, “teniendo en cuenta la complejidad técnica del mismo”, y la razonabilidad existirá siempre que el apartamiento no impida “la consecución del objeto del llamado”. Por lo tanto, una oferta no será admitida por inadecuación al objeto de la licitación y del futuro contrato, únicamente cuando al respecto omita *exigencias esenciales o requisitos sustanciales*, o contenga *apartamientos sustanciales* a las exigencias del pliego, o no se ajuste “razonablemente a la descripción del objeto, teniendo en cuenta la complejidad técnica” y teniendo presente que “las condiciones técnicas establecidas en el pliego tienen un carácter esencialmente indicativo para la consecución del objeto del llamado”.

6. Determinación del objeto del contrato en el acto de adjudicación

El acto administrativo de adjudicación, por el cual se selecciona la oferta más conveniente y a su proponente como el futuro contratante con la Administración, determina el objeto del contrato con el contenido de esa oferta seleccionada. Conforme a lo expuesto, el objeto será así adecuado a los pliegos de condiciones en cuanto a los requisitos sustanciales allí predeterminados, porque de lo contrario la oferta no debió ser admitida, y sus demás variables resultarán de la propia oferta seleccionada.

La ley contiene normas referentes a las variables que se tendrán en cuenta al proceder a la selección de una oferta entre todas las admitidas. Prevé que el pliego de bases y condiciones particulares *deberá contener* la enunciación de “los principales factores que se tendrán en cuenta además del precio para evaluar las ofertas”³²; atribuye a las Comisiones Asesoras de Adjudicaciones “el cometido de dictaminar o informar sobre la oferta más conveniente a los intereses del Estado y las necesidades del servicio”³³; finalmente, dispone que “la adjudicación se hará a la oferta que se considere más conveniente, ...sin que sea preciso hacer la adjudicación a favor de la de menor precio, salvo en identidad de circunstancias y calidad”³⁴.

art. 44) dispone en su cláusula 9.1 inc. 2º: “A estos efectos se consideran esenciales sólo aquellos aspectos cuya omisión pueda alterar o impedir la debida igualdad de los oferentes o la consideración de las propuestas y su adjudicación, de acuerdo con los principios establecidos en el art. 131 del TOCAF”. Esta disposición ratifica la vinculación ya señalada entre el principio de igualdad y el de respeto al pliego de condiciones.

31. CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., *Procedimiento administrativo*, Montevideo 1992, p. 26.

32. TOCAF, art. 45.

33. TOCAF, art. 57.

34. TOCAF, art. 59.

En principio, la definición de “los principales factores que se tendrán en cuenta además del precio para evaluar las ofertas” ingresa en el ámbito de la discrecionalidad del órgano competente para perfeccionar el pliego de condiciones. Rigen también aquí todos los límites de principio a la discrecionalidad; como en el caso de las variables del objeto del contrato que se predeterminan en el pliego, estas otras variables que se definan como “principales factores que se tendrán en cuenta para evaluar las ofertas” no pueden incluir características irrelevantes para la adecuada satisfacción del interés público que se procura atender con el contrato; sólo pueden incluirse, so pena de ilegitimidad por violación del principio de igualdad y, según el caso, desviación, abuso o exceso de poder, características relevantes para que el objeto sea apto para satisfacer la necesidad pública que motiva la celebración del contrato y que en cuanto tales puedan incidir en la mayor o menor aptitud para tal fin.

Como principio, los pliegos de condiciones deben incluir en la definición del objeto todas aquellas variables -y sólo ellas- que son imprescindibles para que ese objeto sea idóneo para lograr el fin debido perseguido con la celebración del contrato, de tal manera que las ofertas que no cumplan con esas características deberán descartarse por imposibilidad de lograr aquel fin. Los factores de evaluación de las ofertas, en cambio, se referirán a características que harán que ciertos bienes o servicios sean más o menos idóneos para lograr aquel fin; se tratará de diferencias de grado, que permitirán optar entre varios bienes o servicios ofertados, todos idóneos para lograr el fin perseguido, por aquél que lo sea en mayor grado.

La inclusión de una variable en una u otra categoría, pudiendo estar en algún caso determinada por una regla de derecho, es en principio cuestión de mérito, sometida a la discrecionalidad del órgano competente para dictar el pliego; pero el respeto a los límites externos y elásticos de esa discrecionalidad -principios de derecho, razonabilidad, desviación, abuso o exceso de poder- es siempre cuestión de legitimidad³⁵; de manera que la inclusión o exclusión no razonables de alguna variable en la categoría que corresponda determinará ilegitimidad del pliego.

El precio -que ontológicamente, por sí mismo, puede no incidir en la aptitud del objeto para el fin- necesariamente es una de esas variables a considerar al resolver sobre la adjudicación, naturalmente cuando existen diferencias de precio entre las ofertas; la ley dispone que el pliego de condiciones debe contener los factores que se tendrán en cuenta para evaluar las ofertas *además del precio*. Es así porque aunque el precio por sí no aumente ni disminuya la idoneidad del objeto para el fin, en todo caso el gasto que deba realizar la Administración como contrapartida afecta necesariamente el interés público.

La consideración del precio y de las demás variables definidas en el pliego como principales factores de evaluación de las ofertas, debe conducir a determinar “la oferta que se considere más conveniente”, y a quien la formuló se adjudicará la celebración del contrato. El menor precio no es necesariamente el factor decisivo (“*sin que sea preciso* hacer la adjudicación a favor de la de menor precio”, dice la ley); pero puede serlo cuando la evaluación de los otros factores no llegue a compensar el mayor precio de una oferta, y *debe serlo* cuando los otros factores de evaluación no permitan establecer diferencias entre las ofertas que sean relevantes en cuanto a la aptitud de los bienes y servicios ofrecidos para satisfacer la necesidad pública que motiva el contrato (“salvo en identidad de circunstancias y calidad”, dice la ley).

35. CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Invalidez de los actos administrativos*, cit., pp. 99 a 115.

7. Determinación del objeto del contrato con posterioridad al acto de adjudicación

Por las mismas razones expuestas (supra, Nos. 5, 7 y 8), la previsión de las variables incluidas por el pliego de condiciones en la definición del objeto del contrato más las consideradas asimismo en el pliego como factores de evaluación de las ofertas, no necesariamente agotarán acabadamente todas las características de los bienes o servicios que serán objeto de las obligaciones asumidas por las partes. Puede por excepción agotarlas cuando se trate de bienes o servicios muy sencillos, pero seguramente no lo harán tratándose de contratos que refieran a la realización de obras o prestación de servicios a la propia Administración o a terceros, de cierta complejidad y a cumplirse durante un lapso prolongado.

En principio, las variables no incluidas en el pliego, ni en la definición del objeto de la licitación ni como factores de evaluación de las ofertas, deberán considerarse indiferentes para el fin público perseguido con el contrato, por no ser imprescindibles para la idoneidad del objeto para el fin ni determinantes del mayor o menor grado de esa idoneidad.

Esas variables podrán definirse en varios actos jurídicos futuros. Podrán algunas acordarse en el contrato, cuando constituya un acto jurídico formalmente separable de la adjudicación y su notificación; este contrato no puede apartarse de lo establecido en el pliego de condiciones ni del contenido de la oferta aceptada, pero todas las otras variables no definidas e indiferentes para el fin perseguido, que se resuelvan sin lesionar la igualdad de los oferentes, podrán acordarse en el contrato o incluso en acuerdos posteriores durante la ejecución del contrato.

Cabe también la posibilidad de que algunas variables se decidan posteriormente de manera unilateral por la Administración, en ejercicio de sus potestades de dirección de las obras o de los servicios de que se trate e incluso de modificación unilateral del contrato³⁶. Pero el ejercicio de esas potestades deberá cumplir con todos los requisitos de legitimidad de la actividad administrativa que son de principio: deberán haber ocurrido circunstancias de hecho o de derecho que hagan que aquella variable, indiferente para el fin perseguido en el momento de la adjudicación, haya ahora devenido relevante para el logro de ese fin, y la decisión que la Administración adopte en virtud de ese cambio de circunstancias deberá perseguir subjetivamente el fin debido del servicio y deberá ser objetivamente idónea para lograrlo.

Fuera de las circunstancias enunciadas, la Administración no podrá imponer al contratista soluciones sobre todas aquellas variables que, no incluidas por el pliego de condiciones en la definición del objeto de la licitación ni como factores de evaluación de las ofertas, deben considerarse indiferentes para el fin público perseguido con el contrato. El contratista cumplirá el contrato ejerciendo la libertad de trabajo, industria y comercio que la Constitución reconoce, y esa libertad no puede ser limitada unilateralmente por la Administración si no existen razones de interés público que justifiquen el ejercicio de las potestades expresas o implícitas de que sea titular³⁷.

36. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Contratos administrativos*, cit., pp. 164-165, 160 y 169 a 182; BANDEIRA DE MELLO, C.A., *Curso de Direito Administrativo*, cit., pp. 563-564; DROMI, R., *Licitación pública*, cit., pp. 508/509, 505/506 y 519; JEZÉ, G., *Principios generales del Derecho Administrativo*, t IV, cit., pp. 230 a 275; y SAYAGUÉS LASO, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, t I, cit., pp. 473-474.

37. V., lo que expone BARRA con referencia al contrato de obra pública, aplicable en sus principios a todo contrato que implique la prestación de actividad del contratista dilatada en el tiempo: *Contrato de obra pública*, t. 2, cit., p. 705.

III. UN CASO PARTICULAR DE DETERMINACIÓN DEL OBJETO: LA CONTRATACIÓN *SOBRE MUESTRA*

1. Planteamiento preliminar

Es relativamente frecuente que cuando la Administración se dispone a contratar un suministro o la realización de una obra, incluya en el pliego de condiciones la especificación de que los bienes a suministrar o alguno de los materiales a utilizar en la obra, serán *iguales* o incluso *idénticos* a una muestra que se proporciona.

Frente a una especificación de tal tenor, es necesario comenzar por deslindar dos momentos conceptualmente separables, aunque en la práctica se superpongan y por ello parezcan confundirse.

El primero consiste en determinar cuál es el sentido de la cláusula del pliego cuando establece que el bien o material *será igual o idéntico* a la muestra. Es esta una cuestión de interpretación de un acto jurídico, que conduce a establecer, en el caso, un *modelo ideal* del bien o material, con el cual deberá luego compararse el que efectivamente se suministre o utilice en la obra.

El segundo momento es el de la efectiva comparación del bien o material a suministrar o utilizar en la obra, o en su caso del ya suministrado o utilizado, con aquel *modelo ideal* resultante de la operación anterior. Esta cuestión, que aquí se designará como de *aplicación* del pliego, según el momento en que se plantee puede conducir a admitir o rechazar una oferta, aceptar o no la entrega del bien o la utilización del material mientras la obra se ejecuta, o dar o no por bien cumplido el contrato después que el suministro se cumplió o la obra culminó.

Como se señaló, en la práctica ambos momentos se superponen, aunque conceptualmente puedan separarse. Pueden separarse incluso prácticamente; así ocurrirá, por ejemplo, cuando se formule oportunamente una aclaración sobre el sentido de esa locución; pero entonces se habrán de superponer prácticamente la interpretación y aplicación de esa aclaración. Es así porque necesariamente todo momento de aplicación de un acto jurídico requiere su interpretación, lo que no obsta al deslinde conceptual de ambas.

2. Interpretación del pliego

La interpretación de la cláusula del pliego de condiciones que determine el objeto de la licitación y del futuro contrato en cualquier sentido que requiera una igualdad o identidad con una muestra del bien a suministrar o del material a utilizar, que incluya en esa exigencia características irrelevantes para la adecuada satisfacción del interés público en juego, sería ilegítima por desviación, abuso o exceso de poder y violación del principio de igualdad (*supra*, par. 5). Por lo tanto, esa interpretación debe ser descartada (*supra*, par. 2).

Las características de la muestra que se tendrán en cuenta para configurar el *modelo ideal* con el cual deberá compararse el bien a suministrar o material a utilizar en la obra, sólo pueden ser aquellas necesarias para que uno u otro sean aptos para satisfacer la necesidad pública a que se destinan.

Esa es la interpretación de la cláusula del pliego que la hace adecuada a las reglas de derecho que rigen la licitación, y por ende es la que debe admitirse.

3. Aplicación del pliego

La aplicación del pliego, consistente en la comparación del bien o material con aquel *modelo ideal* resultante de la interpretación de la respectiva cláusula, ocurrirá durante el procedimiento de la licitación, al admitir o comparar ofertas; durante la ejecución del contrato por el adjudicatario, para aceptar o no la entrega del bien o la utilización del material; y luego de producida la entrega o finalizada la obra, para dar o no por bien cumplido el contrato.

Las normas aplicables a esa comparación son las que la ley consagra para regular la debida adecuación de las ofertas al pliego, porque es obvio que el criterio positivamente establecido a tal efecto debe ser el mismo que se aplique al valorar y comparar las ofertas, al exigir el cumplimiento por el adjudicatario de la oferta aceptada y al juzgar su cumplimiento del contrato.

Por lo tanto, aun cuando el *modelo ideal* resultante de la interpretación de las normas del pliego sobre el objeto licitado incluyera (ilegítimamente) características no esenciales o no sustanciales, de cualquier manera deberá ser admitida una oferta que se aparte de aquel *modelo ideal* en tales variables; también deberá admitirse la oferta que se aparte de exigencias esenciales o sustanciales legítimamente incluidas en el *modelo ideal*, siempre que tales apartamientos no sean sustanciales, vale decir, siempre que pese a tales apartamientos fuera apta para la “consecución del objeto del llamado”, por ser adecuada “a los requerimientos de la función a cumplir”.

4. Criterio de igualdad o identidad con la muestra

De lo expuesto resulta, tanto a través de las reglas de derecho aplicables a la interpretación del pliego de condiciones particulares como de las que rigen su aplicación, que la igualdad o identidad con la muestra del bien a suministrar o del material a utilizar en la obra, sólo puede referir a aquellas características *esenciales, sustanciales*, necesarias para que ese bien o material sea apto para el fin perseguido, de tal manera que ambos cumplan igualmente, en el mismo grado que la muestra, con la función a que se los destina.

IV. CONCLUSIÓN

1. Importancia del control jurisdiccional de la determinación del objeto

La determinación del objeto es uno de los puntos cruciales de la legitimidad de los procedimientos de selección del contratista y de la contratación de la Administración.

El acierto de su descripción condiciona la aptitud del objeto para satisfacer el interés público que persigue la contratación; pero al mismo tiempo, mediante su sobre-determinación en los pliegos, se puede llegar a predeterminar ilegítimamente el adjudicatario, dando lugar a favoritismos y abriendo camino a la posibilidad de corrupción.

Seleccionado el adjudicatario, la determinación del objeto en el propio contrato, y aun posteriormente mediante acuerdos o actos unilaterales de la Administración, puede perjudicar o favorecer ilegítimamente al contratista; y otra vez aparece la posibilidad de favoritismos y corrupción.

Sin embargo, la infinita variedad de los objetos sobre los cuales la Administración contrata impide que el tema sea objeto de reglas rígidas generales y abstractas. Necesariamente, por su propia índole, debe admitirse a la Administración en la materia un amplio margen de discrecionalidad; necesariamente también, otra vez por su propia índole, los límites de la discrecionalidad serán aquí los elásticos derivados de principios generales del derecho: igualdad, legalidad, fin debido, razonabilidad, respeto sustancial al pliego de condiciones.

La adecuación de la actuación de la Administración contratante a esos principios de derecho no es cuestión de mérito sino de legitimidad. Se abre así un amplio campo al control jurisdiccional de la determinación del objeto de la contratación.

En este momento, cuando el combate a la corrupción en la contratación del Estado aparece en primer plano de las preocupaciones a nivel nacional e internacional, recae sobre los jueces, también en esta materia, una enorme responsabilidad a la que no pueden renunciar.

VI. LOS SERVICIOS PÚBLICOS

§ 82. LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN ESPAÑA

José Ramón Parada
Catedrático Derecho Administrativo
Universidad Nacional a Distancia, España

I. LA ACTIVIDAD DE PRESTACIÓN O DE SERVICIO PÚBLICO

La actividad administrativa de prestación es aquella en que la Administración satisface directamente una necesidad pública mediante la prestación de un servicio a los administrados. Estos servicios pueden ser muy variados como la seguridad pública, el transporte, el abastecimiento, la enseñanza, la sanidad, etcétera.

La actividad de prestación se denomina también de servicio público. Un término polémico y polisémico al mismo tiempo. Polémico por la tensión político-ideológica que suscita entre quienes ven en los servicios públicos los males de la estatalización, la burocracia, el aumento del intervencionismo y del déficit público en contraste con la iniciativa y empresa privada, el no va más de la eficiencia económica y servicial; para otros, el servicio público es la técnica única de que se dispone para atender las necesidades vitales de los ciudadanos en régimen de igualdad y a cubierto de la explotación y el lucro que guía a la empresa privada.

Es también polisémico en cuanto por servicio público (como con el término intervencionismo) no se entiende exclusivamente una forma de la actividad administrativa, sino el conjunto de ella con independencia de que sea de prestación, de limitación o de fomento. En este sentido, la calificación que algunas leyes hacen de una actividad como de servicio público no habilita sólo para actividades de prestación, sino que constituye un título general de intervención que justifica la limitación de derechos, la sanción e, incluso, el fomento de la acción de los particulares. Así ocurre, en general, con los servicios públicos sociales (sanidad y enseñanza, fundamentalmente) en que los establecimientos públicos conviven con los privados, sujetos a una estrecha reglamentación y que además disfrutan del apoyo económico del Estado. Todas las técnicas de intervención se concitan en una materia desde su previa calificación como servicio público. El término servicio público sirve también para designar una administración, un órgano administrativo. La generalidad pues, a que se presta el término servicio público, justifica que se destaque aquí que nos referimos a la estricta actividad de prestación.

1. De la creación de los servicios públicos a su privatización

Sintetizando la evolución de los servicios públicos desde su nacimiento con la Monarquía absoluta hasta nuestros días, puede afirmarse que se está cerrando el ciclo vital de este poderoso instrumento de gobierno y administración. Construido en la Europa

continental en los últimos siglos sobre la ideas de gestión directa por funcionarios, monopolio y carácter nacional, están desapareciendo en nuestros días por las contrarias ideas de privatización, libre competencia y globalización económica que socaban los fundamentos del Estado de Bienestar. Una señal más de la crisis del Derecho Público y de la degeneración del estado nacional.

La Monarquía absoluta sentó las bases de los primeros servicios públicos, los más ligados al ejercicio de la soberanía: la defensa nacional, las relaciones exteriores, la justicia, la moneda, la hacienda, los caminos, el correo (en régimen de arriendo). Pero la acción de la Monarquía no llegó a la asistencia social o beneficencia ni a la educación, a cargo de la Iglesia.

En España el constitucionalismo supuso, a imagen y semejanza de Francia, la emergencia de una poderosa Administración, un *holding* de grandes servicios públicos gestionados de forma directa por eficientes cuerpos de funcionarios y que se harán cargo de los que antes asumió la Iglesia. Así desde el Estado se implantaron los servicios de justicia, carreteras y puertos, beneficencia, sanidad, correo y telégrafos, enseñanza, cultura (bibliotecas, museos y archivos), seguridad pública (Guardia Civil) y un Ejército y una Marina nacionales, etc. A destacar el carácter monopólico en la implantación de estos servicios y en la explotación de los bienes afectos a la riqueza nacional (aguas, minas), lo que obedeció sin duda a los intereses burocráticos de los funcionarios y al escaso vigor del capitalismo en la Europa continental; y frente a lo ocurrido en el mundo anglosajón, donde algunas de estas prestaciones eran satisfechas por la empresa privada en régimen de libre competencia, como después veremos.

La técnica de la concesión en monopolio sirvió para organizar al servicio de transporte ferroviario y para la explotación de los bienes de dominio público afectados al fomento de la riqueza nacional, aguas y minas,

En el siglo XX, la técnica del servicio público se extiende para satisfacer nuevas necesidades de interés general. El abastecimiento de agua, gas, energía eléctrica, teléfono, transporte marítimo y aéreo, suministro de carburantes, son declarados servicios públicos, aunque predomina el sistema de gestión indirecta, en todo caso monopólica, por concesionario interpuesto. A ello hay que sumar la actividad de refino y distribución de carburantes y comercialización del tabaco que constituyen, a la vez, monopolios fiscales y servicios públicos de abastecimientos de esos productos.

El crecimiento del sector público pasa incluso la barrera de las actividades de interés general, para invadir el campo de la actividad fabril, propia de los particulares, lo que Villar Palasí denominó la actividad industrial del Estado o de "*dación de bienes al mercado*" Convertido en productor de bienes (automóviles, entre otros productos, el caso de Renault en Francia y de la SEAT en España) la empresa pública se disfraza con la forma mercantil de la sociedad anónima, a cuyo efecto ésta fue rediseñada admitiéndose, *contra natura*, la sociedad de un solo socio, una Administración Pública. La generalización de la empresa pública sirvió para corregir las insuficiencias del mercado y asimismo para combatir situaciones de monopolio ante la falta de una legislación sobre defensa de la competencia, que se introduce en Europa, por contagio norteamericano, con el tratado de Roma en 1957 y en España con la Ley de 1963 de creación del Tribunal de defensa de la Competencia.

Posteriormente, el derrumbamiento del socialismo real en los países comunistas, el auge del neoliberalismo económico globalizado, la exacerbación del principio de libre competencia, provocan en nuestros días, a finales del siglo XX, junto con la crisis ideológica del estado de bienestar, el comienzo de un proceso de privatización formal y material de los servicios públicos.

Privatización formal, porque la gestión directa de los servicios se puede llevar a cabo, además de por organismos públicos y funcionarios sujetos al Derecho administrativo, por Entidades públicas empresariales o sociedades anónimas de capital público, donde ya no hay lugar a la aplicación de aquel derecho a su personal ni a sus actos salvo que ejerzan funciones públicas. Tal es el caso (con antecedentes en la legislación local) de Correos, que pasó de ser una Dirección General del Ministerio de Gobernación o Interior a organismo autónomo y de ahí a Sociedad Anónima (con la anomalía de que los empleados mantienen su condición de funcionarios).

Asimismo los servicios públicos monopólicos en régimen de concesión a empresas públicas o de economía mixta son objeto de una privatización material, total o parcial, (teléfonos, transporte aéreo y marítimo, refinado y distribución de carburantes, energía eléctrica, transporte ferroviario, correos). Su actividad se ha abierto a diversos operadores en régimen de libre competencia, creándose en ocasiones entes reguladores específicos. Ya no más servicios públicos sino actividades privadas reguladas, es la nueva consigna. No obstante, en esas reglamentaciones, ya de actividades privadas, permanecen rasgos inequívocos del régimen de servicio público como la obligación de prestar el servicio con carácter universal o la limitación del número de operadores (del monopolio al oligopolio).

Ni qué decir tiene que en aplicación del mismo dogma neoliberal de reducción máxima del sector público, que el Estado, y con mayor motivo que en la privatización de los servicios públicos, se ha desprendido de las empresas públicas simples productoras de bienes de que era titular mayoritario o minoritario. Por consiguiente, ni más servicios públicos, o, en cualquier caso sin monopolio, y ninguna actividad industrial del Estado. Ese es el nuevo paradigma, el paradigma norteamericano que se introdujo por la vía del derecho comunitario con la glorificación del principio de libre competencia, paradigma que es necesario explicar para entender la nueva situación.

El Real Decreto Ley 5/1995, de 16 de junio, de creación de determinadas entidades de Derecho Público, suprimió los dos grandes *holdings* en que estaba estructurado el sector público económico: el Instituto Nacional de Industria, INI y el Instituto Nacional de Hidrocarburos, cuyas empresas serían reasumidas, en función de criterios de eficacia y no de vocación sectorial, por la SEPI, Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, y la AIE, Agencia Industrial del Estado. La SEPI agrupaba las empresas públicas competitivas. El nuevo Gobierno que llegó al poder en 1996 aprobó, en 28 de junio de 1996, el Programa de Modernización del Sector Público Empresarial del Estado, con previsiones de venta por valor de tres billones, que serían holgadamente superados. El marco legislativo sería el mismo, con algunas modificaciones estructurales, como las llevadas a cabo con la aprobación del Decreto Ley 15/1997, que suprime la AIE, Agencia Industrial del Estado, y la integra en el SEPI. Se crea también, lo que induce a confusión y no sólo terminológica, la SEPPA, Sociedad Estatal de Participaciones Patrimoniales, que agrupa a empresas dependientes del Ministerio de Economía; se modifica la Ley del Patrimonio del Estado para facilitar las enajenaciones, apoderando al Consejo de Ministros para autorizar la pérdida de posiciones mayoritarias. Pieza clave en este proceso ha sido el Consejo Consultivo de Privatizaciones, integrado por un Presidente y ocho Consejeros, nombrados por acuerdo conjunto del Vicepresidente segundo del Gobierno y los Ministros de Economía e Industria. El objetivo principal del Consejo fue garantizar que las operaciones de privatización se realicen de acuerdo con los principios de publicidad, transparen-

cia y concurrencia. Las modalidades de transferencia han sido las siguientes: oferta pública de venta; concurso con convocatoria restringida y procedimiento negociado, seleccionando previamente los candidatos en función de sus peculiares características; Subasta Con carácter instrumental participación en los procesos asesores financieros, legales, publicitarios y sobre todo los coordinadores globales. Las empresas más rentables se vendieron bien ya que se trataba de empresas sólidas, prestigiosas y que nada tenían que envidiar a las mejores de sector privado como es el caso de Repsol, Gas Natural, Telefónica, Endesa, Argentaría o Aceralia, y finalmente Iberia.

2. El equivalente norteamericano del servicio público. El régimen de las *public utilities*

Si, como vimos, la Europa continental (Francia, España, Bélgica, Italia etc), el Estado resolvió la satisfacción de necesidades colectivas, anticipándose incluso a su demanda social, mediante poderosas organizaciones burocráticas y, como mal menor liberal, mediante gestión indirecta (concesiones monopólicas); en los Estados Unidos, carentes de una eficiente administración centralizada (en todo caso sin cuerpos de funcionarios especializados) pero con una sociedad enérgica y voluntariosa, la satisfacción de las necesidades de interés general fue abordada desde empresas privadas a las que se impusieron por ley obligaciones públicas (acceso al servicio a todos los usuarios, tarifas razonables) y un régimen riguroso en defensa de la libre competencia. Sirvió a este propósito la doctrina anglosajona del *common calling* y después del *common carrier* que se engloba ahora en el término más general de las *public utilities*.

En origen, el elemento definidor de las actividades de *common calling* no era el contenido mismo de la prestación sino la profesionalidad del prestador y su carácter lucrativo, que le obligaba a prestar el servicio de modo adecuado a todo aquél que lo requiriese bajo unas condiciones razonables. El fundamento de estas obligaciones especiales no estaba en la desconfianza hacia los profesionales sino en la utilidad pública de estas actividades. Esa doctrina se trasladó a los *common carrier* (transportistas comunes) y a los *common ing* (fondistas comunes) que según los tribunales habían hecho profesión de un comercio necesario para el bien común y por lo tanto ofrecido en su propio interés a todos los súbditos del Rey que lo empleen en el ejercicio de su comercio”.

En los Estados Unidos fue la doctrina del *common carrier* la que ofreció un título de intervención y un cuadro jurídico para la organización de los servicios de interés general que comenzaron a popularizarse en el Siglo XIX, justificándose en que el contenido material de la actividad, el transporte, caracterizaba a los suministros de agua, electricidad, gas, telegrafía o telefonía etc. Esa doctrina se extendió después a cualquier tipo de actividad que fuera considerada de interés general. En el caso *Mun v. Illinois* de 1870 la Corte Suprema declaró válida una ley del Estado que definía los almacenes de cereales como de interés general e imponía a los propietarios la obligación de fijar y publicar tarifas anuales con un límite máximo. La Corte sentenció: “*volviendo la vista al common law, de donde proviene el Derecho que la Constitución protege, encontramos que cuando la propiedad es afectada por un interés público cesa de ser sólo ius privati. Esto fue dicho por Lord Chief Justice Hale hace más de doscientos años...la propiedad se ve investida con un interés público cuando es usada de modo que tiene repercusiones públicas y afecta a la comunidad en general. Cuando, por tanto, una persona dedica su propiedad a un uso en que la comunidad tiene interés está garantizando al público su interés y debe aceptar ser controlado por el público por el bien común*”.

La Corte Suprema, aparte la concurrencia de un interés público en la prestación, exigió que en la actividad se diera una concentración en el sector que impidiese la libre fijación de los precios; un requisito del que la jurisprudencia posterior liberó a las posteriores leyes intervencionistas, pero que no ha dejado de estar presente para justificar la imposición a quien está en posición de monopolio de las mismas obligaciones de interés público.

Obviamente no bastaba con dictar leyes intervencionistas que impusieran a los operadores de las *common utilities* obligaciones de interés público, consistentes en prestar el servicio a todos los solicitantes, sin trato discriminatorio y mediante unas precios o tarifas razonables, sino que era preciso crear organizaciones públicas garantizadoras de su aplicación. Con esta finalidad se crearon comisiones reguladoras *ad hoc* para cada sector, las agencias independientes, investidas de poderes reglamentarios, sancionadores y arbitrales. A estas organizaciones nos referimos en el Capítulo, VIII del tomo II de esta obra.

3. Los servicios compartidos entre la gestión pública y la privada

Para completar el panorama de cómo se satisfacen fines públicos es necesario referirse a dos aspectos significativos: la convergencia de organizaciones públicas y empresas privadas en determinadas materias (sanidad, educación y seguridad) y el surgimiento de un tercer sector de organizaciones que pretende satisfacerlas desde la filantropía, es decir, sin ánimo de lucro.

Con anterioridad al Siglo XIX, la Iglesia Católica había asumido en solitario o juntamente con la Corona la satisfacción de necesidades sociales de interés general. Así ocurrió en materia de educación y beneficencia, sin perjuicio de otras funciones, hoy claramente públicas, como el registro del estado civil, antes registros parroquiales. A este efecto la Iglesia se descentralizó funcionalmente y sus órdenes religiosas actuaron durante siglos al modo de organismos autónomos especializados que gestionaban establecimientos asistenciales que, sin perjuicio de sus fines espirituales, cumplieron cabalmente misiones educativas y asistenciales: desde la educación de los nobles (Jesuitas), pasando por la sopa de los conventos, y hasta la atención a los leprosos.

La aparición del constitucionalismo y la separación Iglesia-Estado desplazó a la Iglesia de aquellos cometidos y, en su lugar, se organizaron servicios públicos, atendidos desde los presupuestos estatales, nutridos ya con los fondos provenientes de la desamortización de los bienes eclesiásticos y manos muertas. El Estado sustituye a la Iglesia, que se repliega en su acción educativa benéfica, asumiendo aquel un protagonismo que recoge los textos constitucionales como una verdadera obligación del Estado y un derecho fundamental. Así, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, la Convención declaró (art. 21) que *la Beneficencia pública es una deuda sagrada. La sociedad debe asegurar la subsistencia de los ciudadanos desgraciados, sea proporcionándoles trabajo, sea garantizando los medios de existencia a los que están incapacitados para trabajar*⁷. Nuestra Constitución de 1812 pone a cargo de Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales el cuidado de los hospitales, hospicios, casas de expósitos y demás establecimiento de beneficencia y ordena la creación de una instrucción pública a cargo de escuelas de primeras letras en todos los pueblos, de universidades y otros establecimientos de instrucción.

En los países que vivieron la Reforma protestante, por el contrario, sus iglesias no crearon organizaciones asistenciales parangonables a las católicas, propiciando así la movilización y la emergencia de una fuerte sociedad civil. El resultado, que advierte *Toqueville* y que expresa en su *Democracia en América*, no podía ser otro que su asombro ante el hecho de que *allá todo lo resuelven los individuos por el simple procedimiento de asociarse: para dar fiestas, fundar colegios, edificar albergues, levantar iglesias, distribuir libros, enviar misioneros a las antípodas* Por ello, en la Constitución americana no habrá la menor referencia a los derechos educativos o de asistencia social.

Ciertamente el esfuerzo de los Estado liberales europeos (Francia, España, Italia) para responsabilizarse en solitario de los servicios educativos y benéficos fue ímprobo y supuso en una primera fase su asunción plena por el Estado y la práctica marginación de la iniciativa privada. En la actualidad, sin embargo, sector público de gestión directa y empresas privadas concurren en la satisfacción de las necesidades educativas y sanitarias; modelo mixto adoptado también en la seguridad pública, donde empresas privadas de seguridad conviven con las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado.

La convergencia con el modelo norteamericano es evidente, aunque el proceso ha sido inverso: primero fue el colegio y la universidad privada y después la escuela y la universidad pública; allí primero es la seguridad privada, el derecho al uso de armas y el Sheriff costeado por el colonos. y después las policías municipales, estatales y el FBI.

Estos sectores de actividad, lucrativos en todo caso, en que los entes públicos perciben tasas o precios públicos, y las empresas privadas precios de mercado no se les aplica las reglas de la competencia, según veremos.

4. Servicios públicos y tercer sector

La satisfacción de necesidades atinentes a las personas económicamente necesitadas encontraron en el *ancien regime* en la caridad cristiana y en la generosidad social o filantropía un apoyo para su satisfacción. Esto no supone, como apuntamos, que la Corona, primero y el Estado después no hayan asumida como propia esta función. Particularmente celoso en asumirla fue el Estado liberal decimonónico que, siguiendo el ejemplo francés, centralizó todos los fondos de beneficencia procedentes de fundaciones y memorias y obras pías de patronato público o eclesiástico y sujetó la beneficencia privada, de patronato particular, a una rigurosa intervención del Protectorado de Fundaciones.

Este podía suprimirlas o fusionarlas con otras, suspender o destituir a los patronos, ordenar visitas de inspección, exigir rendición de cuentas y autorizar la disposición de sus bienes, una vez desapareció la obligación de vender los inmuebles e invertir todo su capital en títulos de la Deuda Consolidada al 3 por ciento (Leyes de 1822 de 1849 e instrucción aprobada por Real Decreto de 27 de abril de 1875); todo lo cual evidenciaba el profundo y justificado recelo hacia una gestión privada de bienes particulares, pero afectados a fines públicos por voluntad del fundador.

A la beneficencia se yuxtapondrá después la previsión social con la creación del Instituto Nacional de Previsión (1908), después Seguridad Social, y la apertura de ésta, en el ramo sanitario, a favor de los no asegurados, abriéndose a su progresiva universalización y financiación por los presupuestos del Estado (Sistema Nacional de Salud, Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad); y lo mismo en el ramo de los seguros

sociales, al romperse la proporcionalidad entre contribuciones y prestaciones y aceptarse las *prestaciones de modalidad no contributiva* a favor de todos los ciudadanos residentes o equiparados (art. 7.3 y 38 del Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social).

Pero el Estado social de nuestros días, mas allá del aseguramiento para todos de estos infortunios frente a la enfermedad y la pobreza de solemnidad, se ha empeñado en combatir a través de lo que se ha venido en denominar acción social otras miserias de la condición humana, a cuyo fin la actividad pública se orienta hacia contingencias extraordinarias y situaciones de extrema necesidad, asistencia domiciliaria, a invidentes o incapacitados, drogodependencia, albergues y centros de acogida, residencias de ancianos de mujeres maltratadas, comedores sociales, servicios de información, socioeducativos, ocupacionales, de rehabilitación, etc.

Al servicio de esta plúrima acción social, que ya contaba con la presencia de entes especializados (la Once, Asociación de Inválidos Civiles, Cruz Roja etc.) las Comunidades Autónomas han asumido sus competencias en la materia, dictado leyes *ad hoc* y creado Institutos de Acción social o Bienestar social o de asuntos Sociales que permite una gestión directa de la actividad prestacional. Nada nuevo. Pero si lo es que, como en el resto de Europa, y sin perjuicio de la acción directa pública, se este imponiendo en imparable progresión la satisfacción de estas necesidades mediante la colaboración del llamado *tercer sector*, sector privado no lucrativo (*non profit*), una explosión y generalización de la filantropía, una suerte de caridad cristiana secularizada.

Ciertamente, y a imagen y semejanza norteamericana y en nombre de la *sociedad civil*, se pretende un retranqueo del Estado que, como primera manifestación muestra la atenuación de los controles y el aumento de los privilegios de las fundaciones privadas (Ley 30/1994 de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general). Otra es el estímulo del voluntariado social y las organizaciones que lo encuadran, las ONGs, organizaciones no gubernamentales, cuyos rasgos según se desprende de la Ley 6/1996 de 15 de enero y de las correspondientes leyes autonómicas, son: constituirse como fundaciones o asociaciones, carecer de ánimo de lucro, democraticidad y autogobierno, utilizar el voluntariado en grado significativo e inscribirse en un registro público,

Esta apelación a la sociedad civil supone una corrección de ciento ochenta grados de la política con que la beneficencia se inició en el Estado liberal: un Estado sin recursos pero decidido a asumir directamente la gestión de los servicios sociales, para lo cual, como vimos, no dudó en nacionalizar los bienes particulares o eclesiásticos adscritos a este fin. Ahora vivimos un Estado débil pero con fuertes recursos que desparrama sus dineros sobre multitud de organizaciones privadas no lucrativas, en cumplimiento de la preferencia que se les atribuye sobre la gestión directa pública o indirecta por empresas privadas lucrativas que establecen las Leyes autonómicas y estatales (Ley 13/1982 de ayuda a minusválidos, Ley 23 1998, de Cooperación Internacional para el Desarrollo).

Además de la preterición del sector lucrativo en favor del no lucrativo, el tercer sector disfruta del privilegio de trabajar con una financiación pública estable y, eventualmente, la cesión de bienes públicos de equipo para su afectación al servicio concertado; por contra la ONG ha de someterse a las potestades administrativas de planificación coordinación e inspección. No obstante, frente a lo dispuesto para el contrato de gestión de servicios públicos, no existen poderes sancionadores ni se exigen garantías del cumplimiento efectivo de las misiones encomendadas, por lo que esta modalidad de gestión ofrece una inseguridad y riesgos de fracaso, fraude y corrupción notables.

II. LAS FRONTERAS ENTRE LA ACTIVIDAD PÚBLICA Y LA PRIVADA EN LA CONSTITUCIÓN

Lo expuesto sobre la evolución histórica de los servicios públicos, contraposición de los sistemas continental europeo y norteamericano y la experiencia de los países comunistas, donde la actividad pública no dejó margen alguna a la iniciativa y a la empresa privada, pone de manifiesto como advierte Benoit, que no hay actividades públicas o privadas por naturaleza y que la determinación de aquellas prestaciones que han de satisfacerse desde la propia Administración depende de la ideología política, del pulso social de cada país en cada época, de la evolución tecnológica y organizativa de las empresas y, consecuentemente, de lo que a la vista de esos datos decida el poder político, mediante la asunción directa de los servicios o de su remisión a la actividad privada o de una combinación entre ambas fórmulas.

Así hemos visto cómo se ha hecho de la seguridad un negocio privado o cómo el el correo, antes servicio público monopólico, operan empresas privadas, o cómo conviven ahora la enseñanza pública y la privada.

Si no hay, pues, unos servicios públicos en razón a su naturaleza, ¿cómo se delimitan formalmente en nuestro Derecho los servicios que la Administración ha de prestar y cómo se precisan, en su caso, los límites y los títulos de la actuación privada? Para ello hay que atender a la regulación constitucional.

La Constitución, dictada en un momento en que el socialismo real de los países comunistas estaba vivo, el neoliberalismo y la globalización todavía en ciernes y España fuera de la Comunidad Europea, pretendió ser neutral, poniendo una vela en el altar del liberalismo económico al reconocer *la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado*, (art. 38), y otra vela en el del socialismo e intervencionismo público al prescribir que *toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general* y, sobre todo al reconocer *la iniciativa pública en la actividad económica*, añadiendo que *mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas, cuando así lo exigiere el interés general* (art. 128).

La Constitución pues, no es obstáculo formal para que el Estado o las Comunidades Autónomas creen por ley nuevos servicios públicos, declarando determinada actividad esencial con exclusión de la actividad privada. La realidad, sin embargo, la ideología liberal dominante y el Derecho de la Unión Europea hacen cada vez más impensable esa alternativa.

Para los entes locales, y en desarrollo de la previsión constitucional de iniciativa pública económica, la Ley de Bases de Régimen Local (artículo 86.3) después de reservar a las Entidades locales determinados servicios que se declaran esenciales (abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministros de gas y calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales; transporte público de viajeros; servicios mortuorios) prescribe que *el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios*.

Dentro de ese deslinde legislativo, corresponde a cada Entidad local, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, ejercer la iniciativa pública para la efectiva ejecución de otras actividades económicas conforme al artículo

128.2 de la Constitución, si bien cuando el ejercicio de la actividad se haga en régimen de monopolio se requerirá, además de la aprobación por el Pleno de la Corporación, la del órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma (art. 86.2 y 3, párrafo final).

La iniciativa pública no está limitada a los servicios esenciales o de interés general, sino que puede proyectarse, aunque en las mismas condiciones que la iniciativa privada, sobre cualquier sector de la actividad económica, sin sujetarse a la regla de subsidiariedad, antes vigente. Según ésta regla mientras una actividad económica pudiera ser asumida por el sector privado tal actividad estaba vetada al público. En el régimen preconstitucional esta regla condicionaba la creación de empresas públicas a la demostración en expediente ad hoc de la insuficiencia de la iniciativa privada (art. 4.2 de la Ley 194/1963, aprobatoria del Plan de Desarrollo Económico y Social), regla no vigente en la actualidad por lo que tanto el Estado como las Comunidades autónomas pueden crear empresas públicas.

Para los entes locales el único requisito que ahora se exige a la actividad económica pública competitiva con la privada es que sea de utilidad pública.

Así lo prescribe para las Corporaciones locales el artículo 96 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local de 1986: *la iniciativa de las Entidades locales para el ejercicio de actividades económicas, cuando lo sea en régimen de libre concurrencia, podrá recaer sobre cualquier tipo de actividad que sea de utilidad pública y se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes.*

La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la validez de esta actividad puramente empresarial de los Entes públicos en la fundamental Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1989. En ella se afirma que *el artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado de la que es eje básico la iniciativa privada; pero el artículo 128.2 de la misma Constitución también reconoce la iniciativa pública en la actividad económica; precepto este último que en la esfera local ha sido desarrollado por el artículo 86 de su ya aludida Ley Básica de 2 de abril de 1985 al establecer que las Entidades locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la Constitución; con lo que se proclama en nuestro sistema constitucional la coexistencia de los dos sectores económicos de producción, el privado y el público, que constituyen lo que se ha dado en llamar un sistema de economía mixta; apartándose así nuestra Constitución del orden público anterior en el que primaba el principio de la subsidiariedad de la empresa pública respecto de la privada, habiendo alcanzado ahora ambas el mismo rango constitucional.*

No obstante, la misma Sentencia precisa que las anteriores afirmaciones deben matizarse en un doble aspecto. Por un lado, mientras los particulares pueden crear sus empresas con plena libertad de criterios, sin más condición que la que sus fines sean lícitos (art. 38 de la Constitución), todas las actuaciones de los órganos de la Administración Pública deben responder al interés público que en cada caso, y necesariamente, siempre ha de concurrir (art. 103.1 de la Constitución), tanto si se trata de actos de autoridad como de actuaciones empresariales, pues en cuanto a estas últimas el artículo 31.2 de la propia Constitución también exige una equitativa asignación de los recursos públicos y que su programación y ejecución responda a criterios de eficiencia y de economía, lo cual no es compatible con actuaciones empresariales públicas carentes de justificación.

Por otra parte, la coexistencia de empresas públicas con fines empresariales (art. 128.2 de la Constitución) y de empresas privadas (art. 38 de la misma) en el marco de una economía de mercado, y la pertenencia de España a la Comunidad Económica Europea, exigen que se garantice y salvaguarde la libre competencia, y para ello han de regir las mismas reglas para ambos sectores de producción público y privado.

III. EL REGIMEN DEL SERVICIO PÚBLICO TRADICIONAL. PRINCIPIOS GENERALES

La actividad de prestación o de servicio se sujeta a determinados principios, alumbrados la jurisprudencia y doctrina francesa e igualmente predicables de los servicios públicos en nuestro Derecho. Son éstos los de legalidad, continuidad o regularidad, adaptabilidad al progreso tecnológico, neutralidad e igualdad. Se trata de unos principios de aplicación general, cualesquiera que sea el objeto del servicio y la naturaleza, público o privada del gestor.

En virtud del *principio de legalidad* corresponde al poder legislativo el reconocimiento de una actividad como de interés general y la dotación de los créditos necesarios para su satisfacción mediante la creación de un servicio público. La ley estatal o autonómica puede también reservar en monopolio la actividad a la Administración si se trata de servicios esenciales un parámetro que podrá ser enjuiciado por el Tribunal Constitucional. Al poder reglamentario pueden remitirse las normas de organización del servicios. En todo caso la supresión exigirá también la intervención del legislativo estatal o autonómico.

En el ámbito local, según dijimos, el principio de legalidad ya está cubierto para determinados servicios por la Ley de Régimen Local que prevé los que éstos pueden llevar a cabo en régimen de monopolio. Para prestar otros con la misma ventaja será necesaria una Ley del Estado o de la Comunidad Autónoma

¿Existe un derecho a exigir el establecimiento de un servicio público? La respuesta es que sólo es exigible cuando la ley lo ha prescrito con carácter obligatorio. El Consejo de Estado francés admite acciones de responsabilidad por los daños ocasionados por la negligencia o la negativa a la creación de un servicio y acciones de anulación por exceso de poder contra las resoluciones que ilegalmente rechazan su establecimiento (*C.E Van Outryve*, S 1934,3,116). Pareja solución puede predicarse para nuestro derecho sobre todo en relación con los servicios obligatorios.

Por el principio de continuidad, el servicio público debe desarrollarse de forma ininterrumpida de acuerdo con la naturaleza de la prestación. Ello implica que unos servicios habrán de prestarse en forma continua (policía, abastecimientos en general) y otros en los días y horarios previstos (educación, transporte). Para los concesionarios es una obligación específica: *prestar el contrato con la continuidad convenida* (art. 161, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). Sobre este principio se justificó la inicial prohibición de los sindicatos y las huelgas de los funcionarios públicos así como de los empleados de los concesionarios y, reconocido este derecho como un derecho fundamental, sirve hoy para justificar sus límites constitucionales (*asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad*) y la regulación que permite a las autoridades gubernativas imponer a los huelguistas unos servicios mínimos (art. 10 del Real Decreto Ley 17/1977, sobre relaciones de trabajo)

El principio de perfectibilidad o adaptabilidad de los servicios públicos supone que quien los presta, sea la Administración o un concesionario, está obligado a incorporar a la prestación que suministra a los usuarios del servicio los adelantos técnicos que se vayan produciendo. Inicialmente esta obligación se insertaba como una de las condiciones de la concesión mediante la denominada *cláusula de progreso* (Meilan). Ahora no es necesaria su inserción en los contratos de gestión de servicios, pues una de las obligaciones legales de los concesionarios es soportar las modificaciones que la Administración introduzca en el contrato (art. 163 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), lo que cubre imponer toda clase de innovaciones tecnológicas que mejoren el servicio, sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan para asegurar el equilibrio económico de la concesión.

Por el *principio de neutralidad*, una concreción del principio constitucional de objetividad en el funcionamiento de la Administración (art. 103 de la CE), los servicios públicos deben prestarse teniendo en cuenta las exigencias del interés general, siendo ilícita su utilización con fines partidistas, como un medio de propaganda o de favoritismo. Se trata de un principio reforzado mediante una organización específica en algunos servicios públicos especialmente sensibles a su utilización partidista. Justamente por esta razón la Constitución impone una determinada organización de los medios públicos de comunicación social que garantice el acceso a los mismos de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad (art. 21 C.E).

Por su parte, el *principio de igualdad*, y de acuerdo igualmente con su plasmación constitucional (art. 14 de la CE) implica un trato igual para todos los que tiene, derecho de acceso al servicio y la prohibición de todo trato discriminatorio. No obstante no implica un trato uniforme, pues son perfectamente normales y lícitas en función de la situación de determinados colectivos, como es el caso de las tarifas reducidas a favor de grupos socialmente desfavorecidos.

El principio de *gratuidad* sólo es aplicable cuando se deriva de la naturaleza del servicio (la protección ciudadana) o viene impuesto por una norma constitucional (art. 27 de la Constitución: la enseñanza básica es obligatoria y gratuita) o legislativa específica. Fuera de esa previsión nada impide, y es la situación normal, que el coste total o parcial del servicio sea recuperado por la Administración y el concesionario a través de las tarifas correspondientes, como más adelante veremos.

IV. LA RELACIÓN DE PRESTACIÓN EL ESTATUS DE LOS USUARIOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Toda actividad administrativa de prestación, en cuanto está definida explícita o implícitamente como de servicio público, comporta la existencia de una relación entre la Administración que la desempeña o el concesionario que en nombre de ella actúa y el particular, beneficiario de la misma.

1. Admisión del servicio

El primer aspecto relevante de esa relación es el derecho del particular a ser admitido al disfrute del servicio, derecho subjetivo incuestionable si reúne las condiciones legalmente establecidas, como puede ser poseer determinados títulos para matricularse en un

establecimiento universitario, o padecer determinada enfermedad para ser tratado en un centro hospitalario. Pero este derecho puede resultar enervado por la circunstancia de que la capacidad del servicio no sea suficiente para atender la demanda de prestaciones. En este caso es de aplicación para satisfacer o denegar la admisión a unos u otros, y supuesta la igualdad de otras circunstancias, el criterio del orden cronológico en la presentación de peticiones de admisión, regla gráficamente descrita por Jordana de Pozas con la expresión *régimen de cola*.

La aceptación de la solicitud del usuario al disfrute de la prestación, va precedida de la comprobación administrativa de las circunstancias de hecho alegadas por el usuario, tras de lo cual se produce la decisión administrativa por la que se admite al particular al disfrute del servicio. Se trata unas veces de un acto expreso y formalizado a través del recibo o resguardo del pago de una tasa, o de la expedición de un billete; otras veces se presume en virtud de hechos concluyentes o tácitos, como cuando se da curso a la correspondencia depositada en un buzón del servicio de correos.

La admisión del usuario al disfrute del servicio supone la sumisión de éste a una relación especial conforme a la normativa del servicio. A esta normativa se refiere el artículo 106 del Texto Refundido de la Legislación local de 1986, al decir que *los actos de gestión del servicio en sus relaciones con los usuarios estarán sometidos a las normas del propio servicio y, en su caso, a la Legislación del Estado y de la Comunidad Autónoma que regule la materia*.

2. Derechos y deberes de los usuarios. La contraprestación económica del servicio. Tasas, precios públicos y tarifas

Supuesto el acceso al servicio, el contenido de la relación comporta el derecho de los usuarios a recibir las prestaciones previstas en términos de cantidad y calidad determinadas por las normas y a ser resarcidos por los daños ocasionados por el funcionamiento del servicio. Incluso las normas del respectivo servicio pueden reconocer el derecho del usuario a participar en su gestión, como ocurre en la enseñanza universitaria, gestionada por órganos representativos en que los estudiantes tienen asiento.

Aparte del deber de observar las normas de funcionamiento del servicio, la principal obligación del usuario es satisfacer la contraprestación económica en el caso de que el servicio no fuere gratuito (así en la enseñanza universitaria frente a la primaria que es gratuita). Esta puede consistir en una tasa, un precio público o un simple precio privado.

Las tasas, *son tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público en la prestación de servicios o en la realización de actividades en régimen de Derecho público que se refieran, afecten o beneficien al sujeto pasivo, cuando se produzca cualquiera de las circunstancias siguientes*: primera, que los servicios o actividades no sean de solicitud voluntaria para los administrados; y segunda, que no se presten o realicen por el sector privado. El importe de las tasas por la prestación de un servicio o por la realización de una actividad no podrá exceder, en su conjunto, del coste real o previsible del servicio o actividad de que se trate o, en su defecto, del valor de la prestación recibida (Art. 6 de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de carácter público).

Por su parte, tienen la consideración de precios públicos las contraprestaciones pecuniarias que se satisfagan por la prestación de servicios o la realización de actividades efectuadas en régimen de Derecho público cuando, *prestándose también tales servicios o actividades por el sector privado*, sean de solicitud voluntaria por parte de los administrados. Los precios públicos se determinarán a un nivel que cubra, como mínimo, los costes económicos originados por la realización de las actividades o la prestación de los servicios o a un nivel que resulte equivalente a la utilidad derivada de los mismos. Cuando existan razones sociales, benéficas, culturales o de interés público que así lo aconsejen podrán señalarse precios públicos que resulten inferiores a los parámetros antes dichos previa adopción de las previsiones presupuestarias oportunas para la cobertura de la parte del precio subvencionada.

Especial interés tiene la regulación de las tarifas en los supuestos de gestión indirecta o contractual de los servicios públicos. La remuneración del concesionario o gestor privado del servicio es también un precio privado, pero intervenido, debiendo incluirse en los contratos de gestión de servicios las *tarifas máximas y mínimas que hubieren de percibirse de los usuarios, con descomposición de sus factores constitutivos, y procedimientos para su revisión* (art. 211.4 del Reglamento de Contratos del Estado). La Legislación local ofrece una regulación más minuciosa abordando cuestiones centrales como los criterios para la fijación de las tarifas y los supuestos y formas de revisión. Las tarifas han de ser iguales para todos los que recibieren las mismas prestaciones y en iguales circunstancias. No obstante, también podrán establecerse tarifas reducidas en beneficio de sectores personales económicamente débiles (art. 150 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales). En todo caso, el conjunto de las tarifas deberá ser suficiente para la autofinanciación del servicio de que se trate, necesitando las Corporaciones locales la autorización de las Comunidades Autónomas o de la Administración competente para aprobar las tarifas conforme a módulos inferiores a la referida autofinanciación (art. 107 del Texto Refundido de Régimen Local).

Aprobadas las tarifas, deberán ser objeto de revisión, de oficio o a petición de las empresas, siempre que se produjere un desequilibrio en la economía de la Empresa mixta o de la concesión, por circunstancias independientes a la buena gestión de una u otra (art. 152.3 del Reglamento de Servicios). Inicialmente, la competencia para la revisión de las tarifas de los Entes locales no crea problema alguno: la Corporación local como titular del servicio y Ente concedente es la que tiene la competencia para la revisión de la tarifa, competencia incuestionable, pues es la propia Corporación la que ha de compensar por vía de subvención con cargo a sus presupuestos la denegación de las subidas de tarifas cuando dichas subidas resulten exigibles para mantener el equilibrio económico de la concesión.

3. Relación de prestación y garantía judicial

La variedad de formas de gestión y, por consiguiente, la correlativa mayor o menor presencia del derecho público y privado lleva consigo un régimen diverso para su garantía judicial. Así, cuando se trate de una régimen de prestación directa por un ente administrativo la Jurisdicción Contencioso Administrativa es la competente para la efectividad de la relación de prestación, en caso de que el usuario no fuere admitido al disfrute del servicio, o fuese rechazado una vez admitido, o tratado de forma indebida o se le ocasionaron daños por el funcionamiento del servicio. Si la prestadora del servicio es una Administración en forma societaria la competente sería la Jurisdicción civil que

igualmente conocerá de las cuestiones relativas a los conflictos entre los usuarios y los gestores del servicio en régimen contractual. No obstante, en estos dos últimos casos siempre asistirá al usuario un derecho de denuncia ante la Administración de la que depende la entidad prestadora del servicio y la impugnación posterior de sus resoluciones o inactividad ante al Justicia Administrativa. Y ello es así, porque los aspectos más relevantes de la relación de prestación, que son, según se dijo, indubitadamente públicos, como ocurre con el derecho a la admisión y uso del servicio, son garantizados mediante medidas disciplinarias sobre los concesionarios. La garantía jurídica pues no se instrumenta únicamente a través de los Tribunales civiles, sino del proceso contencioso administrativo contra los actos dictados por la Administración en función de los poderes de vigilancia y control que ostenta sobre los gestores del servicio, sean personas públicas o privadas. Pero, al propio tiempo, además de esta garantía pública puede concurrir la de los jueces civiles, básicamente resolviendo acciones de responsabilidad contractual, cuando el conflicto enfrenta al usuario con el concesionario, o con la Administración si actúa a través del Derecho privado.

V. LAS FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Si en el terreno de los principios que informan el régimen de los servicios públicos hay una relativa claridad, reina la variedad (o confusión) a la hora de precisar el derecho, público o privado, aplicable a los diversos elementos que configuran el servicio público: la entidad gestora, el personal que la sirve, sus relaciones logísticas con terceros, fundamentalmente sus contratos, sus bienes, sus relaciones con los usuarios y, en fin, la jurisdicción competente para conocer de los conflictos suscitados. La variedad de regímenes de gestión no está en los orígenes de los servicios públicos, tal como se configuraron en el Siglo XIX. Entonces, la gestión directa por la Administración entrañaba la aplicación de un régimen integral de Derecho administrativo sobre todos los elementos reseñados. Así el órgano gestor era de naturaleza administrativa (dirección general o establecimiento públicos) el personal íntegramente funcionarial, los bienes de dominio público, e igualmente las relaciones con los usuarios, y, en fin, la Justicia administrativa que prestaba la garantía judicial. Sólo en los casos de concesión, y sin perjuicio de la relación administrativa que une al concesionario con la Administración, entraba en juego el derecho privado aplicable al concesionario en sus relaciones con los usuarios y terceros, así como la Jurisdicción civil para la resolución de los conflictos.

El crecimiento posterior, ya descrito, del ámbito material de los servicios desbordó esa estricta correlación de gestión directa-aplicación del Derecho administrativo. Primero, porque la nacionalización de empresas privadas concesionarios supuso, que el Estado asumiese su gestión con arreglo al régimen jurídico-privado en que venían gestionándose. Así ocurrió en el transporte ferroviario (el caso de la creación de Renfe) que obligó al Estado a asumir servicios antes gestionados por concesionario y por ello sujetos al derecho privado (régimen de bienes, personal, contratos con proveedores, contrato de transporte mercantil con usuarios). De otra parte, la Administración no se contentó con las nacionalización de concretas empresas privadas sino que también expropió, valga la expresión, el derecho propio de éstas con la excusa de que el derecho privado es el *desideátum* de la eficiencia. Aparecen así los servicios públicos gestionados por sociedades de capital íntegramente público que no son otra cosa que administraciones públicas disfrazadas de empresas privadas.

A ellas hay que añadir, como reciente novedad, la fundación privada creada por los entes públicos según prevé la Ley 30/1994 la Ley de Fundaciones (art.6). Una fórmula que se está aplicando como sustitutivo de los antiguos establecimientos públicos y que permite eludir la aplicación del Derecho administrativo en campos tan significativos como los hospitales públicos e, incluso, la universidad (Universidad Oberta de Cataluña, que de esta manera margina toda la legislación universitaria incluida el principio constitucional de autonomía).

A diferencia de lo acaecido en el Estado, la legislación local, como legislación uniforme para todos los entes locales, impuso una racionalización de los diversos modos de gestión, directa e indirecta que, se plasmó en la prestigiosa regulación del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 y de ahí pasó a la Ley de Bases de Régimen Local y a su Texto Refundido de 1986. Para los entes locales las formas de gestión directa admite también formas de Derecho público y de Derecho privado. Entre las primeras están:

1. *La gestión por la propia Entidad local*, en cuyo caso el servicio estará a cargo del personal directamente dependiente en su actuación de los acuerdos y actos de los órganos de la Corporación local, fórmula pues análoga a la gestión del servicio desde una Dirección o Subdirección General estatal (art. 100).

2. La gestión por *Organismo autónomo local* que supone (como dice el artículo 101 del citado Texto Refundido) la creación de una organización especializada regida por un Consejo de Administración que será presidido por un miembro de la Corporación

Como forma privada de gestión directa se prevé la “*sociedad mercantil, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad local*”, adoptándose en todo caso una de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada (arts. 85.3 de la Ley de Bases de Régimen Local y 103 del Texto Refundido).

En cuanto a las formas de *gestión indirecta o contractual*, todas ellas suponen la intervención de un particular o de una empresa mixta ligadas a la Administración titular del servicio por una relación contractual. Por ello, las modalidades de la gestión indirecta se regulan en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a propósito del contrato de gestión del servicio público, ya estudiado en el capítulo correspondiente a la contratación administrativa, al que nos remitimos.

VI. EL MODELO EUROPEO DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL Y EL DESMANTELAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS ECONÓMICOS

La alteración del modelo de los servicios públicos europeos trae causa Tratado de Roma de 1957 (arts 85 a 94) con la introducción de la doctrina norteamericana de la libre competencia (en 1963 se dictaría en España la primera ley sobre defensa de la competencia, una materia antes desconocida. A partir de aquí la cruzada por la libre competencia no es ya compatible con un modelo de servicios públicos económicos en que el monopolio concesional era la regla. No obstante, la prudencia impuso una aplicación flexible: se abre paso el modelo de *empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general sujetas* a la libre competencia, sin por ello deslegitimar a las empresas “*que tengan el carácter de monopolio fiscal a las cuales solo se les*

aplicará las normas de la competencia en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellos encomendada” (art. 92).

Sobre esa primera piedra (actual artículo 86 del Tratado del Ámsterdam) la política actual (Proyecto de Carta Europea de los Servicios de interés general de 14 de febrero de 1994, Comunicación de la Comisión sobre los servicios públicos de interés general de 1996) va derechamente a sustituir el servicio público tradicional por el régimen de las public utilities antes estudiado. Como dice la Comunicación de 1996 “las fuerzas del mercado permiten una mejor asignación de los recursos y una mayor eficacia en la prestación de los servicios, beneficiando a los consumidores que obtienen más calidad a mejor precio”), pero la conciencia de sus límites (que “corren el riesgo de excluir a parte de la población de sus beneficios y de no permitir el fomento de la cohesión social y territorial”) obliga a buscar un equilibrio entre la competencia y las exigencias del interés general, equilibrio cuyo hallazgo justifica la exención parcial de las normas del Tratado con sujeción a condiciones de proporcionalidad. En la búsqueda de ese equilibrio en cada país y en cada sector concreto el protagonismo corresponde a cada Estado miembro, competente para definir en cada caso el interés general y sus exigencias en términos de servicio universal y de otras obligaciones de servicio público y establecer, en su caso, las compensaciones correspondientes a las empresas que hayan de soportar aquél y éstas con cargo a Fondos nutridos por las aportaciones de los demás operadores que estén libres de estas cargas. La noción de aquél “es flexible, en la medida en que su contenido está elaborado progresivamente en función de las características estructurales y técnicas y las necesidades propias de cada sector”, y es también “evolutiva en cualquier caso, [ya que] debe adaptarse a los cambios tecnológicos, a las nuevas exigencias de interés general y a las necesidades de los usuarios”.

En definitiva, cuando el servicio de interés económico general tenga carácter comercial su compatibilidad con la libre competencia queda asegurada con la expresa aceptación de las derogaciones parciales de ésta que guarden la debida proporción con aquel interés. En los demás casos *servicios de interés general que no tienen carácter comercial* (como los sistemas obligatorios de escolarización o de protección social o las funciones llamadas *de regalía* que corresponden al ejercicio del poder público, como la seguridad, la justicia, la diplomacia o el estado civil) “las condiciones del artículo 90 del Tratado no se aplican”, porque “no pueden tratarse de la misma forma que los servicios de interés económico general”.

En clara aplicación de esta política, y a partir de 1996, se inicia en España el proceso de desvirtuación del régimen de servicios públicos económicos con las leyes del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, de 13 de julio de 1998; General de las Telecomunicaciones, de 24 de abril de 1998; del Sector Eléctrico, de 27 de noviembre de 1997, Hidrocarburos de 7 de octubre de 1998.

1. Electricidad

El nuevo sistema eléctrico supone la plasmación normativa de las previsiones contenidas en la Directiva 96/92/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre, sobre normas comunes para el mercado interior de electricidad. Se trata de una directiva que permite la coexistencia de distintas formas de organización del sistema eléctrico, en las que introduce aquellas exigencias que son indispensables para garantizar la convergencia paulatina hacia un mercado europeo de electricidad.

A diferencia de regulaciones anteriores, el Sector eléctrico se asienta ahora en el convencimiento de que garantizar el suministro eléctrico, su calidad y su coste no requiere de más intervención estatal que la que la propia regulación específica supone sin reserva al

Estado de ninguna de las actividades que integran el suministro eléctrico. Así, se abandona la noción de servicio público, tradicional en nuestro ordenamiento pese a su progresiva pérdida de trascendencia en la práctica, sustituyéndola por la expresa garantía del suministro a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional.

La planificación estatal, queda restringida a las instalaciones de transporte, buscando su imbricación en la planificación urbanística y en la ordenación del territorio y se abandona la idea de una planificación determinante de las decisiones de inversión de las empresas eléctricas, que es sustituida por una planificación indicativa de los parámetros bajo los que cabe esperar que se desenvuelva el sector eléctrico en un futuro próximo, a fin de facilitar decisiones de inversión de los diferentes agentes económicos.

A través de la segmentación vertical de las distintas actividades necesarias para el suministro eléctrico, se introducen cambios importantes en su regulación. En la generación de energía eléctrica, se reconoce el derecho a la libre instalación (sin perjuicio de las concesiones hidroeléctricas sometidas al régimen de la Ley de Aguas) y se organiza su funcionamiento bajo el principio de libre competencia cuya retribución se asienta en la organización de un mercado mayorista. Se abandona el principio de retribución a través de unos costes de inversión fijados administrativamente a través de un proceso de estandarización de las diferentes tecnologías de generación eléctrica.

El transporte y la distribución se liberalizan a través de la generalización del acceso de terceros a las redes. La propiedad de las redes no garantiza su uso exclusivo. La eficiencia económica que se deriva de la existencia de una única red, raíz básica del denominado monopolio natural, es puesta a disposición de los diferentes sujetos del sistema eléctrico y de los consumidores. La retribución del transporte y la distribución continuará siendo fijada administrativamente, evitándose así el posible abuso de las posiciones de dominio determinadas por la existencia de una única red. Asimismo, para garantizar la transparencia de esta retribución, se establece para las empresas eléctricas la separación jurídica entre actividades reguladas y no reguladas en cuanto a su retribución económica.

La comercialización de energía eléctrica queda asentada en los principios de libertad de contratación y de elección de suministrador. Se establece un período transitorio para que el proceso de liberalización de la comercialización de la energía eléctrica se desarrolle progresivamente, de forma que la libertad de elección llegue a ser una realidad para todos los consumidores en un plazo de diez años.

De otra parte, la explotación unificada del sistema eléctrico nacional deja de ser un servicio público de titularidad estatal desarrollado por el Estado mediante una sociedad de mayoría pública y sus funciones son asumidas por dos sociedades mercantiles y privadas, responsables respectivamente, de la gestión económica y técnica del sistema.

El operador del mercado, como responsable de la gestión económica del sistema, asume la gestión del sistema de ofertas de compra y venta de energía eléctrica en los términos que reglamentariamente se establezcan.

El *operador del mercado* ejercerá sus funciones respetando los principios de transparencia, objetividad e independencia, bajo el seguimiento y control del Comité de Agentes del Mercado a que se refiere el apartado 4 del presente artículo. Actuará como operador del mercado una sociedad mercantil de cuyo accionariado podrá formar parte cualquier persona física o jurídica, siempre que la suma de su participación directa o indirecta en el capital de esta sociedad no supere el 10%.

Asimismo, la suma de participaciones, directas o indirectas, de los sujetos que realicen actividades en el sector eléctrico no deberá superar el 40%, no pudiendo sindicarse estas acciones a ningún efecto.

El operador del sistema, ejercerá sus funciones en coordinación con el operador del mercado, bajo los principios de transparencia, objetividad e independencia. Actuará como operador del sistema una sociedad mercantil con las mismas características de la anterior. Son funciones, entre otras, del operador prever indicativamente y controlar el nivel de garantía de abastecimiento de electricidad del sistema a corto y medio plazo, programar el funcionamiento de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir del resultado de la casación de las ofertas, impartir las instrucciones necesarias para la correcta explotación del sistema de producción y transporte de acuerdo con los criterios de fiabilidad y seguridad que se establezcan, y gestionar el mercado de servicios complementarios que sean necesarios para tal fin; coordinar y modificar, en su caso, los planes de mantenimiento de las instalaciones de transporte, establecer y controlar las medidas de fiabilidad del sistema de producción y transporte, afectando a cualquier elemento del sistema eléctrico que sea necesario, así como los planes de maniobras para la reposición del servicio en caso de fallos generales en el suministro de energía eléctrica y coordinar y controlar su ejecución, el operador del mercado en la liquidación de la energía; ejecutar, en el ámbito de sus funciones, aquellas decisiones que sean adoptadas por el Gobierno en ejecución de lo previsto en el apartado 2 del artículo 10; impartir las instrucciones de operación de la red de transporte, incluidas las interconexiones internacionales, para su maniobra en tiempo real; Desarrollar aquellas otras actividades relacionadas con las anteriores que sean convenientes para la prestación del servicio.

Por último, se crea la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico con amplias facultades en materia de solicitud de información y de resolución de conflictos, y se arbitra su colaboración con las instancias administrativas encargadas de la defensa de la competencia.

2. Servicio Postal

En el servicio postal se desmantela de forma parcial el monopolio del Estado. El Servicio de Correos que se prestaba de forma directa pasa a ser (convertido en sociedad anónima estatal en que los empleados siguen ostentando la condición de funcionarios, algo insólito) el *operador al que se encomienda el servicio público universal*, entendiéndose por tal el conjunto de servicios postales de calidad determinada en la Ley y sus Reglamentos de desarrollo, prestados de forma permanente en todo el territorio nacional y a precio asequible para todos los usuarios⁷. Además, se le reserva con carácter exclusivo, al amparo del artículo 128.2 de la Constitución determinados servicios: de giro, envíos interurbanos y transfronterizos, con peso igual o inferior a 350 gramos, compatible con el de otros operadores si el precio que habrán de exigir a los usuarios es, al menos, cinco veces superior al montante de la tarifa pública; los envíos nacionales o la recepción, como servicio postal, de las solicitudes, de los escritos y de las comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las Administraciones Públicas.

Para garantizar la prestación del servicio postal universal y la referida reserva se otorgan al operador los importantísimos derechos que recuerdan al monopolio anterior: la condición de beneficiario de la expropiación forzosa; exención de cuantos tributos gravan su actividad vinculada a los servicios reservados; el derecho a entregar notificaciones de órganos administrativos y judiciales, con constancia fehaciente en su recepción; la cesión de espacios en red de ferrocarriles y los puertos y aeropuertos nacionales; el derecho al establecimiento de apartados postales destinados a la entrega de correspondencia; la preferencia de despacho en el control aduanero; la distribución de los sellos de *Correos* u otros medios de franqueo; el derecho a la utilización exclusiva de la de-

nominación Correos, del término *España* o de cualquier otro signo que identifique al operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal o al carácter de los servicios que, dentro de su ámbito, éste preste.

3. Hidrocarburos

La liberalización de los Hidrocarburos (Ley de 7 de octubre de 1998), supone en principio que estas actividades “no requieren de la presencia y responsabilidad del Estado para su desarrollo”. A pesar de ello, los hidrocarburos siguen siendo dominio público del Estado cuya exploración y explotación está sujeta a autorizaciones y concesiones administrativas, como las minas y las mismas concesiones hidroeléctricas.

La novedad básica es la *privatización de las actividades de distribución y suministro* (antes a cargo de CAMPSA, empresa mixta y monopolio fiscal igual que Tabacalera SA y Telefónica) y así, suprimido el monopolio, las asume la iniciativa privada en régimen de competencia y libertad de precios, si bien gravadas con las obligaciones propias de los servicios económicos de interés general. No obstante el viejo concepto servicio público monopólico reaparece de nuevo para asegurar el abastecimiento de carburantes y para la explotación de la red gasista monopolio natural.

Lo primero se hace creando un ente corporativo con función monopólica, la *Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos*, que tiene por objeto la constitución, mantenimiento y gestión de las reservas estratégicas y el control de las existencias mínimas de seguridad. Se trata de una Corporación de Derecho Público con personalidad jurídica propia, que actúa en régimen de derecho privado y sujeta, en el ejercicio de su actividad, a la tutela del Ministerio de Industria y Energía. La Corporación tendrá igualmente por objeto controlar el cumplimiento de la obligación de mantener las existencias mínimas de seguridad y para ello se le atribuyen funciones públicas tales como recabar la información y realizar las inspecciones que sean precisas, así como promover, en su caso, la iniciación del expediente sancionador cuando proceda.

En sus órganos de administración estarán suficientemente representados los operadores al por mayor así como representantes del Ministerio de Industria y Energía y de la Comisión Nacional de Energía. Los representantes de los operadores miembros de la Corporación, formarán parte de su Asamblea y su voto en ella se graduará en función del volumen de su aportación financiera anual. El Presidente de la Corporación y la parte de vocales de su órgano de administración que reglamentariamente se determine serán designados por el Ministro de Industria y Energía. El titular de dicho departamento podrá imponer su veto a aquellos acuerdos de la Corporación que infrinjan la Ley. La Corporación está exenta del Impuesto sobre Sociedades respecto de la renta derivada de las aportaciones financieras realizadas por sus miembros y del Impuesto sobre Sociedades la renta que pudiera obtener la Corporación como consecuencia de las operaciones de disposición de existencias estratégicas, renta que no podrá ser objeto de distribución entre los miembros, ni de préstamos u operaciones financieras similares con ellos. Para asegurar el cumplimiento de la obligación de mantener existencias estratégicas, la Corporación podrá adquirir crudos y productos petrolíferos y concertar contratos con los límites y condiciones que se determinen reglamentariamente. Toda disposición de existencias estratégicas por parte de la Corporación requerirá la previa autorización del Ministerio de Industria y Energía y deberá realizarse a un precio igual al coste medio ponderado de adquisición o al de mercado, si fuese superior. Los miembros deberán contribuir a la financiación de la Corporación, cederle o arrendarle existencias y facilitarle instalaciones en la forma que se determine reglamentariamente. La aportación financiera de cada miembro se establecerá en función de los costes en que la Corporación incurra para la constitución, almacenamiento y conservación de las existencias estratégicas que venga obligado a mantener, así como del coste de las demás actividades de la misma.

4. Gas

Respecto al gas, la liberalización sólo opera para los transportistas (personas jurídicas titulares de instalaciones de regasificación de gas natural licuado, de transporte o de almacenamiento de gas natural) los comercializadores (sociedades mercantiles que, accediendo a las instalaciones de terceros en los términos establecidos en la Ley, adquieren el gas natural para su venta a los consumidores o a otros comercializadores) y distribuidores (personas jurídicas titulares de instalaciones de distribución, que tienen la función de distribuir el gas natural por canalización, así como construir, mantener y operar las instalaciones de distribución destinadas a situar el gas en los puntos de consumo).

Pero la liberalización no se extiende al Gestor Técnico del Sistema, *transportista titular de la mayoría de las instalaciones de la red básica de gas natural*, que tendrá la responsabilidad de la Red Básica y de las redes de transporte secundario con objeto garantizar la continuidad y seguridad del suministro de gas natural y la correcta coordinación entre los puntos de acceso, los almacenamientos, el transporte y la distribución. A este efecto el Gestor del Sistema ejercerá, bajo la supervisión del Ministerio de Economía, sus funciones en coordinación con los distintos sujetos que gestionan o hacen uso del sistema gasista bajo los principios de transparencia, objetividad e independencia, a cuyo efecto puede: impartir las instrucciones de operación a las instalaciones de transporte, incluidas las interconexiones internacionales, dar las órdenes oportunas para que las empresas titulares de las redes de transporte y de los almacenamientos hagan funcionar sus instalaciones de tal forma que se asegure la entrega de gas en las condiciones adecuadas en los puntos de salida del sistema ejecutar, en el ámbito de sus funciones, aquellas decisiones que sean adoptadas por el Gobierno en ejecución de lo previsto en la Ley, lleva el control de almacenamientos, etc. Estamos pues, ante un sujeto privado por su forma y su capital que disfruta de un monopolio natural (y legal) y al que la ley dota de poderes públicos indudables confiriéndole una situación superior a la de un concesionario tradicional.

5. Telecomunicaciones

La Ley General de Telecomunicaciones, de 24 de abril de 1998, en cumplimiento de la Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de abril de 1997 relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones las define como *servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia*», cuyo ejercicio requiere dos tipos de autorizaciones:

Autorización general para la prestación de los servicios y para el establecimiento o explotación de las redes de telecomunicaciones que no precisen el otorgamiento de una licencia individual, de acuerdo con lo establecido en el Capítulo siguiente. Las autorizaciones generales se otorgan de forma reglada y automática y se sujetan a las obligaciones de cumplir los requisitos técnicos y de calidad, comportamiento competitivo de los operadores en los mercados de telecomunicaciones, la utilización efectiva y eficaz de la capacidad numérica, la protección de los usuarios, el encaminamiento de las llamadas a los servicios de emergencia, la interconexión de las redes y la interoperabilidad de los servicios, la protección de los intereses de la defensa nacional y de la seguridad pública.

Se requerirá licencia individual, para el establecimiento o explotación de redes públicas de telecomunicaciones, para la prestación del servicio telefónico disponible al público, para la prestación de servicios o el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones que impliquen el uso del dominio público radioeléctrico.

A diferencia de las autorizaciones generales, las individuales podrán denegarse cuando el número de licencias sea limitado y quien solicite una no haya resultado adjudicatario del título en la correspondiente licitación. Una vez otorgada su transmisión se rige por lo previsto en la legislación de contratos en relación al contrato de gestión de servicios públicos.

En los supuestos de limitación del número de *licencias individuales* se tramitará un procedimiento de licitación, aplicándose lo dispuesto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas respecto de las concesiones para la gestión de servicios públicos, en lo relativo a la convocatoria de la licitación, al pliego de bases que deba aprobarse y a la adjudicación, a la modificación, a la extinción y a la formalización de los títulos habilitantes.

Los titulares de redes públicas de telecomunicaciones que tengan la consideración de dominantes en el ámbito estatal, autonómico o local (dominante es quien una cuota de mercado superior al 25%) estarán obligados a facilitar la interconexión de éstas con las de todos los operadores del mismo tipo de redes y servicios telefónicos disponibles al público, que lo soliciten. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá exigir que se haga efectiva la interconexión y, cuando proceda, establecer las condiciones para la misma que facilitarán en condiciones no discriminatorias, transparentes, proporcionales y basadas en criterios objetivos. De los conflictos relativos a la ejecución e interpretación de los acuerdos de interconexión y de los producidos por el acceso a las redes, públicas de telecomunicaciones, conocerá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante que será recurrible en vía contencioso-administrativa.

Los titulares de una autorización individual, como igualmente los de una autorización general, aunque con menor intensidad, están sujetos al régimen de obligaciones de servicio público que obligan, en primer lugar, a la observancia de los principios de igualdad, transparencia, no discriminación, continuidad, adaptabilidad, disponibilidad y permanencia y conforme a los criterios de calidad que reglamentariamente se determinen, que serán objeto de adaptaciones periódicas. Asimismo, y respecto de las obligaciones de prestación del servicio, se aplicará el régimen establecido para el contrato de concesión de servicio público.

La ley distingue como obligaciones de servicio público el servicio universal de telecomunicaciones, los servicios obligatorios de telecomunicaciones, que se prestarán en todo o parte del territorio nacional y otras obligaciones de servicio público impuestas por razones de interés general.

Por servicio universal de telecomunicaciones, se entiende el conjunto definido de servicios de telecomunicaciones con una calidad determinada, accesibles a todos los usuarios con independencia de su localización geográfica y a un precio asequible de forma que todos los ciudadanos puedan recibir conexión a la red telefónica pública fija y acceder a la prestación del servicio telefónico fijo disponible para el público. La conexión debe ofrecer al usuario la posibilidad de emitir y recibir llamadas nacionales e internacionales y permitir la transmisión de voz, fax y datos, que los abonados dispongan, gratuitamente, de una guía telefónica, actualizada e impresa y unificada para cada ámbi-

to territorial que exista una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago en el dominio público, en todo el territorio nacional, y, en fin, que los usuarios discapacitados o con necesidades sociales especiales tengan acceso al servicio telefónico fijo disponible al público, en condiciones equiparables a las que se ofrecen al resto de usuarios.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determinará si la obligación de la *prestación del servicio universal* implica una desventaja competitiva, o no, para los operadores que la lleven a cabo. En el primer supuesto, se establecerán y harán públicos los mecanismos para distribuir entre los operadores el coste neto de dicha prestación. A este efecto se crea el Fondo Nacional del Servicio Universal de Telecomunicaciones tiene por finalidad garantizar la financiación del servicio universal.

En la categoría de los *servicios obligatorios* pueden incluirse los servicios de télex, los telegráficos y aquellos otros de características similares que comporten acreditación de la fiabilidad del contenido del mensaje remitido o de su remisión o recepción, así como los servicios de seguridad de la vida humana en el mar y los que afecten, en general, a la seguridad de las personas, a la seguridad pública y a la protección civil. El déficit de explotación o, en su caso, la contraprestación económica que deba satisfacerse a quien se encomienda la prestación, se financiarán con cargo a los presupuestos de la Administración que tenga asignada la obligación de llevar a cabo los servicios obligatorios.

Por último, el Gobierno podrá, por necesidades de la defensa nacional y de la seguridad pública, imponer, mediante Real Decreto, otras obligaciones de servicio público distintas de las de servicio universal y de los servicios obligatorios, a los titulares de licencias individuales o de autorizaciones generales.

Pero no toda son obligaciones de servicio públicos. Como los antiguos concesionarios, los titulares de licencias individuales para la instalación de redes públicas de telecomunicaciones se benefician de determinados derechos: la aplicación del régimen de expropiación forzosa, establecimiento de servidumbres y limitaciones y de los derechos de ocupación del dominio público. La utilización de éste podrá ser impuesta de forma compartida entre diversos titulares tomando en consideración que la explotación sea económicamente viable, que no se requieran obras adicionales de importancia, que el operador que se beneficie del uso compartido abone el precio que se fije por la explotación, a la entidad a la que se otorga el derecho de ocupación.

El régimen que implantaba la Directiva de 1997, al que responde la regulación española, no alcanzó, como refiere Fuentetaja, a quien puntualmente seguimos, sus objetivos armonizadores porque el margen de actuación que dejaba a los Estados miembros era excesivamente amplio en un momento tan sensible del proceso liberalizador como es la transición misma del servicio público al libre mercado. Aquellos, en efecto, no desaprovecharon la ocasión y, en muchos casos, sometieron a los nuevos operadores a unos regímenes de intervención tan intensos -a través de los denominados *títulos habilitantes*- que la situación resultante era cuando menos confusa desde el punto de vista del objetivo liberalizador. La propia Comisión pronto fue consciente de ello y así lo denunció explícitamente en sus Informes sobre la aplicación del conjunto de medidas reguladoras de las telecomunicaciones. El régimen de acceso es, en efecto, sumamente divergente entre los distintos países europeos que comprenden desde regulaciones muy leves en las que los operadores tienen libre acceso al mercado sin formalidad alguna (Dinamarca) o se les requiere simplemente registrarse (Holanda) o notificar la intención de prestar servicios (Finlandia, Suecia), hasta aquellos casos en que la intervención pública en el momento del acceso es muy intensa. De hecho, contraviniendo el espíritu de la Directiva, se ha convertido a la licencia en la regla y a la autorización en la excepción. Más aún, la complejidad del sistema se multiplica por las numerosas categorías de licencias -en función de los diferentes servicios- creadas por los Estados miembros, que

llevan consigo sus propios procedimientos, condiciones, tasas y cánones. Para solucionar esta situación se ha aprobado la Directiva 2002/20, de 7 de marzo relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), que deberá ser transpuesta por los Estados miembros antes del 24 de julio de 2003. Los principales elementos de esta nueva Directiva -que se enmarca, evidentemente, en un proceso general de reforma del marco regulatorio de las telecomunicaciones- son la existencia de un solo título habilitante (la autorización general), la aclaración de las distintas categorías de condiciones, la simplificación de procedimientos de otorgamiento y la reducción de cánones y tasas.

VII. LOS SERVICIOS PÚBLICOS IMPROPIOS O ACTIVIDADES PRIVADAS REGLAMENTADAS

Antes incluso del relatado proceso de conversión de actividades de servicio público en régimen de monopolio en actividades reglamentadas con imposición de obligaciones de servicio público, al modo de las *public utilities* americanas, la dogmática había advertido que entre nosotros también se daba un fenómeno similar.

En Italia, De Valles, señaló que la noción informadora del servicio público es que sea establecido para el público, es decir, para la masa indeterminada de ciudadanos que se encuentran en la necesidad y con las condiciones de reclamarlo, lo que da origen a que el derecho positivo tratase como servicios públicos tanto los prestados por entes públicos (directamente o por concesionario con monopolio), como los prestados por los particulares, servicios públicos impropios, sometidos a una intensa actividad administrativa. El Consejo de Estado francés llegó a análoga conclusión

En nuestro derecho, la Doctrina calificó de servicios públicos impropios (o actividades administrativas reglamentadas o *disciplinadas* como las nombra Villar Palasi) el servicio de taxis (Entrena), la enseñanza privada (Gómez Ferrer), la banca, las farmacias (Martín Retortillo, S.), etc. Dentro del mismo régimen y concepto podrían incluirse actividades tales como la notarial, al servicio de la seguridad jurídica preventiva (no ciertamente el registro de la propiedad y mercantil, servicio público en gestión directa si se considera el registrador funcionario, o, de gestión indirecta si, dado el sistema retributivo se pretende asimilarlo al concesionario) y hoy entrarían en esta categoría las nuevas actividades para realizar las inspecciones técnicas de vehículos (Real Decreto-Ley 7/2000 de 23 de junio) de embarcaciones de recreo (Ley 27/1992 de Puertos y de la Marina Mercante y Real Decreto 1434/1999), y el régimen homologaciones de productos industriales, y que suelen encajarse en el más inexpresivo concepto de colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones públicas.

La salvaguarda de esta iniciativa privada, frente a una publicatio que llevaba a la gestión directa por la Administración o indirecta a través de concesionario, en todo caso monopólica se abordó alternativamente en el derecho europeo con su remisión a la iniciativa privada sujeta a una fuerte intervención: autorización previa, poder reglamentario mediante instrucciones de servicio, potestad tarifaria y poderes arbitral y sancionador entre y sobre los operadores.

Ante esa realidad, ¿no será que la única diferencia entre el régimen del servicio público prestado en gestión indirecta (concesión) y el servicio público impropio o virtual esté en la sustitución de un concesionario (monopolio) por varios operadores (oligopolio)? Ariño con una visión dogmática tendente a preservar el concepto de servicio público de generalizaciones excesivas, ha defendido la conveniencia de mantener la

distinción, no obstante las evidentes similitudes, entre el régimen jurídico de las actividades reglamentadas, disciplinadas o programadas, y el régimen jurídico propio del servicio público *strictu sensu* y gestionado por concesión administrativa. Esa diferenciación estaría justificada por: a) La diferente fuente y contenido del deber de prestación, que en las actividades reglamentadas no estaría en el acto de autorización sino en la norma, mientras que en la concesión estaría básicamente en el título contractual en la que ésta se legitima; b) El alcance de la potestad interventora de la Administración sería distinto: mientras que en las actividades reglamentadas estaría rígidamente establecido en la norma, en la concesión sería, además de lo que la norma diga, lo que la Administración en función de su potestad modificadora del contrato de concesión ordene; c) Un distinto alcance de la potestad sancionadora en uno y otro caso: para los ejercientes de actividades reglamentadas ésta aparece detallada en la norma de una manera estricta y pormenorizada, mientras que en el caso de los concesionarios de los servicios públicos, el régimen disciplinario se acercaría más al de los funcionarios con una mayor elasticidad del principio de legalidad y atipicidad de las infracciones; d) Por último, la posibilidad de renuncia a la actividad y la falta del derecho al equilibrio económico diferenciarían la posición del ejerciente de una actividad reglamentada de la del concesionario.

La mayor parte de estas diferencias son o puros formalismos (que las obligaciones de unos y otros estén en la norma o en la autorización o en el contrato de concesión, sin duda apoyado también en la norma) o contingentes. Así, por ejemplo, la posibilidad de renuncia a la actividad puede estar condicionada en la norma o en la autorización administrativa a la continuidad del servicio y asegurada mediante sanciones administrativas; y el derecho al equilibrio económico de la actividad reglamentada y las consiguientes indemnizaciones podría ser esgrimido frente a imposición de tarifas deficitarias o nuevas obligaciones impuestas en cambios normativos invocando el principio de confianza legítima y la responsabilidad de la Administración o, en su caso, la implícita o explícita modificación de la autorización.

A la vista de lo expuesto, puede concluirse que la especificidad del régimen de las actividades reglamentadas o servicios públicos impropios y el nuevo modelo derivado de la privatización, recientemente llevada a cabo para determinados servicios públicos económicos (telecomunicaciones, energía, transporte, correo, etc.), frente al servicio público tradicional consiste en que la satisfacción de necesidades generales se remite a la actividad privada (principio de subsidiariedad), si bien sujeta a una fuerte intervención administrativa con repudio, en todo caso del monopolio; una técnica que el liberalismo decimonónico aceptó con naturalidad y que el neoliberalismo condena y sataniza allí donde es posible, como contrario a la libre competencia, el primer mandamiento de mercado. En definitiva, del monopolio al oligopolio, esa es la diferencia esencial.

BIBLIOGRAFÍA

ARIÑO ORTIZ; MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ y DE LA CUETARA, *El nuevo servicio público*, Madrid 1997.

BASSOLS COMA, *Constitución y modelo económico*, Madrid 1985.

ENTRENA CUESTA, "El servicio de taxis", *RAP* n° 27, 1958.

GARCÍA DE ENTERRÍA, "La actividad industrial y mercantil de los municipios", *RAP* n° 17, 1955.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta nuestros días”, *RAP* n° 150, 2000.

GARRIDO FALLA, “El modelo económico en la Constitución Española y la revisión del concepto de servicio público”, *REDA* n° 29, 1981; FUENTETAJA, J.A., “Elementos autorizatorios y concesionales en los títulos habilitantes del mercado de las telecomunicaciones”, *RAP*.

GÓMEZ FERRER, “El régimen general de los centros privados de enseñanza”, *RAP* n° 70, 1973.

MALADET E., *Notas acerca de la caracterización de la iniciativa pública local*, Barcelona 1990.

MARTIN-RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo económico* n° 1, Madrid 1989.

MEILÁN GIL, “La cláusula de progreso en los servicios públicos”, “El régimen jurídico de las centrales lecheras”, *RAP* n° 72, Madrid 1968.

MONTERO PASCUAL, “Titularidad privada de los servicios de interés general”, *REDA*, n° 92, 1996.

MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado, Los Fundamentos*, Madrid 1998.

VILLAR EZCURRA, *Derecho administrativo especial, Administración Pública y actividad de los particulares*, Madrid 1999.

VAQUER CABALLERIZA, *La acción social*, Madrid 2002.

VILLAR PALASI, “La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo”, *RAP* n° 3, 1950; Idem: “La intervención administrativa en la industria”, Madrid 1964.

§ 83. SERVIÇO PÚBLICO E PODER DE POLÍCIA: CONCESSÃO E DELEGAÇÃO

Celso Antonio Bandeira de Melo
Profesor de la Universidad de Sao Paulo, Brasil

1. Registre-se desde logo que, em linguagem leiga, muitas vezes usa-se a palavra *serviço* para nomear qualquer atividade estatal desenvolvida em relação a terceiros.

Assim, por exemplo, a construção de uma estrada, de uma ponte, de um túnel, de um viaduto, de uma escola, de um hospital ou a pavimentação de uma rua, pode aparecer, a pessoas estranhas à esfera jurídica, como sendo um “serviço que o Estado desempenhou” - um *serviço público*.

Sem embargo, para o Direito, estes cometimentos estatais não são serviços. São obras públicas. Com efeito, obra pública é a construção, reparação, edificação ou ampliação de um bem imóvel pertencente ou incorporado ao domínio público. Por isto, o Colendo Supremo Tribunal Federal recusa, como é lógico, validade a *taxas* instituídas em decorrência da realização de obras públicas (por não serem serviços públicos), as quais só podem ensejar contribuição de melhoria, se ocorrer a hipótese de sua incidência (RE 72.751, RS, 18.10.72; RE 71.010, RTJ. 61/160; RE 74.467, RTJ 63/829; RE 75.769, de 21.09. 73; RE 72.751, de 1973)

De fato, serviço público e obra pública distinguem-se com grande nitidez e o Direito acolhe tal disseptação, como acima se referiu. Basta considerar que (a) a obra é, em si mesma, um produto estático; o serviço é uma atividade, algo, dinâmico; (b) a obra é uma coisa: o produto concretizado de uma operação humana; o serviço é a própria operação ensejadora do desfrute; (c) a fruição da obra, uma vez realizada, independe de uma prestação, é captada diretamente, salvo quando é apenas o suporte material para a prestação de um serviço; a fruição do serviço é a fruição da própria prestação, assim depende sempre integralmente dela; (d) a obra, para ser executada, não presume a prévia existência de um serviço; o serviço público, normalmente, para ser prestado, pressupõe uma obra que lhe constitui o suporte material.

Assim, não há confundir obra pública e serviço público.

2. Igualmente, a expressão *serviços* (ensejando a suposição de que seriam “serviços públicos) é utilizada em sentido natural -e não técnico-jurídico- para nomear atividades industriais ou comerciais que o Estado desempenha basicamente *sob regime de direito privado* -antítese do que ocorre com o serviço público- por se constituírem em *exploração de atividade econômica*, isto é, atividades ubicadas em setor reservado aos particulares, à iniciativa privada -igualmente antítese do que ocorre com o serviço público-, pois, conforme dispõe o art. 173: “*Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só é permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei*”.

Aliás, por isto mesmo, o parágrafo primeiro, inciso II, do aludido artigo estabelece para as estatais que exploram atividade econômica “*sujeição ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias*”¹.

A separação entre os dois campos -serviço público, como setor pertencente ao Estado e domínio econômico, como campo reservado aos particulares- é indubitosa e tem sido objeto de atenção doutrinária, notadamente para fins de separar empresas estatais prestadoras de serviço público das exploradoras da atividade econômica, ante a diversidade de seus regimes jurídicos².

Donde, não há confundir serviços públicos com atividades econômicas desempenhadas empresarialmente pelo Estado, pois seus regimes são inteiramente diversos.

3. Finalmente, para o leigo, podem aparecer como *serviços* e, portanto, serviços públicos, as perícias, exames, vistorias efetuadas pelo Estado ou suas entidades auxiliares com o fito de examinar o cabimento da liberação do exercício de atividades privadas, ou com o propósito de fiscalizar-lhes a obediência aos condicionamentos da liberdade e da propriedade ou com a finalidade de *comprovar a existência de situações* que demandariam a aplicação de sanções (como multas, interdição de atividades ou embargo de suas continuidades até que estejam ajustadas aos termos normativos). Este tipo de atividade usualmente é designado entre nós como *polícia administrativa*.

Sem embargo, tal espécie de atuação estatal tem, até mesmo, sinalização oposta à de serviço público. Deveras, enquanto este último se constitui em uma oferta de utilidades a cada qual dos administrados, ampliando-lhes assim suas esferas de desfrute de comodidades, as medidas em questão, inversamente, visam (em nome, é certo, do bem estar de todos) restringir, limitar, condicionar as possibilidades de atuação livre das pessoas, fiscalizá-las e penalizar os comportamentos infracionais, a fim de tornar exequível um convívio social ordenado.

A confusão que alguns fazem entre elas ocorre sobreposse quando estas providências limitadoras estejam radicalizadas sob titulações genéricas, tais as de *coordenação, articulação, gerenciamento* e quejandas. Estas dicções vagas -diga-se de passagem- vieram a disseminar-se amplamente entre nós a partir do momento em que, lamentavelmente, economistas e administradores ganharam incompreensível prestígio, ao ponto de lhes ser atribuída a redação de textos legislativos. Despreparados para tal mister, jejunos na linguagem técnica do Direito e inscientes da necessidade de precisão comunicativa que este demanda, introduziram uma terminologia fluida, altamente imprecisa e, sobretudo, carente de referenciais jurídicos já estabelecidos.

O uso desta terminologia vaga é propício a engendrar equívocos entre os menos avisados, pois os coloca perante expressões que, em Direito, carecem de especificação. Em face delas cumpre, então, que o exegeta, mais que nunca, volte diretamente sua atenção ao conteúdo regulado por leis ou atos que se servem das mencionadas rotulações, advertido de que nelas nada encontrará de útil para identificar os institutos jurídicos aí disciplinados, mas apenas uma fonte de obscuridade.

1. Cf., nosso. “O Estado e a Ordem Econômica” in *RDA*, vol. 143, pp. 37 e ss.

2. Cf., LOPES MEIRELLES, Hely, *Estudos e Pareceres de Direito Público*, Ed. Rev. dos Trib., 1977, vol II, pp. 151-152; GRAU, Eros, *Elementos de Direito Econômico*, Ed. Rev. dos Trib., 1981, p. 103 e ss. e nosso “Contrato de Obra Pública com Sociedade Mista”, parecer, in *RDP* 74, pp. 107 e sgs., nos 12 a 15, assim como, alguns anos antes, *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, Ed. Rev. dos Tribunais, 1973, pp. 101 e sgs., 119, 122, 124, 135 e 141 a 143).

Feitas estas advertências em relação ao uso promíscuo da palavra *serviço* e, conseqüentemente, dos enganos que, por obra de leigos, faz refluir sobre a noção de serviço público, cumpre verificar e do modo mais simples possível qual sua acepção própria em nosso Direito, deixando de lado outros questionamentos que historicamente se puseram, quais os atinentes às suas acepções subjetiva, objetiva e formal³.

4. Serviço público, em sentido técnico jurídico, é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público -portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais- instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo⁴.

Consiste na prestação de uma utilidade ou comodidade *material*, como oferecimento de água, luz, gás, telefone, transporte coletivo, tratamento da saúde, ministério de ensino etc. Esta oferta é feita aos *administrados em geral*. Daí falar-se, com razão, no princípio da generalidade do serviço público. Diz respeito a necessidades ou comodidades básicas da Sociedade. Por isso Cirne Lima o conceituou como “o serviço existencial à sociedade ou, pelo menos assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de que ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa”⁵. Léon Duguit, o criador da “escola do serviço público”, chefe desta corrente que tanta influência teve no direito administrativo, o configurou como “indispensável à realização da interdependência social e de tal natureza que não pode ser assumido senão pela intervenção da força governante”⁶.

O serviço público, pois, é uma dentre as diferentes espécies tipológicas de atividade estatal e perfeitamente distinto da cópia de atividades inicialmente referidas.

5. Isto posto, vejamos quando se caracteriza uma concessão de serviço público propriamente dita.

Para caracterizar-se uma concessão cumpre que o exercício da atividade pública *seja juridicamente transferido a outrem*; ou seja, que se irroque a alguém titulação de direito para relacionar-se diretamente com os administrados aos quais prestará a atividade (assumindo a posição que, em princípio, competiria ao Poder Público), remunerando-se pela exploração do serviço, normalmente mediante cobrança de tarifas diretamente dos usuários. Daí havermos averbado em outra oportunidade:

3. Cf., ao respeito nosso *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, Ed. Rev. dos Trib., 1968, pp. 140 a 168.

4. Cf., nosso *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Ed., 10a ed., 1998, p. 434. Não se fez menção à conceituação legal prevista no art. 2o da lei no 8.987, de 13-02-95, por ser praticamente imprestável aos fins a que se destina. Basta ver que, nos termos dela, se tomada tal como redigida, nos casos de dispensa de licitação, inexigibilidade ou mesmo de concessão irregularmente outorgada, isto é, procedida sem o atendimento deste requisito, a relação jurídica formada não seria uma concessão. Ou seja: houve confusão óbvia entre o necessário para caracterizar o instituto e seus requisitos de validade. Demais disto, foi feita imperdoável confusão entre concessão de obra pública e concessão de serviço público. Acresce que a característica indeclinável *exploração do serviço* só foi apontada para a concessão de “serviço público precedido de obra pública (para servirmo-nos da terminologia legal). Pela quantidade de erros grosseiros já se vê que deve ter andado por aí a mão de economistas ou administradores públicos na definição de concessão.

5. *Princípios de Direito Administrativo*, Ed. Rev. dos Trib., 5ª ed., 1982, p. 82.

6. *Traité de Droit Constitutionnel*, 2a ed., 1923, vol II, p. 55.

É indispensável -sem o que não se caracterizaria a concessão de serviço público- que o concessionário se remunere pela exploração do próprio serviço concedido⁷.

Na concessão, o Estado interpõe o concessionário entre ele e o administrado no que atina ao desempenho da atividade concedida. Dessarte será o concessionário -e não o concedente- quem terá, de direito, seu *imediato* encargo e, por isto, responderá ante os usuários por sua prestação, por sua boa qualidade ou pela insuficiência ou, ainda, por danos que lhes causar ou que atingirem terceiros. É perante o concessionário que os usuários reclamarão o que tiverem a demandar em relação ao serviço. Daí dizer-se que o concessionário age *em nome próprio*, assim como também se diz que o fará por sua conta e risco, vez que sacará a remuneração daquilo que a exploração do serviço proporcionar.

Note-se que tal situação jurídica é perfeitamente distinta daquel'outras em que o Estado apenas concerta com alguém o encargo de efetuar materialmente dada atividade, sem, todavia, investi-lo em titulação para relacionar-se diretamente com o administrados, pois não lhe transfere a responsabilidade imediata do serviço; tão somente serve-se do contratado para que o realize materialmente *para o próprio Estado*. Daí que as relações estabelecidas transitam apenas entre o Estado e o contratado, sendo os terceiros, *beneficiários delas*, estranhos à tal vínculo. Donde, nestes casos, o contratado nada tem a cobrar dos administrados, visto que não é com eles que se relaciona. Quem lhe paga é o Estado, sujeito a quem prestará o serviço do qual foi encarregado.

6. É o que ocorre, por exemplo, com a coleta de lixo domiciliar no município de São Paulo e, aliás, em geral, em múltiplos municípios. Trata-se de um serviço público, como é evidente. E é prestado ao Poder Público por empresas privadas. Sem embargo, trata-se de um simples contrato de prestação de serviços e não concessão de serviço público.

Nada importa, pois, que a atividade prestada seja em si mesmo um serviço público, pois, em hipóteses quejandas, o contratado será apenas um agente material do Estado e não um sujeito investido de poderes para relacionar-se, de direito, com os usuários e para remunerar-se pela exploração do serviço. Foi o que de outra feita anotamos:

Cumpra alertar para o fato de que prestação direta do serviço não é tão-só aquela que materialmente se efetua por obra imediata dos próprios órgãos administrativos ou pessoas integrantes da estrutura estatal. Se assim fosse, o Poder Público -caso não pretendesse materialmente prestá-lo mediante um órgão ou entidade componente de sua intimidade jurídica- teria de valer-se, obrigatoriamente, da concessão ou permissão, pois estaria impedido de concertar com terceiros um mero contrato administrativo de prestação de serviços -como o de coleta de lixo domiciliar, por exemplo. Nos simples contratos de prestação de serviço o prestador do serviço é simples executor material *para o Poder Público contratante*. Daí que não lhe são transferidos poderes públicos. Persiste sempre o Poder Público como o sujeito diretamente relacionado com os usuários, e, de conseguinte, como o responsável direto pelos serviços. O usuário não entretém relação jurídica alguma com o contratado-executor material, mas com a entidade pública à qual o serviço está afeto. Por isto, quem cobra pelo serviço prestado -e o faz para si próprio- é o Poder Público. O contratado não é remunerado por tarifas, mas pelo valor avençado com o contratante governamental. Em suma: o serviço continua a ser prestado diretamente pela entidade pública a que está afeto, a qual apenas se serve de um agente material.

7. *Curso de Direito Administrativo, cit.*, p. 456.

Já, na concessão, tal como se passa igualmente na permissão *e em contraste com o que ocorre nos meros contratos administrativos de prestação de serviços, ainda que públicos*, o concedente se retira do encargo de prestar diretamente o serviço e transfere para o concessionário a qualidade, o título jurídico, de prestador do serviço ao usuário, isto é, o de pessoa interposta entre o Poder Público e a coletividade⁸.

7. Visto o que é concessão ou delegação de atividade pública a outrem, vejamos agora, o que é *polícia administrativa* e quais as hipóteses em que atos encartados no âmbito de tal atividade podem ser exercidos por particulares.

A atividade conhecida entre nós como *Polícia Administrativa* -hoje estudada, preferentemente sob a designação de “Limitações Administrativas à liberdade e à propriedade”- corresponde à ação administrativa de efetuar os condicionamentos legalmente previstos ao *exercício* da liberdade e da propriedade das pessoas, a fim de compatibilizá-lo com o bem estar social. Compreende-se, então, no bojo de tal atividade, a prática de atos preventivos (como autorizações, licenças), fiscalizadores (como inspeções, vistorias, exames) e repressivos (multas, embargos, interdição de atividade, apreensões).

Como é comum nas atividades dos sujeitos de direito, envolve tanto a prática de atos jurídicos, quanto a de atos materiais que os executam ou mesmo, em alguns casos, que os precedem, para que possam ser produzidos. Sem embargo, a tônica que corresponde à chamada “polícia administrativa” -opostamente ao serviço público e à obra pública- não é a prática de atos materiais, mas de *atos jurídicos expressivos de poder público*. Esta idéia está, de certo modo, parcialmente abrigada na observação de Rivero, segundo quem, a atividade de polícia “*se exerce principalmente por via de prescrições, gerais ou individuais*”, ao passo que, o serviço público “*toma a forma de uma gestão*” (*Droit Administratif*, Dalloz, 3ª ed., 1965, pag. 363, nº 431).

Com efeito, o que o serviço público *visa*, o que tem por objeto, é algo *material*: fornecer água, iluminação elétrica, comunicação telefônica, telegráfica, recolhimento de lixo, tratamento médico, ministério de aulas etc. A realização de obra pública, igualmente, é a oferta de uma utilidade material: a rua, a estrada, a ponte, o viaduto etc.

O que a *polícia administrativa visa*, diversamente, é a expedição de *provimentos jurídicos*: atos que *habilitam* os administrados à prática de determinada atividade (licença de construir, licença para dirigir automóveis, autorização de porte de arma etc.) ou que, inversamente a *proíbe* (denegando os atos referidos) ou a *impede* (expedindo ordens, como ocorre quando o guarda de trânsito o desvia, obstando a circulação por vias congestionadas por algum acidente) ou, ainda, *sanciona*, se desatendidas as normas pertinentes (expedindo multas, determinando o embargo de atividades), quando constatada sua violação, o que ocorre como resultado de *fiscalização* do comportamento dos administrados.

8. Os *atos jurídicos* expressivos de *poder público*, de *autoridade pública*, certamente não poderiam, ao menos em princípio e salvo circunstâncias excepcionais ou hipóteses muito específicas, ser delegados a particulares, ou ser por eles praticados (caso “*exempli gratia*”, dos poderes reconhecidos aos capitães de navio).

Daí não se segue, entretanto, que *certos atos materiais que os precedem* não possam ser praticados por particulares, mediante *delegação*, propriamente dita, ou em decorrência de um *simples contrato de prestação*, por força do qual o contratado prestará a atividade

8. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 457, nota de rodapé nº 4.

para o Poder Público, sem vínculo *jurídico direto* com os administrados e sem remuneração captada diretamente destes; ou seja: nos termos dantes referidos ao se tratar da distinção entre contrato de prestação de atividade e concessão dela.

Em ambos os casos (isto é, com ou sem delegação), às vezes, tal figura aparecerá sob o rótulo de *credenciamento*. Adilson Dallari, em interessantíssimo estudo recolhe variado exemplário de *credenciamentos*⁹.

Existe, ainda, a possibilidade de particulares serem encarregados de praticar ato material *sucessivo* a ato jurídico de Polícia, isto é, de cumprimento deste, quando se trate de *executar materialmente* ato jurídico interferente apenas com a *propriedade dos administrados*; *nunca, porém, quando relativo à liberdade dos administrados*. Tome-se, como exemplo, a possibilidade da Administração contratar com empresa privada a demolição ou implosão de obras efetuadas irregularmente e que estejam desocupadas, se o proprietário do imóvel recalçar e providenciá-la por seus próprios meios, inobstante devidamente intimado e legitimamente submetido a isto. Ou seja: o Poder Público não estaria obrigado a proceder a demolição ou implosão do edificado ou a desobstrução da faixa marginal de rodovias mediante servidores públicos.

Até mesmo, conforme ao diante se dirá, pode surgir hipótese peculiar em que *atos jurídicos sejam expedidos por máquinas detidas por particulares*, sem que nisto haja violação ao direito ou a seus princípios básicos.

9. No estudo *supra* referido, Adilson Dallari ressalta que é necessário, em relação aos atos envolvidos na atividade de Polícia, fazer uma distinção:

uma coisa é o reconhecimento oficial (mediante emissão de um ato jurídico administrativo) de que o interessado preenche os requisitos legais para construir ou dirigir veículo; outra coisa é a atividade técnica destinada a verificar se esse ato jurídico pode ou não ser emitido. Esta última atividade, de natureza instrumental, pode ser delegada; a primeira (segundo entendimento predominante na doutrina e que não cabe, aqui, discutir) é exclusiva de órgão dotado de fé pública, de prerrogativas inerentes ao poder público..., *op. cit.* pag. 30).

Logo em seguida, depois de transcrever manifestação de Alvaro Lazzarini sobre a privatividade de órgãos públicos no exercício de polícia, anota:

Esse entendimento não impede a atribuição a particulares das atividades técnicas, instrumentais, de mera verificação, com base nas quais a entidade emitirá a declaração de conformidade (habilitando ao exercício de um direito) ou aplicará alguma sanção, no caso de desconformidade (*op. e loc. cit.*)

10. Em suma, cumpre, desde logo, distinguir entre atos jurídicos *expressivos de uma determinação de autoridade pública* e atos de *mera atividade material de fiscalização e de averiguação*, suscetível de ser *objetivamente feita*, maiormente quando passível de ser realizada por instrumentos *precisos*, como ocorre no uso de máquinas que, ademais, conservam *registrados* os dados apurados *para fins de controle governamental*.

Nestas últimas hipóteses, para as constatações requeridas ao exercício de atividade fiscalizadora, graças ao concurso da tecnologia moderna utilizam-se equipamentos sofisticados que ensejam aferições exatas, *libertas do subjetivismo inerente às avaliações humanas* e que, de outro modo, se faria presente, *quer quando efetuadas por servidores públicos, quer quando efetuadas por terceiros*.

9. *Credenciamento*, in *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*, obra coletiva, Malheiros Ed., vol II, 1997, pp. 38 a 54.

Para execução desta atividade material, precisa por excelência e desde que retentora de dados para controle governamental, nada importa que os equipamentos pertençam ou sejam geridos pelo Poder Público ou que pertençam e sejam geridos por particulares, aos quais tenha sido delegada ou com os quais tenha sido meramente contratada.

É que as constatações efetuadas por tal meio caracterizam-se pela *impessoalidade* (daí porque não interfere o tema do sujeito, da pessoa) e asseguram, além de exatidão, uma *igualdade* completa no tratamento dos administrados, o que não seria possível obter com o concurso da intervenção humana.

Assim, *nestes casos* em que o ato material *instrumental à prática do ato jurídico de polícia* se efetue por via de máquinas, ensejadoras de verificação objetiva e precisa, não há violência alguma a regra ou princípio de direito administrativo no fato de que sejam operadas por meio de particulares para tanto habilitados pelo Poder Público.

11. Note-se, finalmente, que se poderia, inclusive, reconhecer uma hipótese na qual até mesmo a expedição de *ato jurídico administrativo vinculado* poderia ser efetuada por máquina, conquanto detida por particulares. Seria o caso de *parquímetros* instalados por empresas privadas, sob contrato com o Poder Público, os quais, sobre registrarem estacionamento além do tempo habilitado, ao cabo dele, emitissem o próprio auto de infração. Que ameaça, que risco, haveria para a liberdade dos cidadãos em tal proceder? Que violência ocorreria no que atina à igualdade dos cidadãos, se o auto infracional *não estaria em tal caso relacionado com a vontade de particular algum*, mas surgiria como fruto automático da objetiva e impessoalíssima verificação efetuada por um engenho mecânico ou eletrônico? Qual a importância do recurso tecnológico pertencer a um particular ou ao Poder Público, ser ou não instalado pelo primeiro ou pelo segundo?

12. Deveras, a restrição à atribuição de atos de polícia a particulares funda -se no corretíssimo entendimento de que não se lhes pode, ao menos em princípio, cometer o encargo de praticar atos que envolvem o exercício de misteres tipicamente públicos quando em causa liberdade e propriedade, *porque* ofenderiam o equilíbrio entre os particulares em geral, ensejando que uns oficialmente exercessem supremacia sobre outros.

Ocorre, todavia, que se estiverem em pauta meramente *atos materiais instrumentais preparatórios*, *não haverá nisto atribuição alguma de poder* que os invista em qualquer supremacia engendradora de desequilíbrio entre os administrados. É o que basta para descaracterizar a comparência da aludida razão impediante, se consistirem na simples constatação de situação ou evento apuráveis de maneira absolutamente impessoal, objetiva e precisa, graças a equipamentos, propiciados pela moderna tecnologia que ensejem este resultado prezável. Ganha-se nisto maior proteção e garantia para os administrados contra violações à igualdade e contra perseguições ou favoritismos. A objetividade por eles proporcionada, comparecerá, de todo modo, indiferentemente, quer sejam operados por particulares ou pelo Poder Público, visto que tal virtude decorre da máquina e não de quem esteja dela encarregado.

Em suma: deixando de lado algumas hipóteses excepcionais e clássicas de exercício de atividade de polícia por particular (“*exempli gratia*”, atos desta espécie exercíveis por capitães de navio) é certo que particulares podem ser contratados para a prática de certos atos que se encartam no bojo da atividade de polícia, pelo menos nas seguintes hipóteses:

(a) para atividade *sucessiva a ato jurídico de polícia expedido pelo Poder Público*, consistente em sua mera *execução material*, se não houver nisto interferência alguma com a liberdade dos administrados, mas, tão só, com a propriedade destes;

(b) para atividades *materiais que precedam a expedição de ato jurídico de Polícia a ser emitido pelo Poder Público*, quando se tratar de mera constatação instrumental à produção dele efetuada por *equipamento tecnológico que proporcione averiguação objetiva, precisa, independentemente de interferência de elemento volitivo* para reconhecimento e identificação do que se tenha de apurar, com a retenção dos pertinentes dados para controle, a qualquer tempo, por parte da entidade administrativa competente.

Existe, finalmente, como dito, a hipótese - que na atualidade ainda se pode considerar peculiar - na qual *ato jurídico de polícia inteiramente vinculado* pode ser expedido por máquina que sirva de veículo de formação e transmissão de *decisão do próprio Poder Público* (caso de parquímetros que expeçam auto de infração), inobstante o equipamento pertença a um contratado e esteja sob sua guarda e manutenção. Não cabe aqui aprofundar demasiadamente o tema, por requerer considerações de certa amplitude, a fim de ubicá-lo no panorama geral dos atos administrativos¹⁰ e definir sua compostura teórica.

Diga-se, apenas que, em nosso entender, o fenômeno aí ocorrente explica-se pela preposição do bem do particular ao jugo da “relação de administração”, nos termos em que a configura Rui Cirne Lima¹¹, de tal sorte que, for força dela, poderá operar como veículo de expressão do Poder Público (não sendo, pois de cogitar-se de uma *delegação*).

Em sintonia com o pensamento do eminentíssimo autor sobre a noção de “relação de administração”, em nosso entender, bens afetados a uma atividade pública (como ocorre na concessão, por exemplo) embora não passem, só por isto, à propriedade pública, ficam desde logo afetados pela sobredita relação.

Por força disto, não poderão ser distraídos da finalidade pública, não poderão ser penhorados etc. Ou seja: o bem passa a ser um instrumento da satisfação de uma necessidade administrativa e como tal se qualifica.

Eis porque dissemos que, no caso de parquímetros, de propriedade e sob guarda de empresa privada contratada pelo Poder Público, a expedição de multa por tais máquinas *não pressupõe delegação ao particular para a prática de ato jurídico de polícia*.

É que a multa estará sendo expedida *pelo próprio Poder Público*, através da máquina em apreço, a qual, estando gravada pela relação de administração, servirá de veículo para prolação do ato administrativo em questão.

Note-se que isto é possível por não haver aí atividade alguma do particular. A atividade deste se desenvolve apenas em relação à guarda e conservação do equipamento, *não na produção do ato, que é inteiramente automática*.

10. Em nosso *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 222, n° 2 e 3, expusemos a possibilidade de atos administrativos serem praticados por máquinas e nos servimos precisamente desta hipótese como uma das razões que exibem a insuficiência dos critérios tradicionais de separação entre ato jurídico e fato jurídico, obrigando-nos a produzir o discrimen que entendemos capaz de apartá-los corretamente.

11. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. Sulina, 1954, 3ª ed., pp. 54 a 57 e 76 a 78, n° 3 e 4. Conforme corretamente ensinou este notável administrativista, relação de administração e propriedade podem conviver, caso em que a primeira domina e paralisa a segunda.

Aliás, o advento das máquinas modernas e sua utilização na esfera pública já hoje desperta a necessidade de revisitar certos conceitos tradicionais do direito administrativo, como bem o demonstrou, em excelente artigo, o eminente administrativista argentino Tomás Hutchinson em excelente artigo sobre o assunto¹².

12. “La actividad administrativa, la maquina y el Derecho Administrativo” in *RDP* nº 55-56, pp. 37 a 45.

§ 84. LOS SERVICIOS PÚBLICOS: VICISITUDES Y FUNDAMENTOS DE UN TEMA JURÍDICO INCONCLUSO E IMPRECISO

Jaime Orlando Santofimio Gamboa
Profesor de la Universidad Externado de Colombia

I. INTRODUCCIÓN

“El derecho público administrativo es el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos. Todo país civilizado tiene servicios públicos, y para regular el funcionamiento de estos servicios existen necesariamente reglas jurídicas especiales. Se puede, pues, afirmar que en todo país donde se haya alcanzado la noción del servicio público tal como lo expondremos más adelante, es decir, en todo país civilizado, existe derecho administrativo”. Con estas palabras Gastón Jèze, profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de París, iniciaba en 1925 el Tomo I de la 3ª edición francesa de su monumental obra sobre los principios generales del derecho administrativo, en la que desarrolló en buena parte los trabajos doctrinales y constitucionales de León Duguit y, principalmente, el pensamiento jurisprudencial francés de la época en torno a los principios constructores del derecho administrativo.

Hoy estas afirmaciones resultan a todas luces relativas y pueden generar cualquier tipo de discusión sobre su validez y aplicabilidad. Incluso, frente a la problemática de los servicios públicos, se duda si realmente el derecho público administrativo tiene alguna importancia práctica, cuando actualmente las modernas concepciones económicas rechazan que el Estado a través de su aparato administrativo gestione u opere servicios públicos, en cuanto se entiende que éstos son materia de la competencia económica y la iniciativa privada, por lo tanto objeto del derecho privado.

Existen entonces razones de fondo para proponer una aproximación a toda esta problemática, con el propósito de decantar las incidencias e impacto que han tenido las diferentes concepciones sobre los servicios públicos en ordenamientos jurídicos dependientes, como los nuestros, que aun no han logrado consolidar su identidad jurídica, lo que aunado a sus crecientes conflictos sociales y económicos y a la degradación de las clases sociales y sectores relativamente productivos hacen dificultoso la discusión en torno a problemas de esta índole a la luz por ejemplo de la teoría del mercado, o de la libre competencia, cuando realmente grandes sectores de la población requieren de mínimos vitales para su sobrevivencia que solo se logran a partir del mantenimiento de un régimen asistencialista, generando en consecuencia la necesaria convivencia de interpretaciones económicas de los servicios públicos con discursos intervencionistas inevitables, procurando consolidar un *sui generis* Estado Social de Derecho.

Para estos efectos, hemos retomado los trabajos doctrinales de la teoría clásica de los servicios públicos procurando identificar sus fundamentos básicos, no con el pretexto de justificarla y retomarla como ejemplo de bondades y de grandeza de una época trascendental para el derecho administrativo, todo lo contrario, como simple parámetro

evolutivo y creador de principios, de los cuales algunos hoy se preservan en el régimen jurídico colombiano de los servicios públicos, aunque obviamente reducidos ante el empuje y presión de las fuerzas de la economía del mercado y la iniciativa privada que han estructurado un importante contexto normativo de gran importancia e incidencia para la interpretación y análisis de los servicios públicos en todos sus sentidos.

Finalmente, estas discusiones tenemos necesariamente que referirlas al marco constitucional, no solo al articulado correspondiente a la materia, artículos 365 a 370 de la Carta, sino también y de manera principal, a los contenidos normativos superiores fundadores del sistema económico nacional en cuanto inciden en la lectura que podamos hacer de los principios y normas sobre la materia. Una aproximación académica a los servicios sería prácticamente imposible hacerla por fuera de la economía e incluso de la misma sociología, de aquí que el trabajo aborde estos contextos como sustentadores de las exposiciones en torno al alcance del régimen positivo de los servicios públicos. Debo recordar que el presente estudio se hace respecto a un sistema jurídico predeterminado, luego asumimos toda la responsabilidad frente al mismo y sus realidades.

II. LAS TENTATIVAS PARA CONSOLIDAR EL SERVICIO PÚBLICO COMO FUNCIÓN TÍPICA ADMINISTRATIVA LA TEORÍA CLÁSICA DE LOS SERVICIOS. ANTECEDENTES Y DESARROLLO JURÍDICO DOCTRINAL

1. Los servicios públicos como expresión del interés general

Aproximarse a los servicios públicos desde la perspectiva clásica del derecho público administrativo significa abordar bajo una concepción eminentemente sociológico-jurídica uno de los aspectos más complejos de convivencia humana en un determinado conglomerado al que históricamente¹, incluso en los ordenamientos de la antigüedad², ha acu-

1. HOMO, León, *La Roma Imperial y el Urbanismo de la Antigüedad*, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México 1956, pp. 1,2,3,4 y 452. Es necesario destacar desde la perspectiva de la dialéctica profunda de la historia política e institucional que en los ordenamientos anteriores al surgimiento del Estado, como lo fueron el romano o el griego, se dejaban ya visualizar algunas responsabilidades en materias de servicios en cabeza del que pudiéramos catalogar hoy como sector público, consistente en la asistencia a la población en aspectos considerados como básicos para el bienestar diario los que se prestaban de manera general, o en algunos casos de manera concreta, según la jerarquía del usuario de acuerdo con el derecho de la época. Bajo esta perspectiva, las atribuciones públicas en servicios públicos gozan de profundas e innegables raíces en el desarrollo de las instituciones, lo que ha permitido forjar a través de los Siglos, conceptos y regulaciones vinculantes para las autoridades y la población en torno a la prestación y características materiales de los servicios públicos. En caso de Grecia, sostiene HOMO, León, las reflexiones sobre el ordenamiento urbanístico y de servicios en la ciudad estuvieron a cargo de los filósofos. Los grandes filósofos del Siglo IV aplicaron a la vida de la ciudad la noción soberana de *nous* organizador. Platón, por ejemplo, dentro de una comprensión general e integradora del urbanismo, comprende los incipientes servicios a cargo de las autoridades locales como el de defensa. ARISTÓTELES en sus reflexiones sobre la política, se refiere a otros servicios básicos para la comunidad local como los de higiene, defensa, condiciones de vida social y plazas públicas. En el Imperio Romano, la ciudad imperial (Roma) "... aparece ante la historia con un doble carácter: fue, a la vez, una ciudad inmensa -con un millón a millón y medio de habitantes- y la capital de un Imperio lo que implicó un tratamiento diferente en obras y servicios tales como vías públicas y monumentos y la expedición de reglamentaciones especiales de tránsito, edificación e higiene. No obstante se advierte que muchos servicios o no existían como hoy los conocemos o se prestaban de manera restrictiva a determinados grupos sociales como el caso del acueducto..., Durante el Imperio, fue abundante el agua en Roma, pero no se distribuía a particulares por domicilios de una manera regular. Tener agua en casa era

dido el hombre en procura de abrigo, protección, asistencia, mejoramiento de condiciones o niveles de vida y demás respuestas a sus necesidades como sujeto actuante y vital para la comunidad; respuestas que por sí solo estaría en incapacidad de obtener por sus limitaciones y la complejidad del mundo circundante; resguardo que por tradición reclama del Estado, principalmente a través de su vinculación con la vida local, esto es, de su ubicación en un territorio -urbano o rural- que considera óptimo para alcanzar los niveles de satisfacción que le permitan sobrevivir y progresar en lo social, político, económico y cultural³.

En este sentido, los servicios públicos se destacan entonces por ser un tema vinculado de manera irremediable al interés general; al hombre social como objeto de la acción efectiva de las autoridades administrativas, quienes tienen en sus manos la materialización de los propósitos y finalidades de la organización política, por lo tanto, una materia reductible al ámbito del derecho en cuanto generadora de normas, principios y reglas jurídicas tendientes a garantizar su prestación oportuna, eficiente y continua. Disposiciones de evidente carácter social que en la evolución del sistema continental o europeo, por regla general, significaron un acrecimiento al derecho público administrativo⁴, es

un privilegio personal que durante la república, otorgaba el senado y, en la época imperial resultaba una gracia del emperador...;” Algunos otros servicios como los de alumbrado y tránsitos públicos fueron deficientes y rudimentarios, por ejemplo en Roma, se prohibió el tránsito en las horas del día por lo estrecho de las vías. En materia de alcantarillado, se poseía una extensa y excelente red, pero limitada a las necesidades de las vías públicas, sin posibilidad de conexión con las casas o edificios privados para la disposición final de sus inmundicias.

2. MASSIMO SEVERO, Giannini, *Premisas Sociológicas e Históricas del Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1987, pp. 9 a 25. Recuerda el profesor GIANNINI que con anterioridad a la institucionalización del poder no se puede hablar de administración pública ni mucho menos de una función administrativa, conceptos que surgieron precisamente con ocasión de los grandes cambios ideológicos producidos por la gran Revolución Francesa. En este mismo sentido, resulta inadmisibles referirse al fenómeno estatal con anterioridad al surgimiento del Estado moderno, por esta razón sugiere identificar fenómenos como el romano como meros ordenamientos y no como Estados en los términos y sentido de la hora actual de la evolución de nuestro derecho. En este mismo sentido, puede consultarse a GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, *La Lengua de los Derechos, La Formación del Derecho Público Europeo Tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, Madrid 1994. “...No es extraño por ello que la Revolución Francesa tuviese efectos inmediatos sobre la lengua. Toda la representación del mundo social y colectivo cambió súbitamente..., Todo el sistema léxico de representación del mundo colectivo tuvo que sufrir...” La Revolución Francesa fue sin duda una verdadera revolución lingüística que llevó a replantear muchos de los conceptos tradicionales del derecho y de la ciencia política.

3. Históricamente es en la ciudad en donde el ser humano en primer lugar ha procurado la atención a sus necesidades vitales, de aquí la vinculación primordial de los servicios públicos con la política territorial y urbana; la sujeción de cualquier decisión en la materia a lo dispuesto en las normas urbanísticas resulta fundamental en los actuales momentos de nuestra evolución institucional. Bajo esta consideración, el derecho administrativo urbano y el urbanismo como su ciencia fundamentada nos muestran el papel trascendental que desde los orígenes mismos de la humanidad cumplió la ciudad en la prestación de los servicios básicos a sus habitantes. Para estos efectos puede consultarse las siguientes obras: LIBERAN, Mario, *L'origine delle città. Le prime comunità urbane del Vicino Oriente*, Editori Riuniti, Roma 1986, pp. 20 y 28. Se destaca por este autor los esfuerzos de una antigua comunidad mesopotámica por obtener servicios públicos fundamentales como el de acueducto para el uso comunal dentro del contexto de la ciudad. CHUECA GOITI, Fernando, *Breve Historia del Urbanismo*, Alianza Editorial, Madrid 1974, p. 48. La ciudad, señala este autor, es el centro de todas las aspiraciones de la vida colectiva y en muchos casos de la misma humanidad, de aquí su relación indudable con los servicios, sobre todo, con los generales y fundamentales para la comunidad. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Urbanístico, Instituciones Básicas*, Ediciones Ciudad Argentina, Mendoza 1986, p. 8. Ante el crecimiento desproporcionado y desordenado de las ciudades, el urbanismo, por lo menos para las ciudades inglesas de la Revolución Industrial, aporta técnicas de ordenación general en aspectos tan importantes como los servicios públicos básicos para la población desbordada de los mismos. Se proyectan servicios de alcantarillado, suministro de agua potable, diseño urbano y de las viviendas desde criterios o estándares sanitarios, etc.

4. WEIL, Prosper, *Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid 1994, p. 105. En su concepción inicial francesa y en general en los ordenamientos bajo su influencia, la identificación de un servicio público de interés general implicaba la asunción de competencia por la administración bajo reglas, criterios y principios propios del derecho administrativo.

decir, compromisos institucionales fundamentales de los órganos y servidores públicos frente a la comunidad y excepcionalmente de los particulares autorizados para estos efectos⁵. Responsabilidades o atribuciones consideradas por su inmediatez y vinculación con los intereses del común de la naturaleza misma de la función administrativa en cualquier país civilizado⁶.

Esta tendencia de publicación de los servicios públicos no constituyó un aporte del Estado Constitucional o de Derecho, sus fuentes surgen del devenir histórico del fenómeno estatal, en este sentido, se puede sostener que “*la noción de servicio público corre prácticamente en paralelo con la evolución histórica del crecimiento de las tareas estatales*”⁷, aspecto este perfectamente detectable en la evolución misma del Estado absolutista, en cuanto que dentro de él constituyó la materia de los servicios públicos tema básico de las regulaciones de policía, en lo que se ha dado en llamar por la doctrina publicista como el fenómeno de la ciencia de Policía⁸, en donde la pax pública⁹, el interés general e incluso el progreso económico y social constituían aspectos centrales de estas regulaciones intervencionistas de los príncipes, reyes y emperadores o monarcas absolutistas¹⁰.

Vencido el estadio histórico del ejercicio subjetivo y personalizado del poder, esto es, lograda la institucionalización del mismo, estas regulaciones en su mayoría se conservaron, fueron retomadas por el naciente derecho administrativo como funciones propias y naturales del poder ejecutivo, consolidando de paso la idea de interés general como base de toda actuación pública¹¹, no obstante que en los primeros momentos del Estado liberal burgués de derecho se negaba y resistía a concebir un sector público presente y actuante frente a las necesidades comunitarias¹².

5. JESÉ, Gastón, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Editorial Depalma, Buenos Aires 1948, t II-1, p. 3. La prestación de los servicios públicos puede estar a cargo exclusivo de la administración, de los particulares autorizados o conjuntamente entre administración y particulares.

6. JESÉ, Gastón, *op. cit. supra*.

7. PAREJO ALFONSO, Luciano y otros, *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel Derecho, vol. I, Barcelona 1998, p. 498.

8. MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, Editorial Depalma, t II, Buenos Aires 1950, p. 3. “...*La noción de policía tiene una historia llena de vicisitudes. La palabra lleva el sello de su origen, que tuvo lugar en el renacimiento. Cuando pasó a Alemania, el vocablo “policía” significaba el buen estado de la cosa común..., que es el fin que debe perseguir la autoridad pública...*”. NIETO, Alejandro, *Estudios Históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1986, pp. 69, 75 y 80. En el Estado Nacional Absoluto, a diferencia de las relaciones jurídicas medievales, el monarca asume la regulación global de las relaciones económicas y sociales en perjuicio de los privilegios señoriales y estamentarios. En este sentido, bajo el emblema de la protección a la generalidad, se fue consolidando un sistema jurídico intervencionista que se conoció como de la policía o de los asuntos del común y que propendía por *la salus pública* y el *bonne ordre*, dentro del cual se incorporaban entre otras muchas materias las relativas al buen funcionamiento de los servicios públicos.

9. VILLAR PALASÍ, José Luis, *Derecho Administrativo. Introducción y Teoría de las Normas*, Universidad de Madrid, Madrid 1968, p. 147. Se entiende por *pax pública* no otra cosa que el título genérico que justifica el ejercicio y la intervención del soberano en las cosas del común, el justificante de su poder.

10. PAREJO ALFONSO, Luciano, *El Concepto del Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1984, pp. 43 y ss.

11. PAREJO ALFONSO, Luciano, *op. cit. supra*, p. 46. Sostiene PAREJO que la ciencia de la policía constituye “un antecedente inmediato de la administración y del derecho administrativo en sentido contemporáneo...”.

12. SOGGIA, Bruno, “Capitalismo”, Publicado en *Diccionario de Política de Norberto Bobbio y Incola Matteucci*, Siglo Veintiuno Editores, t I, México 1985, pp. 210 y ss. La posición política y funcional pasiva y neutral del Estado liberal de derecho correspondió en lo económico a la consolidación del capitalismo de la revolución industrial radicalizado en sus concepciones de libre mercado y competencia, regulados exclusivamente por las leyes de la oferta y de la demanda, fenómeno éste que en el caso inglés comprende el periodo de 1783 a 1802, en Francia 1830 a 1860, en los Estados Unidos 1843 a 1860 y en Alemania 1850 a 1873. PELLICANI, Luciano, “Estado

Abandonadas estas concepciones limitativas del papel interventor del Estado y, por lo tanto, de la administración en la problemática social, se avanzó en torno de configurar al Estado como administrador de servicios públicos y prestador asistencialista de respuestas a otras necesidades sociales no cubiertas por el hombre individualmente considerado, ni mucho menos por la iniciativa privada. Surge de esta manera la seguridad social a cargo del Estado, haciendo de éste el gran responsable de respuestas a la problemática social. En la realidad de las cosas, de un simple Estado inactivo en lo social y prestacional, se pasó en poco tiempo a uno administrador de servicios públicos y con el mismo impulso y motivación a otro administrador, prestacional y asistencialista, es decir, como lo identifica algún sector doctrinal, se llegó por obra de la dialéctica social a un verdadero Estado administrativo, en virtud de su ostensible crecimiento y fortalecimiento de las responsabilidades de esta función pública ejecutiva¹³.

La realidad social, política y económica que siguió al surgimiento del Estado constitucional se caracterizó por sus altos grados de conmoción, decadencia y crisis del capitalismo burgués clásico y de su sistema político. La explotación desmedida de los trabajadores, el crecimiento desordenado de los conglomerados urbanos, los índices de pobreza y desatención a todos los niveles de la población, la expansión incontrolable del capitalismo industrial en detrimento de las condiciones de vida de los trabajadores, el rápido aumento de la población en condiciones de miseria motivaron la reacción del Estado, quien asumió un papel protagónico¹⁴ y actuante ante la crisis, fortaleciendo su aparato administrativo, en consecuencia colocándose en una posición de prestador de servicios y benefactor¹⁵, haciendo presencia y asistiendo a todos aquellos sectores sen-

de Bienestar”, publicado en Diccionario, *op. cit. supra*, p. 614. El surgimiento del Estado de Bienestar constituyó la natural reacción política y jurídica en defensa de la igualdad frente al inhumano mercado autorregulado, donde no existían hombres, valores morales, sentimientos, sino mercancías, en consecuencia generador de pobreza, miseria, desocupación y alineación. El Estado en consecuencia se transforma en garante y en actor de una justicia distributiva, de la seguridad, del pleno empleo y de regular los abusos en el mercado. RIVERO, Jean, *Derecho Administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1984, p. 26. El surgimiento del derecho administrativo se dio dentro de un régimen de economía liberal, en donde no se le reconocía al Estado mayor papel regulador o interventor en las problemáticas generadas en estas materias. La decadencia de este sistema aceleró los procesos políticos y de publicación del derecho con el aumento de las responsabilidades de los órganos administrativos frente a la comunidad.

13. CASSESE, Sabino, *Le Basi del Diritto Amministrativo*, Giulio Einaudi Editore, Torino 1991, pp. 10 y 11. Si bien es cierto que la doctrina alemana desarrolló el concepto de Estado Administrativo para identificar el papel estelar y principal que el poder ejecutivo había adquirido en el régimen intervencionista (KELSEN, SCHMITT), Cassese se opone rotundamente a tal denominación con argumentos estrictamente gramaticales y jurídicos. Los primeros, en cuanto a la carencia de un concepto cierto y adecuado de Estado y la segunda, en la medida en que la administración no está incorporada como tal en el derecho positivo.

14. CHATELET, Francois y PISIER-KOUCHNER, Evelyne, “As Concepcoes Políticas do Seculo XX”. *Historia do Pensamento Político*, Zahar Editores, Rio de Janeiro 1983, pp. 151 y ss. Ejemplo indiscutible del papel actuante que debió asumir el Estado se puede observar en la gran crisis norteamericana de los años veinte y treinta del siglo XX, que llevaron a la adopción de decisiones políticas y económicas dentro del denominado New Deal del Presidente Roosevelt y que tuvo como fundamento los trabajos del economista y profesor KEYNES. El gran compromiso del ex gobernador de Nueva York al asumir la presidencia de aquel país consistió en sacarlo de la peor depresión de su historia, para lo cual el sistema económico de la libertad no le brindaba mayores instrumentos, razón por la cual decidió abandonar las ideas del *laissez faire* y del Estado limitado e inactuante acudiendo en su reemplazo a defender la responsabilidad colectiva y la existencia de una administración centralizada y poderosa para la defensa de los intereses generales.

15. Históricamente, el primer país que introdujo responsabilidades benefactoras o de Estado de Bienestar fue el imperio Alemán, en la época de Otto Von Bismarck. A finales de los años ochenta del Siglo XIX, creó un amplio sistema de seguridad social.

sibles de la sociedad, interviniendo, regulando, controlando y garantizando condiciones mínimas de existencia¹⁶.

La administración que hasta ahora había mantenido un perfil de simple garantizadora del orden, se transforma en un sujeto actuante y decisivo para el bienestar público, creando en consecuencia los mecanismos institucionales indispensables para cumplir con estos nuevos cometidos. Como consecuencia, crece no sólo orgánica, sino también funcional y laboralmente; penetra sectores hasta entonces inexplorados y en muchos casos reservados a la iniciativa privada; desarrolla mecanismos empresariales e industriales y, en algunos casos, figuras societarias, a través de las cuales se orientan recursos públicos para satisfacer las crecientes necesidades de la sociedad, buscando de esta forma acercarse al sector productivo de la sociedad incentivando en beneficio general¹⁷.

2. Las razones históricas para el compromiso entre Estado y servicios públicos. La teoría de los servicios públicos

Las alteraciones políticas y sociales generadas por el capitalismo industrial y por la economía de mercado circunscrita exclusivamente a las leyes del mercado repercutieron en el ámbito del derecho, generaron reacciones profundas en las consideraciones y percepciones jurídicas de los fenómenos económicos y sociales, esto es, suscitaron, como lo habíamos advertido, transformaciones jurídicas inevitables, principalmente para el derecho público administrativo, que tuvo que asumir la elaboración de novedosos conceptos, principios y reglas frente a las responsabilidades atribuidas a las administraciones públicas.

No en vano autores como Duguit¹⁸ en Francia y Forsthoff en Alemania proclamaron y reivindicaron para el objeto del derecho administrativo todas aquellas materias acrecidas por la administración pública, en razón de la problemática económica y social y que la vinculaban de manera directa con el cumplimiento de los propósitos estatales, en especial el de la atención y asistencia al interés general. “...*Allí donde hay Estado...*”

16. FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1958, pp. 61 y ss; 63 y 65.

17. FORSTHOFF, Ernst, *op. cit. supra*, p. 65. La administración moderna, sostiene este autor, traspasó los límites tradicionales de la soberanía y del funcionalismo propio del ejecutivo del Estado liberal clásico, asumiendo sectores económicos y productivos en nombre del interés general y para brindarle respuestas claras y efectivas a una comunidad desprotegida. En este sentido, nos encontramos ante “...*un cometido político de la más alta importancia...*”, que debe ser mantenido con el fin de afirmar a la administración como un cuerpo eminentemente de acción.

18. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Cuatro maestros de París, una época del derecho administrativo”, *REDA* n° 26, julio-septiembre de 1980. Como construcción sociológica jurídica, en consecuencia profundamente teleológica y finalística, sus razones provienen de las elaboraciones jurisprudenciales francesas que fueron magníficamente retomadas por el profesor DUGUIT, León dentro de una novedosa concepción del poder político, la soberanía y el Estado. Esta etapa del derecho público francés, indica GARCÍA DE ENTERRÍA, constituyó la más brillante de la historia. La época de “...*madurez de la disciplina en que ésta no sólo supera su legalismo esterilizador y organiza definitivamente, para darle una fuerza sistemática superior, los grandes hallazgos, sobre todo jurisprudenciales del Siglo XIX, sino que, segura de operar desde una perspectiva virgen y especialmente fecunda de lo jurídico, se lanza arriesgadamente a proponer verdaderas teorías generales del derecho y del Estado*”. DUGUIT significa para el derecho francés el arribo al realismo jurídico, el objetivismo jurídico, el gran giro copernicano y la gran transformación contemporánea del derecho público que “...*desaloja el mito tradicional del poder como pieza central del sistema para poner en su lugar la idea de servicio público...*”. En este sentido, el aporte de DUGUIT es amplio y se torna cabeza doctrinal del derecho público. Tratándose del derecho administrativo, es el pensamiento de Gaston JEZÉ, el que consolida la teoría del *servicio público* en cuanto a su concepto y la determinación del contenido de la administración pública.

declara Forsthoff en su tratado de derecho administrativo, “...*hay administración, y allí donde hay administración hay derecho administrativo y, por tanto, y siempre que haya ciencia del derecho, también una ciencia del derecho administrativo...*”¹⁹. De esta manera, se abrían las puertas en el derecho público alemán a lo que vino a ser la teoría jurídica sociológica de la procura existencial, en cuya base estaban sin lugar a dudas prestaciones básicas como las de los servicios públicos²⁰.

La doctrina francesa a partir de los trabajos de León Duguit²¹ y con fundamento en las elaboraciones del Consejo de Estado y del Tribunal de Conflictos²² fue mucho más allá

19. FORSTHOFF, Ernst, *op. cit. supra*, nota 16, p. 70.

20. FORSTHOFF, Ernst, *op. cit. supra*, nota 16, pp. 61 a 68; 96 a 119; 473 a 480. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “La Administración Pública y el Concepto de Daseinsvorsorge”, *R.A.P* n° 38, mayo-agosto de 1962. Puede consultarse así mismo SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, t I, Bogotá, 2002, pp. 97 a 101.

21. DUGUIT, León, *Traite de Droit Constitutionnel*, t II, Ancienne librairie fontemoing & Cia Editeurs, París 1928, pp. 59 y ss. Para el decano de Burdeos al interior de toda nación, dentro del límite de su territorio, se relacionan permanentemente gobernantes y gobernados. La gran característica de los gobernantes es la de que tienen en sus manos el monopolio de la fuerza, con el propósito fundamental de organizar y controlar el adecuado funcionamiento de los servicios públicos. Desde esta perspectiva, los servicios públicos se consolidan como un claro elemento del Estado. “...es más, los servicios públicos constituyen el punto culminante de la teoría del Estado que podemos resumir en los siguientes términos: el Estado no es más como en otros tiempos la fuente de poder fundada en la soberanía; es una cooperación de servicios públicos organizada y controlada por los gobernantes...” (la traducción es nuestra) En este punto gravita todo el Derecho Público Moderno. Las relaciones entre los gobernantes y los gobernados giran alrededor de la solidaridad social, en este sentido a los gobernantes les corresponde actuar siempre en razón y mediante todas las formas de la solidaridad social sin distinción alguna. “La solidaridad se convierte en el factor esencial para el libre desarrollo de la actividad individual...” (La traducción es nuestra) *Les transformations du Droit Public*, París 1925.

22. La concepción clásica de los servicios públicos fue sin duda el trabajo estelar del pensamiento *ius-publicista* francés, originado en la llamada escuela de Burdeos. Desde el punto de vista de sus fundamentos jurisprudenciales, los trabajos sobre servicios públicos se fundan en diferentes pronunciamientos, tanto del Consejo de Estado como del Tribunal de Conflictos, el principal de ellos es el denominado fallo blanco, el cual ha sido considerado como la columna vertebral y piedra angular de la autonomía y consolidación del derecho administrativo como un derecho especial para la administración pública en el sistema continental o europeo de influencia francesa Arret Blanco (18 de febrero de 1873. Tribunal de conflictos). El asunto puesto a consideración del tribunal y la profundidad de sus razonamientos le dan a esta providencia un carácter sustancial y definitorio en torno a la autonomía del derecho administrativo, la universalidad del fallo le permitió servir de fundamento a gran cantidad de los planteamientos típicos del derecho público administrativo, incluso la justificación del criterio de los servicios públicos como determinante de la administración, su derecho, la jurisdicción contenciosa y los servicios públicos como elementos clave de cualquier análisis administrativo. Los hechos que fundamentan esta providencia no tienen nada especial frente a algunos otros, anteriormente resueltos por los tribunales. Lo importante de este fallo es que dio origen a un conflicto de competencias sobre la jurisdicción llamada a pronunciarse sobre el fondo del asunto. Los sucesos ocurrieron en la ciudad francesa de Burdeos en el año 1872, Agnes Blanco, una pequeña de sólo cinco (5) años de edad, es atropellada y herida gravemente al atravesar una calle de aquella población por un carro transportador de tabaco, de propiedad de la fábrica estatal de este producto y conducido por cuatro de sus empleados. El padre de la menor, con fundamento en las normas de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil franceses de la época inicia ante el Tribunal Civil de Burdeos un proceso de responsabilidad contra los cuatro operarios de la tabacalera, como coautores de las heridas producidas a su hija y contra el Estado francés como responsable civilmente por la imprudencia de sus empleados. La pretensión invocaba la responsabilidad solidaria tanto de empleados como del Estado y solicitaba una indemnización de cuarenta mil francos; el representante del Estado planteó el conflicto de competencia en el que argumentaba la incompetencia del Tribunal Civil de Burdeos para conocer de un asunto en donde una de las partes era el Estado, al que en razón de la ejecución de un servicio público se le demandaba su responsabilidad con fundamento en los principios del derecho privado. El Tribunal del Conflicto que conoció la impugnación se pronunció el 18 de febrero de 1873, en los siguientes términos en lo pertinente “...La responsabilidad que le puede corresponder al Estado, en razón de los daños proferidos a los particulares, por sus empleados, en la prestación de los servicios públicos, no se rige por los principios consagrados en los artículos 1382 y siguientes del Código Civil en lo que respecta a las relaciones entre los particulares. Esta responsabilidad, que no es ni general ni absoluta, tiene reglas especiales que varían según las exigencias del servicio y la necesidad de conciliar los

de una simple postulación de los servicios públicos como objeto de competencia administrativa y desarrolló a partir de ellos toda una concepción ideológica de amplias repercusiones jurídicas, políticas y sociales. Aunque la obra de Duguit es particularmente densa, constituye un todo homogéneo y continuo del que puede decantarse su idea impulsora, que en tratándose del derecho constitucional se circunscribe a la revisión integral de las concepciones dominantes sobre el poder y la soberanía y frente al derecho administrativo, su postulación como un derecho social edificante de los principios y criterios para satisfacer el interés general de la sociedad depositado en los servicios públicos.

Con fundamento en estos trabajos, se justifica al Estado no como un poder soberano detentador de la fuerza, sino a partir del criterio sociológico de la solidaridad y del interés general, que lo entiende como agrupación o corporación de individuos con poder de coacción suficiente para cumplir con las obligaciones y deberes para con la sociedad; actividades que se concretan en los llamados servicios públicos. Se abandona, por lo tanto, no solo la clásica definición de la soberanía nacional, sino que se reacciona de manera especial contra la teoría del Estado-poder o del Estado-persona jurídica como titular de la soberanía. El Estado, dentro de la teoría de Duguit, es tan sólo un concepto con el que se identifica a la sociedad con el poder político indispensable o coacción necesaria para el cumplimiento de sus deberes sociales, para la real y efectiva materialización de los servicios públicos a favor de la comunidad. El Estado soberano se justifica sólo si se transforma en una verdadera federación de servicios públicos, dentro de la cual la principal obligación de sus gobernantes es la de asegurar su funcionamiento.

De estos postulados se deducen dos claros principios básicos en el pensamiento de Duguit: El primero, de ostensible inspiración socio-jurídica, en cuanto legitima a las autoridades y al poder, con el propósito de que gobiernen para la sociedad y cumplan con las finalidades que se les asignan, satisfaciendo los servicios públicos, edificando de esta forma el sustento de la legalidad dentro de su teoría. El segundo, de carácter político, reconoce la existencia de un gobierno dentro de la sociedad, que requiere para su ejercicio el apoyo de la fuerza política o el poder de constreñimiento, capaz de impulsar el cumplimiento de los servicios públicos como fines esenciales en toda sociedad²³.

Se puede afirmar que Duguit explica la noción de servicio público como sustituta de la soberanía y configuradora del objeto del derecho público administrativo bajo preceptos sociológicos y morales: lo primero, en cuanto pone como centro para la edificación de conceptos jurídicos a la sociedad y sus necesidades (como demandante de servicios y al Estado como prestatario de los mismos); y lo segundo, como edificante del deber de satisfacción de los servicios en cabeza del Estado. Conforme a esto, el derecho administrativo es el producto de las necesidades sociales y de los sentimientos de justicia social, de donde se deduce que el elemento identificante del concepto de servicio público es el interés general y el bien común.

derechos del Estado con los de los particulares. Corresponde por lo tanto a la autoridad administrativa conocer y valorar tal responsabilidad y no a los tribunales ordinarios...".

23. PAREJO ALFONSO, Luciano, *op. cit. supra*, nota 10, pp. 86 a 90.

3. El concepto jurídico de servicios públicos como función administrativa

Bajo las elaboraciones de esta concepción clásica, es decir, conforme a los lineamientos de la escuela de Burdeos, a los servicios públicos se los concibió como toda actividad de los sujetos u órganos públicos tendiente a la realización de las necesidades de interés general. En este sentido, el servicio público comparte elementos subjetivos y materiales; los primeros en cuanto *actividad de sujetos u órganos*, y el segundo, en cuanto *realización del interés general*, que es en definitiva el dominante, si se piensa que en últimas el servicio siempre será actividad independiente del órgano o persona que la desarrolle. De esta forma, el interés general como connotación teleológica termina convirtiéndose en elemento trascendental para el entendimiento del servicio público, en la medida en que prácticamente cualquier actividad, por regla general, persigue un fin determinado, sobre todo si nos referimos a las administrativas, que siempre buscan el cumplimiento de los propósitos estatales, o incluso la actividad de un particular cuando se compromete con una actividad de interés general²⁴.

Sobre el anterior entendimiento, es decir, siendo el servicio público un problema tanto orgánico como material teleológico de la administración pública, su régimen jurídico debe comprender todos estos extremos, así las cosas, el derecho administrativo desde este punto de vista será el de los servicios públicos, entendidos tanto orgánica como funcionalmente en el sentido apropiado para garantizar y asistir al interés general de la comunidad, de lo contrario sería inadmisibles para la escuela de los servicios públicos, un régimen jurídico especial y particular de la administración pública como prestataria de dichos servicios públicos.

El derecho administrativo visto desde esta perspectiva engloba las reglas jurídicas, principios, normas y procedimientos del derecho público que rigen su prestación por los entes públicos, en contraposición a la prestación de dichos servicios públicos por los particulares, en cuyo caso se les aplicarían normas y principios propios del derecho privado, facilitando de esta forma la prestación regular y continua del servicio. Este régimen reviste características propias que lo hacen indiscutiblemente especial. Se observan particularidades del sistema jurídico administrativo en cuanto se advienen normas, principios y criterios diversos a los del derecho privado para regir la naturaleza de los funcionarios vinculados al servicio, los bienes utilizados para su ejecución, los recursos, la identificación de los poderes superiores o exorbitantes de la administración, la naturaleza de los actos expedidos por los agentes del servicio, la responsabilidad administrativa, la naturaleza de derecho aplicable a sus contratos y el reconocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa como la competente para conocer de los litigios suscitados con ocasión del servicio. Excepcionalmente, de manera prácticamente marginal, la administración acudía al derecho común²⁵.

No obstante esta aparente definición y claridad en torno del régimen jurídico de derecho público administrativo generado por los servicios públicos, el problema principal en los sistemas jurídicos influidos por la doctrina francesa sobre la materia consistió preci-

24. WEIL, Prosper, *op. cit. supra*, nota 13, pp. 105. Puede consultarse a RIVERO, Jean, *op. cit. supra*, nota 12, p. 472. El sentido material de un servicio público está dado por toda actividad de interés general, aunque ningún órgano público estuviese especialmente encargado del mismo.

25. PAREJO, Luciano, *op. cit. supra*, nota 10, pp. 90 a 94. Los planteamientos radicales de la escuela de Burdeos llevaron a que siempre que se identificara un servicio como público, obviamente bajo la responsabilidad de la administración, el mismo desde la perspectiva jurídica era objeto del derecho público administrativo, lo cual es síntoma inicial de su futura crisis.

samente en consolidar un criterio cierto y seguro para identificar de manera concreta cada servicio público a cargo de la administración, con el fin de someterlos plenamente al régimen especial de derecho administrativo, que se invocaba como propio, en razón de que el concepto trabajado por la escuela de Burdeos, por su generalidad, no brindaba la suficiente solidez y certeza jurídica para saber cuando debía o no aplicarse el derecho administrativo.

Para estos propósitos, se hicieron algunas aproximaciones a un criterio definidor del problema calificando algunos servicios como públicos, por la costumbre en su entendimiento, como servicios públicos o por su especialidad.

De esta manera, se habló de los tradicionales, como los de defensa y policía; técnicos, como los de correos, ferrocarriles y enseñanza; y, modernamente, en proceso de crisis del concepto, los llamados servicios industriales y comerciales.

Esta metodología, sin embargo, no fue suficiente, ni mucho menos generadora de seguridad jurídica, pues, por su generalidad, dificultaba permanentemente la labor, sobre todo del juez contencioso para determinar su competencia.

El concepto de servicio público se hace en consecuencia, relativo y dominado en muchas oportunidades por el subjetivismo, lo que lleva a incursionar en el ámbito de la arbitrariedad para su identificación, correspondiéndole en muchos casos al juez la calificación del fenómeno, llegándose muchas veces a conclusiones contradictorias e incluso absurdas ante fenómenos similares; en algunas oportunidades se calificaba como servicios públicos a determinadas actividades y, en otras oportunidades, se le negaba esta naturaleza.

Frente a esta inevitable situación de crisis, se habló entonces de la determinación de la naturaleza de un servicio como público, a partir de su asunción o conocimiento por la administración, o por el indudable carácter de interés general que se pudiera desprender del mismo. De todas formas, estas situaciones no eran otra cosa que síntomas evidentes de la profunda crisis, con que el concepto de servicio público había nacido a la vida jurídica según los trabajos de la escuela de Burdeos.

4. La crisis del concepto jurídico clásico de los servicios públicos como función administrativa

La crisis de la construcción de Duguit se produce a partir de la revisión de su principio general, en cuanto circunscribía al derecho público administrativo toda consideración jurídica sobre los servicios públicos. Esta revisión le abrió las puertas al derecho privado, hasta ahora considerado como regla de excepción en la apreciación de los fenómenos propios del servicio público.

El desmonte de los principios exorbitantes, característicos y especiales del derecho público en cuanto derecho de la administración prestataria de los servicios públicos, es asumido en gran parte por la aplicación del derecho privado a la administración pública, con ocasión de los servicios públicos y por la presencia de particulares colaborando en la prestación de los servicios públicos en un proceso de crecimiento incontenible de

carácter histórico, que obligó al Estado en algunos casos a colocarse en el mismo nivel jurídico de los particulares, con el fin de abordar tareas típicas de éstos²⁶.

El principio según el cual la actividad de los servicios públicos poseía sus propias reglas se rompe en beneficio del derecho común, circunstancia que arrastra el postulado de la jurisdicción competente, sustrayendo muchos asuntos del conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa: la actividad de servicios públicos prestada al mismo nivel de los particulares, por la misma naturaleza del derecho sustancial que la gobierna, en caso de conflicto, el competente resultaba ser el juez ordinario.

La revisión en los planteamientos de la escuela de Burdeos lleva a reconocer que no es cierta la existencia de un derecho administrativo y de un juez único para la administración pública, que el derecho privado y los jueces ordinarios también pueden, dentro de la legalidad existente, aplicar y ser competentes para juzgarlas²⁷.

Si a esta realidad le aunamos el obligado reconocimiento que los seguidores de esta escuela tuvieron que hacer de la posibilidad de que el servicio público no fuera sólo responsabilidad del Estado, sino también de los particulares²⁸, encontramos que las verdades pregonadas se disolvieron con mucha mayor facilidad de lo esperado; lo mismo sucedió con la calificación de interés general. La jurisdicción, como lo anotamos, desbordó prácticamente el alcance del concepto y calificó en muchas oportunidades de *servicio público*, actividades sin claro contenido de interés general o de un beneficio predeterminado para la comunidad.

Bajo estos presupuestos, el concepto tradicional y clásico de servicio público, que implicaba la existencia de un interés general vinculado a la acción del aparato estatal y sujeto a un régimen jurídico especial, se derrumbó totalmente. Tanto material como orgánicamente, se reconocen otras realidades como propias del derecho administrativo y además se acepta que la actividad pública no es exclusiva del Estado, que los particulares también pueden ejercerla y que el régimen jurídico y el juez competente de la administración también lo pueden ser los de los particulares, sin dejar de ser administración en cuanto acuden a procedimientos de derecho privado, si se requieren para cumplir con los servicios públicos²⁹.

El fracaso de la escuela de Burdeos se atribuye a haber colocado como centro de toda definición de los fenómenos propios del derecho público a los servicios públicos, no obstante haber impulsado el carácter finalístico y teleológico de la actividad pública. En

26. CASSESE, Sabino, *La costruzione del Diritto Amministrativo: Francia e Regno Unito*. Publicado en *Trattato di Diritto Amministrativo*, tomo primo, Giuffrè Editore, Milano 2000, p. 54.

27. PAREJO, Luciano, *op. cit. supra*, nota 10, p. 98. "...Por ello mismo, cuando la realidad forzó paulatinamente a reconocer que tal planteamiento no era correcto, sencillamente porque el derecho privado podía no limitarse a ser un derecho sólo excepcionalmente aplicable a la actividad de la administración, comenzó la quiebra misma del servicio público. Se trata, pues, de una quiebra inducida no por la subversión de los principios jurídicos mismos articuladores de la teoría, sino por una ruptura de los límites cuantitativos en que había querido encerrar la aplicabilidad a la administración del derecho privado..."

28. WEIL, Prosper, *op. cit. supra*, nota 4, p. 102. En el derecho Francés desde 1920 al concepto de gestión privada de un servicio público por autorización de la administración, se añadió el de servicio público con gestión privada, esto es, enteramente sometido al derecho privado.

29. JESÉ, Gastón, *op. cit. supra*, nota 5, pp. 4 a 7. Las autoridades para la prestación del servicio público por regla general acuden a procedimientos de derecho administrativo, sin embargo, si lo requieren pueden acudir a los del derecho privado. "...Los agentes públicos para hacer funcionar un servicio público, pueden o deben servirse de los procedimientos del derecho público, pero no siempre están obligados a hacerlo. A veces, si así lo prefieren, tienen la facultad de utilizar los procedimientos del derecho privado. Por ejemplo, para conseguir personal de un servicio público propiamente dicho, existe, junto al contrato de derecho privado (locación de servicios personales), el procedimiento de derecho público (nombramiento o requisición)...".

la actualidad, podríamos afirmar que los servicios públicos como tales no son más que funciones que, conforme a la legalidad, le son asignadas a los órganos o sujetos públicos o privados para el cumplimiento de los fines estatales.

Los servicios públicos, en lo que tienen que ver con la relación entre la legalidad y la sociedad, son modalidades de atribución contenidas en las funciones públicas sujetas al cumplimiento de las finalidades estatales.

Como lo destaca el profesor Rivero, la ecuación entre régimen jurídico del servicio público y derecho administrativo nunca fue de la exactitud propuesta por la escuela de Burdeos, ni siquiera durante el tiempo en que sus planteamientos tuvieron vigencia, en cuanto la misma jurisprudencia francesa la excepcionaba reiteradamente en razón de la naturaleza de los asuntos, como en el caso de los servicios públicos industriales o comerciales, o en los eventos en que el servicio le era encomendado a particulares por la vía de la concesión o de gestión privada del mismo³⁰.

5. La concepción de los servicios públicos en Colombia. La prestación y el régimen jurídico. Evolución hasta su consolidación como una función administrativa

Las grandes discusiones políticas, jurídicas y sociales expuestas a propósito de los servicios públicos y de las responsabilidades estatales en la materia no se dieron en Colombia de manera simultánea, ni con su misma intensidad a la que se dio en la historia europea. El capitalismo industrial y el libre mercado, no obstante el carácter pasivo del Estado colombiano en materia de intervención social y económica, no lograron penetrar las incipientes estructuras sociales y económicas colombiana del Siglo XIX, con la misma características que se dieron en el viejo continente. La realidad agrícola y minera de nuestras estructuras económicas retardaron los efectos del capitalismo libertino en la sociedad colombiana, a pesar del predominio del modelo liberal de desarrollo que culturalmente se arraigaba bajo la concepción de que el desarrollo económico era en esencia responsabilidad de los particulares. Lo anterior, sin embargo, no fue óbice para que se dieran algunas situaciones de intervención del Estado en la economía, no dentro de los marcos ideológicos expuestos anteriormente, sino por el contrario, sobre la base de situaciones coyunturales y particulares más de carácter político-paternalista que económicos³¹.

Lo anterior explica la inclusión en los textos constitucionales de la República de atribuciones relativas a servicios públicos bajo la responsabilidad de los entes públicos, generando en consecuencia una especie de régimen mixto para su prestación, en cuanto era factible que algunos de ellos fueran asumidos por la iniciativa privada, sin embargo,

30. RIVERO, Jean, *op. cit. supra*, nota 12, p. 478.

31. MELO, Jorge Orlando, "La Evolución Económica de Colombia", publicado en *Nueva Historia de Colombia*, t II, Planeta Colombiana Editorial S.A., Bogotá 1989, p. 84. Si bien es cierto que la característica económica dominante de la Colombia del Siglo XIX fue la de una comunidad sumida en el modelo liberal, que dejaba las puertas abiertas a la iniciativa privada, fue común que el Estado interviniera y participara en la actividad económica que había existido durante la época del gobierno español. Así mismo, se justificaba este tipo de actuaciones unilaterales, con el propósito de obtener mayores recaudos para el fortalecimiento de los ejércitos a través de políticas aduaneras y de tarifas en el comercio exterior, al igual que para efectos de la beneficencia pública, que daba dividendos políticos e impedía que se pudiera objetar el papel del Estado en razón de su debilidad. "...*Esto explicaba la resistencia de los primeros gobiernos, pese a las explícitas manifestaciones de fe en lo que podríamos llamar un modelo liberal de desarrollo, a reducir las tarifas aduaneras, los impuestos internos y sobre todo a entregar a los intereses privados monopolios tan productivos y atractivos como los del tabaco y el aguardiente...*".

los de gran envergadura como las obras públicas, de fomento o de comunicación terminaban siendo financiados por el Estado, en razón de sus altos costos y la falta de capitales nacionales suficientes para sufragarlos. El Estado creó así mismo incentivos, estímulos y apoyos a la iniciativa privada mediante subsidios, concesión de monopolios, adjudicación de baldíos, etc., buscando que estos se hicieran cargo de algunos servicios u obras de impacto en la comunidad. En esta misma dirección, el servicio de la educación elemental que en parte lo asumió la iniciativa privada religiosa, pero que por aquella época nunca fue suficiente frente a las necesidades reales de la población³².

Una simple lectura de los textos constitucionales nos podrá dar una idea de los esfuerzos de nuestros primeros constituyentes y legisladores para crear suficientes incentivos en los particulares, con el propósito de que asumieran las responsabilidades propias de los servicios públicos por aquella época esenciales a la comunidad. El énfasis que se observa en las primeras constituciones es el de fortalecer el servicio público de la educación en manos de particulares: En la Constitución de Cúcuta de 1821 se dispuso en su artículo 55 N° 19 que era una atribución exclusiva del Congreso la de “...Promover por leyes la educación pública y el progreso de las ciencias, artes y establecimientos útiles; y conceder por tiempo limitado derechos exclusivos para su estímulo y fomento...”. En la Carta de 1830, se retoma en el artículo 36 N° 16 esta competencia del Congreso, agregando que la promoción educativa lo será también para universidades y colegios nacionales. La Constitución de 1832, en su artículo 74 N° 15, reproduce en materia educativa el texto de la de 1821, sin embargo, a diferencia de las anteriores, le trasladó a las autoridades locales, en cabeza de las Cámaras de Provincia, una muy interesante atribución en su artículo 160 N° 9, que ampliaba la promoción a la iniciativa privada a otros tópicos como los de las obras de interés general y los servicios de asistencia pública, el de “...Promover el adelantamiento y prosperidad de la provincia, su policía interior, obras públicas y cualesquiera establecimientos de utilidad, beneficencia y comodidad, costeados y sostenidos de sus propias rentas...”. El texto constitucional de 1843 coherente con esta línea de estímulos a la iniciativa privada y en favor del interés general, estableció en el artículo 67 N° 13 como atribución del Congreso la de “...Conceder por tiempo limitado privilegios exclusivos, o las ventajas o indemnizaciones convenientes, con el fin de promover la realización o mejora de empresas u obras públicas interesantes a la Nación, o el establecimiento de artes o industrias desconocidas en la Nueva Granada, así como el adelanto de las artes o industrias ya conocidas...”

La Constitución Política de 1853 dentro de un contexto mucho más conceptual y de amplio contenido liberal que las anteriores, tiende a crear mayores mecanismos de fortaleza a la incipiente iniciativa nacional, con el propósito que asumiera compromisos con las obras y servicios nacionales. Para estos efectos, reconoce como derecho de todos los granadinos garantizado en el texto mismo de la Carta, artículo 5 N° 4, “...La libertad de industria y de trabajo con las restricciones que establezcan las leyes...”. Por otra parte, autoriza al gobierno de la República en el artículo 10 N° 13 a “...Conceder privilegios exclusivos, u otras ventajas o indemnizaciones, para objetos de utilidad pública, reconocida que no tengan carácter puramente provincial...”. La Constitución Política para la Confederación Granadina de 1858 diseñada en esta misma dirección ideológica, se esfuerza en el artículo 15 N° 14, al referirse a las competencias exclusivas del gobierno general, por establecer reglas que garantizan la libertad del comercio.

32. MELO, Jorge Orlando, *op. cit. supra*, nota 31, p. 86. La realidad económica de los particulares que se caracterizaba por la carencia de capitales significativos fue una de las grandes frustraciones a la iniciativa privada en muchos sectores de la vida económica nacional y local.

Así mismo, le reconoce tanto al gobierno de la confederación como de los estados en el artículo 16 numerales 1 al 3, el fomento de la instrucción pública, el servicio de correo y la concesión de privilegios exclusivos o de auxilios para la apertura, mejora y conservación de las vías de comunicación, tanto terrestres como fluviales. Complementa esta base de incentivos a la iniciativa privada el artículo 29 N° 10, al otorgarle competencias al Congreso Nacional para conceder privilegios y auxilios para promover la navegación fluvial a vapor, construcción de caminos de hierro, carreteros o de herradura que pongan en comunicación el interior de uno o más estados con los ríos navegables, puertos de mar, o con las naciones limítrofes. Por otra parte, desde la visión de los derechos de los habitantes y transeúntes de la confederación, se proclama en el artículo 56 N° 6 la libertad de industria, comercio y trabajo con las limitaciones de la ley, y en el N° 7 la de dar y recibir instrucción en establecimientos que no sean costeados con fondos públicos.

El punto culminante de este esfuerzo del modelo liberal de desarrollo por crearle condiciones óptimas a la iniciativa privada se observa en la Carta Política para los Estados Unidos de Colombia de 1863. El énfasis de aquel constituyente en el artículo 7 de texto fundamental, se hizo en dirección a proscribir formas limitativas al libre mercado de la finca raíz. Reconoció en el artículo 15 Numerales 9 y 11, derechos fundamentales similares a los de la Constitución de 1858 en materia de libertad de comercio, industria, trabajo y educación. En el artículo 18 numerales 1 al 4, reconoció como servicios comunes del gobierno general y de los estados, los de fomento de la instrucción pública, correos, cartografía y topografía y civilización de los indígenas. Por último, en el artículo 49 N° 8, establece como atribución exclusiva del Congreso la de “...*Conceder privilegios y auxilios para la navegación por vapor en aquellos ríos y aguas que sirvan de canal para el comercio de más de un estado, o que pasen al territorio de nación limítrofe...*”

La Constitución Política de 1886 en su versión original no se caracterizó precisamente por su naturaleza interventora y reguladora de la actividad privada, industrial o comercial, ni mucho menos de la economía de mercado. Su contextura ideológica era la del liberalismo clásico del *laissez faire*, aspecto este que comparte con todas las anteriores cartas fundamentales del Estado. Por esta razón, no son muchas las referencias que en ella se hacen a los servicios públicos en el sentido de prestaciones al interés general y comunal³³. A título de servicios, objeto de fomento y como responsabilidad de las asambleas departamentales, esta Constitución se pronuncia en el artículo 185 sobre la instrucción primaria, la beneficencia, la industria, la apertura de caminos y canales navegables, la construcción de vías férreas, la canalización de ríos, entre otros. Respecto de la educación primaria, la declara obligatoria si es prestada con cargo al presupuesto público, de todas maneras la totalidad de la educación la supedita a la organización y dirección de la iglesia católica.

Dentro de este contexto histórico e ideológico institucional del Estado colombiano, resulta difícil sostener que respecto del tema de los servicios públicos el legislador, la doctrina o la jurisprudencia nacional hubieren abierto el debate sobre el régimen jurídico aplicable a los mismos. El carácter de Estado pasivo e individualista, en que se sumió la organización política nacional hasta bien entrado el Siglo XX, con dependencia endémica de una concepción liberal de la economía y del manejo de lo público-social

33. Debe advertirse que la Constitución de 1886 cuando se refirió a los servicios públicos lo hizo en un sentido diferente al que actualmente le damos al mismo. El constituyente de 1886 se acercó a un concepto de servicio público influido por la obra de J.J. ROUSSEAU, en donde se relacionaba con todos los asuntos del común en contraposición a los asuntos de interés privado.

hacia imposible un debate de esta naturaleza, quedando planteada en consecuencia una especie de regla general, según la cual si los particulares asumían la prestación de un servicio público, lo hacían bajo las reglas, principios y normas propias del derecho al cual naturalmente se sujetaban como lo era el privado.

Así mismo se debe reconocer que desde la perspectiva jurisdiccional, este debate nunca se dio por aquella época ante la ausencia de una jurisdicción especializada llamada a controlar la administración pública al estilo continental o europeo de influencia francesa. La jurisdicción especializada de lo contencioso administrativo tan solo surge en Colombia a partir de 1914, con la vigencia de las Leyes 130 de 1913 y 60 de 1914 y en ellas el tema de los servicios públicos no fue objeto de tratamiento alguno³⁴. Los servicios públicos resultaron relevantes para la jurisprudencia del Consejo de Estado en la década de los sesenta del Siglo XX, a propósito de las competencias de esta corporación en materia de contratos administrativos, en donde constituyó un importante criterio para su definición jurisprudencial, pero nunca como una teoría definidora del derecho público nacional como ocurrió en Francia³⁵.

Lo anterior, sin embargo, no constituyó limitación alguna para que la realidad fáctica de la ausencia de servicios públicos generara la reacción de las autoridades administrativas, en especial las locales³⁶, obligándolas a la adopción de respuestas a esta problemática a partir del esfuerzo propio y con cargo a sus limitados presupuestos públicos, dando lugar así al surgimiento de las primeras manifestaciones de una vinculación entre función administrativa y servicio público, que el sistema se negaba a aceptar como una realidad económica y política. Por otra parte, en el ámbito nacional, se produjeron algunos pronunciamientos legislativos hacia finales de la década de los años veinte, que buscaba intervenir en aspectos fundamentales de los servicios públicos; disposiciones de carácter imperativo de estricto derecho administrativo, diseñadas en época de conflicto aunque sin una base constitucional de intervención definida y cierta, en cuanto el sistema no ofrecía alternativas o instrumentos de acción efectiva, los cuales se vinieron a dar con la primera gran reforma a la Constitución en el año de 1936³⁷.

La ausencia de una definición jurídica sobre los servicios públicos básicos para la población y de políticas administrativas frente a su prestación, producto del desinterés ideológico del pensamiento liberal del *laissez faire*, colocaron en situación precaria y prácticamente de inexistencia su prestación a la creciente población urbana del país³⁸. Los particulares que asumieron algunas de estas responsabilidades sociales, principalmente bajo la modalidad de concesión, lo hicieron de manera rudimentaria y dirigidos a

34. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *op. cit. supra*, nota 20, p. 323.

35. VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Administrativo*, Temis, Bogotá 1994, p. 173.

36. Unidad de Investigaciones Jurídico Sociales “Gerardo Molina”, Universidad Nacional de Colombia, Servicios Públicos Domiciliarios Publicado por el Ministerio de Justicia y el Derecho, Bogotá D.C. 1997, p. 27. Se destaca en esta investigación como ante la insatisfacción general de tarifas, cobertura, eficiencia en la prestación, algunas entidades locales asumieron con la colaboración de los departamentos, la prestación de ciertos servicios básicos para la población, en algunos casos directamente y, en otros, a través de figuras mixtas.

37. Ley 113 de 1928 sobre utilidad pública en materias de aguas y regulación de tarifas.

38. MELO, Jorge Orlando, *op. cit. supra*, nota 31, p. 70. La ausencia de unos servicios públicos debidamente organizados y eficientes llevó a la proliferación de epidemias y enfermedades durante el Siglo XIX. La característica de nuestras ciudades era por aquella época la de centros urbanos acumulados de desechos, basuras y sin tratamiento alguno de aguas y alcantarillados. Sólo a finales del Siglo comenzaron los centros urbanos más importantes a introducir servicios públicos con ostensible abandono de los sectores rurales. Sostiene este investigador retomando a HETTNER, *Viaje por los Andes*, p. 66, que en ciudades como Bogotá, Capital de la República, por 1880 “... las cloacas eran todavía canales abiertos que corrían por la mitad de la calle. El agua se obtenía en fuentes públicas...” ¿Qué pensar entonces de otros menos importantes?

sectores de la población que podían generarles lucro con su prestación, lo cual propició el fenómeno de la *prestación clasista o de elite*, en servicios que por su naturaleza debían llegar sin distinción a todos los sectores de la población, como en la mejor época del Imperio Romano.

La vigencia de este orden constitucional hacía que la prestación de los servicios públicos quedara prácticamente bajo el control y dirección de los particulares, muchas veces asociados al capital extranjero. En cuanto al vínculo jurídico de la concesión, con el que generalmente se vinculaba el operador al servicio, no le otorgaba a las autoridades la exorbitancia y los demás instrumentos de derecho administrativo indispensables para imponer y hacer respetar el interés general sobre los intereses de los contratistas. El sistema definitivamente se caracterizaba por la ausencia de intervención, regulación, control o inspección de carácter significativo por parte de las autoridades administrativas nacionales o locales. El régimen de tarifa, ampliación de redes y coberturas quedaban en muchos casos a la iniciativa de los prestadores particulares, sin ninguna injerencia estatal y sí dependiendo de sus intereses y deseos de lucros significativos con su actividad privada³⁹.

Las grandes transformaciones ideológicas durante la vigencia de la Constitución de 1886 se produjeron partir de la Reforma Constitucional de 1936, que le abrió las puertas al Estado intervencionista y activo frente a la problemática social y económica, lo cual generó efectos inmediatos en la política y manejo de los servicios públicos, sobre todo si se tiene en cuenta que esta reforma tuvo como gran ideólogo al maestro Darío Echandía⁴⁰, por entonces Ministro de Gobierno del Presidente Alfonso López Pumarejo y seguidor dilecto del pensamiento del decano de Burdeos León Duguít. Precisamente la exposición de motivos presentada por el gobierno para sustentar el abandono del Estado individualista⁴¹, vigilante e indiferente, por la de un Estado actuante y decisorio en materias económicas y sociales se funda sustancialmente en los trabajos de Duguít y su particular concepto del interés general como dominante de toda actuación pública y administrativa, en especial como determinante de los servicios públicos en la base de toda decisión estatal⁴².

El proyecto de reforma se consolida con la expedición del Acto Legislativo N° 1 del 6 de agosto de 1936, que dio un giro sustancial al carácter individualista del Estado, consolidando el interés general como determinante de la actuación y decisiones públicas: Art. 10. Se autoriza la intervención del Estado en la explotación industrial o en las empresas públicas o privadas con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, con el propósito de dar a los trabajadores una justa protección - Art. 11-. Se garantizó la libertad de educación trasladándole al Estado, funciones admi-

39. Unidad de Investigaciones Jurídico Sociales "Gerardo Molina", *op. cit. supra*, nota 36, pp. 25 a 27.

40. V., la exposición de motivos al proyecto de reforma constitucional puesto a consideración del Congreso Nacional por el Ministro de Gobierno Darío ECHANDIA, en septiembre de 1934. Anales de la Cámara de Representantes, n° 55, sep 25 de 1934.

41. VIDAL PERDOMO, Jaime, "La Reforma Constitucional de 1936, un Programa Liberal", Prólogo al libro *La Reforma Constitucional de 1936* de TIRADO MEJIA, Álvaro y VELÁSQUEZ, Magdala, Editorial Oveja Negra, Bogotá D.E. 1982, pp. 8 a 11. "...Echandia, conocedor de las tesis de León Duguít y de las nuevas instituciones, lo advierte explicando que el proyecto sustituye la concepción excesivamente individualista de los derechos privados que distingue a la Constitución de 1886 por otra que considera que el derecho individual debe ejercitarse como una función social y debe tener como límite la conveniencia pública...".

42. TIRADO MEJIA, Álvaro y VELÁSQUEZ, Magdala, *La Reforma Constitucional de 1936*, Editorial Oveja Negra, Bogotá D.E. 1982, pp. 313 a 314. Puede consultarse las interesantes discusiones que se dieron en el Congreso de la República durante el trámite de la reforma en torno al pensamiento de León DUGUIT, debate de la Sesión Plenaria del 9 de enero de 1936.

nistrativas de inspección y vigilancia con el fin de que cumpliera con sus propósitos - Art. 14-. Se estableció como obligación del Estado el de asistencia a los menos favorecidos -Art. 16-. Como puede observarse, las bases para un régimen coherente en servicios públicos para la población bajo la óptica de constituir los mismos fenómenos propios del poder administrativo de Estado, quedaron determinados con la reforma a la decadente Constitución de 1886, obviamente sin que esto impidiese que la ley determinara los criterios, oportunidades e incluso régimen con que los particulares podían colaborar en el desarrollo de esta función que por regla general se radicaba en el poder público.

Con fundamento en la nueva concepción intervencionista del Estado colombiano, se expidieron inicialmente y ante la crisis de los servicios públicos las Leyes 65⁴³ y 109 de 1936⁴⁴, que en su conjunto constituyeron el inicio en Colombia de la concepción administrativa de los servicios públicos, en cuanto determinó las responsabilidades nacionales y locales en la materia y en consecuencia la conformación de todo un acervo de disposiciones legales fundamentadoras del ejercicio de los servicios públicos, al igual que un conjunto de disposiciones reglamentarias complementarias de estas funciones. A estas primeras decisiones sistematizadoras del derecho administrativo de los servicios públicos siguieron otras que fortalecieron esta línea de acción institucional y que se concretaron en el diseño de todo un sector descentralizado nacional⁴⁵ y local por servicios⁴⁶, que asumieron el manejo de los servicios públicos en todo el territorio nacional y en los principales conglomerados urbanos.

Esta tendencia a fortalecer el papel del Estado en la prestación de los servicios se intensificó con los Actos Legislativos 1 del 16 de febrero de 1945 y 1 del 11 de diciembre de 1968, en especial en esta última reforma constitucional en la que se le puso orden a la reglamentación de todo el sector descentralizado por servicios, esto es, al principal instrumento orgánico del Estado para hacer frente a las necesidades públicas en la materia. Precisamente con estas nuevas bases constitucionales, se rediseñaron los sectores descentralizados nacionales, departamentales y municipales. Se expidió la reforma administrativa de 1968 -Decretos 1050 y 3130-, que definió el marco conceptual y el papel en la prestación de servicios de los establecimientos públicos, empresas industriales y sociedades de economía mixta, reforma que permaneció hasta la entrada en vigencia de la Ley 489 de 1998, no obstante la vigencia de la Constitución Política de 1991. El gran aporte de las transformaciones constitucionales y administrativas de 1968 radican precisamente en que lograron consolidar el aparato administrativo de los servicios públicos en el territorio nacional, en otras palabras, el concepto de servicios públicos como una función administrativa⁴⁷.

La Corte Constitucional, a propósito de la concepción sobre los servicios públicos establecida en la Carta de 1991 y estudiando los fundamentos superiores de los mismos, ha proporcionado elementos suficientes para destacar el carácter finalístico de los mis-

43. Le asignó atribuciones al Estado y a los municipios en asuntos relativos al agua potable. Creó un fondo de participación departamental y municipal, con el fin de garantizar la financiación pública de infraestructura relativa al agua potable: consagró al Ministerio de Obras Públicas como el órgano de inspección y vigilancia del sector.

44. Sobre suministro de energía eléctrica.

45. Surgen entidades nacionales de carácter descentralizado como INSFOPAL, INAGUAS, ICT, entre otros.

46. Se crean en la gran mayoría de los municipios del país, las famosas empresas de servicios públicos o empresas de servicios varios, en donde se concentraban la totalidad de funciones y sectores relativos a los servicios públicos fundamentales y principalmente a los que hoy denominamos domiciliarios.

47. VIDAL PERDOMO, Jaime, *Historia de la Reforma Constitucional de 1968 y sus Alcances Jurídicos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.E. 1970, pp. 218 y 219.

mos dentro de la estructura jurídica colombiana, por lo tanto, su razón de ser, dirigida fundamentalmente a brindar soluciones finales a las necesidades de los habitantes de la República. En este sentido, se definieron las que en nuestra opinión constituyen las más claras bases del sistema de los servicios públicos en el Derecho Colombiano, resaltando a la persona como el destinatario natural y último de los servicios públicos, asumiendo una posición social, aunque sin comprometerse la Corporación con una tesis sobre la naturaleza privada o pública de su prestación, lo que nos permite sostener que la esencia de los mismos no ha sido modificada y continuamos sumidos en un régimen profundamente comprometido con los intereses de la comunidad, independientemente del régimen jurídico aplicable.

*...La noción de servicio público expresa una transformación política que se traduce en la subordinación de los gobernantes a los gobernados. La relación individuo-Estado no es, por tanto, la de vasallo o súbdito y monarca, sino la de ciudadano-servidores públicos. El contenido filosófico-político de la noción de servicios públicos trasciende las diversas posiciones ideológicas abstencionistas, intervencionistas o neoliberales. Dicho contenido refleja una conquista democrática que se traduce en una teoría del Estado, cuyo cometido esencial es el cubrimiento de las necesidades básicas insatisfechas de toda la población y el aseguramiento de un mínimo material para la existencia digna de la persona. Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales. El sentido y razón de ser de los poderes constituidos es el servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros...*⁴⁸

Los anteriores planteamientos doctrinales se inspiran en las bases sustentadoras del Estado Social y Democrático de Derecho, definidos por el constituyente de 1991. Para la Corte, nuestro sistema de principios y valores, esto es, la más amplia y consistente base sobre la cual se soporta la Carta Política de los Colombianos reconoce al individuo como el centro de toda la actuación del Estado y de los particulares. Prácticamente el hombre pasa a configurar un fin en sí mismo para quien asuma las responsabilidades en servicios públicos, con el propósito de defender su dignidad humana y su derecho a la realización personal dentro de una sociedad igualitaria⁴⁹.

En fallo posterior precisó la Corporación, al hacer referencia al elemento finalístico de los servicios públicos y su proyección sobre la comunidad, recogiendo de esta manera la preceptiva constitucional anteriormente analizada que los servicios públicos son un fenómeno inherente indiscutiblemente a la finalidad social del Estado, y si bien su prestación no constituye un deber ineludible y exclusivo de éste, es su responsabilidad asegurar su funcionamiento continuo, permanente y eficiente, es decir, por más que se quiera en derecho colombiano, el Estado siempre tendrá responsabilidades relacionadas con los mismos así no sea su operador o prestador directo⁵⁰.

Estos planteamientos resultan a todas luces coherentes con los postulados del artículo 365 constitucional, en cuanto que de esta disposición se deduce sin mayores esfuerzos que los servicios públicos en general son actividades inconfundibles e inherentes a la finalidad del Estado Social de Derecho Colombiano, que buscan servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, de aquí entonces la persistencia doctrinal de entenderlos como indisolublemente ligados al concepto de interés general, base ideoló-

48. Corte Constitucional, Sentencia T-540 de 1992, MP CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo.

49. Corte Constitucional, Sentencia *Ibidem*.

50. Corte Constitucional, Sentencia C-263 de 1996, MP. BARRERA CARBONEL, Antonio.

gica esta de la cual nuestros constituyentes no se desprendieron al redactar la Carta Fundamental del Estado en 1991.

En Colombia, independientemente de las discusiones sobre el papel de la iniciativa privada en la gestión y prestación de los servicios públicos, resulta de la mayor claridad que el Estado conserva poderes de dirección, control, regulación e inspección de trascendencia en defensa de los intereses de la comunidad⁵¹.

III. LA REACCIÓN NEOLIBERAL. LOS SERVICIOS PÚBLICOS COMO FENÓMENOS DE LA ECONOMÍA DE MERCADO REGLAS Y PRINCIPIOS ANTECEDENTES Y DESARROLLO JURÍDICO DOCTRINAL

1. Servicios públicos y mercado. El abandono a la concepción del servicio como función pública administrativa

La concepción clásica de los servicios públicos desarrollada por el derecho francés, que sobre el entendido de hacer prevalecer el interés general consideraba la prestación de los servicios vinculada directamente al ejercicio de la función administrativa como mecanismo idóneo para satisfacer las necesidades y carencias de la comunidad, generó para el derecho administrativo consecuencias imprevisibles en cuanto a su contenido material y, en especial, frente a sus relaciones con las actividades de servicios eventualmente asumidas por los particulares, consecuentemente con el derecho propio de estos sujetos como lo es el derecho privado. Así mismo, en cuanto respecta a su evolución como teoría jurídico-administrativa, los planteamientos originales fueron prácticamente desbordados por la realidad del mismo derecho francés e incluso por las construcciones jurisprudenciales que se dieron de manera paralela a esta teoría clásica⁵², que pusieron en duda y dieron al traste con los principales planteamientos de la escuela de Burdeos, llevando a lo que se ha dado en llamar *el quiebre de la teoría*.

Después de grandes debates jurídicos, se aceptó que los particulares también podían atender las necesidades generales en materia de servicios públicos y, en consecuencia, que el derecho privado podía también ser el régimen jurídico para estas actividades fundamentales de la organización social y política, incluso en eventos en que la misma administración fuere operadora o prestadora de los mismos, rompiendo los dogmas que desconocían la amplitud y necesidades del sistema jurídico positivo en cuanto a la interrelación necesaria de sus contenidos como fenómenos comunes de un solo derecho⁵³.

51. Corte Constitucional, Sentencia C-066 de 1997, M. P. MORÓN DÍAZ, Fabio. Doctrina reiterada entre otras en las Sentencias C-242 de 1997, MP HERRERA VERGARA, Hernando, C-493 de 1997, MORÓN DÍAZ, Fabio, C-444 de 1998, MP HERRERA VERGARA, Hernando.

52. Entre otras providencias de la jurisprudencia francesa, podemos señalar las siguientes: *Société des Granits Porphyroïdes des Vosges*, del 31 de julio de 1912; *Arret Bac d'Eloka (Coted'Ivoire vs. Société Commerciale del'Ouest Africain)*, del 22 de enero de 1921.

53. MONTERO PASCUAL, Juan José, "Titularidad privada de los servicios de interés general. Orígenes de la regulación económica de servicio público en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones", REDA n° 92 oct-dic 1996. El desarrollo de los servicios públicos en los Estados Unidos nos presenta un caso interesante de consolidación de prestación de servicios públicos por particulares que incluso resistió la gran depresión de los años veinte y treinta del Siglo XX. En los EE.UU. y en general en el mundo anglosajón, con fundamentos en los antecedentes históricos del *common calling* y *common carriers* o *portadores* o *transportistas comunes* y los *common inns* o

Sin embargo, la historia económica y política de las últimas décadas nos presenta otra ruptura mucho más profunda y cualitativamente sustancial de la teoría tradicional de los servicios públicos como función directa y natural de la administración pública. Se trata de una novedosa percepción del mundo y de las relaciones sociales, políticas y económicas que proclaman el abandono total y radical de cualquier posibilidad de que el Estado o más concretamente la administración puedan comprometerse o asumir la prestación directa de servicios públicos en los términos en que tradicionalmente lo venía haciendo dentro de la concepción intervencionista, asistencialista, benefactora o más concretamente en desarrollo de los objetivos y finalidades propias de Estado Social de Derecho instrumentado después de la segunda contienda mundial⁵⁴.

El Estado social, sostienen sus ideólogos, llevó al crecimiento desmesurado de su aparato administrativo, con ostensible invasión de éste en la economía y en la libertad individual, generando en su entorno una odiosa e improductiva dependencia ciudadana, por lo tanto, convirtiéndose en fenómeno de dominación y manipulación. El hombre ahora no solo vive en un Estado, sino que también vive y subsiste de sus bondades y ventajas paternalistas, en detrimento de su autonomía personal y de sus capacidades productivas. Desde la perspectiva de los servicios públicos, el modelo social de derecho propició las condiciones para su consolidación como un sistema burocrático, monopolístico y corrupto que impide la competencia, la oferta plural, la gestión privada, la eficiencia y la libertad de elección por parte de los usuarios y consolida la oscura cultura de la dependencia hacia el Estado y no soluciona los niveles de pobreza y abandono de los sectores de la población menos favorecida, razón por la cual el modelo debe ser revisado y remplazado por otro en donde la iniciativa privada cumpla sus funciones y deberes frente a la sociedad⁵⁵.

Se sustenta esta nueva concepción en los trabajos del liberalismo económico que pretenden fortalecer la moderna concepción capitalista de la responsabilidad social de la iniciativa privada desarrolladas en Inglaterra, Europa Occidental y los Estados Unidos principalmente, y que han propugnado el abandono radical de cualquier posibilidad de que la administración pública continúe cumpliendo con sus responsabilidades vitales frente a la comunidad y al interés general prestando servicios públicos, en el entendido de que éstos son un fenómeno más del mercado y de la libre competencia, lo que lleva en consecuencia a que todo sujeto que se encuentre en capacidad y condiciones para

fondistas comunes dirigidos todos ellos a la atención de servicios de interés general, se consolidó un sistema de prestación de servicios por empresas privadas bajo el control de comisiones independientes. Este es un régimen jurídico muy distinto de la concepción continental europea del servicio público, "piedra angular del Derecho Administrativo". El modelo del *interés común* es el predominante en los EE.UU. La prestación de servicios de interés general está encomendada a personas privadas, las cuales, en régimen de competencia, persiguen la satisfacción de su propio interés particular, al mismo tiempo que satisfacen el de sus clientes y el de la comunidad en general.

54. SCHAMIS, Héctor, "La economía Conservadora en América Latina y Europa Occidental: Orígenes Políticos de la Privatización", publicado en MUÑOZ, Oscar, *Después de las Privatizaciones el Estado regulador*, Cieplan, Santiago 1993, pp. 51 y ss. El proceso se inicia prácticamente en la década de los ochenta, teniendo como protagonistas países tan diferentes como Inglaterra y Chile. El fundamento esencial de este proceso económico se origina en el quiebre de los planteamientos keynesianos que recibió de inmediato la respuesta política de las fuerzas conservadoras y el capitalismo globalizador.

55. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "El Retorno a lo Privado: Ante una nueva Encrucijada Histórica", publicado en *Privatización y Liberalización de Servicios. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* n° 3, 1999, p. 19.

prestarlos u operarlos pueda incursionar por el tráfico jurídico, compitiendo y ofreciendo sus bienes o servicios en esta materia⁵⁶.

Empresa y de competencia como elementos esenciales del mercado, plantea la necesidad de reevaluar en cuanto obsoletas e ineficaces las bases sustentadoras de la prestación de los servicios públicos como función estatal.

Como alternativa, defiende el papel principal de la empresa privada en la prestación de los mismos, bajo criterios económicos de competencia y sujetos a la regla del mercado, por lo tanto, sustraídos de un estricto derecho público. La concepción tradicional de los servicios públicos, sostienen los propugnadores de esta nueva concepción, se fundamentaba en un absurdo monopolio para su prestación por parte del Estado, lo que llevó a un crecimiento desmedido del sector público en detrimento de los recursos públicos, de la eficacia, eficiencia y continuidad de los servicios e, incluso, de espaldas a los adelantos tecnológicos, la competitividad, la globalización y mundialización de la economía. El Estado fue incapaz históricamente de cumplir con estas responsabilidades, desfigurando sus compromisos básicos para con la comunidad y generando circuitos económicos cerrados e inmóviles⁵⁷.

Frente a esta problemática política, jurídica, institucional y económica, se propone un *Estado mínimo*, con una función administrativa reducida a lo fundamental y con un papel protagónico de la iniciativa privada sobre la pública en aspectos tan trascendentales para la vida comunitaria como la de la prestación de los servicios públicos. Para los mentores del modelo, la iniciativa privada tiene las fortalezas necesarias a través del mercado y la competencia para brindarle alternativas al interés general. “...*La competencia y el mercado serían el lugar donde la sociedad autoabastecería sus necesidades de cualquier orden...*”. Bajo estos presupuestos, se hace indispensable abrirle senderos jurídicos ciertos a las realidades y bondades de la competencia económica, que garanticen un servicio básico universal dentro de una economía globalizada y abierta, lo cual implica aceptar un nuevo modelo de Estado de Derecho e incluso de concepción sobre la soberanía⁵⁸, que brinde las garantías indispensables para el libre mercado de los servicios públicos⁵⁹.

56. FRIEDMAN, Milton y Rose, *Libertad de Elegir. Hacia un Nuevo Liberalismo Económico*, Ediciones Grijalbo, Barcelona 1981. La libertad es el presupuesto básico para entender los procesos políticos y económicos. “...*La libertad económica es un requisito esencial para la libertad política...*”, p. 17. El progreso económico en potencias como la norteamericana se debió en gran parte a la ausencia de mecanismos coactivos estatales, que impidieran el libre juego de la cooperación individual. Este ejemplo debe ser reconquistado para reducir el poder de la intervención estatal en desmedro de la iniciativa individual. Retomando a Adam Smith, se propone la reducción del papel del Estado a sus aspectos estrictamente fundamentales, tales como la seguridad, justicia y realización y conservación de determinadas obras públicas de interés general, pero que no implique nunca desplazar la iniciativa individual. El Estado debe en la práctica poseer un mandato estrictamente limitado. Una sociedad verdaderamente respetuosa de la libertad humana debe mantener el Estado en su sitio, “...*haciendo que sea nuestro servidor y no dejando que se convierta en nuestro amo*”, p. 61. Sólo la economía de mercado puede garantizar los derechos del consumidor, como una alternativa a los mecanismos intervencionistas gubernamentales que se han sobrepuesto al mismo. (p. 308). HAYEK, F. A., *Los Fundamentos de la Libertad*, t II, Unión Editorial, Barcelona 1996. pp. 277 y ss.

57. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Servicio Público y Mercado, Los fundamentos*, t I, Editorial Civitas S.A., Madrid 1998, p. 17.

58. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *op. cit. supra*, nota 57, p. 25. Teóricamente en una economía globalizada, las grandes empresas deberán sustituir al Estado en algunas de las funciones que hasta hoy se consideran como propias y connaturales al mismo, como es el caso de los servicios públicos. Lo anterior deberá tener repercusiones inevitables en el papel de las instituciones públicas que tradicionalmente se han edificado en el Estado constitucional como el Congreso, los Ministerios y la misma organización territorial diseñada sobre la base de la prestación de servicios. Las grandes empresas para operar en los mercados diseñaran sus propias reglas, a través de concertaciones y negociaciones y con estricta sujeción al derecho privado. Ahora bien como lo analiza este autor, por más que

El gran compromiso de las autoridades nacionales es el de ofrecer las condiciones internas con el fin de que los actores de este nuevo modelo puedan desarrollar sus actividades dentro de un entorno de competitividad y libertad, esto es, crear las condiciones indispensables para que la economía fluya naturalmente de manera tal que en tratándose de los servicios públicos su prestación no se haga imposible a las empresas y particulares que estén dispuestos a ofrecerlos.

Para estos propósitos, es decir, con el fin de facilitar el acceso de los particulares al mercado de los servicios públicos, en muchos casos inexistentes por el monopolio Estatal en su prestación, se diseñaron en los diferentes ordenamientos nacionales regulaciones sustentadas sobre las ideas de privatización⁶⁰, liberalización⁶¹ y la cultura de la igualdad como presupuesto de la participación en el mercado, esto es, de la consolidación de la libre competencia como elemento ideológico articulador indispensable⁶², en contraposición a las nacionalizaciones y la intervención administrativa del Estado tradicional, prestatario y administrador de servicios públicos. Así mismo, dentro de la lógica de la libertad individual y de la responsabilidad social de la iniciativa privada, el sistema diseñó los mecanismos y principios suficientes para estructurar la base conceptual sustentadora a partir de la postulación de principios, reglas y presupuestos normativas que caracterizan en concreto todo este pensamiento ideológico del neo-capitalismo o del renaciente liberalismo.

Conceptos y principios con repercusiones profundas en la órbita de lo público administrativo e incluso en el funcionamiento material del Estado y en las mismas actitudes cotidianas de los sujetos privados. Así como el intervencionismo estatal y el Estado benefactor transformaron las sociedades de en que floreció, el neoliberalismo y la globalización económica significan para la hora actual de la humanidad una revolución cuyos rumbos son aun imprevisibles para el interés general y la vida comunitaria, no

los ideólogos de la economía globalizada se lo propongan, no logran nunca reducir el Estado en todas sus funciones prestacionales. El mercado busca y pretende básicamente apoderarse de servicios de contenido económico, pero no tiene la vocación de asumir todos aquellos que implican simple ejercicio de autoridad que no generan lucro ni pueden cuantificársele a la sociedad.

59. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, Granada 1999, Fundación de Estudios de Regulación, Comares.

60. HERNÁNDEZ, Nicolás, "Privatizaciones: Significado y razón de ser desde el punto de vista económico", publicado en *Privatización y Liberalización de Servicio*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid n° 3, Madrid 1999, p. 39. La privatización sustancialmente en cuanto instrumento del nuevo sistema de los servicios públicos debe ser entendida como el traslado al sector privado de una empresa pública o de una serie de tareas, funciones o actividades reservadas a la administración, a través del mecanismo jurídico más adecuado. También se ha entendido formalmente por privatizar el someter la actividad del sector público administrativo a las normas y principios del derecho privado, en lo que la doctrina española ha dado en llamar la *huida del Derecho Administrativo*. Puede consultarse sobre este tema a TEIXEIRA DO AMARAL, Marcos Jordão, *Privatização no Estado Contemporâneo*, Come Editora, São Paulo 1996.

61. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, "Nuevo Sistema Conceptual", publicado en *Privatización y Liberalización de Servicios*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid n° 3, 1999, p. 137. Liberalizar como su nombre lo indica significa recoger las bases esenciales del sistema económico liberal clásico y adaptarlo a las nuevas circunstancias de la humanidad, colocando la libertad como el centro de la actuación para la atención del interés general. Desde la óptica del derecho lleva a desreglar y abandonar el estricto derecho administrativo por el derecho privado.

62. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *op. cit. supra*, nota 57, pp. 20 y 25. Para la economía globalizada, el mundo entero constituiría un enorme mercado en donde sería imposible concebir un Estado prestador de servicios públicos *ridículamente* circunscrito a pequeños ámbitos territoriales e incoherentes con la filosofía y doctrina del sistema.

obstante las críticas profundas que en torno a sus caracteres mezquinos, utilitarios, individualistas y falaces le han hecho algunos sectores de la sociedad y la doctrina⁶³.

2. Características y principios del nuevo sistema de los servicios públicos

Sobre los anteriores presupuestos, el modelo estructura unas bases conceptuales y de principios dirigidas a decantar el ámbito de la competencia económica de los servicios públicos y la esfera de acción del Estado, que no obstante las profundas críticas que en torno a su papel en el sistema tradicional o clásico se le formulan, se le admite en el nuevo modelo cumpliendo otro tipo de funciones relacionadas con ellos, principalmente en los temas regulatorio, de inspección y de control. Esto es, la dinámica del denominado *nuevo servicio público*, no se despoja totalmente de la presencia estatal, más bien modula el papel de los agentes públicos en su tráfico jurídico⁶⁴. En la práctica se produce una especie de transformación de las funciones administrativas frente a esta actividad primordial para la vida comunitaria, quedando el Estado sujeto a otra realidad muy diferente, en donde la libertad y la iniciativa privada ocupan ahora el papel que en otro-
ra protagonizó de sujeto actuante y prestacional⁶⁵.

Los principios del nuevo sistema pretenden sustentar el abandono a una concepción de titularidad pública exclusiva sobre prácticamente toda la actividad de los servicios públicos. En donde la concesión administrativa constituyó, eventualmente en algunos ordenamientos, la única vía de acceso del particular a la colaboración en la prestación de los mismos, sujetos a reglas y normas interventoras, de mercado exclusivos y monopolísticos, con precios artificiales, muchas veces totalmente alejados de la realidad económica del servicio.

La prestación hegemónica y exclusiva del servicio por la administración se hacía acompañar de la concesión o gracia del Estado para que dentro de un régimen de estricto derecho administrativo, la iniciativa privada asumiera ciertos servicios, sin que el Estado perdiera en ningún momento su dirección, control, regulación y condicionamientos, o prestación directa y lo que resulta ser más importante, sin la presencia de libertades competitivas, obviamente sin el desarrollo en todos los aspectos de un mercado libre en estas materias.

El Estado siempre, bajo la hegemonía administrativa, fue titular del dominio sobre los servicios. En vigencia del nuevo modelo, estos presupuestos no sólo se rompen y quiebran, sino que de manera simultánea son reemplazados por otros sumidos en las realidades de la competencia y libertad económica. El salto histórico es cuantitativo e igualmente profundamente cualitativo, se pasa a un sistema “... *abierto, presidido por la libertad de empresa, esto es, libertad de entrada con determinadas obligaciones o cargas de servicio universal, pero con libertad de precios y modalidades de prestación, con libertad de inversión y amortización y en definitiva, en régimen de competencia*”

63. AHUMADA, Consuelo, *El Modelo Neoliberal y su Impacto en la Sociedad Colombiana*, El Ancora Editores. Bogotá 1998, pp. 278 a 290.

64. PAREJO ALFONSO, Luciano, “El Estado Social Administrativo: Algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y de los servicios públicos”, *RAP* n° 153, septiembre-diciembre de 2000, p. 249.

65. MONTAÑA PLATA, Alberto, *El Concepto de Servicio Público en el Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2002, p. 76.

*abierta, como cualquier otra actividad comercial o industrial, en la que hay que luchar por el cliente (no hay mercados reservados ni ciudadanos cautivos)...*⁶⁶

El profesor Gaspar Ariño⁶⁷ al concretar las características generales de este novedoso sistema prestacional de servicios, diseña un marco de principios aplicables, por regla general, a todos aquellos ordenamientos donde el mismo se ha adoptado. Como punto indudable de partida para decantar y llevar a postulados básicos los caracteres esenciales de los servicios como fenómeno del mercado, propone Ariño el de la necesaria desagregación o desintegración vertical de cada uno de los sectores, con el propósito de identificar de manera separada las actividades que dentro del sistema clásico administrativo fueron englobadas, pero que ahora se necesita estudiar y analizar por separado, con el propósito de determinar la incidencia que tienen frente al mercado. Lo más importante para el nuevo modelo es agrupar las actividades con incidencia en el mercado para sujetarse a un régimen de libertad, por lo tanto, de estricto derecho privado. Las otras, es decir, las no competitivas, hacerlas depender de un régimen de regulación, en parte de clara naturaleza administrativa.

En el régimen jurídico colombiano de los servicios públicos, observamos la recepción de la separación de actividades en el marco general de la Ley 142 como un mecanismo para viabilizar la competencia y evitar abusos de la misma por parte de los actores de cada una de las instancias de la cadena de los servicios públicos. Precisamente en el artículo 73.13 de la Ley 142 de 1994, se le atribuye a las Comisiones de Regulación la posibilidad de escindir una empresa de servicios públicos, con el fin de facilitar la competencia y evitar el abuso de la posición dominante. En la Ley 143 de 1994, la situación resulta mucho más clara, en la medida en que el legislador diferencia dentro del servicio público de energía eléctrica las actividades de generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad. Incluso, la actividad de comercialización en el parágrafo del artículo 7 se limita a quienes sean generadores y distribuidores.

Las materias, objeto de regulación como consecuencia de la desagregación, están sujetas a un régimen de características y sentido diferente a la desarrollada en el sistema clásico administrativo. Procura promover la competencia allí donde sea posible la misma, asegurando los intereses de los usuarios. En definitiva, se trata de un derecho público administrativo coherente con el mercado, que incentiva la empresa como motor de la autonomía privada en el mercado de los servicios. La regulación en el nuevo sistema debe propender por “...*Garantizar la prestación presente y futura del servicio de que se trate y establecer los niveles adecuados para la relación calidad-precio, según el grado de desarrollo y las prioridades que cada sociedad quiera establecer...*”⁶⁸

La regulación, en últimas, en esta dirección se convierte en un instrumento para defender la competencia o para sustituirla, donde ésta no pueda darse, pero temporalmente hasta tanto ésta se desarrolle.

Frente a las actividades desagregadas como de naturaleza competitiva, el autor propone la formulación de cuatro postulados básicos, fundados en estricto sentido en el concepto de libertad como fuente de juridicidad. Estas son las de libertad de entrada

66. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, CUETARA MARTÍNEZ, Juan Miguel de la y LÓPEZ-MUÑIZ., José Luis, *El Nuevo Servicio Público*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid 1997, pp. 19 y ss. “...*Es éste un trágico destino de la ciencia del derecho administrativo. Cuando creíamos tener, finalmente, definido y configurado el concepto de servicio público, cambia radicalmente el marco sociopolítico y hay que volver a empezar...*”

67. Son varias las obras donde el profesor ARIÑO se refiere a los principios del nuevo modelo de los servicios públicos. Entre otras puede consultarse: ARIÑO ORTIZ, Gaspar, CUETARA MARTÍNEZ, Juan Miguel de la y MARTÍNEZ LOPEZ-MUÑIZ., José Luis, *op. cit. supra*, nota 66; ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *op. cit. supra*, nota 59.

68. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *op. cit. supra*, nota 59, p. 555.

(iniciativa privada y de empresa), libertad de acceso al mercado (redes e infraestructura), libertad de contratación y formación competitiva de precios, libertad de inversión. Libertades que frente a la Constitución Política colombiana encuentran justificación en su artículo 333, al postular la libertad de empresa y de iniciativa privada como presupuestos del régimen económico. No obstante, en el intento de caracterizar el sistema a partir de las libertades fundamentales en que se sustenta, Ariño destaca como la desagregación también identifica un régimen de excepción para actividades no competitivas, básicamente en dos aspectos: en la instalación y gestión de infraestructuras y en el denominado servicio universal. Veamos cada una de estas situaciones derivadas de la desagregación:

A. Libertad de Entrada

La libertad de entrada incorpora al régimen jurídico de los servicios públicos, las ideas fundamentales de la libertad individual con responsabilidad social. Esto es, eleva a la categoría jurídica la iniciativa privada y la libertad de empresa garantizadas en la Constitución Política como mecanismos adecuados para la prestación de los servicios dentro de la economía de mercado. La libertad de entrada beneficia y estimula la pluralidad de oferentes en el tráfico jurídico de los servicios públicos. Todos aquellos sujetos que reúnan los requisitos establecidos en las normas jurídicas podrán incorporarse válidamente al mercado ofreciendo sus bienes y servicios, construyendo, explotando, comprando, vendiendo, en fin realizando todos los negocios indispensables dentro de la cadena de los servicios públicos. El postulado doctrinal de la libertad de entrada no significa de ninguna manera libertinaje o caos en la presencia de los actores del mercado de servicios públicos, se acepta en la doctrina que la entrada esté condicionada a las exigencias del legislador en la materia, lo cual implica subordinación de la iniciativa privada a la regulación como ordenadora y garantística de unas condiciones mínimas dentro del mercado, con el fin de evitar su desorden en detrimento de los intereses generales.

En el Derecho Colombiano de los servicios públicos, la libertad de entrada tiene fundamentos en el artículo 333 de la Constitución al proclamar la libertad de empresa y de iniciativa privada como fundamento de nuestro sistema económico, conceptos que son claramente recogidos en el artículo 2 numeral 6 de la Ley 142 de 1994, cuando proclama que uno de los objetivos de la intervención del Estado en materia de servicios públicos es el de garantizar la libertad de competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante por los actores del mercado. Se reitera el postulado en el artículo 10 del mismo estatuto, cuando incorpora al ordenamiento legal el concepto de libertad de empresa para la prestación de servicios públicos, sujetas al marco de la Constitución y de la ley. Se consolida el concepto de mercado y de competencia en el artículo 35 de esta codificación, al exigirle a las empresas de servicios públicos que tengan posición dominante en el mercado, que cuando deban adquirir bienes o servicios para la prestación de los asignados a ellas, tendrán que hacerlo a través de los procedimientos que aseguren amplia concurrencia en igualdad de condiciones. Lo que se observa de la legislación colombiana a este respecto, es la tendencia a mantener las condiciones propicias para el fomento del mercado y de la libre competencia en los servicios públicos.

En la Ley 143 de 1994, la libertad de entrada se deduce de la redacción del literal a) del artículo 3, cuando le atribuye al Estado el deber de promover la libre competencia

en las actividades del sector. Concepto que es reiterado en el artículo 7, cuando llama a la pluralidad de oferentes en el sector para que dentro de un régimen de libertad presten los servicios que les corresponda en un contexto de la libre competencia.

Esta libertad de todas maneras está sujeta, como se advierte, a las exigencias del legislador en torno a las características y requisitos para que los actores del mercado en cuanto productores, generadores, transportadores, comercializadores etc., puedan introducirse en su tráfico jurídico. Al respecto en el régimen nacional encontramos que en el artículo 15 de la Ley 142 de 1994 se indican por el legislador de manera taxativa quienes pueden prestar los servicios públicos, señalando las siguientes personas: Las empresas de servicios públicos; las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos; los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en la Ley 142 de 1994; las organizaciones autorizadas conforme la Ley 142 de 1994 para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas; las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en la Ley 142 de 1994; las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse la Ley 142 de 1994 estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17 de la misma ley.

De igual manera en los artículos 17, 18 y 19 de la Ley 142 de 1994 se determinan especiales condiciones sobre naturaleza y régimen jurídico propio para los entes que pretendan incorporarse al tráfico jurídico de los servicios públicos. En cuanto a su naturaleza, señala la ley que éstas deben tener el carácter de empresas de servicios públicos en la modalidad de sociedades por acciones, cuyo objeto deberá ser el de la prestación de los servicios públicos de que trata la ley de la materia. Esto es, la prestación de uno o más de los servicios públicos a los que se aplica la ley sobre la materia, o realizar una o varias de las actividades complementarias, o una y otra cosa. Las Comisiones de Regulación podrán obligar a una empresa de servicios públicos a tener un objeto exclusivo, cuando establezcan que la multiplicidad del objeto limita la competencia y no produce economías de escala o de aglomeración en beneficio del usuario. En todo caso, las empresas de servicios públicos que tengan objeto social múltiple deberán llevar contabilidad separada para cada uno de los servicios que presten; y el costo y la modalidad de las operaciones entre cada servicio deben registrarse de manera explícita. En tratándose de entidades descentralizadas estatales, la ley circunscribe su régimen jurídico al de sociedades o empresas industriales y comerciales, cuando sus propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones.

B. Libertad de Acceso al Mercado

La libertad de acceso al mercado postula la necesidad de garantizarle a todos los actores del mercado prestacional de servicios el libre acceso en igualdad de condiciones a las redes, instalaciones e infraestructura necesarias para la adecuada ejecución de los mismos. Los servicios públicos en su mayoría están vinculados para su prestación a

redes físicas o humanas⁶⁹, en tratándose de las primeras, el sistema sostiene que sería inadmisibles que se establezcan limitantes para su uso o aprovechamiento. Las redes como las infraestructuras en virtud de este principio quedan afectadas por su misma naturaleza al servicio, independientemente que sobre las mismas exista algún tipo de propiedad privada.

El interés general restringe los derechos de propietarios de redes o infraestructuras, estableciendo limitaciones al poder absoluto del mismo para facilitar el libre acceso al mercado de todos aquellos con posibilidad de competir en torno a su prestación en el mercado, cuando se requiera de dicha infraestructura o red para el desarrollo adecuado, eficiente y oportuno del servicio.

Las redes e infraestructuras no son otra cosa que la vía de acceso de los posibles prestadores de servicios al mercado. Las redes e infraestructuras eléctricas, oleoductos y gasoductos, redes ferroviarias, estaciones y aeropuertos, redes de telecomunicación, redes de abastecimiento de agua, autopistas, etc., están sujetas al servicio público que a través de ellas se pueda prestar, obviamente reconociendo a los propietarios, los peajes o costos por sus usos de acuerdo a lo establecido por la regulación.

El profesor Gaspar Ariño destaca como esta libertad propia de las actividades competitivas genera también una especial circunstancia de actividad no competitiva, por lo tanto sujeta a la regulación tendiente a su articulación dentro del sistema. El problema de competitividad surge en esencia frente a las estructuras y redes que como veíamos se encuentran gravadas con una afectación al servicio público, con el propósito de que faciliten a todos los prestadores y operadores cumplir con sus propósitos dentro del mercado. Sostiene Ariño y en eso lo acompañamos plenamente a la luz del régimen jurídico colombiano que “...*Las infraestructuras son necesariamente de uso común y sobre las mismas los distintos operadores pueden ofrecer servicios singularizados...*”, porque de lo contrario, la competitividad se haría imposible y el mercado un absurdo si todo operador tuviera que montar sus propias infraestructuras o redes independientes para actuar en el mercado. Por ejemplo, si cada empresa aérea necesitara construir un aeropuerto propio o cada transportador de gas, teléfonos o electricidad construir su propia red, la estética urbana, los espacios territoriales se agotarían en detrimento de la eficiencia, continuidad y eficacia de los servicios, haciéndolos incluso inviables desde la perspectiva económica y jurídica.

Bajo estas circunstancias, el sistema plantea la necesidad de una regulación coherente que le permita el desarrollo de administraciones autónomas y empresariales para las infraestructuras comunes, que brinden a todos los operadores tratamiento igualitario y seguridad para sus operaciones, no involucradas en las intimidades de los negocios de las empresas usuarias de la misma. Por otra parte, la intervención estatal a través de la regulación debe proveer de los instrumentos jurídicos necesarios, con el propósito de contar con un régimen normativo sobre el uso de los bienes comunes y el acceso a las redes dentro de cada servicio.

Al igual que en la libertad de entrada, en la de acceso al mercado y en todo lo relativo a la utilización de infraestructuras y redes, las bases conceptuales se desprenden del contenido del artículo 333 constitucional. Para el caso concreto, la Ley 142 de 1994 en su artículo 11.6, al desarrollar el concepto de función social de la propiedad en las enti-

69. Corte Constitucional. Sentencia T-578 de 1992. MP MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. En igual sentido, la Sentencia C-205 de 1995 MP CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. Para la Corte, una de las características de ciertos servicios públicos como los domiciliarios, es que deben ser prestados a través de redes físicas o humanas.

dades prestadoras de servicios públicos, señala como una de las obligaciones de la propiedad, es decir una sujeción en virtud de la ley, básica y fundamental, la de facilitar el acceso e interconexión de otras empresas o entidades que prestan servicios públicos, o que sean grandes usuarios de ellos, a los bienes empleados por la organización para la prestación de los servicios, obviamente que para facilitar la competencia y el tráfico de los servicios públicos

La libertad de uso de redes e infraestructura la relaciona y amplía el legislador en el artículo 28 de la ley de los servicios públicos a la de construcción, mantenimiento y restauración de las existentes, a su cargo, al reconocer como derecho de todas las empresas la de construir, operar y modificar sus redes e instalaciones para prestar los servicios públicos. Para estos efectos, el legislador habilita a las empresas para que ejerzan las mismas facultades que las leyes y demás normas pertinentes establecen para las entidades oficiales que han estado encargadas de la prestación de los mismos servicios y las particulares previstas en esta Ley.

En materia de energía eléctrica, por sus mismas características el asunto resulta aun más disiente frente al principio en estudio. Señala el artículo 28 de la Ley 143 de 1994 que las empresas que sean propietarias de líneas, subestaciones y equipos señalados como elementos de la red nacional de interconexión, mantendrán la propiedad de los mismos, pero deberán operarlos con sujeción al Reglamento de Operación y a los acuerdos adoptados por el Consejo Nacional de Operación, que implican su apertura para quienes deban transitar por ellas. Concepto que se consolida en el artículo 30 del mismo estatuto eléctrico, cuando señala que las empresas propietarias de redes de interconexión, transmisión y distribución permitirán la conexión y acceso de las empresas eléctricas, de otros agentes generadores y de los usuarios que lo soliciten, previo el cumplimiento de las normas que rijan el servicio y el pago de las retribuciones que correspondan. Estas empresas podrán prestar el servicio de servidumbre para telecomunicaciones. Todo lo anterior obviamente previo el pago de las tarifas o peajes que correspondan.

Para el efecto, el artículo 39 de la Ley 143 establece como metodología apropiada para su estructuración la de los cargos asociados con el acceso y uso de las redes del sistema interconectado nacional que cubran, en condiciones óptimas de gestión, los costos de inversión de las redes de interconexión, transmisión y distribución, según los diferentes niveles de tensión, incluido el costo de oportunidad de capital, de administración, operación y mantenimiento, en condiciones adecuadas de calidad y confiabilidad y de desarrollo sostenible. Estos cargos tendrán en cuenta criterios de viabilidad financiera.

C. Libertad de Contratación

La libertad de contratación y formación competitiva de precios es desarrollada por la doctrina como el medio idóneo para conjugar la iniciativa privada con el mercado sujetas a las reglas y principios comerciales, en donde la autonomía de la voluntad sea la dominante para cualquier tipo de actuación o decisión, en consecuencia vinculadas a un estricto derecho privado mercantil. Bajo estas circunstancias, la regulación tan solo las pueda afectar de manera excepcional, principalmente para atender la ausencia de mercado, conflictos relativos a la competencia o para evitar afectaciones graves contra el interés general. En este sentido, la libertad de contratación implica o conlleva algunas otras como las de libertad de compra, venta, de productos o servicios, de extender ser-

vicios en cualquier parte del territorio, libertad de movilización y presencia en todos los lugares en donde pueda negociar en la prestación de los servicios de su especialización o en aquellos que se encuentre en capacidad técnica, financiera y legal de prestar, por lo tanto, libertad o para diversificar en sus actividades de servicios (áreas conexas o complementarias), sin desconocer los límites que por razones de interés general le pueda imponer la reglamentación.

Doctrinalmente, a partir del principio de libertad de contratación y sobre todo de la multiplicidad de negocios en el mercado, se espera que surjan los precios para aquellos servicios verdaderamente competitivos. “...*La formación competitiva de precios es siempre mejor y más de fiar que el cálculo de costes marginales que pueda realizar la autoridad regulatoria...*” Frente a estos planteamientos, se sostiene que la regulación estaría limitada exclusivamente a hacer respetar las reglas del mercado involucradas en la formación competitiva de los precios y a evitar desmanes o prácticas restrictivas protagonizadas por los actores del mercado. Sin embargo, en nuestra opinión, en economías como las latinoamericanas, la regulación tiene que ir mucho más allá en el establecimiento de reglas de convivencia comunitaria interviniendo en la fijación de normas relacionadas con los precios de ciertos servicios básicos y fundamentales como los domiciliarios.

La libertad de contratación tiene sus fuentes en la garantía a la iniciativa privada establecida en el artículo 333 de la Constitución Política. En tratándose de su relación con la formación de los precios del mercado competitivo, la legislación colombiana lo acepta siempre y cuando se trate de mercados en los cuales la libertad sea posible, como sucede en materia de energía eléctrica entre generadores, distribuidores o grandes consumidores, conforme lo especifica el artículo 26 de la Ley 143 de 1994. En los casos en que el interés general lo requiera, en cuanto el mercado no se encuentre de lograr mínimos equitativos en materias de precios para la población, el artículo 2.9 de la Ley 142 de 1994 autoriza la intervención del Estado para establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad. Esta situación se refleja, por ejemplo, en materia de energía eléctrica al hacerse diferencia entre usuario regulado y no regulado, entendiéndose por estos últimos aquellos que de acuerdo a su capacidad de consumo se encuentran en condiciones de sentarse a la mesa en igualdad con las empresas de servicios públicos para negociar las cantidades de energía que requieren. O en los negocios de electricidad entre empresas generadoras, entre distribuidoras, entre aquéllas y éstas y entre todas ellas y las empresas dedicadas a la comercialización de electricidad y los usuarios no regulados, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley Eléctrica son libres y serán remuneradas mediante los precios que acuerden las partes. A similar régimen deben someterse las transacciones que se realicen a través de interconexiones internacionales.

En tratándose de los usuarios regulados por su situación de minoridad y debilidad deben ser objeto de protección por el Estado a través de la normatividad protectora de las comisiones correspondientes. Para el caso del sector de energía eléctrica, se ha entendido por el legislador que usuario regulado es la persona natural o jurídica cuyas compras de electricidad están sujetas a tarifas establecidas por la Comisión de Regulación, con el propósito de protegerlo y garantizarle un marco predefinido de reglas para los precios de la energía que debe consumir para su subsistencia doméstica o domiciliaria.

La intervención de la regulación en la materia se deja percibir en el caso de la legislación colombiana en las disposiciones de la Ley 142 de 1994, relativas al establecimiento de fórmulas tarifarias por las Comisiones de Regulación en las áreas de su competen-

cia. Los artículos 124 a 127 de este estatuto de servicios públicos establecen los procedimientos a seguirse por las empresas, con el propósito de obtener los marcos tarifarios para el ejercicio de su actividad de prestación.

D. Libertad de Inversión

El principio de libertad de inversión pretende identificar uno de los elementos esenciales de los servicios en el mercado competitivo y es el relacionado con la posibilidad de que los sujetos particulares inviertan en todos los aspectos de los servicios y reciban en consecuencia la rentabilidad que el mercado determine por estas inversiones. El Estado no está llamado más a invertir en aquellos sectores donde la iniciativa privada pueda llevar e invertir sus recursos y patrimonios. Al fin y al cabo es el mercado el que le crea las necesidades a sus protagonistas, en este sentido, el sector público debe asumir otras responsabilidades en la mayoría de los casos ajenos totalmente a la inversión en servicios.

Este principio relacionándolo con la legislación colombiana nos permite contemplar un escenario bastante interesante, en cuanto es claro que la gran regla general es la de la prestación de los servicios públicos en cuanto sean objeto de la competencia y del mercado, luego en estas hipótesis el régimen llama a la necesaria inversión privada en todo lo relacionado con ellos. Es más, dentro de los instrumentos del Estado intervencionista establecidos en el artículo 3 numerales 1 y 8 de la Ley 142 de 1994 están los de promover y apoyar a las personas que presten servicios públicos y estimular la inversión de los particulares, de manera tal que sea el capital privado el que fortalezca el sector y no los recursos de la comunidad. No obstante lo anterior, en los territorios no competitivos, la inversión pública continua sosteniendo integralmente los servicios públicos. De la lectura de los artículos 5, 6, 7, de la Ley 142 de 1994, se deduce claramente que le corresponde al Estado en cabeza de los municipios y departamentos asumir las responsabilidades de inversión cuando la iniciativa particular y privada no encuentre los incentivos del mercado suficientes para asumir la problemática integral de los servicios públicos.

E. Servicio Público Universal

El concepto de servicio público universal es traído por la doctrina neoliberal para destacar las obligaciones y compromisos de la regulación ante las insuficiencias del mercado y de la competencia que llevan a situaciones de ausencia total en la prestación del servicio con evidente detrimento de los intereses generales de la población. Frente a esta situación crítica, el sistema le traslada a las autoridades, el deber de brindar soluciones que el mercado por sus insuficiencias no puede ofrecer. Se sostiene entonces que en estos casos se presenta una situación de servicio esencial o básico universal, que debe ser garantizado en toda comunidad como mínimo para la convivencia y satisfacción de los intereses ciudadanos. Al no existir competencia, en cuanto posiblemente no exista ningún tipo de oferta, porque la relación entre costos y rendimientos no satisface al interés privado, el sistema sostiene que algún operador debe ser obligado por la regulación a garantizar el mínimo vital del servicio o su esencia universal. Resulta obvio que en economías como las nuestras, ese operador de repuesto ante la ausencia de mercado no es otro que el Estado. Por lo menos en el caso colombiano, así se puede deducir

de la lectura del artículo 365 constitucional, que coloca al Estado como un posible prestador de los servicios públicos, principio que es llevado a la Ley 142 de 1994 en su artículo 6, en cabeza de los municipios a títulos de garantes del servicio universal, eso si sujetos a las reglas y regulaciones del sistema, como si fueran otros operadores mas sujetándose incluso al derecho privado⁷⁰.

F. El sistema en sus desarrollos nacionales se concreta en los servicios públicos domiciliarios dirigidos a la atención del interés general sobre usuarios finales

El nuevo sistema de los servicios públicos plantea los compromisos sociales del capital y la iniciativa privada dentro de una economía de mercado que deben brindar las satisfacciones a las necesidades de la comunidad. Esa comunidad individualmente considerada se traduce en usuarios o consumidores de los servicios públicos, los cuales tienen un especial tratamiento en el régimen positivo colombiano. El concepto de usuario o consumidor en nuestro derecho se vincula a la idea de beneficiario o usufructuario final de los servicios públicos, en la medida en que son los sujetos llamados a disfrutar de ellos, por lo tanto son el objeto y propósito inmediato de los principios libertarios expuestos por la política neoliberal de los servicios públicos.

Para estos efectos, el artículo 14.33 de la Ley 142 de 1994, expresamente recoge la concepción de usuario o consumidor, según la cual, usuario es toda “...*Persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público, bien como propie-*

70. Ley 142 de 1994 “Artículo 6°. *Prestación directa de servicios por parte de los municipios. Los municipios prestarán directamente los servicios públicos de su competencia, cuando las características técnicas y económicas del servicio, y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, lo cual se entenderá que ocurre en los siguientes casos: 6.1. Cuando, habiendo hecho los municipios invitación pública a las empresas de servicios públicos, no haya habido empresa alguna que se ofreciera a prestarlo; 6.2. Cuando, no habiendo empresas que se ofrecieran a prestar el servicio, y habiendo hecho los municipios invitación pública a otros municipios, al Departamento del cual hacen parte, a la Nación y a otras personas públicas o privadas para organizar una empresa de servicios públicos que lo preste, no haya habido una respuesta adecuada; 6.3. Cuando, aún habiendo empresas deseosas de prestar el servicio, haya estudios aprobados por el Superintendente que demuestren que los costos de prestación directa para el municipio serían inferiores a los de empresas interesadas, y que la calidad y atención para el usuario serían, por lo menos, iguales a las que tales empresas podrían ofrecer. Las Comisiones de Regulación establecerán las metodologías que permitan hacer comparables diferentes costos de prestación de servicios; 6.4. Cuando los municipios asuman la prestación directa de un servicio público, la contabilidad general del municipio debe separarse de la que se lleve para la prestación del servicio; y si presta más de un servicio, la de cada uno debe ser independiente de la de los demás. Además, su contabilidad distinguirá entre los ingresos y gastos relacionados con dicha actividad, y las rentas tributarias o no tributarias que obtienen como autoridades políticas, de tal manera que la prestación de los servicios quede sometida a las mismas reglas que serían aplicables a otras entidades prestadoras de servicios públicos. En el evento previsto en el inciso anterior, los municipios y sus autoridades quedarán sujetos, en lo que no sea incompatible con la Constitución o con la ley misma, a todo lo que esta Ley dispone para las empresas y sus administradores y, en especial, a las regulaciones de las Comisiones y al control, inspección, vigilancia y contribuciones de la Superintendencia de Servicios Públicos y de las Comisiones. Pero los Concejos determinarán si se requiere una junta para que el municipio preste directamente los servicios y, en caso afirmativo, ésta estará compuesta como lo dispone el artículo 27 de esta ley. Cuando un municipio preste en forma directa uno o más servicios públicos e incumpla las normas de calidad que las Comisiones de Regulación exijan de modo general, o suspenda el pago de sus obligaciones, o carezca de contabilidad adecuada después de dos años de entrar en vigencia esta Ley o, en fin, viole en forma grave las obligaciones que ella contiene, el Superintendente, en defensa de los usuarios y para proteger la salud y bienestar de la comunidad, además de sancionar los alcaldes y administradores, podrá invitar, previa consulta al comité respectivo, cuando ellos estén conformados, a una empresa de servicios públicos para que ésta asuma la prestación del servicio, e imponer una servidumbre sobre los bienes municipales necesarios, para que ésta pueda operar. De acuerdo con el artículo 336 de la Constitución Política, la autorización para que un municipio preste los servicios públicos en forma directa no se utilizará, en caso alguno, para constituir un monopolio de derecho...*”

tario del inmueble en donde éste se presta, o como receptor directo del servicio. A este último usuario se denomina también consumidor...”, esto es, que para el legislador colombiano, tan sólo existe usuario o consumidor, en los casos en que una persona puede ser calificada realmente como beneficiaria o receptora directa de un servicio público y que si este servicio es domiciliario, es decir, se ejecuta o se cumple en el domicilio del interesado, o como lo señala la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia C - 493 de 1997), se trata de uno de aquellos que pretenden la satisfacción concreta de necesidades personales vinculadas a un inmueble específico, usuario o consumidor, tan sólo puede ser el sujeto final de esa relación jurídica.

Resulta innegable, que por regla general, usuario o consumidor, tan sólo puede ser la persona natural o jurídica que cumpla estrictamente con la preceptiva legal analizada. En este sentido, no puede aceptarse en el Régimen Jurídico Colombiano una modalidad de usuario o consumidor que no se adecue plenamente a lo dispuesto por la ley. No podría en consecuencia calificarse como usuario o consumidor a quienes tan sólo revisiten el carácter de sujetos intermediarios o en otros casos de productores, comercializadores, etc., en la cadena de los servicios públicos, por la elemental razón jurídica de que nunca podrán ser beneficiarios o receptores directos de los servicios públicos para su uso o consumo, a no ser que el legislador les otorgue este carácter, de manera excepcional, respecto de lo establecido en el artículo 14.33 de la Ley 142 de 1994, cosa que aún no ha sucedido.

Lo anterior encuentra plena aplicación en tratándose de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica. El artículo 14.25 de la Ley 142 de 1994, al definir este tipo de servicios domiciliarios, destaca expresamente que se configuran en la medida en que lleguen al domicilio de su destinatario, al que denomina usuario final, recogiendo de esta manera el concepto material o sustancial de usuario, conforme a los planteamientos de la concepción teleológica explicada. Según esta disposición, el servicio público de energía eléctrica, “...*Es el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición...*” Bajo estos parámetros legislativos, no se podría considerar que en tratándose del servicio público domiciliario de energía eléctrica estemos frente a un usuario o consumidor de dicho servicio, si la transmisión de energía no llega al domicilio de la persona natural o jurídica final que habrá de beneficiarse real y efectivamente con el suministro de la misma.

Estos planteamientos fueron recogidos en el artículo 134 de la Ley 142 de 1994, al definir el derecho de los usuarios a la prestación de servicios públicos domiciliarios, condicionándolo a que la persona interesada en beneficiarse con los mismos habite o utilice de modo permanente y a cualquier título un inmueble. La norma concretamente dispone lo siguiente: “...*Cualquier persona capaz de contratar que habite o utilice de modo permanente un inmueble, a cualquier título, tendrá derecho a recibir los servicios públicos domiciliarios al hacerse parte de un contrato de servicios públicos...*” Esta disposición se sustenta en lo preceptuado en el artículo 129 de la Ley de Servicios Públicos, a propósito de la celebración de los contratos de servicios públicos cuando indica que el mismo existe, “...*Desde que la empresa defina las condiciones uniformes en las que está dispuesta a prestar el servicio y el propietario, o quien utiliza un inmueble determinado, solicita recibir allí el servicio, si el solicitante y el inmueble se encuentran en las disposiciones previstas por la empresa...*”

Los anteriores parámetros conceptuales de naturaleza finalística no son nuevos para el Derecho Positivo Colombiano. El Decreto 3466 de 1982 que reguló lo referente a la protección del consumidor, definió precisamente la figura del consumidor, en su artículo 1º, Literal c) como: “...*Toda persona, natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades...*” Siguiendo este precepto normativo, se llega a similares conclusiones que las planteadas a propósito del artículo 14.33 de la Ley 142 de 1994, es decir, que el concepto de usuario o consumidor en el derecho colombiano se sustenta en la idea de beneficiario o receptor final del servicio público, o para el caso de los consumidores, para la satisfacción de una o más de sus necesidades a partir de los bienes adquiridos o del servicio efectivamente recibido y que si ese servicio es domiciliario, el inmueble que habite o utilice la persona es un componente indispensable de su concepto.

Ahora bien, el contenido de los artículos 14.25 y 14.33 de la Ley 142 de 1994, tienen una especial y particular fuerza vinculante dentro de los servicios públicos. Conforme a lo dispuesto en el Inciso 1 de la mencionada disposición, estos conceptos legales de servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y de usuario cumplen un papel fundamental dentro del ordenamiento jurídico colombiano, el de servir como instrumentos de hermenéutica jurídica frente a cualquier conflicto conceptual en torno a los sujetos beneficiarios de un servicio público. De esta forma, cualquier hipótesis de aplicación de las disposiciones sobre servicios públicos, o frente a cualquier situación propia de los servicios públicos donde corresponda identificar plenamente a los sujetos intervinientes, entre ellos determinar cuales actúan como usuarios o consumidores, debemos necesariamente darle estricta aplicación a las definiciones con autoridad de la Ley 142 de 1994, que precisamente fueron diseñadas con el claro propósito de evitar interpretaciones por fuera del natural orden público que implica los servicios públicos; impidiéndose de esta forma interpretaciones que eventualmente rompan con los claros senderos que el legislador ha dispuesto en estos asuntos.

Siendo el usuario final el objeto y finalidad de los servicios públicos para garantizar sus derechos y sobre todo para evitar que el sistema genere posibles situaciones de iniquidad, las normas legales y la regulación se han empeñado en desarrollar el llamado contrato de servicios públicos o contrato de condiciones uniformes, a través del cual se enmarcan todas las consideraciones básicas y fundamentales tendientes a evitar que el mercado pueda atropellar a la mayoría de la población que en condiciones normales consumen los productos propios de los servicios públicos. El artículo 128 de la Ley 142 de 1994 define este peculiar negocio jurídico como un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados. Hacen parte del contrato no sólo sus estipulaciones escritas, sino también todas las que la empresa aplique de manera uniforme en la prestación del servicio. Existe contrato de servicios públicos aún cuando algunas de las estipulaciones sean objeto de acuerdo especial con uno o algunos usuarios.

En cuanto a su régimen jurídico, el legislador diseñó un sistema mixto donde se aplican disposiciones de diferente naturaleza, pero que de todas maneras en cuanto tiene por objeto principal regular las relaciones entre las empresas y los usuarios finales, el Consejo de Estado lo ha considerado como influido preponderantemente por el derecho público, por lo tanto, sujeto a sus principios y controles. Bajo esta perspectiva, debe entenderse el artículo 132 de la Ley 142 de 1994, cuando dispone que el contrato de servicios públicos se regirá por lo dispuesto en Ley 142 de 1994, por las condiciones

especiales que se pacten con los usuarios, por las condiciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos y por las normas del Código de Comercio y del Código Civil. Cuando haya conflicto entre las condiciones uniformes y las condiciones especiales, se preferirán éstas. Al definir los efectos fiscales del contrato de servicios públicos, se tendrá en cuenta que, a pesar de tener condiciones uniformes, resulta celebrado con cada usuario en particular.

G. Órganos Autónomos Reguladores

La nueva concepción de los servicios públicos exige un nuevo tipo de regulación que rompa los marcos tradicionales de un estricto derecho administrativo generador de disposiciones tendientes a fortalecer la presencia estatal en el tráfico de los servicios. La concepción económica plantea la necesidad de que la regulación e intervención del Estado se dé en favor de la competencia y de la iniciativa privada estimulándola y creando las condiciones para que llegue a todos los lugares del territorio. Para estos efectos, la doctrina plantea la necesidad de apartar la regulación de los niveles tradicionales de producción de normas administrativas de intervención, mediante la asignación de estas atribuciones a órganos especializados, autónomos, independientes y altamente profesionalizados, que garanticen los límites suficientes con las autoridades ejecutivas y eviten distorsiones en las bases conceptuales del sistema, que lleven eventualmente a que el Estado intervenga de manera desmedida o arbitraria en las relaciones que deben regirse por las normas y condiciones del mercado, atentando de esta manera contra la libertad de iniciativa privada en la prestación de los servicios públicos.

En síntesis, el nuevo sistema, paralelamente a las estructuras y órganos tradicionales de los poderes públicos, exige unas especiales autoridades con competencia y autonomía suficientes e independencia de aquéllas, capacitadas para expedir normas reguladoras de los diferentes sectores de los servicios públicos, otorgándole a los mismos seguridad jurídica en cuanto generadoras de unidad de criterios y de conceptos para cada uno de ellos. En los ordenamientos jurídicos donde han florecido este tipo de organismos, se las conoce como comisiones, agencias, autoridades o simplemente administraciones independientes⁷¹.

La idea de generalizar para el sistema este mecanismo institucional de regulación, en muchos casos extrañó a los criterios de administración pública del modelo continental o europeo de influencia francesa, proviene de los trabajos de los derechos norteamericano⁷² e inglés, aunque con experiencias diferentes en cada uno de ellos, han proporcionado un amplio desarrollo normativo y de criterios a las áreas de su influencia.

71. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Las Administraciones Independientes*, Tecnos, Madrid 1994, p. 28. Surgimiento de este modelo de administración a través de autoridades independientes, que rompe con muchos años de tradición en el régimen de las estructuras administrativas, corresponde no a otra cosa que a la crisis de un Estado grande, torpe, lento, ineficaz, que interviene en todos los procesos con criterios *político partidistas*, lo que lo convierte en una *suerte de manipulador*. “...Las AAI son la muestra elocuente de la búsqueda de una gestión pública neutralizada políticamente...” y de contenido técnico.

72. MORENO MOLINA, Ángel Manuel, “La administración por Agencias en los Estados Unidos de Norteamérica”, Universidad Carlos III de Madrid, *Boletín Oficial del Estado*, 1995. Resulta difícil en la legislación estadounidense encontrar una definición precisa de lo que es una agencia administrativa, no sólo por la ausencia de definición constitucional en torno al concepto de administración pública, sino también por la falta de tradición en este derecho para definir por vía legal muchas de sus instituciones. No obstante esta problemática, el autor propone recoger algunas definiciones dispersas entre otros documentos legales en el acta de procedimientos administrativos

En los últimos años, esta modalidad de administraciones especializadas y autónomas ha sido recogida por algunos ordenamientos jurídicos, aprovechando sus ventajas de cuerpo burocrático especializado, autónomo y técnico⁷³.

En el derecho colombiano, el artículo 113 de la Constitución Política recepciona los trabajos foráneos sobre administraciones independientes bajo la denominación de órganos autónomos e independientes. Indica precisamente el inciso segundo de esta disposición que además de las ramas legislativa, ejecutiva y judicial, podrán existir otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado, no obstante, en tratándose de los servicios públicos, el legislador al desarrollar el régimen jurídico de éstos, no recurrió a esta figura estructural extraordinaria al momento de incorporar a la legislación nacional el concepto de comisiones de regulación en servicios públicos.

Si bien es cierto que acudimos a las comisiones de regulación como cuerpos u órganos técnicos, altamente especializados, con facultad regulatoria en materias relativas a cada uno de los sectores de los servicios, no se les otorgó la independencia propia de las agencias norteamericanas o de los órganos autónomos e independientes a que se refiere

de 1946, según la cual *agencia* es prácticamente cualquier dependencia de los poderes públicos. (p. 30) Doctrinalmente la situación no presenta variaciones interesantes en cuanto que el tema es traído más bien como un presupuesto metodológico que como un concepto jurídico administrativo. Excepcionalmente, algunos autores las identifican como "...una autoridad pública, distinta de un tribunal o de un órgano legislativo, que afecta los derechos de las personas privadas a través de actos singulares o disposiciones de carácter general..." (p. 33) Lo cierto resulta ser que la idea se ha extendido y podemos identificar gran cantidad de agencia cumpliendo diferente tipo de actividades administrativas entre las cuales podemos señalar las siguientes: Agencias Ejecutivas; Agencias Independientes; Agencias con potestades cuasi-judiciales; Agencias Reguladoras Independientes. En tratándose específicamente de los servicios públicos, el profesor Juan José MONTERO PASCUAL (*Op. cit. supra*, nota 53) señala que las comisiones de regulación surgieron en el derecho norteamericano como consecuencia de abusos en el mercado que implicaron la intervención de las autoridades. En la segunda mitad del Siglo XIX, las tarifas abusivas que ciertos oligopolios imponían al transporte de granos provocaron la intervención de los legisladores en protección del interés general. Algunas legislaturas de los estados intervinieron fijando precios. La Corte Suprema avaló estos procedimientos con fundamento en el interés general y en el viejo *common law*, indicando toda actividad que se relacione con lo público podía ser controlada para defender los intereses del común. (*Munn vs Illinois*, 1870. Citado por este autor como el primer pronunciamiento en la materia). Bajo esta perspectiva, la regulación se dio inicialmente por vía legislativa frente a sectores económicos de especial importancia violentados en sus mercados por agentes monopolísticos. En el Caso *Nebbia vs New York*, se consolida esta tendencia cuando sostiene la Corte Suprema que "...El uso de la propiedad privada y la realización de contratos privados están por regla general, libres de interferencia gubernamental; pero están sujetos a regulación pública cuando la necesidad pública lo requiere...la razonabilidad de cada regulación depende de los hechos relevantes...decir que la propiedad está investida con un interés público o que una industria está afectada por el interés público significa que la propiedad o la industria por razones adecuadas está sujeta al control por el bien público..." La complejidad técnica llevó a radicar la competencia de intervención reguladora en entidades técnicas a las que se les llamó Agencias o Comisiones de Regulación, dotadas de independencia y capacidad de decisión en el sector correspondiente. La política del New Deal fortaleció aun más el surgimiento de estas modalidades orgánicas administrativas de regulación y expedición de normas especializadas en los servicios públicos. Puede consultarse en este mismo sentido BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *op.cit.supra*, nota 71, p 31 a 57.

73. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *op. cit. supra*, nota 71, pp. 57 a 96. En el derecho inglés y francés, se produjeron otros interesantes desarrollos de organismos diseñados para cumplir funciones regulatorias. En Inglaterra, históricamente aparecieron los "quangos" (*Quasi-autonomous non governmental organizations*). Organizaciones que no corresponden directamente con nuestra concepción administrativa y que corresponden a las más variadas formas y funciones, pero con ostensible autonomía. Funda sus raíces en el respeto inglés a las fuerzas sociales y a las tradiciones aristocráticas, que llevan a reconocer funciones en servicios públicos a cuerpos profesionales. En Francia, el reconocimiento a las autoridades independientes es relativamente nuevo. Recordemos que en el derecho francés, se desarrolló la concepción tradicional de la autonomía pero de entidades descentralizadas sujetas al direccionamiento y tutela del poder ejecutivo, pero nunca por fuera de él. Se acudió a este mecanismo en el derecho francés por primera vez en 1976, con la Creación de la Comisión Nacional de la Información y de la Libertad.

el artículo 113 constitucional. En estricto derecho (Ley 142 de 1994, Art. 69; Ley 143 de 1994, Art. 21), el legislador acudió para la configuración y naturaleza de estas entidades al régimen ordinario de la estructura y funcionamiento del poder público ejecutivo, organizándolas como unidades administrativas especiales con independencia administrativa, técnica y patrimonial, y adscritas al respectivo ministerio, pero no como entidades por fuera de los controles tutelares del poder ejecutivo, aunque bien lo hubiera podido hacer, si se tiene en cuenta que para estos efectos, el artículo 48 de la Ley 489 de 1998 le entrega al legislador suficiente discrecionalidad, para que conforme al artículo 113 constitucional le otorgue a estas comisiones la naturaleza que mejor convenga a los intereses generales involucrados en los servicios públicos⁷⁴.

Ahora bien, en consonancia con los planteamientos doctrinarios del sistema económico liberal de los servicios públicos, a las comisiones se les otorga un papel estelar en la promoción de la competencia y en la generación de condiciones para que la iniciativa privada desarrolle el mercado de los servicios dentro de un ambiente de competencia, esto es, se les determina un derrotero de creación de un especial derecho público administrativo, pero fundamentalmente orientado a respaldar toda la política de apertura, globalización, mercado y libre competencia, y no de fortalecimiento y crecimiento desproporcionado de la actividad estatal⁷⁵. De manera general en el artículo 73 de la Ley 142 de 1994, se les atribuye la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abusos de la posición dominante y produzcan servicios de calidad. En igual sentido, el artículo 20 de la Ley Energética señala perentoriamente que para el sector, la función de regulación por parte del Estado tendrá como objetivo básico asegurar una adecuada prestación del servicio, mediante el aprovechamiento eficiente de los diferentes recursos energéticos, en beneficio del usuario en términos de calidad, oportunidad y costo del servicio. Para el logro de este objetivo, promoverá la competencia, creará y preservará las condiciones que la hagan posible. Para esto, deberá entre otras obligaciones crear las condiciones para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, capaz de abastecer la demanda bajo criterios sociales, económicos, ambientales y de viabilidad financiera, promover y preservar la competencia. Establecer normas sobre capacidad de generación de respaldo y determinar las condiciones para la liberación gradual del mercado hacia la libre competencia.

El trabajo de las comisiones de regulación se concreta en el establecimiento de pautas administrativas de intervención y dirección de los servicios públicos, a través de actos administrativos de regulación y no de reglamentación de la ley, o de sustitución al legislador como algunos sectores llegaron a sostenerlo con desconocimiento del orden jurídico nacional. Lo anterior, con el propósito claramente definido en favor de la competencia y el mercado⁷⁶, respetando siempre el principio de legalidad y la institucionalidad

74. Ley 489 de 1998. "Art. 48. *Comisiones de regulación. Las comisiones que cree la ley para la regulación de los servicios públicos domiciliarios mediante asignación de la propia ley o en virtud de delegación por parte del Presidente de la República, para promover y garantizar la competencia entre quienes la presten, se sujetarán en cuanto a su estructura, organización y funcionamiento a lo dispuesto en los correspondientes actos de creación...*"

75. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Regulación Económica y Modelo de Administración. La Necesaria Reforma Constitucional", publicado en *Administración Instrumental. Libro Homenaje a Manuel Clavero Arévalo*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Editorial Civitas, Madrid 1994, pp. 50 a 52.

76. Gobierno Nacional. Exposición de Motivos al proyecto de Ley 135 Senado. *Gaceta del Congreso* n° 162 de 17 de noviembre de 1992, p. 21. "...La función reguladora no debe ser entendida como el ejercicio de un interven-

del Estado colombiano. Precisamente en la Ley 142 de 1994, artículo 14.18, se define la regulación como: “...*La facultad de dictar normas de carácter general o particular en los términos de la Constitución y de esta Ley, para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos...*”

La Corte Constitucional al definir la naturaleza de las funciones y actos de las comisiones de regulación sostuvo que: “...Es importante recordar que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, las comisiones en referencia hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional (L. 489/98, arts. 38 y 48), e integran la administración pública, en tanto les han sido asignadas funciones administrativas -como se verá más adelante- (ib., art. 39) y por eso, respecto de aquéllas, el Presidente actúa como suprema autoridad administrativa (C.P., art. 189)... Por su parte, el parágrafo del artículo 69 de la Ley 142 de 1994 establece que cada comisión tiene competencia “para regular el servicio público respectivo”. Ahora bien, se hace necesario que la Corte precise el alcance y las implicaciones jurídicas de la atribución de *regular*, toda vez que si se le otorgara el sentido de sustituir al legislador en estas materias, o el de dictar reglas sobre servicios públicos sin base en las prescripciones legislativas, ni en las políticas del gobierno, se violaría la Constitución y el parágrafo debería ser declarado inexecutable. A juicio de la Corte, las comisiones no pueden asumir una función reglamentaria directa de los preceptos constitucionales, ni pasar por alto su sujeción a la ley y a las disposiciones gubernamentales. En materia de servicios públicos domiciliarios, debe resaltarse que la regulación -como función presidencial delegable en las referidas comisiones- no es lo que ha considerado alguna parte de la doctrina, es decir, un instrumento normativo para *completar la ley*, o para llenar los espacios que ella pueda haber dejado, y menos para sustituir al legislador si éste nada ha dispuesto, pues ello significaría la inaceptable y perniciosa posibilidad de entregar al Presidente de la República -y, más grave todavía, a sus delegatarios- atribuciones de legislador extraordinario, distintas a las señaladas por la Carta, en manifiesta contravención de los postulados del Estado de derecho, entre los cuales se encuentran el principio de separación de funciones de los órganos del Estado (ib., art. 113), el carácter singular del Presidente como único funcionario que puede ser revestido de facultades extraordinarias temporales y precisas (C.P., art. 150, núm. 10) y las estrictas condiciones exigidas por la Constitución para que a él sean transferidas transitoria y delimitadamente las funciones legislativas... En efecto, *completar* según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa “añadir a una magnitud o cantidad las partes que le faltan”, y ello implica que *regular* ha sido erróneamente asimilado a *legislar*, en tanto ha sido entendida como la función de llenar los vacíos legales. Y como se vio, el artículo 370 de la Constitución condiciona la potestad reguladora del Presidente a que ella se haga *con sujeción a la ley*, no “para completar la ley”...”⁷⁷

Adicional a lo expuesto, debemos reconocer que adicional a su potestad reglamentaria se le entrega al Presidente de la República, en el artículo 370 constitucional, una clara función reguladora de los servicios públicos para señalar las políticas generales de la administración en estas materias, de todas maneras sujeta a lo que la ley. El legislador,

cionismo entorpecedor de la iniciativa empresarial. En su visión moderna, la regulación es una actividad estatal que fomenta la competencia en aquellas áreas donde existe y es factible; impide el abuso de posiciones de monopolio natural, donde ésta es ineludible; desregula para eliminar barreras artificiales a la competencia y, finalmente, calibra las diversas áreas de un servicio para impedir prácticas discriminatorias o desleales para el competidor...”

77. Corte Constitucional, Sentencia C-1162 de septiembre 6 de 2000. MP: Dr. HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio.

en el artículo 68 de Ley 142 de 1994, dispuso que estos asuntos podían ser delegados en las comisiones correspondientes, decisión legislativa avalada en su constitucionalidad por la Corte en diferentes pronunciamientos⁷⁸.

3. El Derecho Privado como la Base Jurídica del Nuevo Sistema. El Derecho Público como Regla de Excepción

A. La Situación actual del problema

Esta nueva concepción económica, antagónica con el modelo administrativo de prestación y asistencia a la sociedad, revolucionó las bases jurídicas rectoras de las relaciones entre servicios públicos, comunidad y Estado, planteando nuevos principios y contenidos normativos para esta realidad, en donde el derecho público resulta ser una simple regla de excepción o incluso para algunas situaciones inaplicables por no decir inexistentes, mudando en consecuencia el objeto y contenido del derecho administrativo como un régimen jurídico especial y exceptivo al derecho común en materias tan fundamentales para la vida de la comunidad, como la de los servicios públicos.

Se fundan estas apreciaciones en que los actores principales del nuevo sistema son sujetos particulares o excepcionalmente entes públicos que funcionan como particulares en el tráfico jurídico, sujetos necesariamente al derecho privado, y adicionalmente, en que desde la perspectiva material, la actividad desarrollada para la prestación u operación de los servicios en un régimen de libertad económica y de mercado es de naturaleza mercantil, de aquí que su derecho sea el propio de la iniciativa privada. El derecho privado y el nuevo sistema de los servicios públicos van siempre juntos, rompiendo cualquier posibilidad de ingerencia unilateral de la administración en contra de los postulados básicos que he indicado en los munerales anteriores.

No obstante, el Estado conserva innegables responsabilidades respecto de los servicios públicos que se rigen necesariamente por el derecho público administrativo. El papel de la organización estatal en estos asuntos prestacionales sufre evidentes mudanzas frente a la moderna concepción económica liberal de los servicios, transformaciones que implican asumir funciones de regulación, inspección, control y vigilancia de los mismos. Atribuciones estas de clara naturaleza administrativa, que deben sin discusión someterse a los parámetros y principios del derecho administrativo, a las reglas que nos indican que existe un derecho público especial que regenta el comportamiento del sector estatal para el ejercicio y cumplimiento de sus cometidos.

78. Corte Constitucional, Sentencia C-272 de junio 3 de 1998 MP. MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. En igual sentido, Sentencia C-1162 de septiembre 6 de 2000. MP: Dr. HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio, "... *Es entonces claro que la norma impugnada está simplemente permitiendo la delegación de unas funciones presidenciales, a saber, la posibilidad que tiene el Ejecutivo de señalar, de conformidad con la ley, las políticas generales de la administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. Esta conclusión es ya suficiente para rechazar uno de los cargos de la demandante, según el cual no podría la ley permitir esa delegación presidencial, por ser ésta una función compartida con el legislador. En efecto, la simple lectura del artículo 370 de la Carta, que es literalmente reproducido por la norma impugnada, muestra que esas atribuciones son eminentemente presidenciales, teniendo en cuenta que han sido colocadas en cabeza del primer mandatario. Todo lo anterior, como es obvio, respetando la órbita que fue definida por el Legislador con el pleno de las atribuciones constitucionales, para que el Presidente pudiera fijar dichas políticas...*"

Contexto normativo y de principios que desaparece dentro de las construcciones del modelo neoliberal, en los casos excepcionales en que el Estado o sus organismos deban asumir la prestación u operación directa de los servicios, en virtud de que se considera que en estos eventos, el aparato público actúa dentro del mercado como un sujeto protagónico más, por lo tanto sujeto al derecho que por regla general se aplica a los sujetos y actuaciones materiales del mercado y de la libre competencia, como lo es el privado.

Procede en igual forma el derecho administrativo en los servicios públicos, cuando las empresas u operadores privados o públicos deben cumplir excepcionalmente funciones materialmente administrativas, expresamente asignadas por el legislador en un ámbito indiscutible de colaboración, que no convierte en privada la atribución, para estos efectos las empresas de servicios públicos actuarían de manera excepcional en el tráfico jurídico como autoridades, sujetas a sus mismos principios, valores y normatividad y, por lo tanto, de responsabilidades de aquellos.

La regulación o intervención cuando se hace necesaria procede con fundamento en un derecho público administrativo predeterminado por el mercado y la competencia, es decir, de contenido y calidad sustancialmente distinto al tradicional, de aquél que todos conocemos como producto de la concepción continental o europea. Lo que no pierde y conserva, el derecho administrativo del nuevo modelo, es su carácter de protector y garantizador del interés general, marca ésta que nunca desaparece por más intensa que sea la presencia del interés privado o del capital en la prestación u operación de servicios públicos.

En consecuencia, tratándose del control de cualquier conflicto que se llegare a suscitar en su prestación o en los negocios jurídicos esenciales para su funcionamiento, la dogmática doctrinal del nuevo sistema plantea como principio el que éste le corresponderá resolverlo, en estricta lógica, a la jurisdicción ordinaria, desplazándose en consecuencia el sentido histórico de la jurisdicción contenciosa administrativa en la materia, a la ordinaria. Lo anterior excepto cuando se trate del cumplimiento de funciones o atribuciones administrativas, que de manera expresa y excepcional, el legislador le hubiere atribuido a las empresas de servicios públicos como carga de colaboración. Por ejemplo, en el derecho colombiano de los servicios públicos, se presenta un caso típico de ejercicio de funciones administrativas por los prestadores de servicios públicos, en los eventos en que desarrollen los procedimientos administrativos especiales establecidos en la Ley 142 de 1994 para garantizar los derechos de los usuarios finales en sede de las empresas, con ocasión de conflictos estrictamente derivados del contrato de prestación de servicios o de condiciones uniformes como popularmente se le conoce. Las providencias que resuelven estos litigios son de naturaleza administrativa en razón de la materia y el conocimiento para su juzgamiento será de la jurisdicción contenciosa administrativa a través de las acciones pertinentes.

B. Una propuesta de solución en derecho y armoniosa al conflicto

Esta situación de aparente contradicción en cuanto al régimen jurídico de los servicios públicos no puede en manera alguna constituirse en una talanquera para el funcionamiento del sistema, en cuanto que, como lo he sostenido en otros trabajos sobre la materia, el derecho es uno sólo⁷⁹ y la pugna entre el público y el privado, un dogma sofístico

79. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *op. cit. supra*, nota 20, pp. 167 a 184.

de incalculable subjetivismo. El gran universo del derecho positivo permite todo tipo de interrelaciones de manera dialéctica entre los diferentes subsistemas que lo integran, con el fin de procurar el cumplimiento de los propósitos generales de la organización política y dentro de ella los intereses legítimos de los particulares cuando sea del caso.

Bajo esta perspectiva, consideramos tanto al derecho administrativo como al privado en todas sus modalidades, subsistemas jurídicos, en la medida en que constituyen conjuntos normativos sectoriales dentro del universo del derecho positivo, con individualidad y características propias que permiten distinguirlos de otros sectores normativos, deducir reglas y formular principios peculiares a sus contenidos. En la medida en que interaccionan dentro del sistema, esto es, se sujetan al devenir de las normas, principios, reglas, interpretaciones y finalidades, de unos y otros en virtud de sus necesidades, se nos tornan en fenómenos cambiantes, en cotidiano movimiento y transformación. Es más, podría pensarse que están en permanente construcción en razón de su incuestionable relación con lo político y social que de por sí implican movilidad y cambio.

En cuanto dialécticos, los subsistemas jurídicos normativos del derecho administrativo y del privado se relacionan y nutren a su vez con la totalidad de los subsistemas del derecho positivo, están en permanente comunicación con éstos, haciendo del derecho positivo un todo o unidad homogénea o inseparable. El derecho en sí mismo es uno sólo parcelado para efectos científicos y académicos, pero que en su práctica, cotidianidad y dinámica, funcionan sincronizados, haciendo que cada una de sus partes funcionen armónicamente en favor del universo jurídico, al que conocemos como derecho positivo.

La principal consecuencia del derecho administrativo, entendido como subsistema jurídico frente a su objeto, esto es, ante la administración pública, es la de hacer de ésta un fenómeno ligado a lo jurídico, vinculada necesariamente al sistema normativo, sometida al derecho. Esta consecuencia es relativamente reciente y corresponde a las formulaciones doctrinales del Estado de Derecho y a los postulados de la institucionalización del poder, que generan el moderno principio de legalidad o de sujeción, respeto y acatamiento al bloque de la legalidad. No sólo a la legalidad en sentido general, esto es, a la totalidad del ordenamiento positivo, sino también, en concreto, a las normas y principios específicos que le dan razón y orientan su acción dentro del conglomerado estatal y a las que la misma administración pública profiera.

La formulación del principio de legalidad como soporte del derecho administrativo en especial de su objeto -la administración pública-, sobre todo frente a las observaciones en torno a su entendimiento dentro del contexto del derecho positivo, genera una interesante situación interpretativa para su estudio. Se trata de saber si el derecho administrativo es el único subsistema normativo aplicable a la administración pública. Igualmente aplicando las reflexiones sobre el carácter del sistema del derecho positivo cabe preguntarse frente a los sujetos particulares de sí el derecho privado es el único subsistema que les puede ser aplicado, bajo determinadas circunstancias, como en los casos en que con sujeción a la economía de mercado asuman responsabilidades en materia de servicios públicos, en donde siempre está de por medio el interés general.

Es decir, ¿está la legalidad de la administración pública o el actuar autónomo de los particulares sujeta exclusivamente por las ramas del derecho positivo que tradicionalmente se le ha predicado como propias? La respuesta a este interrogante nos la proporciona el planteamiento ya expuesto, según el cual los subsistemas jurídicos normativos administrativo, privado, etc., en cuanto fenómenos dialécticos, se relaciona con la totalidad de los otros subsistemas propios del derecho positivo, haciendo de éste una unidad homogénea. Si esto es así, y si hemos predicado que la administración pública es un

fenómeno sometido al derecho administrativo, la conclusión no puede ser otra de que en cuanto sistema normativo, el derecho administrativo no es la exclusiva legalidad de la administración pública y que el derecho privado no sería bajo determinadas circunstancias, el único régimen jurídico al que podrían estar vinculados los particulares.

En la doctrina administrativa, el tratamiento del asunto apunta en esta misma dirección. Santamaría Pastor sostiene precisamente que “...*hoy es un hecho notorio que la administración pública no se rige solo, en su organización y actividad, por el derecho administrativo, y como tal, este hecho debe ser tranquilamente asumido...*”⁸⁰. García Falla comparte estas apreciaciones e indica al respecto que “... *es un hecho -y de la máxima actualidad- que la totalidad de la actividad administrativa no está sometida al derecho público administrativo; antes bien, hay actos de la administración que están sometidos al régimen jurídico privado...*”⁸¹.

Según Parada, la solución al interrogante es similar: “...las normas administrativas, en efecto, tienen como sujeto o destinatario a una administración pública de forma tal que no se entienden o no son tales sin esa presencia. Pero esto no supone que las administraciones públicas no puedan utilizar o formar parte de relaciones jurídicas reguladas por normas no administrativas, puesto que una cosa es utilizar una determinada normativa y otra, muy distinta, que la normativa se halle destinada o presuponga, en todo caso, su aplicación a un determinado sujeto...”⁸².

En el derecho colombiano, esta característica del derecho administrativo y de la legalidad de la administración pública, al igual que de la ingerencia del derecho administrativo en las relaciones entre los particulares limitando muchas veces la autonomía de la voluntad ha sido una constante en aumento. Basta recordar los regímenes de la contratación estatal (Ley 80 de 1993); de los servicios públicos (Ley 142 de 1994), de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta (Ley 489 de 1998); de los trabajadores oficiales y otros muchos que se han venido creando últimamente, formándose así una especie de situación excepcional frente al tradicional derecho administrativo o a la dogmática clásica del derecho privado que pretende ser revivida por las doctrinas neoliberales.

C. El dilema de lo Público y de lo Privado

Las anteriores discusiones corresponden desdichadamente a deformaciones históricas sin un fundamento jurídico material válido, que permita respetar su utilización en las horas actuales de las relaciones jurídicas⁸³. La distinción entre derecho público y derecho privado es propia de los países continentales europeos. Ni el derecho inglés, ni el de los Estados Unidos, ni el de los países escandinavos reconocen la división del derecho público y privado.

80. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de derecho administrativo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid 1991, pp. 56 a 60.

81. GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t I, Tecnos, Madrid 1994, p. 124.

82. PARADA, Ramón, *Derecho administrativo*, t I, Marcial Pons 1993, p. 12.

83. KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1983, pp. 287. La diferencia absoluta y radical que se pretende hacer entre el derecho público y el privado es esencialmente *extrasistemática* es decir “...una distinción entre el derecho y lo que no es derecho, entre derecho y Estado...”. Se trata de una diferencia estrictamente ideológica, sin base teórica alguna. Del mismo autor puede consultarse, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1988, p. 241, en donde reitera la tesis del carácter artificial de la distinción e incluso sostiene que el llamado derecho privado es de aplicación plena a las relaciones jurídicas del Estado.

En líneas generales, a través del derecho público se pretende englobar aspectos como los siguientes: Reglamentación de intereses públicos; reglamentación de las relaciones jurídicas que tienen en primer lugar un interés público; normas para las relaciones jurídicas que conciernen a la autoridad pública como tal, la organización de los poderes públicos y las relaciones de estos poderes con los particulares; las normas de derecho público son aplicadas y puestas en práctica por los órganos de la autoridad pública que deben hacerlas valer de oficio; las normas de derecho público tienen en su mayoría un carácter imperativo. “...*La distribución moderna entre derecho público y derecho privado tiene sin duda puntos de conexión histórica con la famosa distinción de Ulpiano, D. 1,1,1,2 y de Inst 1,1,4. Pero la dualidad del derecho romano y del derecho moderno están lejos de ser idénticas...*”. La utilización del término por los romanos no fue uniforme, en algunas oportunidades aparece como opuesta a *Ius privatum*; o como parte del *Ius privatum*, en otros, conjugando normas de derecho público y privado en un concepto similar a derecho imperativo; “... *hay muchos textos donde el término Ius publicum es utilizado sin que exista junto a este Ius publicum un Ius privatum contrapuesto. En todos estos textos el Ius publicum tiene la significación de derecho positivo...*”⁸⁴

No obstante, un gran sector doctrinal insiste en preferir la conceptualización del derecho administrativo a partir de su carácter de derecho público y el civil o comercial como fenómeno diferente de estricto derecho privado. Se trata de posiciones y concepciones que recibimos pacíficamente y consideramos intrascendente, si la clasificación de lo público o privado se predica dentro del universo de lo jurídico-positivo, esto es, como subsistemas integrados dentro de los marcos superiores del derecho positivo.

Quienes reducen el concepto a estos extremos, plantean como tema de discusión, este sí, significativo e importante, de cual serían los límites del derecho administrativo y del derecho privado. Se trata de medir hasta dónde va el derecho administrativo y dónde empiezan otros subsistemas jurídicos como es el caso del derecho privado. Es quizá éste un dilema al cual ya le dimos respuesta en el numeral anterior, partiendo del punto de vista de la unidad en el sistema del derecho positivo. Es decir, en el reconocimiento de la interacción permanente entre los subsistemas, integrantes del sistema del derecho positivo, en donde el derecho administrativo, en razón de su individualidad, agrupa teóricamente la normatividad predominante para la administración pública, reconociendo que otros subsistemas también constituyen legalidad para la misma.

En tratándose del conflicto específico, quienes lo observan desde la perspectiva de la distinción entre derecho público y derecho privado, se encuentran frente al permanente dilema del acrecimiento recíproco de las dos distinciones. En la ocupación de espacios tradicionalmente reservados a la una, por la otra. A la publicitación de materias típicas del derecho privado o a la privatización o sujeción al derecho privado de materias supuestamente reservadas al derecho público. Para ellos, se trata de una verdadera crisis del derecho: de la ruptura de los esquemas tradicionales en detrimento de un objeto estable del derecho. Para otros, entre los que nos ubicamos, el problema que no es problema, se trata ante todo de la dinámica natural de la ciencia jurídica, que en cuanto fenómeno dialéctico, adquiere el movimiento y transformación necesaria según las circunstancias.

84. ANKUN, Hans, “La noción de *Ius Publicum* en derecho romano”, *A.H.D.E.*, t LII, Madrid 1983.

D. Preservación de los principios de legalidad para la administración y de autonomía de voluntad y libertad para los particulares.
Posibilidad de conjugar estas dos bases

En el conflicto del derecho público privado frente a la administración pública o para quienes ejerzan funciones administrativas, lo primordial es la preservación del principio de legalidad. Desde la perspectiva de la dinámica e interrelación del sistema del derecho positivo, el asunto es algo previsible y esperado. No puede ser causa de preocupación alguna, sobre todo si se preserva el principal valor de la administración dentro del Estado de Derecho, cual es el del respeto y acatamiento al principio de la legalidad como rector y determinador de la existencia de aquella y el cumplimiento de las finalidades sociales del Estado, en la búsqueda de la consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho. Cualquiera que sea el camino que adopte la función, así sea su regulación bajo un régimen de derecho público o de derecho privado, lo trascendental e importante es que las bases indicadas se mantengan. La verdadera crisis dentro del conflicto entre el derecho público y privado surgiría en el momento de ruptura o abandono de estos postulados, que llaman al ejercicio del poder público con sujeción a la legalidad, como garantía contra la arbitrariedad y la preservación de los principios y valores propios del interés general.

En términos similares, se pronuncia algún sector de la doctrina, que reconoce la ausencia de crisis en el derecho público frente al avance del derecho privado sobre muchas de sus instituciones. Lo importante, se indica, es la preservación de ciertos principios que informan y orientan a la administración dentro del Estado democrático y social de derecho. Borrajo Iniestra insiste sobre este aspecto de la discusión, planteando tres postulados básicos que hacen del asunto un problema de mínima importancia práctica.

En primer lugar, sostiene, el hecho de la regulación por el derecho privado de asuntos considerados como típicos del derecho público no significa una huida de éste y del control requerido sobre la función respectiva. *“...Las técnicas para sujetar el poder al derecho que ofrecen los códigos pueden ser distintas, o quizá simplemente desacostumbradas, pero en absoluto inexistentes...”*

En segundo lugar, la supuesta huida al derecho privado por parte de la administración, resulta en cierta forma prácticamente inútil: *“... la administración no puede dejar de ser lo que es, por mucho que se disfrace de sociedad mercantil o con otros ropajes jurídicos...”*. Siempre habrá que acudir al derecho anterior para encontrar la esencia de las instituciones ahora amparadas por las formas privadas.

En tercer lugar, el avance del derecho privado no significa ausencia del control sobre la administración: la jurisdicción contenciosa administrativa no es la única que puede ejercer el control jurisdiccional. Si bien históricamente nuestro sistema la instituye, en otras latitudes el control se ejerce por otros jueces. En esencia, este aspecto no es fundamental para la discusión. *“...Es inaceptable identificar el control judicial de la administración pública con el orden jurisdiccional contencioso administrativo: dicho control puede ser ejercido con tanta eficacia, tanto para los derechos individuales, como para los intereses generales, por los jueces de otros órdenes, quienes siempre han ejercido sustanciales porciones de ese control desde el prisma del derecho...”*.

Este aspecto del control habría que mirarlo más bien desde la óptica de la conveniencia. ¿Qué sería lo más adecuado para el control jurisdiccional, su sujeción a una jurisdicción especializada o el retorno a los jueces ordinarios? Respuestas que correspondería formular frente a la realidad política y jurídica de cada país⁸⁵.

El problema que quiere hacerse surgir entre el derecho público y el privado, insisto, no tiene sentido alguno. Corresponde a razones históricas, más que jurídicas, que se ubican en el ánimo y sentimiento de los primeros estudiosos de la materia, que pretendían, por razones de orgullo, individualizar la disciplina de manera tal que se consolidara como autónoma y totalmente independiente del derecho privado, subsistema éste del derecho positivo que lo nutría y aún hoy, por su generalidad, continúa proporcionándole sustentos doctrinales y teóricos importantes. El derecho administrativo nace y se alimenta de los contenidos del derecho privado, siendo ésta una realidad que aún no ha sido posible vencer por los dogmáticos administrativistas.

Ahora bien, estas circunstancias influyen en la discusión para que permanezca y se reviva de manera interminable. García de Enterría entiende en este sentido la discusión y reconoce la notoria y decisiva influencia del derecho privado en la construcción del derecho administrativo. El derecho civil, por siglos, ha constituido el derecho común de la ciencia jurídica e incluso vanguardia importante de la teoría general del derecho.

Esta situación hace que el derecho administrativo se encuentre ante una circunstancia de no haber superado la antigua fuerza atractiva del derecho civil⁸⁶.

No es que existan dos ordenamientos normativos independientes para el Estado (público) y la sociedad (privado), el derecho es uno sólo, como ya lo expusimos, interrelacionado y dinámico. Esta situación, el carácter sistemático con que debemos entender el derecho administrativo y sus relaciones con el derecho positivo ha llevado a sostener la existencia de una especie de *derecho común* entre administración y derecho constituido, por la superposición de algunos subsistemas que regulan dentro del derecho positivo a la administración. “...*La publicación del derecho y del mundo privado es un hecho correlativo al de la creciente privatización de las actividades de los entes públicos: dos fenómenos de aproximación, en definitiva, que están dando lugar a la aparición de un nuevo tipo de derecho común; de una regulación de caracteres unitarios, o*

85. BORRAJO INESTA, Ignacio, “El intento de huir del Derecho administrativo”, *REDA* n° 78, Civitas, abril-junio de 1993, p. 233. En sentido contrario puede consultarse a Silvia Del Saz. “Desarrollo y crisis del derecho administrativo, su reserva constitucional”, publicado en *Nuevas perspectivas del derecho administrativo, Tres estudios*. U. N. E. D., Civitas, 1992, p. 99. Sostiene esta autora que el equilibrio entre el derecho público y el derecho privado se ha venido rompiendo en los últimos tiempos, como fruto de las ideologías liberalizantes y del llamado principio de eficacia. De esto, el resultado ha sido la aplicación del derecho privado a las administraciones públicas y la consecuente entrada en escena de la jurisdicción civil y laboral al conocimiento y juzgamiento de la actividad de la administración pública. Estas actitudes están dominadas de manera tal que la gran panacea para todos los males y deficiencias de la administración parece haberse ubicado en estas actitudes de privatización del objeto del derecho público. “...*Se cometería, sin embargo, un grave error de apreciación si se creyese que este fenómeno encubre una liberalización que se traduce en una reducción del sector público por traspaso al sector privado, o que avoca a un menor intervencionismo. ¡Nada de eso!; las administraciones públicas, aun cuando repudian los procedimientos de control que les son propios y rechazan la justicia administrativa, no dejan de ser lo que son, es decir, organizaciones que se costean totalmente desde los presupuestos del Estado [...] básicamente, la fuga del derecho público puede concretarse por una parte en la huida de los procedimientos administrativos de control del gasto tachados de lentos, ineficaces e inadecuados, y, en la fuga de los procedimientos de selección de contratistas y funcionarios...*”. A lo anterior, agrega la autora la posible ausencia de control de la actividad administrativa.

86. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Verso un concetto di diritto amministrativo come diritto statutario” *RTDP*, 1960.

*sensiblemente próximos, aplicable tanto en ámbitos privados como públicos, y a la que el derecho administrativo ha tenido el honor de aportar no pocos elementos...*⁸⁷. El razonamiento resulta claro e interesante, visto desde la perspectiva de los sistemas, en la medida en que podría implicar la generación de otros subsistemas del sistema positivo, regulador de unos aspectos muy específicos, cuales son los emanados de la privatización de la actividad pública y de la publicación de la actividad privada.

Desde la perspectiva del derecho privado, la situación no tiene mayores variaciones. Lo importante para los sujetos particulares es que el avance del subsistema de derecho público administrativo no rompa con su columna vertebral en materia de principios. Esto es, se preserve la esencia de su razón jurídica como es la libertad y la autonomía de la voluntad, sin desconocer que, cuando se involucre en relaciones intensas con el interés general, tendrá que aceptar para su incursión en el tráfico jurídico, principios y normatividades que pueden restringir su ámbito de actuación a partir de la existencia de normas de orden público o regulaciones especiales. Así las cosas, la existencia de una economía libre abierta y de mercado constituye un elemento fundamental para el desarrollo normal de la iniciativa privada y para la realización de sus aspiraciones de manera autónoma.

E. El Derecho aplicable a los contratos y a los actos unilaterales en servicios públicos. Galimatías e inseguridad

En el tema de los negocios jurídicos y de los actos unilaterales en materia de servicios públicos, se observa una peculiar interrelación normativa y de principios de los llamados derechos público y privado, dentro del contexto de la economía de mercado y la libre competencia. Resulta interesante observar como el legislador en estas materias quebró las profundas barreras existentes entre la concepción intervencionista, que proclamaba estructuras jurídicas rígidas de estricto derecho administrativo y las neoliberales, que abren el proceso a la competencia, para regular los servicios públicos en aspectos tan neurálgicos como los de sus actos y contratos, diseñando un sistema donde lo predominante son las normas del derecho privado, sin abandonar en ciertos aspectos la aplicación de disposiciones y principios ligados al derecho administrativo.

Un acercamiento a las bases jurídicas de los servicios públicos domiciliarios permite concluir sin mayor dificultad la consolidación del derecho privado como la regla general rectora de la actividad de los operadores de los servicios públicos en todo lo relacionado con sus actos y contratos, y a la vez, la proclamación de una regla de excepción, de obvia aplicación restrictiva, sujeta a las disposiciones del derecho administrativo, que rige un pequeño número de contratos relacionados con los servicios públicos y principalmente con aquellas actuaciones tendientes a la producción de actos típicamente administrativos, que dicho sea, constituyen materialmente un ámbito muy restringido en la actividad de las empresas prestatarias de servicios públicos, principalmente en los asuntos que implican relaciones con el usuario y en el desarrollo de procedimientos que conllevan afectaciones al interés general.

Este contexto de inversión a los postulados tradicionales corresponde indudablemente a una nueva concepción en el manejo de otrora responsabilidades públicas, en lo que ha dado en llamar Gaspar Ariño, el cambio del modelo de Estado como consecuencia de

87. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *op. cit. supra*, nota 80, p. 59.

las transformaciones profundas en los procesos económicos y sociales, que consolidan un sistema fundado en la competencia, libre dentro del mercado⁸⁸, que indudablemente influyen y determinan los fenómenos jurídicos propios del servicio público, en especial el tema de los contratos y de las actuaciones unilaterales que puedan darse en su prestación.

Los desarrollos normativos de las Leyes 142 y 143 ambas de 1994, conforme a las previsiones constitucionales de los artículos 333, 334, 336 y 365 a 370, implicaron definitivamente un abandono a la regla general de la legalidad aplicable a los negocios jurídicos suscritos por las empresas prestadoras de servicios públicos, en la medida que trajeron un rompimiento de la dogmática tradicional del derecho administrativo, creando en su reemplazo una base jurídica, particular y especial, conformada a partir de la aplicación del derecho privado para atender las exigencias de la vida económica sustentadora de los servicios públicos.

En este sentido, puede sostenerse que el ordenamiento jurídico ha respondido a la nueva concepción del servicio público creando un sistema jurídico sumido en los principios y reglas del derecho civil y comercial, que destacan la autonomía de la voluntad, la libertad contractual, de iniciativa, de empresa y de competencia, donde se sanciona la competencia desleal y cualquier acto que perturbe el libre tráfico jurídico de la competencia, tanto en el comercio interno, como en el internacional, en este último, imponiendo sanciones para el *dumping* y las subvenciones. Se pretende evitar que las prácticas desleales perturben el orden que debe reinar en el mercado, en el cual debe triunfar el mejor, quien ofrezca mejores bienes y servicios, porque exige un interés general en la prevalencia de ese orden.

De la lectura de los artículos, 2, 30, 31, 32, 33 y 39 de la Ley 142 de 1994, se deduce sin mayores dificultades esta novedosa realidad jurídica de interrelación entre cláusulas propias de supuestos ordenamientos disímiles, según las ópticas jurídicas tradicionales. Conforme a esta relación jurídica, se deduce una especie de regla general en cuanto al régimen aplicable a los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, según la cual están sujetos al derecho privado, no obstante que por excepción en casos precisamente determinados por la misma Ley 142 de 1994, se rigen por el derecho administrativo.

La insistencia del legislador en remitir la contratación de las empresas prestadoras de servicios públicos al derecho privado tiene sus fundamentos ideológicos en la ruptura del Estado intervencionista y en la consolidación de las economías de mercado. Para el legislador, las empresas de servicios públicos deben actuar en el tráfico jurídico ordinario, como unos sujetos más del mercado. Precisamente en el artículo 30 de la Ley de Servicios Públicos se establece que: "...Las normas que esta ley contiene sobre contratos se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar, en la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución política...". Esto es, de manera directa y sin complejos ideológicos frente al derecho administrativo y la sustantividad del contrato del Estado, se instituye al derecho privado como la legalidad aplicable por estas entidades prestadoras de servicios públicos, dentro de una clara y definitiva política de acatamiento a las directrices neoliberal, que tradicionalmente se

88. ARIÑO ORTIZ, Gaspar y otros, *El Nuevo Servicio Público*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid 1997, pp. 19 y ss.

hacen acompañar de este ordenamiento jurídico por ser el propio y natural de la iniciativa privada y la libertad de negociación en el mercado⁸⁹.

Conforme a la redacción del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, con las modificaciones introducidas por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993, salvo en los casos en que la Ley de Servicios Públicos disponga otra cosa, como ocurre en los eventos en que las Comisiones de Regulación hagan obligatoria la inclusión de cláusulas de excepción o exorbitantes en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos domiciliarios y en los eventos en que por solicitud de éstas se incluyan en todos los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetas al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

Se relaciona por el legislador como otra excepción a la regla general enunciada en los casos de contratos celebrados por los entes territoriales con las empresas de servicios públicos, con el objeto de que éstas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, casos éstos en donde se aplicarán integralmente las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Es más, el legislador insiste en que para efectos del principio de transparencia, la selección del contratista en estos eventos deberá siempre realizarse previa licitación pública, de conformidad con el estatuto de la contratación pública del Estado. Así mismo en el párrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994, con las modificaciones introducidas por la Ley 689 de 2001, se prevé otra clara excepción al excluir de la aplicación del derecho privado algunos contratos, como los de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente, o de acceso al espectro electromagnético.

Bajo estos presupuestos, resulta claro que en el caso del derecho colombiano de los servicios públicos, el legislador desarrolló un claro sistema mixto de evidente influencia del derecho privado, principalmente comercial, para regir los contratos de las empresas de servicios públicos, sin negarle espacio, pero a título de excepción al derecho administrativo, en casos de contratos considerados como de tradicional estirpe pública, en cuanto implican ejercicio de poder concedente para el desarrollo de actividades de servicios sin que el Estado se desprenda del privilegio sobre los mismos, admitiendo tan sólo su gestión por la iniciativa particular.

En tratándose del estatuto jurídico para el servicio público de electricidad, Ley 143 de 1994, el párrafo del artículo 8 es claro en señalar que en los contratos de este sector de los servicios se aplicará el derecho privado. Destaca la disposición que *“..El régimen de contratación aplicable a estas empresas será el del derecho privado. La Comisión de Regulación de Energía y Gas podrá hacer obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales al derecho común en algunos de los contratos que celebren tales entidades. Cuando su inclusión sea forzosa, todo lo relativo a estas cláusulas se sujetará al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública...”*.

89. Laudo Arbitral. Constructora Norberto Odebrecht S.A. Grupo Mexicano de Desarrollo S. A -GMD- Asea Brown Boveri Ltda.. ABB Sae Sadelimi S.P. A y Kvaerner Energy S.A. contra Sociedad Fiduciaria Anglo S.A Fiduango Miel I. Arbitros. ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos, PALACIOS MEJÍA, Hugo y ARRIETA PADILLA, Carlos Gustavo. En esta providencia, se recogen los trabajos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre la materia, reiterándose que por regla general este tipo de contratos está sometido en todos sus aspectos al derecho de los particulares.

Esto es, que el principio general incorporado en la Ley 142 se mantiene intacto aparentemente y todos los contratos relativos al sector de energía son dominados por el derecho privado.

El principio tiene varias reiteraciones en los artículos 10, 76 y 84 de este texto legal. En el artículo 10, al referirse a los diferentes agentes económicos que pueden participar en la prestación de los servicios propios de esta actividad de servicios cuando sean convocados por el Estado, indica la ley, estos deberán demostrar experiencia en la realización de las mismas y tener capacidad técnica, operativa y financiera suficiente para suscribir los contratos necesarios para ello, los cuales se regularán de acuerdo con lo previsto en esta ley, en el derecho privado o en disposiciones especiales según la naturaleza jurídica de los mismos, es decir, si se trata de contratos que por disposición legal se rijan por el derecho privado, estos agentes deberán acatar integralmente este subsistema jurídico para efectos de sus negocios. Por el contrario, si el contrato correspondiente es de los que deben regirse por ejemplo por la Ley 80 de 1993, el agente no podrá desprenderse de su contenido normativo y de principios, no otra cosa puede deducirse de la expresión final del artículo, según la cual se debe respetar la *naturaleza jurídica* del contrato correspondiente.

En el artículo 76, se establece una clara y directa excepción al artículo 2 de la Ley 80 de 1993, que define los sujetos objeto de aplicación del Estatuto de Contratación del Estado colombiano. En esta disposición, se indica que todos los actos y contratos, excepto los de empréstito, celebrados por las sociedades por acciones del sector, en las cuales las entidades oficiales tengan participación en su capital social, sin atención a la cuantía que dicha participación represente, se regirán por las normas del derecho privado.

Por su parte, el artículo 84 de la Ley 143 de 1994 recoge para el régimen jurídico privado de los contratos en servicios públicos un aditamento de naturaleza administrativa al obligarlas a respetar las previsiones del estatuto de la contratación estatal, en cuanto se refiere a los requerimientos a los oferentes nacionales, los cuales no pueden en ningún momento romper el principio de igualdad con los extranjeros, creando en el mercado diferenciaciones o distinciones artificiales e injustificadas que puedan reducir la participación y concurrencia dentro de una economía libre. Indica la disposición que “...*De conformidad con lo que disponga el Estatuto de Contratación Administrativa, las entidades del sector no exigirán a los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, requisitos y condiciones distintos a los requeridos a los oferentes de bienes y servicios extranjeros...*”

Por último, en tratándose del sector de energía eléctrica, se presenta una situación interesante que puede mermar la intensidad con que se aplique el derecho privado y sus principios a la contratación y actos de las empresas de servicios públicos. Efectivamente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 143 de 1994, es fácil concluir que los negocios y actuaciones de las empresas del sector eléctrico no pueden estar ausentes entre otros principios de los establecidos en el artículo 209 de la Constitución y, por esta vía, los propios de las actuaciones administrativas consagrados en los artículos 2 y 3 del Código Contencioso Administrativo y los generales para la defensa del interés general en aspectos tan cruciales como los de la contratación. Determina de manera perentoria la disposición que “... *En la interpretación y aplicación de esta ley, se tendrán en cuenta los mandatos constitucionales, los principios, fines y disposiciones establecidas en la ley, los principios generales del derecho, los postulados que rigen la función administrativa y las normas que regulan la conducta de los servidores públicos...*”.

Conforme a lo expuesto, si bien es cierto que se postula para el sector eléctrico como régimen jurídico propio para sus actos y contratos el del derecho privado bajo un criterio de interpretación sistemática, se puede concluir que su aplicación no es absoluta o por lo menos totalmente ausente de principios básicos para la convivencia y el interés general, como son los que se derivan del artículo 209 constitucional, según la redacción del artículo 83 de la Ley Eléctrica. Este aspecto resulta de trascendencia no sólo para la determinación de la legalidad de las actuaciones y negocios, sino también de la responsabilidad que le pueda corresponder a los directivos de las empresas por el desconocimiento de las bases conceptuales sobre las cuales el legislador ha edificado el sistema jurídico aplicable.

En tratándose de los actos unilaterales de las empresas de servicios públicos, el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 recoge similar principio en el sentido de que por regla general están sometidos al derecho privado. Indica la disposición que salvo en cuanto la Constitución Política o esta ley disponga expresamente lo contrario, la constitución y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado. Quedarían excluidos de este principio los actos administrativos que surjan de los procedimientos a que se refiere el artículo 33 de la Ley 142 de 1994, los producidos en los trámites que se adelantan por los procedimientos administrativos para la producción de actos unilaterales, establecidos en los artículos 106 y siguientes de la misma ley, al igual que todos los derivados de los conflictos que se resuelvan en sede de la empresa, relativos al contrato de condiciones uniformes.

En cuanto se refiere a las situaciones emanadas del artículo 33 de la Ley 142, consideramos que el legislador quiso conservar para el derecho administrativo trámites y decisiones que típicamente tocan con el interés general y que no constituyen materia ordinaria en el desarrollo del objeto de las empresas de servicios públicos, aunque de todas maneras coadyuvan eventualmente para la adecuada y eficiente prestación de los mismos. Por esta razón, en la disposición en comentario, se hace referencia al otorgamiento de facultades especiales, es decir, a la atribución del legislador de competencias administrativas a las empresas que presten servicios públicos para actuar en el tráfico jurídico como autoridades, en cuanto se refiere al uso del espacio público, para la ocupación temporal de inmuebles y para promover la constitución de servidumbres o la enajenación forzosa de los bienes que se requiera para la prestación del servicio. Tan cierto es esto, que para efectos del control jurisdiccional estarán sujetos al control de la jurisdicción en lo contencioso administrativo sobre la legalidad de sus actos y a responsabilidad por acción u omisión en el uso de tales derechos.

El anterior tema nos sitúa en el ámbito de una interesante discusión en torno a si es posible que los particulares o más precisamente las empresas de servicios públicos puedan ser objeto de atribución legal para que desempeñen funciones administrativas. Sobre el tema sobra decir que el ejercicio de funciones públicas por los particulares no constituye un fenómeno extraño al Estado de Derecho. Incluso, antes de la institucionalización del poder, se acudía a este sistema de colaboración privada para el desarrollo de importantes cometidos públicos, mediante la asignación de funciones de esta naturaleza, tanto a personas naturales como jurídicas⁹⁰.

90. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *op. cit. supra*, nota 80.

En Colombia, al igual de lo sucedido en otros países⁹¹, el avance de las funciones públicas desempeñadas por particulares es evidente. El legislador ha trasladado importantes asuntos que por su naturaleza corresponderían a entidades u organismos públicos, a manos de particulares. Se trata de un instrumento valioso para la cooperación y participación ciudadana que no puede ser desconocida, por lo tanto fortalecida si se quiere un Estado verdaderamente democrático. La Constitución Política de 1991 recogió en diferentes disposiciones la posibilidad de que los particulares desarrollaran funciones públicas, con el fin de colaborar para el cumplimiento de los cometidos estatales. Los artículos 116 inciso 4, 123 inciso 3 y 210 de la Carta son un ejemplo claro de los avances constitucionales en esta materia. Para el constituyente, las funciones típicas de los órganos de la rama del poder público como las administrativas y judiciales pueden quedar en manos de particulares, en los estrictos términos que establezca el legislador⁹².

Resulta de especial interés para el presente estudio, lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 210 de la Constitución, cuando indica que los particulares pueden colaborar en el desarrollo de funciones administrativas en las condiciones que establezca la ley⁹³. La colaboración de los particulares para el ejercicio de funciones administrativas implica el desarrollo de dicha actividad en similares términos de quien la ejerce por designación de manera permanente en un cargo público. Nos encontramos por lo tanto ante fenómenos prácticamente similares, con la diferencia de que el particular no se posesiona para

91. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *op. cit. supra*, nota 80, p. 954, "...La encomienda a particulares de funciones públicas es un fenómeno constante en la historia de los Estados europeos: la realización directa por los órganos estatales de todas las tareas calificadas más o menos explícitamente como públicas es una tendencia nunca enteramente consumada. En las Edades Media y Moderna, el fenómeno se haya sumamente extendido por la minimización y la falta de consistencia del aparato estatal: funciones públicas capitales como la acuñación de moneda, la recaudación de tributos y la guerra (milicias privadas, condottieri, patentes de corso) se hallaban en manos privadas... El perfeccionamiento del aparato estatal no ha terminado con estos fenómenos que, antes bien, han crecido en número... De otra, el crecimiento de las funciones estatales ha obligado a instrumentar nuevas formas y supuestos de colaboración de personas y empresas privadas..."

92. Corte Constitucional, Sentencia C-294 de 1995. "...Los árbitros también ejercen una función pública, establecida en el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución y en las leyes que regulan el arbitramento... Los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia, en calidad de conciliadores o en la de árbitros, transitoriamente. Esta transitoriedad es evidente no sólo por el texto mismo de la norma, sino porque al ser las partes en conflicto potencial o actual las que habilitan a los árbitros, al resolverse el conflicto desaparece la razón de ser de la función arbitral. La segunda, que son las partes quienes habilitan a los árbitros para fallar, en derecho o en conciencia. Y una última, que los árbitros administran justicia "en los términos que determine la ley". Esto permite al legislador, por ejemplo, establecer las reglas a las cuales debe someterse el proceso arbitral..."

93. Corte Constitucional, Sentencia C-166 de 1995. "...La presencia de organizaciones de naturaleza privada en la realización de actividades administrativas, de las cuales el Estado es titular originario, doctrinariamente es concebida como una especie de la denominada descentralización por colaboración, lo que permite afirmar sin lugar a dudas, que la función administrativa no atañe de manera exclusiva al poder público, sino que también incumbe a personas privadas, aspecto este último que se inscribe dentro de la perspectiva, más amplia, de la participación de los administrados "en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación", que el artículo 2o. de la Constitución colombiana consagra como uno de los fines prevalentes del Estado. El desempeño de funciones administrativas por particulares, es una posibilidad reconocida y avalada constitucional y legalmente, y que esa atribución prevista en el artículo 210 de la Carta opera por ministerio de la ley y, en el caso de las personas jurídicas, no implica mutación en la naturaleza de la entidad a la que se le atribuye la función, que conserva inalterada su condición de sujeto privado sometido al régimen de derecho privado en lo atinente a la organización y desarrollo de las actividades anejas a su específica finalidad..."

desempeñar permanentemente un cargo creado en el ordenamiento jurídico, sino directamente desempeñar la función en los términos señalados por el legislador⁹⁴.

Bajo estas consideraciones, los particulares deben respetar el principio de legalidad y acogerse al mismo integralmente⁹⁵. El Código Contencioso Administrativo de 1984, en sus artículos 1, 82 y 83, estableció la posibilidad de que cuando los particulares ejerzan funciones administrativas, deben acogerse integralmente a los procedimientos administrativos establecidos para la formación de los actos administrativos y sus decisiones controlables ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Entre las funciones públicas atribuidas a particulares que mayor trascendencia y desarrollo han tenido en los últimos años, están las que corresponden a las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios, es decir, las que desarrollan los servicios públicos definidos en el artículo 1 de la Ley 142 de 1994, a las cuales por expreso mandato legal le han sido atribuidas especiales funciones administrativas, no obstante que por regla general, su régimen jurídico es el del derecho privado.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado ha resumido todo el problema del régimen jurídico aplicable a los actos y contratos de las empresas de servicios públicos en los siguientes términos: “...*los esquemas clásicos: derecho público igual jurisdicción administrativa y derecho privado igual jurisdicción ordinaria, han perdido fuerza en nuestro sistema, tal como se infiere de la interpretación, entre otras, de las Leyes 80 de 1993 y 142 de 1994. En conclusión: a) Los actos y contratos de las empresas de servicios domiciliarios son privados y están sometidos, por regla general, al derecho privado y sus conflictos dirimibles ante la jurisdicción ordinaria. b) No obstante esto, las citadas empresas pueden dictar ciertos actos administrativos, susceptibles de recursos y de acciones contencioso administrativas, entre los que pueden citarse los de negativa a celebrar el contrato de servicios públicos, los que ordenan su suspensión o terminación o deciden el corte del servicio y su facturación (artículo 154 inciso 1). c) Así mismo, esas empresas pueden celebrar contratos sometidos por regla general al derecho privado y a la jurisdicción ordinaria; y otros, como los de prestación de servicios regulado en los artículos 128 y ss y los demás contratos que contengan cláusulas exorbitantes por imposición o autorización de las comisiones de regulación, en las cuales el derecho público será predominante y cuyas controversias serán de la jurisdicción administrativa (artículo 31 inciso 2), porque quien presta esos servicios se convierte en copartícipe por colaboración, de la gestión estatal; o, en otras palabras, cumple actividades o funciones administrativas. d) El ejercicio de las facultades previstas en los artículos 33, 56, 57, 116, 117 y 118 de la Ley 142*

94. Corte Constitucional Sentencia C-89ª de 1994. “...*El derecho a desempeñar funciones públicas se predica no sólo de las personas que se vinculan materialmente con la administración mediante la elección o nombramiento y la posesión en el cargo, sino también de los particulares que, en los casos taxativamente señalados en la ley, puedan investirse de la autoridad del Estado y desempeñar funciones administrativas, donde se entiende por función, el ejercicio de las tareas, atribuciones y responsabilidades que se adscriben a una actividad o estructura u organización para, mediante su realización, obtener unos determinados cometidos o finalidades. El cumplimiento de funciones administrativas por los particulares, debe hacerse en los términos taxativos, precisos y específicos que señale la ley...*”

95. Corte Constitucional, Sentencia C-167 de 1995. “...*Para los efectos de la función administrativa, las personas jurídicas privadas deben actuar teniendo en cuenta las finalidades señaladas en el ordenamiento jurídico y utilizando explícitamente los medios autorizados, tales como las normas administrativas; por tanto, los recursos económicos provenientes del ejercicio de las funciones públicas, tienen el carácter de fondos públicos y, por ende, están sujetos a controles específicos, entre otros el que ejerce la Contraloría General de la República a través del control fiscal de los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación...*”

darán lugar a la expedición de actos controlables por la jurisdicción administrativa, y e) Los contratos especiales enunciados en el artículo 39 de la mencionada ley estarán sujetos al derecho privado, salvo el señalado en el artículo 39.1 que estará sometido al derecho público y a la jurisdicción administrativa...”⁹⁶.

F. Régimen jurídico disciplinario especial para el ejercicio excepcional de funciones administrativas en servicios públicos

Partiendo de la realidad incontestable de que los particulares pueden ejercer funciones administrativas, cuando las mismas le hubieren sido asignadas por el legislador, y que uno de esos casos excepcionales se presenta en tratándose de ciertas actividades de las empresas de servicios públicos para lo cual deben acogerse al principio de legalidad, por lo tanto sujetarse a las disposiciones del ordenamiento jurídico, el cual deben respetar y preservar, no existe entonces duda alguna de que deben quedar vinculadas a un preciso régimen disciplinario que sancionen su desconocimiento o violación por omisión o extralimitación. La Corte Constitucional reconoció este necesario mecanismo de control para la preservación del Estado de Derecho y la defensa de los intereses públicos que pueda estar en manos de las empresas de servicios públicos⁹⁷.

Dentro de este contexto mediante Ley 734 de 2002l se adoptó un estatuto especial disciplinario para los particulares que desempeñen funciones administrativas en el cual se desarrollan temas neurálgicos como los de inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses, y un catálogo especial de faltas imputables a los mismos. Sobra advertir que todo lo anterior procede única y exclusivamente en los específicos casos en que el particular ejercite algún tipo de función administrativa, en lo demás se sujetarán a las disposiciones y principios del derecho privado, que es el régimen rector de su actividad cotidiana. Para las empresas de servicios públicos, la ley considera como su objeto disciplinario a todas aquellas empresas que presten servicios públicos a cargo del Estado de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, al igual que aquellas que administren recursos del Estado.

Como obviamente todos los prestadores de servicios conforme a la ley son personas jurídicas, la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o a los miembros de la Junta Directiva.

Del análisis de este régimen disciplinario especial, en cuanto a las empresas de servicios públicos se refiere, merece especial atención la exigencia del legislador en el sentido que se aplicará respecto de aquellas empresas que “...presten servicios a cargo del

96. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de septiembre 23 de 1997, C.P. BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Exp. S-70.

97. Corte Constitucional, Sentencia C-286 de 1996. “...Desde luego, tal ejercicio de funciones públicas no puede estar despojado de los necesarios controles ni hallarse exento de las responsabilidades que en sí mismo implica...Cambia así sustancialmente la lectura del artículo 6° de la Constitución Política, que ya no admite una interpretación literal sino sistemática: a la luz del conjunto de principios y preceptos constitucionales, el particular que se halla en cualquiera de las situaciones en las que el orden jurídico lo faculta para cumplir papeles que en principio corresponderían a organismos y funcionarios estatales, no puede ser mirado de modo absoluto bajo la óptica de una responsabilidad igual a la de los demás particulares, circunscrita apenas a su condición privada, ya que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de ésta y en cuanto toca con el interés colectivo, es públicamente responsable por su actividad, sin que llegue por eso a convertirse - se repite- en servidor del Estado desde el punto de vista subjetivo...”

*Estado de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política...*⁹⁸. Una primera aproximación a esta disposición parecería indicar que el legislador no fue muy afortunado en cuanto a la remisión efectuada, si se tiene en cuenta que esta disposición constitucional no contiene en estricto sentido un listado de servicios públicos a cargo del Estado. Sin embargo, evaluando la temática en ella contenida, se puede observar que no existe error o disconformidad alguna en el texto del artículo 53 de la Ley 734 de 2002, en cuanto que del precepto constitucional señalado se puede fácilmente concluir que son de responsabilidad del Estado todos los servicios atinentes al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población, al igual que los relativos a salud, saneamiento ambiental y agua potable.

En la práctica, el Estado es un potencial prestador de todos los servicios públicos, no sólo porque esta posibilidad se la otorga el inciso 2 del artículo 365 constitucional, sino también porque conforme a la filosofía económica de los servicios públicos, en el Estado recae el deber de garantizar el llamado principio del servicio universal, o sea de la prestación básica indispensable de todos los servicios en donde el mercado no genere las condiciones para que la iniciativa privada atienda las necesidades de la población.

IV. LAS TENTATIVAS CONSTITUCIONALES EN TORNO DE UNA DEFINICIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LAS DIVERSAS LECTURAS DE SU RÉGIMEN POSITIVO CONSTITUCIONAL

Los fundamentos constitucionales de los servicios públicos en nuestro derecho se desprenden del marco normativo y de principios diseñados por el constituyente de 1991, con el propósito de destacar no sólo su importancia, sino también la trascendencia inmediata que la materia implica para los intereses públicos y la población en general. Bajo esta perspectiva, se diseñó un marco conceptual delineador de la temática que recoge sus principales características y señala los parámetros para la estructuración de un régimen jurídico especial y particular rector de toda su problemática, con órganos de control predeterminados, sujetos prestacionales definidos, finalidades, competencias, y criterios asistenciales perfectamente indicados. No obstante esta aparente claridad que se desprende de los artículos 365 a 370 de la Carta Fundamental del Estado, son diversas las lecturas que de dichos textos básicos se han efectuado, lo que ha llevado a posiciones e interpretaciones doctrinales radicalmente distintas y obviamente con consecuencias jurídicas de naturaleza diferente.

1. La lectura clásica como función administrativa. Profundas razones para la consideración de un régimen de derecho administrativo a partir del texto constitucional de 1991

Una simple aproximación a la relación normativa constitucional estructurada por los artículos 365 a 370 efectuada en la perspectiva y consideración de su carácter de normatividad especial, de interpretación restrictiva y por lo tanto desplazante de cualquier

98. Constitución Política de Colombia. Art. 366 “*El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable...*”.

análisis sistemático que pudiese desconocer su naturaleza de contexto positivo comprometedor del Estado con su prestación, regulación, control y vigilancia, sostiene que la intención real y efectiva del constituyente en la incorporación de este régimen superior para los servicios radica en la conservación de todos los privilegios tradicionales para el poder público administrativo, en una especie de prolongación de su naturaleza de función administrativa dentro de un Estado actuante e interventor en la materia. Esta consideración se desprende principalmente del contenido simple y directo del inciso primero del artículo 365 constitucional, cuando señala que: “...*Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional...*”, de donde se desprende su naturaleza de compromiso institucional con raíces en el régimen de deberes y responsabilidades estatales frente a la población.

Tesis que se ratifica, con el texto del inciso segundo de esta misma disposición constitucional, que deja claramente establecido que el legislador determinara un especial régimen jurídico tendiente a asegurar estos compromisos. Régimen que por lo demás destaca el papel del Estado no sólo como prestador directo o indirecto de los servicios, sino también como regulador, controlador y vigilante de los mismos, en cuanto actor principal de toda las secuencias e instancias en que se comprometa temas relativos a estos asuntos. Así mismo, si la intención del constituyente fue la someter a un estatuto propio los servicios públicos, significaba que la idea matriz de todos los análisis políticos, sociales y económicos en la Asamblea Nacional Constituyente fue dirigida a crear un mecanismo normativo de estricto derecho administrativo, de lo contrario el constituyente se hubiere limitado a remitirse al derecho ordinario para regir este tipo de actividades fundamentales para la comunidad.

Bajo este contexto interpretativo, la gestión o prestación de los servicios por lo particulares o por la comunidad organizada sería excepcional y sometida al régimen jurídico especial creado por el legislador, en donde debía regularseles como una alternativa de colaboración y no de sustitución del Estado. Estas ideas son complementadas con las conclusiones extraídas del estudio del artículo 366 de la Carta, del cual se desprenden irrefutables compromisos públicos frente a las necesidades básicas de la población, que deben ser satisfechas a través de recursos públicos debidamente presupuestados en el denominado gasto público social.

El carácter de las prestaciones a cargo del Estado son de evidente naturaleza pública a cargo de la administración que el constituyente las definió como: “...*objetivos fundamentales de su actividad...*”, de donde se concluye que todos los servicios públicos no pueden ser más que funciones estatales sujetas a un régimen de derecho administrativo, en cuando directamente su satisfacción es responsabilidad de la administración pública. Por lo menos las necesidades insatisfechas en materia de educación, salud, saneamiento ambiental y agua potable estarían radicadas en el aparato administrativo público.

Esta particular lectura de las normas constitucionales no se agota en el destaque del contenido de los artículos 365 y 366 de la Carta para sustentar sus predicados, todo lo contrario, va mucho más allá, encuentra fundamentos para la consolidación de la teoría clásica de los servicios públicos en los artículos 367 a 370 superiores, en cuanto en ellos lo que se plasma no es otra cosa que claras atribuciones al Estado en materia de regulación de los servicios domiciliarios en aspectos claves como las tarifas, cobertura, financiación, prestación directa por los municipios, subsidios, régimen de los usuarios y mecanismos de control a través de la superintendencia de servicios públicos.

Es decir, todo un contexto de claras atribuciones públicas, que en últimas no generan en derecho otra cosa que asuntos de estricto derecho administrativo.

Agrega esta lectura que en ninguna de sus partes, el componente normativo especial en materia de servicios públicos está excluyendo o relegando al Estado a un segundo lugar en la prestación de los servicios públicos, todo lo contrario, lo está responsabilizando de manera directa de absolutamente toda su problemática. Es más, en ninguno de sus extremos conceptuales del capítulo referente a esta materia en la Constitución Política, el constituyente adoptó un contenido filosófico distinto al del carácter público de los servicios, por lo tanto de responsabilidad administrativa dentro de un régimen jurídico dictado de manera particular por el legislador, lo que desplaza de plano cualquier intento de someter la prestación de los mismos a las normas, principios y leyes que rigen el mercado, creando monopolios a favor de los particulares o permitiendo que éstos desplacen al Estado su papel protagónico e intervencionista sobre los servicios.

Estas consideraciones absolutamente respetables que se fundan doctrinalmente en los trabajos históricos del intervencionismo estatal y en sus razones económicas y políticas y que jurídicamente ha desembocado en la concepción del servicio como función estrictamente administrativa no ha tenido en el derecho nacional acogida alguna. Todo lo contrario, el legislador profundamente influido por otro tipo de concepciones ideológicas ha entendido el problema de los servicios desde una perspectiva económica, de mercado, luego de fenómeno típico de la competencia, por lo menos en estos términos fueron redactados tanto el estatuto básico de los servicios domiciliarios contemplados por la Ley 142 de 1994, como en la mayoría de las disposiciones referidas a los distintos tipos de servicios públicos, como en el caso del transporte, educación superior, telefonía celular, servicios postales, etc.

2. La lectura neoliberal de los servicios públicos. La libertad, el mercado y la competencia económica como fundamentos constitucionales de los servicios públicos. Análisis sistemático y de contexto de las normas constitucionales como presupuesto del nuevo servicio público

Esta nueva lectura del texto constitucional en materia de servicios públicos proclama a todas voces la necesidad de hacer una interpretación sistemática y de contexto de la Constitución, con el fin de no caer en despropósitos respecto de la intención del constituyente en cuanto a los servicios públicos, para lo cual propone como punto de partida vincular el concepto y la normatividad suprema en la materia a las disposiciones rectoras del régimen económico constitucional, llegando a sostener la imposibilidad absoluta de entender cualesquier aspecto de los servicios sino están determinados dentro de la perspectiva del régimen económico constitucional⁹⁹.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, sostiene los propugnadores de esta concepción dominante en el derecho nacional, se definieron para los servicios públicos unas especiales y particulares bases normativas tendientes a la estructuración de su régimen jurídico, según las cuales, su prestación estaría sujeta a los principios de la libertad, mercado y competencia, con estricta sujeción al derecho privado en cuanto régimen jurídico de la actividad privada y base consolidadora de la autonomía de la voluntad. Básicamente se trata de recoger para los servicios públicos los postu-

99. MONTAÑA PLATA, Alberto, *op. cit. supra*, nota 65, p. 89.

lados y principios de los artículos 333, 334 y 336 constitucionales en cuanto a la libertad de empresa e iniciativa económica, con limitaciones en ellos admitidas en razón del bien común y el interés general, en donde la intervención estatal se predica exclusivamente para su regulación, control y vigilancia, eficiencia y prestación continua, se proscribe en consecuencia cualquier atentado contra la economía de mercado como los propios de la competencia desleal y del abuso de la posición dominante, todo lo anterior con el fin de garantizar a los usuarios el mejoramiento de su cualidad de vida y el bienestar que demanda el Estado Social de Derecho.

Se incorporó en Colombia, de esta manera, doctrinaria y filosóficamente el concepto de servicios públicos a los principios liberales de libertad económica con las cargas institucionales del Estado Social de Derecho, dentro de la línea de que la iniciativa privada también puede brindarle a la comunidad solución a sus problemas y necesidades y que el Estado debe relegarse a un papel de fortalecedor del mercado y estimulador de la actividad privada para el desarrollo de los servicios públicos. La nueva teoría de los servicios públicos aplicada a la realidad nacional conjuga las disposiciones especiales establecidas por el constituyente en los artículos 365 a 370 de la Carta con los artículos correspondientes al régimen económico adoptado para el Estado en la Constitución. Situación ésta que se refleja en los estatutos jurídicos rectores de los servicios públicos domiciliarios, principalmente en la Leyes 142 y 143 de 1994 y en algunos otros especiales¹⁰⁰.

Con esta concepción doctrinal, el constituyente quiso abandonar el marco intervencionista y proteccionista que en materia de prestación de servicios públicos venía caracterizándose durante la vigencia de la Constitución de 1886. Básicamente a partir de los artículos 333, 334, 336; 365 a 370 constitucionales, se incorporó a los servicios públicos dentro de la concepción de la actividad económica e iniciativa privada libres, en una sociedad regida por los principios de la competencia económica, y sobre la consideración de que la constitución de empresas por los particulares para la prestación de los servicios públicos es uno de sus baluartes más importantes que las compromete dentro de una función social que implica obligaciones.

A. La libertad, el mercado y la competencia en la base de los servicios públicos. Alcance del artículo 333 constitucional para la sustentación de la lectura neoliberal

El artículo 333 de la constitución política¹⁰¹ define un modelo económico para la sociedad colombiana fundado en el principio de libertad y de iniciativa económica privada

100. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Sentencia de Junio 9 de 1998, MP. LAFONT PIANETTA, Pedro. Rad.: 5036. “...Con el triunfo de la Revolución Francesa, advino el régimen capitalista en la producción y distribución de bienes y servicios, al cual le son consustanciales los principios de la iniciativa privada y la libre competencia mercantil, conocidas entonces como las libertades de industria y de comercio, las que fueron consagradas como garantías individuales en las Constituciones Políticas promulgadas en el Siglo XIX y desarrolladas luego legislativamente en los Códigos Civiles y Comerciales que siguieron como modelo la legislación francesa... Dado que el ejercicio de tales libertades sin sujeción a reglamentación alguna, podía conducir al abuso de las mismas en detrimento de los demás comerciantes y de la sociedad en general, el legislador se vio precisado a establecer limitaciones a la libertad de comercio, en orden a garantizar la realización de la competencia mercantil dentro de los linderos de la licitud, cual sucedió con la legislación colombiana...”

101. Constitución Política de Colombia. Artículo 333 “...La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que

dentro del mercado como motores vitales para el desarrollo y el progreso de la comunidad, reprochando en consecuencia modelos e ideologías económicas que desconozcan las bondades de la libertad individual y de las fuerzas transformadoras de la competencia en el mercado, tanto así, que la disposición eleva a la categoría de derecho de los colombianos y de las personas residentes en el territorio nacional el de la “...libre competencia económica con responsabilidades...”.

Aspecto éste que claramente destaca la Corte Constitucional, cuando al ocuparse del tema identifica la trascendencia que en el derecho nacional tiene el carácter de derecho individual de la libre competencia y las consecuentes responsabilidades que esto implica para la organización política. “...La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados...”¹⁰².

En este sentido, la libertad económica¹⁰³, que implica las de iniciativa y de competencia, se espera que genere condiciones para que de su dinámica, surjan las grandes respuestas a las necesidades públicas, entre las cuales inevitablemente se encuentran la atención a los servicios públicos. En la medida en que las fuerzas del mercado conduzcan a mejores ofrecimientos, el beneficiado no puede ser otro que el usuario o consumidor final. “...La conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado, redundará en enormes beneficios para el consumidor que podrá escoger entre diversas cantidades y calidades de productos, y gozar de mejores precios y de las últimas innovaciones. Por su parte, los empresarios, si los mercados son abiertos y transparentes, se ponen a cubierto de conductas abusivas y encontrarán siempre un incentivo permanente para aumentar su eficiencia. La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores...”¹⁰⁴.

La principal consecuencia de la adopción de la economía de mercado para la prestación de los servicios públicos radica en el inevitable desplazamiento del Estado de su tradicional papel de actor principal, trasladándolo a una posición importante pero no actuante directo o de gestor del mercado de los mismos.

se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación...”

102. Corte Constitucional. Sentencia C-535 de octubre 23 de 1997.

103. Corte Constitucional. Sentencia T-425 del 24 de junio de 1992. “...La libertad económica ha sido concebida en la doctrina como una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio. Las actividades que conforman dicha libertad están sujetas a limitaciones impuestas por la Constitución y las leyes, por razones de seguridad, salubridad, moralidad, utilidad pública o interés social...”

104. Corte Constitucional. Sentencia C-535 de octubre 23 de 1997.

El Estado desaparece como el principal empresario de los servicios. Sus banderas son ahora recogidas por la iniciativa privada, la cual es considerada el baluarte del nuevo sistema.

Para estos propósitos, la norma constitucional proclama de manera coherente con sus fundamentos ideológicos a la empresa como base del desarrollo, lo que adquiere desde la perspectiva de los servicios importancia y trascendencia, en cuanto es la organización de los bienes particulares, puestos al servicio de la comunidad en una economía de mercado, la determinante para lograr la satisfacción de necesidades como las de los servicios públicos. En este sentido, el constituyente le recuerda a la iniciativa privada que cuando actúe como empresa en el tráfico jurídico cumpla también una función social y no exclusivamente individual. El individualismo a ultranza del capitalismo clásico se rompe supuestamente bajo los parámetros del nuevo mercado. El respeto a la sociedad es imprescindible para los actores del mercado. La comunidad constituye su objetivo más importante. En este sentido, la empresa estimulada, fortalecida y consolidada constituye un factor de estabilidad y de desarrollo para la sociedad y sus necesidades¹⁰⁵.

B. Los límites del bien común como restricciones a la economía de mercado en los servicios públicos. Alcance de los artículos 333 y 334 constitucionales en cuanto a la intervención del Estado

El ejercicio de las libertades que postula el artículo 333 constitucional no es absoluto y se encuentra sujeto como lo establece la disposición a los límites del bien común, consecuentemente las rupturas a estas barreras generan responsabilidad y obligaciones interventoras del Estado para evitarlas o sancionar a sus infractores, lo que significa que son libertades moldeadas a los propósitos del Estado Social de Derecho, ésta la razón por la cual se prevea expresamente en la norma que: *“...El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación...”*. Por su parte, en el artículo 334 constitucional, se retoma el principio de intervención con propósitos similares, frente a los servicios públicos y privados, *“...para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano...”* y lo que resulta aun más importante, el Estado también debe intervenir con el fin de que todas las personas en especial las de menores ingresos *“...tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos...”* así mismo para promover la productividad y la competitividad. Es decir, los postulados generales del artículo 333 de la Carta no implican una absoluta autorregulación a partir de la dinámi-

105. Corte Constitucional. Sentencia C-524 de 1994. *“...Por libertad de empresa hay que entender aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial -la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender y acometer- y el instrumental -a través de una organización económica típica-, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral...”*

ca del mercado, sino que por el contrario se encuentran eventualmente sujetos a claras disposiciones reguladoras de origen estatal, generadoras de un ostensible derecho administrativo que acompañara siempre a la iniciativa privada y a la libre economía.

Estos perentorios mandatos constitucionales tienen incidencia directa en el ámbito de los servicios públicos. Si bien es cierto que el legislador con fundamento en los artículos 333 y 334 de la Constitución incorpora el concepto de libre empresa para la prestación de los servicios públicos, no se debe olvidar, que su ejercicio está limitado y demarcado por el interés general que involucra este tipo de actividad esencial para la vida ciudadana, por lo tanto sujeta a la regulación que el artículo 365 constitucional prevé para su adecuado ejercicio dentro del Estado de Derecho, luego no nos encontramos en el ámbito de los servicios frente a actividades absolutamente libres enmarcadas en los clásicos presupuestos de la autonomía de la voluntad dentro de un mercado incontrolable y agresivo con la comunidad y los asociados. Todo lo contrario, para el caso de los servicios públicos domiciliarios, por lo menos, con fundamento en las Leyes 142 y 143 de 1994, el legislador ha previsto que en aras de garantizar mínimos vitales a la ciudadanía y especialmente a los consumidores de los servicios, el ofrecimiento de los mismos debe hacerse conforme a las normas establecidas por la ley, la reglamentación y la regulación de las Comisiones respectivas, todas las cuales constituyen en su conjunto disposiciones vinculatorias y de acatamiento inmediato por todos los actores de la generación eléctrica.

El régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios en Colombia deviene indudablemente de la concepción de libertad económica e iniciativa privada, que bajo un marco de responsabilidad social y de interés general postula el artículo 333 de la Constitución Política de 1991, principio que es recogido de manera innegable en las Leyes 142 y 143 de 1994, de las cuales se deduce sin mayor dificultad que la prestación de los servicios públicos domiciliarios es un problema relativo a la competencia en el mercado, a sus normas y principios, pero de todas maneras sometidos al régimen jurídico que establezca la ley, según lo dispone el artículo 365 constitucional, en consecuencia a los marcos normativos legales, reglamentarios y en especial a las regulaciones específicas que las Comisiones establezcan sobre asuntos de su competencia.

La anterior base normativa se diseñó, entre otros propósitos, para ser coherentes con los postulados de los incisos 4 y 5 del artículo 333 de la Carta, según los cuales la libertad económica y la iniciativa privada dentro del Estado Social de Derecho Colombiano, si bien es cierto se caracterizan por ser libres, no por esto se puede predicar su carácter absoluto, arbitrario, incontrolable o sumidas en el estricto querer de los actores del mercado¹⁰⁶. Para el Constituyente, el Estado por mandato de la ley, evitará y controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan en el mercado nacional, estando para estos efectos el legislador habilitado para hacer prevalecer el interés general frente a desmanes y despropósitos serios que puedan alterar los presupuestos fácticos de la norma constitucional¹⁰⁷.

106. Corte Constitucional. Sentencia C-118 de mayo 6 de 1998. “...Los conceptos de libertad económica y de libre iniciativa privada no son absolutos y, por el contrario, se encuentran forzosamente enmarcados dentro de postulados constitucionales de superior categoría que los restringen. Se ejercen, como dice la norma del artículo 333 de la Carta, “dentro de los límites del bien común”, bajo los supuestos y objetivos prioritarios del Estado Social de Derecho y de la función social, y con el carácter relativo que corresponde a un sistema en el cual el Estado es director de la economía y no mero observador de los acontecimientos que la afectan...”

107. Corte Constitucional. Sentencia C-415 del 22 de septiembre de 1995. “...Debe concederse al demandante que las limitaciones que la ley imponga a la actividad económica y a la libre competencia, habrán de ser serias y

En este sentido, la Ley 142 de 1994 que constituye el régimen jurídico básico para todos los servicios públicos domiciliarios, establece de manera perentoria en el artículo 34 de su codificación que las empresas de servicios públicos en todos sus actos y contratos deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia. Se trata de un postulado genérico de carácter prohibitivo, limitativo de la libertad de actividad económica e iniciativa privada, en favor de la prevalencia del interés general dentro del tráfico jurídico propio de los servicios públicos domiciliarios, norma que dentro del principio de complementariedad existente con la Ley 143 de 1994, se reitera para el sector eléctrico en el artículo 3° de esta última codificación.

Bajo los anteriores presupuestos, el legislador ha recogido para los servicios públicos los fenómenos negativos de la competencia que doctrinariamente se conocen como competencia desleal (art. 34 numeral 5 en conc. Con Ley 256 de 1996), abuso de posición dominante (art. 34 núm 6 en conc. Art. 133 de la Ley 142 de 1994 y 43 de la Ley 143 de 1994), restricciones indebidas de la competencia (art. 34 inc. 1° en conc. art. 1° de la Ley 155 de 1959).

El constituyente previendo los desafueros y problemas lógicos de una sociedad económicamente libre, autorizó al legislador para que interviniera regulando los límites necesarios con el fin de adecuar esta actividad económica al bien común, evitando su colapso a través de mecanismos perturbadores. La Corte Suprema de Justicia, a través de su Sala de Casación Civil y Agraria, ha explicado el alcance del artículo 333 constitucional, en el sentido de considerarlo la base doctrinal y jurídica de la represión a todo mecanismo de perturbación de la libre competencia económica. El artículo 333 de la Carta Política de 1991 sostiene la Corte, garantiza la libertad de empresa y la iniciativa privada con sujeción a la ley, libertades éstas que han de ejercerse dando cabal operancia en la realidad a la función social que ha de cumplir la propiedad. Dentro de ese marco constitucional, se debe regular la libre concurrencia en el mercado, de tal suerte que se sancione la *competencia desleal*, precisamente para hacer efectiva aquella libertad¹⁰⁸.

El Consejo de Estado ahonda en las razones jurídicas que llevan al establecimiento de restricciones para permitir una verdadera, leal y limpia contienda de los participantes en el tráfico jurídico-económico, sosteniendo que resulta inadmisibles en un sistema económico de competencia, actuaciones de sus actores fundadas en la mala fe, en el abuso o en el ejercicio de prácticas desleales.

razonables. Se trata de dos derechos constitucionales que si bien son de configuración legal, describen un ámbito de actuación privada que, a partir de un cierto límite, no es susceptible de ser restringida adicionalmente, so pena de vulnerar sus núcleos esenciales. En este sentido, aparte de los fines propios de la intervención del Estado en la economía que se señalan en el artículo 334 de la CP, la libertad de empresa-en el lenguaje de la CP “la actividad económica y la iniciativa privada”-y la libre competencia, pueden ser delimitadas por la ley cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (CP art. 333). La seriedad y razonabilidad de las medidas legales limitativas de la actividad económica, no la coartan. Por el contrario, la restricción legal persigue conciliar los intereses de la actividad económica libre con los que demanda la atención del bien común, en un sistema que en razón de sus fundamentos debe guiarse por el principio pro libertate. De ahí que, a título de garantía adicional, se disponga que “las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334 (...) deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica” (CP art. 150-21)...”

108. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 6 de junio de 1996. MP. LAFONT PIANETTA, Pedro, Rad: 6065-96.

Reconociendo, así mismo, que la lucha por los mercados no puede consolidar rupturas de mínimas normas de comportamiento y de respeto, razón por la cual se justifican las intervenciones previstas constitucionalmente¹⁰⁹.

Desde una perspectiva eminentemente ideológica, la presencia del Estado en los procesos económicos y en la economía de mercado estableciendo reglas de comportamiento y restricciones a través del legislador, habilitando consecuentemente a las autoridades administrativas para actuar directamente aplicando normas de orden público, se justifica precisamente para garantizar la tan pregonada libertad en que se funda la lectura neoliberal de los servicios públicos, con el propósito de que todos los sectores de la población sean objeto de atención y que las parcelas menos favorecidas no se vean desprotegidas en cuanto a su asistencia efectiva o posibles prestadores restringidos a través de maniobras torcidas o irregulares de la competencia. La intervención del Estado constituye una garantía de convivencia, control y ponderación en un medio de por sí propenso a la arbitrariedad como lo es el mercado, si es dominado no por la libertad, sino por el libertinaje que históricamente lo caracterizó en otras épocas. La Corte Constitucional así lo ha entendido y explicado por vía doctrinaria¹¹⁰.

...La libertad de empresa le otorga a toda persona el derecho de ejercer y desarrollar una determinada actividad económica, de acuerdo con el modelo económico u organización institucional que, como ya se anotó, en nuestro país lo es la economía de mercado, libertad que al tenor del Estatuto Supremo no es absoluta, ya que el legislador está facultado para limitar o restringir su alcance cuando así lo exijan “el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación...” Además, no puede olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que cumplir, la que implica ciertas obligaciones y que la libre competencia económica “supone responsabilidades”.

Así las cosas, el Estado al regular la actividad económica cuenta con facultades para establecer límites o restricciones en aras de proteger la salubridad, la seguridad, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la Nación, o por razones de interés general o bien común. En consecuencia, puede exigir licencias de funcionamiento de las empresas, permisos urbanísticos y ambientales, licencias sanitarias, de seguridad, de idoneidad técnica, etc., pero en principio y a título de ejemplo, no podría en desarrollo de su potestad de intervención interferir en el ámbito privado de las empresas, es decir, en su manejo interno, en las técnicas que se deben utilizar en la producción de los bienes y servicios, en los métodos de gestión, pues ello atentaría contra la libertad de empresa y de iniciativa privada; pero sí puede, desde luego, proteger los intereses sociales de los trabajadores, las necesidades colectivas del mercado, el derecho de los consumidores y usuarios, etc. De ahí que se haya dicho que “la autonomía de la voluntad y por tanto de empresa ya no se proyecta sobre el mercado con la absoluta disponibilidad y soberanía de antaño, sus limitaciones de derecho público o privado forman parte ya del patrimonio irreversible de la

109. El Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia de marzo 31 de 1995, CP. GÓMEZ LEYVA, Delio, Rad.: 4834. “...En un sistema económico cuyo eje central es el de la libre competencia, ésta se presenta cuando los distintos participantes en el mercado-vendedores- tienen una misma pretensión vale decir, lograr para sí, el favor de la clientela, pretensión que genera lucha, pues todos persiguen igual objetivo. Para lograrlo, cada participante debe luchar en forma honesta y limpia, pues el empresario de la actividad económica debe ganar y esa es su meta, pero en juego limpio, ya que la competencia como expresión genuina de la libertad económica, no puede jamás ser la libertad de actuar en el mercado sin reparar los medios empleados. Por ello, y en atención a que el equilibrio en las armas a utilizar en la contienda se pierde con frecuencia, y para atender las exigencias de la vida económica, el ordenamiento jurídico ha respondido al proponer un conjunto de normas para sancionar la competencia desleal, tanto en el comercio interno como en el internacional, en este último, imponiendo derechos para el dumping y las subvenciones. Se pretende evitar que las prácticas desleales perturben el orden que debe reinar en el mercado, en el cual debe triunfar el mejor, quien ofrezca mejores bienes y servicios, porque exige un interés general en la prevalencia de ese orden...”

110. Corte Constitucional. Sentencia C-524 de noviembre 16 de 1994.

cultura jurídica contemporánea. Y, en tal sentido, no puede interpretarse que el mandato constitucional de la libertad de empresa comporta el desmantelamiento integral de todas esas restricciones y limitaciones”.

Con respecto a las limitaciones que según nuestro Estatuto Supremo se permite imponer a la libertad económica, ha dicho la Corte que “en el marco de un Estado Social de Derecho (CP art. 1), fundado en la dirección general de la economía por parte del Estado (CP art. 334), -tal libertad- está sometida a limitaciones potenciales más severas que las otras libertades y derechos constitucionales”, pues como se dejó establecido en pronunciamiento anterior, “la Constitución confiere un mayor valor a los derechos y libertades de la persona que a los derechos y libertades de contenido puramente patrimonial, ya que expresamente establece el dirigismo económico, es decir, consagra un mercado de bienes y servicios pero bajo la dirección del Estado, mientras que proscribire todo dirigismo en materia política, ética o intelectual” y, en consecuencia, debe hacerse una interpretación más amplia de las facultades regulatorias del Estado en relación con las libertades económicas “por cuanto la Constitución ha conferido un marco amplio y flexible al Congreso para regular estas materias”..

Y en reciente fallo expresó, que “las limitaciones que la ley imponga a la actividad económica y a la libre competencia habrán de ser serias y razonables. Se trata de dos derechos constitucionales que si bien son de configuración legal, describen un ámbito de actuación privada que, a partir de un cierto límite, no es susceptible de ser restringida adicionalmente, so pena de vulnerar sus núcleos esenciales. En este sentido, aparte de los fines propios de la intervención del Estado en la economía que se señalan en el artículo 334 de la C.P., la libertad de empresa, en el lenguaje de la Constitución Política, la actividad económica y la iniciativa privada y la libre competencia, pueden ser delimitadas por la ley cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (CP art. 333). La seriedad y razonabilidad de las medidas legales limitativas de la actividad económica no la coartan. Por el contrario, la restricción legal persigue conciliar los intereses de la actividad económica libre con los que demanda la atención del bien común, en un sistema que en razón de sus fundamentos debe guiarse por el principio pro libertate. De ahí que a título de garantía adicional, se disponga que “las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334 (...) deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica C.P. art. 150-21)”.

Queda claro, entonces, que el legislador tiene atribución constitucional para establecer ciertas limitaciones a la libre empresa con los fines a que se hizo alusión en párrafos anteriores, siempre y cuando dichas restricciones no sean de tal magnitud que hagan nugatorio el derecho y, que en desarrollo de la facultad de intervención económica, cuenta con poder suficiente para injerir en la *producción, distribución, utilización y consumo de los bienes.*

C. Los Monopolios frente a los servicios públicos. Alcance del artículo 336 constitucional

En concordancia con el artículo 333 de la Constitución Económica en el 336, se consagra una clara limitación de origen superior tendiente a fortalecer el mercado y la libre competencia frente al fenómeno de los monopolios o concentración desmedida del mercado en un o unos pocos actores del mercado. Desde la perspectiva económica, la existencia de monopolios constituye un elemento perturbador y generador de pereza y dinámica en el mercado con capacidad suficiente para disminuir la producción, aumentar los precios en detrimento incluso de la calidad y de la eficiencia.

La obligación del Estado es proteger la competencia frente a estas situaciones anormales que alteran significativamente el libre transcurrir de la economía, para lo cual se deben desarrollar los instrumentos jurídicos adecuados.

El asunto adquiere especial importancia en materia de servicios públicos, si se tiene en cuenta que el mecanismo jurídico tradicionalmente utilizado por el estado intervencionista para la prestación de los mismos se resumía en la creación de grandes monopolios públicos, que impedían la competencia y congelaban las posibilidades de alternativas eficientes para concurrir a la solución de muchas de sus situaciones críticas.

La Constitución Política de 1991 proscribió por regla general los monopolios o figuras de esta naturaleza en todos los sectores de la economía, trasladando la figura a un campo estrictamente excepcional y generando para el Estado la obligación de promover por todos los medios la competencia, con el claro propósito de erradicar los síntomas monopolísticos que aun se conserven en la economía nacional. El artículo 336 constitucional¹¹¹ circunscribe a la ley la competencia de crear monopolios pero única y exclusivamente como un instrumento para generar rentas para el Estado destinados a salud y educación, incluso lo obliga a enajenar y liquidar todas aquellas empresas monopolísticas que posea cuando en razón de su ineficiencia perturben el libre ejercicio de la economía de mercado, privatizando o liberalizando el objeto de las mismas.

En materia de servicios públicos, el problema es especialmente significativo si tenemos en cuenta que el artículo 365 constitucional permite que el Estado por razones políticas o de alta conveniencia pública pueda excepcionalmente reservarse a la explotación de determinados sectores de los servicios. Indica esta disposición que si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno, decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley queden privadas del ejercicio de una actividad lícita, de lo contrario sin indemnización limitar su acceso cuando ningún actor del mercado lo estaba ejerciendo.

Este enunciado supremo no está haciendo otra cosa que creando las condiciones normativas para que el Estado pueda actuar libremente como prestador único, lo cual aparentemente generaría ostensibles conflictos frente a la lectura neoliberal de la Constitución Política. Sin embargo, consideramos que se trata de una disposición de aplicación excepcional y restrictiva que no puede desconocer los postulados del 333 de la Carta, en cuanto a la libertad como regla general del sistema económico nacional, luego el legislador debe ponderar su aplicación sobre esta importante consideración.

111. Constitución Política de Colombia Artículo 336. “...Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley. La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita. La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental. Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud. Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación. La evasión fiscal en materia de rentas provenientes de monopolios rentísticos será sancionada penalmente en los términos que establezca la ley. El Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley. En cualquier caso se respetarán los derechos adquiridos por los trabajadores...”.

No obstante lo anterior, la regla general obvia y ostensible que se consagra, por lo menos en la ley de servicios públicos domiciliarios, que es nuestro ejemplo más cercano, es la de la proscripción de cualquier forma monopolística. Precisamente en el artículo 2.1 de la Ley 142 de 1994 se postula como uno de los propósitos de la intervención del Estado sobre los servicios públicos el de procurar la “...*Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante...*”, esto cuando las condiciones de la economía y del mercado permitan la competencia, por cuanto pueden darse eventos de falta absoluta de la misma, donde el servicio universal deba ser garantizado directamente por el Estado. Lo importante en estos eventos es que la empresa única estatal o privada que garantice el servicio universal no se haga ineficiente. Precisamente en el artículo 11.2 de esta misma ley se deja entrever que en servicios públicos será absolutamente reprochable los monopolios o prácticas de esta naturaleza, si de hecho existe la posibilidad de competencia o hasta cuando se generen las condiciones necesarias para que la economía de mercado asuma su papel impulsor de los servicios.

La función más característica que el legislador le ha otorgado a las Comisiones de Regulación en el artículo 73 de la Ley 142 de 1994 es la de promover, procurar, mantener o crear las condiciones para que los servicios públicos domiciliarios se desarrollen bajo las reglas de la competencia y del mercado y de existir monopolios por ausencia de ésta, regularlos para que no se desborden o se hagan básicamente ineficientes, no degeneren en abuso de su posición dominante o pierdan la calidad de sus productos, lo cual repercute necesariamente en los derechos y condiciones de los usuarios o consumidores de los servicios¹¹².

D. El régimen jurídico especial para los servicios públicos a la luz de la lectura neoliberal. Materias sustraídas de este análisis.
Alcance de los artículos 365 a 369 constitucionales

Dentro de la lectura neoliberal, el sentido y alcance de los artículos 365 a 369 de la Carta varían sustancialmente a los efectuados por los teóricos de la concepción administrativa. Definitivamente, bajo los presupuestos de la teoría económica, el contenido de estas disposiciones no puede hacerse por fuera del contexto del sistema económico definido en la Constitución Política de 1991, es decir, debe corresponder a un análisis sistemático dentro del cual el legislador elaborará los parámetros normativos que regirán los procesos intervencionistas del Estado y determinarán el comportamiento regulatorio de las diversas Comisiones.

Las responsabilidades sociales en materia de servicios consagradas en el inciso primero del artículo 365 constitucional deben ser entendidos en el sentido que el Estado asegurare su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, a través de los senderos del mercado recalando que la iniciativa privada y el mercado tienen compromisos sociales que implican obligaciones a partir de los cuales se deben satisfacer los servicios y las necesidades de la población. En este sentido, la prestación directa de los mismos por el Estado debe ser totalmente excepcional en cuanto no es, por su propia naturaleza, un actor natural de la economía de mercado. Para la organización política y administrativa, quedan reservadas constitucionalmente la regulación, el control y la

112. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Santa Fé de Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).CP: Dr. ROJAS SERRANO, Yesid.

vigilancia de dichos servicios. En este sentido, tanto el Congreso Nacional, cuando expida el régimen jurídico que prevé el artículo 365 constitucional para cada servicio, como las Asambleas y Concejos en ejercicio de sus facultades constitucionales deben dejar reflejada esta situación, sin desconocer que también existen competencias reservadas exclusivamente al Estado¹¹³.

No obstante la razón de ser de la existencia del servicio tiene sus raíces profundas en el interés general y en las necesidades de la población, otro problema diferente es quien acude y mediante qué sustento ideológico, a su prestación. Así lo ha entendido la Corte Constitucional al sostener que *“Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios derechos y deberes constitucionales (CP art. 2). El sentido y razón de ser de los poderes constituidos es el servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros. Los servicios públicos como instancia y técnica de legitimación no son fruto de la decisión discrecional del poder público, sino aplicación concreta del principio fundamental de la solidaridad social (CP arts. 1 y 2). A través de la noción de servicio público, el Estado tiene el principal instrumento para alcanzar la justicia social y promover condiciones de igualdad real y efectiva. Su prestación comporta una transferencia de bienes económicos y sociales con base en el principio de justicia redistributiva que, mediante el pago discriminado de los servicios públicos según estratos y en función de la capacidad económica del usuario, permite un cubrimiento a sectores marginados que, en otras circunstancias, no tendrían acceso a los beneficios del desarrollo económico. De esta forma se garantizan las condiciones materiales para el libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16) y para la consecución de una igualdad real y efectiva (CP art. 13) de toda la población”*¹¹⁴.

Este debería ser igualmente para los neoliberales el alcance del artículo 366 de la Carta, en cuanto le atribuye responsabilidades directas al Estado en la prestación de ciertos servicios y responsabilidades sociales. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. En cuanto la economía de mercado posibilite cumplir con estos cometidos, debe preferirse a la acción directa del aparato estatal.

113. Corte Constitucional. Sentencia C-599 de 1999. La regulación de los servicios públicos es tarea propia del legislador tal como lo ordenan los artículos 150-23 y 365 de la Constitución, en cuyos textos se lee: *“Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:”* *“Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos”*; *“.....Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.....”* (resalta la Corte). A nivel territorial les compete a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales reglamentar en sus respectivos territorios la prestación de tales servicios. (arts. 298, 300-1, 311 y 313-1 C.N.) Así las cosas, existe en este campo una competencia concurrente; por una parte a la ley *“le compete establecer por vía general el régimen jurídico de los servicios públicos, esto es, expedir el estatuto básico que defina sus pautas y parámetros generales y que regule los demás aspectos estructurales de los mismos (arts. 150-23 y 365 C.N.)”*. Y a los departamentos y municipios *“desarrollar por la vía del reglamento la preceptiva legal y adecuarla a las particulares peculiaridades propias de su ámbito territorial. En otros términos, corresponde a las autoridades de esos niveles ejercer la potestad reglamentaria para dar concreción y especificidad a la normación legal de modo que con sujeción a sus parámetros, dispongan lo conducente a la adecuada y eficiente prestación de los servicios públicos según las características de las necesidades locales...”*.

114. Corte Constitucional. Sentencia n° T-540 del 5 de junio de 1992.

Sin embargo, considero que la estructura de la norma constitucional nos puede llevar a otra conclusión sin entrar en controversias con la lectura económica de la misma y es que en estos eventos, se ha consagrado una clara excepción al artículo 333 de la Carta y el actor principal de estas importantes y trascendentales responsabilidades para la vida ciudadana es del Estado y no propiamente de la iniciativa privada, aunque no se puede negar que ella no esté llamada también a estos propósitos. En frente de estas obligaciones el Estado no puede ser un simple regulador expectante de los prestadores u operadores. Es por mandato constitucional el más importante edificador de soluciones a estas problemáticas sociales cotidianas y permanentes, sin embargo cuando la iniciativa privada pueda brindar soluciones, no se descarta su reconocimiento como agente actuante, sin embargo la responsabilidad es esencialmente estatal.

La Corte Constitucional lo ha entendido de esta manera al sostener que, “...dentro de las finalidades esenciales del Estado, corresponde resaltar la de servir a la comunidad y la de promover la prosperidad general. Por ello, las autoridades de la República están instituidas para proteger a las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes, y para “asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado”, según lo prescribe el artículo 2° de la Carta Política. Uno de los instrumentos, quizás el más efectivo, para cumplir con esos deberes sociales, es la debida prestación del servicios públicos. Por tal razón el Constituyente estableció, en el capítulo V del Estatuto Superior, que el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado (art. 366 C.P.), finalidades que se lograrán -reiteramos- mediante la prestación de los servicios públicos, ya sea por parte del Estado, por comunidades organizadas, o por los particulares, pero siempre bajo la regulación, control y vigilancia de las autoridades públicas correspondientes. Al respecto, ha establecido esta Corporación”¹¹⁵.

El artículo 367 constitucional se refiere específicamente a los servicios públicos domiciliarios como una modalidad del concepto genérico de servicios públicos¹¹⁶, asignándole especiales atribuciones al legislador para que fije las competencias y responsabilidades relativas a su prestación, cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos. Es decir, en esta materia, el constituyente tampoco deja al libre juego de las reglas del mercado la determinación de las bases sustentadoras de los domiciliarios, en razón de la importancia y trascendencia para la vida comunitaria. Determina así mismo esta suprema disposición la competencia para garantizar el llamado servicio público universal en cabeza de los municipios. Señala que los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio, cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y

115. Corte Constitucional. Sentencia T-472 de 1993.

116. Corte Constitucional. Sentencia T-578 de 1992. “...Se consagra en esta disposición una categoría especial de servicios públicos, los llamados “domiciliarios”, que son aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas. Son características relevantes para la determinación del servicio público domiciliario las siguientes, a partir de una criterio finalista: a) El servicio público domiciliario -de conformidad con el artículo 365 de la Constitución-, puede ser prestado directamente o indirectamente por el Estado, por comunidades organizadas o por particulares, manteniendo éste la regulación, el control y la vigilancia de los servicios. b) El servicio público domiciliario tiene un “punto terminal” que son las viviendas o los sitios de trabajo de los usuarios, entendiéndose por usuario “la persona que usa ciertos servicios, es decir quien disfruta el uso de cierta cosa”. c) El servicio público domiciliario está destinado a satisfacer las necesidades básicas de las personas en circunstancias fácticas, es decir en concreto. Así pues, no se encuentran en estas circunstancias el uso del agua destinado a urbanizar un terreno donde no habite persona alguna...”.

aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación. Esto último interpretado a la luz de la concepción económica significa que no es responsabilidad permanente de los municipios la prestación de los servicios sino excepcional, cuando se den las circunstancias que lo permitan. Con fundamento en esta disposición, se sustentó el artículo 6 de la Ley 142 de 1994 que estableció los eventos en que los municipios pueden asumir la prestación de los servicios públicos.

Otro de los aspectos que resalta el constituyente en esta disposición es el relativo a los costos o tarifas por los servicios domiciliarios que se presten a los usuarios o consumidores de los servicios públicos. En este aspecto, la Constitución colombiana se aparta considerablemente de las exposiciones doctrinarias neoliberales, en el sentido de que los precios por los servicios esenciales deben surgir de la libertad de contratación, es decir, del libre juego del mercado. La Constitución adopta una posición intervencionista, según la cual es el legislador el que debe determinar las bases para la estructuración de un régimen tarifario, en donde necesariamente se debe retribuir por el consumo real y efectivo realizado por cada sujeto.

La Corte Constitucional así lo ha entendido cuando relaciona los postulados del artículo 367 de la Carta sobre tarifas con el 95 N° 9 de la misma, que establece como deber y obligación de todo colombiano “...Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad...” Es decir, que cualquier política en materia tarifaria paternalista, irreal o irrazonable frente al costo de un servicio o las condiciones económicas y sociales de los usuarios podría eventualmente ser inconstitucional. La gran labor del legislador es ponderar estos elementos sobre la base de que le ha sido encomendada una importante y trascendente competencia discrecional que debe ser ejercida de manera adecuada y proporcional a la realidad económica del servicio, pero también a las condiciones de la población¹¹⁷.

La política estatal en materia de tarifas establecida en la Constitución Política se complementa en su aspecto social con las regulaciones incorporadas en artículo 368 de la Carta, que autoriza con cargo a los presupuestos públicos, el otorgamiento de subsidios para las clases más desprotegidas de la población¹¹⁸. La Nación, los departamentos,

117. Corte Constitucional. Sentencia C-580 de 1992 “...El tema de los servicios públicos comprende una de las materias de mayor sensibilidad en la opinión colectiva, sobre todo después del abandono del concepto de servicios públicos gratuitos que tantas expectativas causó en los comienzos del Estado Social de Derecho. Hoy en día esa gratuidad ha sido abandonada quedando supérstite en pocos servicios como la Justicia (artículo 229 C.N.), o la Educación (artículo 67 C.N.), o la Salud (artículos 49 y 50 C.N.), de manera más o menos parcial. Actualmente, los servicios públicos son onerosos, surgiendo la obligación para las personas y los ciudadanos de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad (numeral 9° artículo 95, y artículo 368 ibidem). La determinación de los costos de los servicios, implica la evaluación de un conjunto de factores que va desde la cobertura y oportunidad en su prestación hasta la eficiencia y clasificación de los distintos tipos de usuarios de los mismos. Si a esto se agrega la circunstancia de que para impulsar el desarrollo en un país, se requiere que sus habitantes dispongan de agua potable, energía eléctrica, medios de comunicación, etc., se aprecia la dimensión del esfuerzo del legislador a fin de conciliar la realidad con los objetivos de justicia social y equidad que se encuentran en el origen y justificación de la organización de los servicios públicos. La Constitución Política de 1991, se ocupa de la cuestión de manera expresa, en varios de sus preceptos, para deferir a la ley el señalamiento de las competencias y responsabilidades en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá especialmente en cuenta: 1° Criterios de Costos; 2° La Solidaridad Social; y 3° El Principio de Justicia Social Distributiva que la ciencia económica denomina de la “redistribución de ingresos”...”

118. Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 1998. “...La prestación y cobertura de los servicios públicos, en general, y, en especial, de los domiciliarios (acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural, y distribución de gas combustible), está supeditada no sólo a la capacidad financiera, técnica y administrativa de las respectivas empresas, sino a la demanda y capacidad de pago de

los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas. El contenido de esta disposición recoge sin dudas, lejos del pensamiento neoliberal, una filosofía de clara tendencia redistributiva dentro del Estado Social de Derecho. El objetivo indiscutible de esta disposición es la de llegar con una mayor proporción de servicios públicos a los estratos pobres de la sociedad, no de manera coyuntural o esporádica, sino como parte de toda una política permanente de Estado tendiente a mejorar y elevar las condiciones de vida de los estratos más pobres de los diferentes municipios del país.

La Corte Constitucional al ocuparse del alcance de esta disposición superior señala que en la misma se recogen dos de los pilares sustentadores de nuestro Estado constitucional como lo son el democrático y el social de derecho. Recuerda la Corporación estudiando dogmáticamente el la norma que es precisamente al legislador al que le corresponde fijar la política y criterios para la redistribución del ingreso en materia de subsidios tarifarios. La norma contiene la clara e indiscutible dirección de promover la igualdad material entre la población usuaria de servicios, para que usen y disfruten de los mismos sin limitación, en razón de su condición social o económica. Lo anterior sin duda responde a la idea central del Estado Social de Derecho y no de la concepción ideológica del Neoliberalismo. La política de subsidios, a la que se refiere el artículo 368 de la C.P., es uno de los medios a disposición del Estado Social de Derecho al cual puede éste recurrir con el objeto de asegurar su prestación a las personas de menores recursos que, por esa circunstancia, sin el apoyo estatal, quedarían marginados.

En estricto sentido, nos encontramos ante un sistema de discriminación positiva, que tiene el claro propósito de beneficiar a las personas de menores recursos y que cobija el pago subsidiado de las tarifas de servicios públicos de sus consumos básicos¹¹⁹.

Otros de los aspectos a los cuales el constituyente consideró necesario sustraer de las leyes del mercado y de su definición a través de las fuerzas de la competencia fueron los relativos a los usuarios y el papel de los municipios en la dirección de los servicios públicos domiciliarios. Frente a estos temas, la alternativa constitucional es la de la definición de un régimen de intervención donde se deben fijar las reglas a las cuales deben sujetarse tanto usuarios como municipios. Al respecto, señala el artículo 369 de la Constitución que la ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio. Igualmente definirá la participación de los municipios o de sus representantes, en las entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios.

En desarrollo de esta disposición, en especial en lo relativo al régimen de los usuarios en la Ley 142 de 1994, se dictaron precisas orientaciones positivas que permiten definir

los usuarios. Las fórmulas para fijar las tarifas de estos servicios están determinadas no sólo por el consumo correspondiente, sino por los costos y los gastos propios de la operación (expansión, reposición de equipos, mantenimiento), aumentos de productividad, etc. Naturalmente que, en la fijación de los costos deberá actuarse racionalmente, evitando todo exceso que perjudique al usuario...La suma de todos los factores señalados, permite determinar el precio que se debe sufragar por el suministro de estos servicios, costo que no todos los usuarios, dada su capacidad de pago, pueden soportar, razón por la que se han creado subsidios que permiten a la población de escasos recursos tener acceso a éstos, pues de una real y eficiente cobertura depende que se dé cumplimiento a uno de los fines del Estado Social de Derecho...”

119. Corte Constitucional. Sentencia C-566 de 1995.

el concepto de usuario como un usuario final sujeto a un contrato de condiciones uniformes por regla general y eventualmente a las reglas del mercado cuando se trate de grandes consumidores de servicios. Para todos los consumidores finales de servicios públicos se reconocieron en la Ley 142 de 1994 unos derechos básicos y unos mecanismos garantísticos de defensa en sede de la empresa, con el objeto de garantizarle su respeto frente a las fuerzas y corrientes impetuosas del mercado. Entre los derechos tipificados en el artículo 9 de esta ley, se destacan los siguientes: Obtener de las empresas la medición de sus consumos reales mediante instrumentos tecnológicos apropiados, dentro de plazos y términos que para los efectos fije la comisión reguladora, con atención a la capacidad técnica y financiera de las empresas o las categorías de los municipios establecida por la ley; la libre elección del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su obtención o utilización; obtener los bienes y servicios ofrecidos en calidad o cantidad superior a las proporcionadas de manera masiva, siempre que ello no perjudique a terceros y que el usuario asuma los costos correspondientes; solicitar y obtener información completa, precisa y oportuna sobre todas las actividades y operaciones directas o indirectas que se realicen para la prestación de los servicios públicos, siempre y cuando no se trate de información calificada como secreta o reservada por la ley y se cumplan los requisitos y condiciones que señale la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Con el fin de fortalecer la posición de los usuarios en esta misma disposición legal (Inc 1 Art. 9 Ley 142 de 1994), se hizo remisión a los derechos consagrados en el Estatuto Nacional del Usuario contenido en el decreto 1842 de 1991. Esta remisión en la realidad de las cosas no hacia otra cosa que incorporar al ordenamiento jurídico especial de los servicios públicos domiciliarios el decreto mencionado.

No obstante la aparente claridad de esta disposición, recientes interpretaciones del Consejo de Estado y de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios han considerado insubsistente, el decreto en cuanto que la materia en él contenida al parecer ha sido totalmente asumida en la Ley 142 de 1991¹²⁰. No compartimos este parecer, en la medida en que la intención clara e indiscutible del legislador fue darnos un régimen de derechos complementarios, así los mismos derechos se repitan, los que no tendrían reconocimiento legal serían los que contradigan la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios.

3. La lectura ecléctica. El régimen mixto constitucional para los servicios públicos

Conforme a lo expuesto, resulta claro que nuestro sistema jurídico de los servicios públicos no corresponde en estricto sentido ni a una lectura de estricto derecho administrativo, que confunde servicios con función administrativa, ni tampoco a una enraizada concepción neoliberal absoluta, dependiente radicalmente de las contingencias de los mercados y de la competencia económica. Ni lo uno, ni lo otro; de aquí precisamente los grandes conflictos que el tema engendra y las profundas limitaciones para resolver elementales situaciones de estricto carácter jurídico sobre la materia, que se ven interpretadas o leídas bajo ópticas diferentes por quienes no identifican certeramente la fuente real de cada componente del sistema mixto en que nos hemos involucrado.

120. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Concepto 20001300000269.

El estudio de las disposiciones constitucionales permiten visualizar un régimen de los servicios públicos con influencia evidente del mercado y de la libertad de empresa e iniciativa conforme a los postulados del artículo 333 constitucional, pero también con aspectos supremamente influidos por las doctrinas intervencionistas que no permiten que el Estado se aleje sustancialmente de temas como tarifas, subsidios, regulación, control, inspección, vigilancia, regulaciones al mercado con propósitos de interés general, cobertura, calidad, financiación, régimen del usuario etc. Mientras son del dominio del mercado la misma prestación, la competencia, la eficiencia, la calidad, condiciones y contenido de los contratos, etc., y en fin todas las vicisitudes propias de su dinámica asistencial. Podría sostenerse que en aspectos esenciales el sistema económico adoptado en la Constitución Política sustenta y explica los servicios públicos, admitiendo su articulación con las actuaciones intervencionistas permitidas y autorizadas constitucionalmente.

4. Políticas generales de administración y el régimen de control, inspección y vigilancia. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Alcance del artículo 370 constitucional

Otro importante ámbito de intervención estatal, consecuentemente generador de un significativo segmento de derecho administrativo aplicable a los servicios públicos, en especial a los domiciliarios, lo encontramos en las normas constitucionales que determinan los parámetros superiores para la fijación de las políticas de administración y de control a la eficiencia en la gestión de todos los sujetos vinculados a su prestación. Así mismo, en las definiciones que sobre el control general en todos los aspectos de los servicios domiciliarios le pueda corresponder al Estado, los cuales por decisión del constituyente deben ser ejercidas por una Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de creación constitucional.

En el artículo 370 de la Carta, se incorporó una *sui generis* figura propia de la estructura y organización del poder ejecutivo, que bien hubiera podido quedar a la iniciativa del legislador para su diseño y determinación, pero que en razón de la desconfianza a las lecturas neoliberales que postulan para su doctrina la ausencia de injerencia estatal en la prestación y en la supervisión de los servicios, el constituyente resolvió asegurarla por la vía constitucional. Para el constituyente colombiano, resultaba clave elevar a rango constitucional este tipo de organismo controlador, con el propósito de que su papel de control y supervisión no se viera disuelto en decisiones legislativas manipuladas por los intereses económicos de quienes manejan los servicios públicos domiciliarios en el mercado.

En el artículo 370 constitucional, se incorporaron precisas disposiciones de orden público constitucional, diseñadoras de las bases fundamentales para el control y la administración de los servicios públicos domiciliarios, a cuya cabeza el constituyente colocó al Presidente de la República, no sólo para la determinación de las políticas administrativas de los servicios, sino también para que asumiera como primera autoridad administrativa el control, la inspección y la vigilancia de toda la actividad por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Competencias que indiscutiblemente están en sintonía con el artículo 189 numeral 22 constitucional que señala que: Corresponde al Presidente de la República *...ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos.*

El control, la inspección y la vigilancia presidencial sobre los servicios públicos domiciliarios se desarrolla con el propósito de controlar la legalidad de las actuaciones de los actores de los servicios y sancionarlos ante posibles irregularidades. Según la Ley 142 de 1994, son sujetos del control las siguientes entidades: las empresas de servicios públicos; las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos; los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos; las organizaciones autorizadas para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas; las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición; las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17 de la Ley 142 de 1994¹²¹.

Siendo el Presidente de la República el depositario de las responsabilidades atinentes a la administración y al control de la eficiencia de quienes prestan los servicios públicos domiciliarios, resulta claro a la luz del artículo 211 constitucional que puede delegar éstas en las autoridades que legalmente puedan ser objeto de la misma. En la Ley 142 de 1994, esta posibilidad se concretó en las Comisiones de Regulación, como dependencias administrativas del poder ejecutivo del Estado.

La fijación de políticas de control y eficiencia de los servicios públicos es entonces una función típicamente administrativa que cumple el Presidente en calidad de suprema autoridad administrativa, para la concreción de políticas de desarrollo de los servicios públicos domiciliarios, por lo que la delegación de esta atribución no sólo resulta pertinente en razón de la naturaleza de la función, sino que a la luz de la Carta de 1991, es una opción totalmente razonable, más aún cuando precisamente en materias como los servicios públicos el constituyente pretendió fortalecer los principios de eficacia, celeridad de la administración y fundamentación técnica de la misma¹²².

V. CONCLUSIONES

El trabajo “*Los servicios públicos, vicisitudes y fundamentos de un tema jurídico inconcluso e impreciso*” constituye una simple aproximación crítica al estudio de esta disciplina trascendental para la vida comunitaria, bajo la realidad de un ordenamiento jurídico que aun no se define conceptualmente y que se caracteriza por recepcionar y adaptar a la dinámica de la materia, estructuras ideológicas antagónicas que descaracte-

121. Corte Constitucional. Sentencia C-599 de 1999.

122. Corte Constitucional. Sentencia C-272 de 1998. “...Conforme a lo anterior, el Legislador tenía competencia constitucional (artículos 365, 367 y 370 de la C.P) para atribuir a las comisiones, si el Presidente lo estimaba conveniente y procedía a efectuar dicha delegación, las funciones relativas a señalar las políticas generales de control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios. También por expresa disposición constitucional, éstas eran competentes para recibir esas funciones, producto de la delegación, en su calidad de agencias del estado fijadas por la Ley. Además, esas funciones, cuya naturaleza es típicamente de la Administración, podían, por razones de eficiencia y efectividad real de los servicios públicos, recaer perfectamente en los organismos especializados que conocieran específicamente del sector, como lo pretendía el Constituyente y como lo plasmó el Legislador. Por consiguiente, la Corte no encuentra ningún vicio de inconstitucionalidad en el artículo 68 de la ley 142 de 1994, por lo cual declarará su exequibilidad...”.

rizan sus objetivos y finalidades, en detrimento no sólo de la seguridad jurídica en todos sus aspectos, sino también de la prestación misma, lo que dentro de un Estado que se postula como Social de Derecho puede resultar fatal para la legitimación de su institucionalidad, en cuanto afecta de manera directa la razón misma de su existencia, como lo es la población y sus más altos intereses generales.

En este sentido, a partir de la identificación de las grandes corrientes en que históricamente se ha debatido el tema de los servicios públicos, se proponen soluciones o por lo menos alternativas de interpretación con el claro propósito de ir allanando los conflictos doctrinales por senderos que permitan de alguna manera brindar salidas adecuadas y coherentes a las marañas que oscurecen y hacen impreciso el contenido de materia tan sensible para la comunidad, como lo son los servicios básicos e indispensables para su adecuada subsistencia, convivencia y bienestar.

Para estos efectos, resulta imprescindible entender el papel que históricamente desempeñó el Estado en la edificación no sólo del régimen jurídico de los servicios públicos, sino también de su directa y efectiva prestación, entendiendo de manera principal las razones, sociales y económicas, que llevaron a la organización política a asumir tan altas responsabilidades para con la comunidad. Sólo desentrañando los descabros y desenfrenos del liberalismo capitalista clásico, nos es dable entender y comprender en que terreno y bajo que condiciones el Estado tomó las banderas de la intervención pública para rescatar y nivelar las condiciones de vida de la población a entornos dignos, atribuyéndose por encima de cualquier consideración económica la hegemonía en los servicios públicos; llegando a entenderlos como una función administrativa connatural a su existencia, por lo tanto de responsabilidad directa, generadora de principios propios, inspiradores de un especial derecho administrativo.

Así mismo, sumiéndonos en el devenir de las instituciones administrativas, acrecentadas con la asunción paulatina de los servicios públicos por parte del Estado, es que podemos razonar en torno a sus falencias y debilidades, sobre todo de aquellas que destaparon las bóvedas de la economía clásica, para proponer como alternativa posible y viable, frente a la decadente prestación de los servicios públicos básicos, la economía de mercado y la libre competencia económica, entendiendo que la iniciativa privada y la libre empresa también pueden ofrecer soluciones válidas y eficientes a la población, asumiendo compromisos para con el interés general, en un contexto universal y de globalización, en donde el Estado debe ser reducido al cumplimiento de funciones estrictamente necesarias, dentro de las cuales no se encuentran precisamente las de prestación directa de los servicios públicos, los cuales por regla general se reserva a los particulares, bajo criterios de empresa privada y sujetos al derecho ordinario. Al fin y al cabo, este nuevo sistema de los servicios públicos tan sólo los concibe en el tráfico jurídico de la competencia vinculados a sus reglas y principios.

Lo anterior no significa que pretendamos declarar, como algunos sectores de la doctrina lo han hecho, la desaparición del Estado, ni mucho menos la muerte de los servicios públicos como función administrativa. Nuestro deseo es el de no participar en crímenes de esta magnitud, ni asumir autorías por muertos que no están muertos, gozan de buena salud y se pronostica con justificadas razones que nunca morirán. El trabajo no pretende de ninguna manera asumir estas responsabilidades, ni acepta imputaciones en este sentido. Tampoco desea retomar las banderas de la reacción a los postulados neoliberales. Los fundamentalismos no son precisamente de nuestra más profunda admiración o respeto.

La investigación adelantada busca ante todo ser objetiva ante la realidad de las cosas, en especial del régimen jurídico desarrollado en leyes, reglamentaciones y regulaciones, que se fundan en consideraciones ideológicas diversas y que no colman a plenitud las expectativas sobre la materia.

Esta, la razón por la cual, por lo menos para el caso colombiano de los servicios públicos, identifiquemos un especial régimen jurídico de naturaleza mixta, con origen y fundamento directo en el texto de la Constitución Política, influido tanto por la concepción clásica administrativa de los servicios, como también por los trabajos recientes de las corrientes neoliberales que proponen una nueva sistemática para los mismos, con características y particularidades radicalmente diversas a las que vivió el derecho nacional durante muchas décadas, es decir, que proponen una ruptura cualitativa frente a lo que conocíamos en servicios públicos, principalmente en los domiciliarios.

De la Constitución Política de 1991 y de sus desarrollos legales, se desprenden indiscutibles principios en una y otra dirección, lo que plaga de vicisitudes el desarrollo jurídico del sistema propuesto para los mismos y provoca enfrentamientos prácticos en aspectos tan elementales, por ejemplo, como los de las jurisdicciones competentes para conocer de los litigios en estos asuntos o discusiones casi bizantinas en torno a cual es el régimen jurídico aplicable frente a determinados aspectos de los servicios, o confusiones y rupturas a la legalidad en los contenidos de las regulaciones e incluso abusos de las Comisiones de Regulación e a través de la usurpación de funciones, en especial en detrimento del poder legislativo.

El trabajo no es, ni mucho menos pretende ser la panacea en estos complicados asuntos de los servicios públicos, ante todo desea abrir las puertas a una amplia discusión en la materia en beneficio del orden jurídico, de la seguridad que todos esperamos nos brinde el derecho, de la claridad conceptual y principalmente de la comunidad, los usuarios, consumidores y porque no de todos los prestadores, públicos o privados que en últimas son los directos interesados y potenciales afectados con las imprecisiones e indefiniciones que caracterizan el sistema.

BIBLIOGRAFÍA

AHUMADA, Consuelo, *El Modelo Neoliberal y su Impacto en la Sociedad Colombiana*, El Ancora Editores, Bogotá 1998.

ANKUN, Hans, *La noción de Ius Publicum en derecho romano*, A.H.D.E., Tomo LII, Madrid 1983.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar y otros, *El Nuevo Servicio Público*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid 1997.

_____, DE LA CUETARA MARTÍNEZ, Juan Miguel, y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, *El Nuevo Servicio Público*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid 1997.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Regulación Económica y Modelo de Administración. La Necesaria Reforma Constitucional" publicado en *Administración Instrumental. Libro Homenaje a Manuel Clavero Arévalo*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Editorial Civitas, Madrid 1994.

_____. “El Retorno a lo Privado: Ante una nueva Encrucijada Histórica” publicado en *Privatización y Liberalización de Servicios, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* n° 3, Madrid 1999.

_____. “Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado”, gestión pública, regulación económica, Fundación de Estudios de Regulación, Comares, Granada 1999.

BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Las Administraciones Independientes*, Tecnos, Madrid 1994.

BORRAJO INESTA, Ignacio, *El intento de huir del Derecho administrativo*, Civitas, REDA n° 78, Madrid abril-junio de 1993.

CASSESE, Sabino, *La costruzione del Diritto Amministrativo: Francia e Regno Unito. Publicado en Trattato di Diritto Amministrativo*, Tomo I, Giuffré Editore, Milano 2000.

_____. *Le Basi del Diritto Amministrativo*, Giulio Einaudi Editore, Torino 1991.

Chatelet, Francois y Evelyne Pisier-Kouchner, *As Concepções Políticas do Século XX. Historia do Pensamento Político*, Zahar Editores, Rio de Janeiro 1983.

CHUECA GOITI, Fernando, *Breve Historia del Urbanismo*, Alianza Editorial, Madrid 1974.

DEL SAZ, Silvia, “Desarrollo y crisis del derecho administrativo, su reserva constitucional” publicado en *Nuevas Perspectivas del Derecho Administrativo, Tres Estudios*, UNED, Civitas, 1992.

DUGUIT, León, *Les transformations du Droit Public*, Paris 1925.

_____. *Traite de Droit Constitutionnel*, Tomo II, Ancienne librairie fontemoing & Cia Editeurs, Paris 1928.

FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1958.

FRIEDMAN, Milton y FRIEDMAN, Rose, *Libertad de Elegir. Hacia un Nuevo Liberalismo Económico*, Ediciones Grijalbo, Barcelona 1981.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Cuatro maestros de Paris, una época del derecho administrativo”, REDA n° 26, julio -septiembre de 1980.

_____. “Verso un concetto di diritto amministrativo come diritto statutario”, RTDP, 1960.

GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Tecnos, Madrid 1994.

HAYEK, F.A., *Los Fundamentos de la Libertad*, Tomo II, Unión Editorial, Barcelona 1996.

HERNÁNDEZ, Nicolás, “Privatizaciones: Significado y razón de ser desde el punto de vista económico” publicado en *Privatización y Liberalización de Servicios, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* n° 3, 1999.

HOMO, León, *La Roma Imperial y el Urbanismo de la Antigüedad*, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México 1956.

JESÉ, Gaston, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Tomo II-1, Editorial Depalma, Buenos Aires 1948.

KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1988.

_____. *Teoría Pura del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1983.

LIBERAN, Mario, *L'origine delle città. Le prime comunita urbane del Vicino Oriente*, Editori Riuniti, Roma 1986.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, "Nuevo Sistema Conceptual" publicado en *Privatización y Liberalización de Servicios*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid n° 3, Madrid 1999.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, La Administración Pública y el Concepto de Daseinsvorsorge, *R.A.P.* n° 38, mayo-agosto de 1962.

MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo II, Editorial Depalma, Buenos Aires 1950

MELO, Jorge Orlando, "La Evolución Económica de Colombia" publicado en *Nueva Historia de Colombia*, Tomo II, Planeta Colombiana Editorial S.A., Bogotá 1989.

MONTAÑA PLATA, Alberto, *El Concepto de Servicio Público en el Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2002.

MONTERO PASCUAL, Juan José, "Titularidad privada de los servicios de interés general. Orígenes de la regulación económica de servicio público en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones", *REDA* n 92, oct-dic 1996.

MORENO MOLINA, Ángel Manuel, "La administración por Agencias en los Estados Unidos de Norteamérica", Universidad Carlos III de Madrid, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid 1995.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Servicio Público y Mercado*, Tomo I, "Los fundamentos", Editorial Civitas S.A., Madrid 1998.

NIETO, Alejandro, *Estudios Históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1986.

PARADA, Ramón, *Derecho administrativo*, Marcial Pons, Tomo I, 1993.

PAREJO ALFONSO, Luciano y otros, *Manual de Derecho Administrativo*, Volumen I, Ariel Derecho, Barcelona 1998.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Derecho Urbanístico*, Instituciones Básicas, Ediciones Ciudad Argentina, Mendoza 1986.

_____. *El Concepto del Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1984.

_____. El Estado Social Administrativo: Algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y de los servicios públicos, *RAP* n° 153, septiembre-diciembre de 2000.

PELLICANI, Luciano, "Estado de Bienestar" publicado en *Diccionario de Política de Norberto Bobbio y Incola Matteucci, Siglo Veintiuno*, Tomo I, Editores, México 1985.

RIVERÓ, Jean, *Derecho Administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1984.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid 1991.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2002.

SCHAMIS, Hector, “La economía Conservadora en América Latina y Europa Occidental: Orígenes Políticos de la Privatización” publicado en *Después de las Privatizaciones el Estado Regulador*, de Oscar MUÑOZ, Cieplan, Santiago 1993.

SEVERO GIANNINI, Massimo, *Premisas Sociológicas e Históricas del Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1987.

SOGGIA, Bruno, “Capitalismo” publicado en *Diccionario de Política de Norberto Bobbio y Incola Matteucci*, Tomo I, Siglo Veintiuno Editores, México 1985

TEIXEIRA DO AMARAL, Marcos Jordão, *Privatização no Estado Contemporâneo*, Come Editora, São Paulo 1996.

TIRADO MEJIA, Alvaro y VELÁSQUEZ, Magdala, *La Reforma Constitucional de 1936*, Editorial Oveja Negra, Bogotá D.E. 1982.

VIDAL PERDOMO, Jaime, “La Reforma Constitucional de 1936, un Programa Liberal”, Prólogo al libro: *La Reforma Constitucional de 1936* de TIRADO MEJIA, Álvaro y VELÁSQUEZ, Magdala, Editorial Oveja Negra, Bogotá D.E. 1982.

_____. *Derecho Administrativo*, Temis, Bogotá 1994.

_____. “Historia de la Reforma Constitucional de 1968 y sus Alcances Jurídicos”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.E. 1970.

VILLAR PALASI, José Luis, *Derecho Administrativo, Introducción y Teoría de las Normas*, Universidad de Madrid, Madrid 1968.

WEIL, Prosper, *Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid 1994.

**§ 85. LUCI ED OMBRE DELLA LEGGE QUADRO
8 NOVEMBRE 2000, N. 328
IN ATTESA DELLA REALIZZAZIONE DEL SISTEMA INTEGRATO DI
INTERVENTI E SERVIZI SOCIALI
LA NUOVA DISCIPLINA DEI SERVIZI SOCIALI IN ITALIA**

Onorato Sepe
Profesor de la Universidad de Roma, Italia

**I. DALLE NORME CRISPINE DEL 1890 ALLA LEGGE QUADRO PER I
SERVIZI SOCIALI. INTERVENTI NORMATIVI ANTERIORI ALLA
COSTITUZIONE**

Un nostro studioso di problemi di organizzazione, Maurizio Ferrara, in un primo commento alla legge quadro sui servizi sociali, ha rilevato che fino ad oggi in Italia il settore assistenziale è stato “un grande caos: sussidi disparati, spesso erogati a pioggia e con ampie sovrapposizioni; servizi lacunosi ed insufficienti; forti disparità territoriali”. Abbiamo solo ora un importante provvedimento con il quale si intende dar vita, in un settore di grande interesse politico-sociale, ad un organico e razionale assetto denominato “sistema integrato di interventi e servizi sociali”. La legge contiene una serie di precetti che, per espressa statuizione esplicitata in essa, costituiscono principi fondamentali per l’attività legislativa delle regioni ai sensi dell’art. 117 della Costituzione.

Il recente complesso normativo si riconnette, anche se solo idealmente, alla vecchia legge sulle opere pie voluta da Francesco Crispi (17 luglio 1890, n. 6972) che costituì il primo indirizzo organico inteso a fornire un certo assetto di laicizzazione alla pubblica beneficenza, semplificando gli ordinamenti delle esistenti istituzioni, pubbliche e private, ed anche organizzandone i relativi controlli in base al concetto che l’onere di far fronte a dei presupposti di carattere sociale andava visto come compito essenziale dello stato

L’opinione comune dei giuristi e degli stessi uomini politici è che la legge del 1890, pur essendo indirizzata al criterio di disciplinare razionalmente il dovere sociale della beneficenza e degli obblighi nei confronti delle categorie di cittadini meno provvedute, sia sotto il profilo della salute che di quello economico, abbisognasse di una precisazione normativa per trovare una compiuta rispondenza nell’organizzazione e nell’attività dei pubblici poteri, sia statali che locali.

Val la pena di rammentare che la non esaustiva legislazione del 1890 venne anche rafforzata con il decreto legislativo 30 dicembre 1923, n. 2841, e con la legge 17 giugno 1926, n. 1187, nonché con la legge 8 giugno 1937 n. 847, sugli enti comunali di assistenza. Si tratta di un coacervo di precetti che hanno cercato di semplificare l’ordinamento delle istituzioni di assistenza e beneficenza e dei relativi controlli senza però far luogo ad un assetto organico inteso alla realizzazione del principio dell’assistenza sociale. E’ da sottolineare che l’art. 30 della nuova legge n. 328 lascia

ancora in vigore (sic !) la legge del 1890, salvo l'art. 72 di cui sancisce espressamente l'abrogazione (la norma riguarda i requisiti per usufruire del domicilio di soccorso tanto importante nel secolo scorso e nella prima metà del secolo XIX).

II. DIFFICOLTA INCONTRATE NELL'ATTUAZIONE DI QUANTO PREVISTO DALL'ART.38

In realtà una spinta decisiva si è avuta molto più tardi con l'inserzione nella Costituzione dei precetti di fondo contenuti nell'art. 38. Eppure a quante discussioni e perplessità esso ha dato luogo? Già nella relazione all'Assemblea costituente della sottocommissione per gli studi attinenti ai problemi costituzionali si leggeva che "i cosiddetti diritti sociali non costituiscono diritti perfetti esercitabili verso lo stato o verso altri soggetti pubblici". La sottocommissione fu piuttosto vaga e si limitò ad asserire che "l'assistenza è un compito dello stato e si concreta nel dovere di fornire a coloro che senza propria colpa non possono procurarseli, gli alimenti e gli indumenti necessari alla vita nonché l'abitazione". Si opinava peraltro che l'assistenza sanitaria e quella per incapacità al lavoro determinata da età o da malattia o infortunio dovesse essere organizzata come pubblico servizio. Oggi potremmo rilevare che ancora negli anni cinquanta la preoccupazione di fornire i servizi sociali e sanitari si limitava ad assistere i barboni!

E' quasi stupefacente rileggere oggi, a mezzo secolo di distanza, le tesi sostenute da magistrati e giuristi per sostenere che la portata normativa dell'art. 38 dovesse considerarsi pressoché nulla. De Valles notava che in esso difetta una concreta direttiva per l'azione futura; sembra che le assicurazioni mutue siano state relegate fra le forme di prevenzione privata; si ha un distacco completo dell'attività previdenziale da quella sindacale. Le disposizioni affermative fanno sorgere dubbi sulla loro giuridicità in quanto sembrano contenere solo dei principi programmatici non vincolanti. Il diritto all'assistenza sociale ed al minimo vitale non è un diritto. In conclusione la Costituzione "non contiene, in materia di previdenza sociale, norme di carattere giuridico, tolto il riconoscimento della natura pubblica della funzione. Contiene invece il principio politico dell'affermazione del dovere dello stato a provvedere, principio privo di concreta efficacia". Si badi che l'ottimo De Valles, con il quale ebbi il privilegio di discutere a lungo il problema, si esprimeva in senso apertamente critico ed auspicava a chiarimenti che si adeguassero alla concezione di una sostanziale socialità del nostro stato. Ma a quel tempo anche Lucifredi e Bozzi ritenevano che l'art. 38 fosse tutto da attuare con leggi ordinarie perché esso costituiva uno dei precetti in cui era maggiormente difficile tradurre in realtà i postulati della carta costituzionale. Aggiungevasi che i bisogni sono tanti e che per farvi fronte occorressero molti mezzi finanziari. D'altro canto l'espressione elastica usata parlando di organi ed istituti che dovrebbero provvedere "rende ancora meno semplice la soluzione del difficile problema" (in tal senso Lucifredi). L'art. 38 va quindi inteso nel senso in cui era stato proposto dalla sottocommissione come un generico dovere all'assistenza ed alla previdenza da parte della collettività nazionale. Bozzi aggiungeva che solo quando la legislazione avesse tradotto in atto i principi dell'art.38 sarebbero sorti da parte dei cittadini diritti soggettivi perfetti ad ottenere le pubbliche prestazioni dovute. In conclusione per molti studiosi i principi sociali posti dalla Costituzione rappresentavano mere enunciazioni programmatiche. Tuttavia anche da parte di coloro che cercavano di

interpretare la Costituzione in maniera riduttiva si ammetteva la sua idoneità a stabilire la rilevanza giuridica di gruppi di interessi collettivi ed individuali, cui fa oggi largo riferimento proprio la legge quadro n. 328 dell'anno 2000, adeguandosi all'odierna realtà effettuale.

Peraltro vi fu anche negli anni cinquanta un gruppo di studiosi che ritenne di poter affermare che la Costituzione contiene sì dei principi generalissimi che si concretano nella formulazione di promozione o incoraggiamento ("ha il dovere, promuove, favorisce, incoraggia) ma che vi sono altre disposizioni, come quelle dell'art. 38, che hanno un contenuto ed un valore normativo, cioè un carattere precettivo che non viene meno perché i destinatari siano non tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico, ma organi dello stato e quindi anche il legislatore. Alcuni principi sono idonei a regolare immediatamente dei rapporti mentre altri attendono di essere tradotti in norme future. Il legislatore è vincolato ad indirizzare la società statale nel senso indicato dalla Costituzione. Al riguardo devono ricordarsi Crisafulli, Guarino, Giannini, Gueli, Chiappelli (Sull'argomento ampiamente Sepe, L'assistenza sociale nell'art.38 dell Costituzione. Milano Giuffrè 1959 e in Rivista Enpas, n. 5. sett.ott. 1960).

III. GLI STUDI CONDOTTI DA CASSESE E BASSANINI E LE PROPOSTE DELLA COMMISSIONE ONOFRI: I PRINCIPI GENERALI CONTENUTI NELLA LEGGE QUADRO

Anni or sono M. Severo Giannini lamentava la mancanza in Italia di leggi di fondo che sistemassero la nostra claudicante organizzazione amministrativa. Ma nell'anno 1990, da considerare venturoso da parte degli amministrativisti, si sono avute le leggi n. 142 e 241 che hanno cercato di dare una sistemazione ad importanti materie. Purtroppo, come sovente si verifica in Italia, la ricerca del criterio del meglio, o della modificazione più consona ai propri interessi, porta alla continua emanazione di precisazioni e modifiche. La legge quadro n. 328, ispirandosi proprio alla realizzazione di un sistema integrato di interventi e servizi sociali, dovrebbe esser vista come un testo base, da non assoggettare a modifiche continue, come invece è avvenuto con le leggi 142 e 241. Anche esse hanno ridisegnato i profili organizzativi ed operativi dei pubblici uffici da cui è scaturita una benefica brezza di rinnovamento di una amministrazione che è stata aspramente criticata per la sua lentezza, per essere addormentata ed incapace di seguire lo sviluppo esterno della vita civile. In effetti il malessere sembrava dovuto all'incapacità di adeguarsi alle trasformazioni del mondo esterno. I tentativi di rinnovamento portati innanzi soprattutto da Cassese e Bassanini hanno cercato di avviare in senso sostanziale alla soluzione di problemi che sono divenuti sempre più emergenti ed ai quali spesso si è cercato di far fronte solo con interventi momentanei e settoriali. Negli anni novanta si è avuto un impulso sostanziale al rinnovamento del settore dell'assistenza, fra l'altro, con la relazione della commissione Onofri. Questa ha elaborato una ipotesi complessiva di riorganizzazione dello stato sociale ed è stata fonte di molti degli elementi di base poi inseriti nel contesto della legge quadro di cui ci occupiamo.

Notevole altresì il rapporto del Censis del 1996 che si è soffermato sull'importanza del trasferimento, in ambito locale, della politica di spesa per gli interventi sociali e delle conseguenti responsabilità. Tutto ciò dimostra che erano stati ampiamente gettati i semi per addivenire alla legge quadro con la prospettiva di uno snellimento complessivo degli apparati pubblici ed un ripensamento del modo di svolgere una politica sociale

che realizzi attività di ausilio e sostegno e non di mero assistenzialismo. Ma risponde a ciò, con la sua struttura burocraticizzata e densa di rinvii a futuri atti normativi ed amministrativi, la legge di cui ora l'ordinamento si è dotato? E' un interrogativo che comporta una risposta meditata la quale non può fondarsi che sull'analisi delle norme. Ed è ciò a cui intendiamo dare avvio con la presente rassegna.

IV. GLI ADEMPIMENTI NORMATIVI ED AMMINISTRATIVI PREVISTI PER L'ATTUAZIONE DELLA LEGGE QUADRO

La lettura attenta della legge quadro, che tocca numerosi problemi, ci induce a soffermarci su alcuni aspetti di fondo. Va premesso che, come tutti i complessi normativi che toccano l'amministrazione, e coinvolgono l'attività dei pubblici uffici, prende sempre più piede la tendenza a disciplinare con norme (ancorché di peso e gerarchia diversa) tutta l'attività connessa all'attuazione delle leggi. Ciò induce ad emanare regolamenti e decreti legislativi delegati che, di solito, si limitano a ripetere e specificare minuziosamente, e spesso superfluamente, precetti già espressi nella legge di base. Quanto siffatta mania sia deteriore e fonte di ritardi negli adempimenti voluti dal legislatore, nonché di sconessioni interpretative, è un fenomeno ben noto ma che, col trascorrere del tempo, anziché sminuirsi si aggrava sempre più. E non sfugge a tale pecca la legge quadro in esame nella quale si incontrano numerosi esempi del genere.

Dall'entrata in vigore della legge, cioè dal 29 novembre 2000, il Governo è tenuto ad emanare uno o più atti di indirizzo e di coordinamento diretti alle regioni affinché regolamentino i rapporti fra gli enti locali ed il terzo settore (cioè i soggetti previsti dal comma 5 dell'art.1) per favorire l'attuazione dei principi di sussidiarietà e valorizzare l'apporto del volontariato (art. 9, I comma). A loro volta le regioni dovranno provvedere, entro 180 giorni e previa concertazione con gli enti locali interessati, a determinare le modalità e gli strumenti per la gestione unitaria dei servizi sociali a rete. Dovranno altresì essere integrate le leggi regionali che hanno già disciplinato il trasferimento delle funzioni affidate o delegate ai comuni.

L'art. 10 prevede una complessa delegazione legislativa al governo per dar luogo ad una nuova disciplina per le IPAB. Sul relativo schema dovranno essere acquisiti il parere della commissione unificata stato-città ed autonomie locali, ed anche l'avviso delle competenti commissioni parlamentari (sembra la previsione di una complessa corsa ad ostacoli ovvero l'insieme delle istruzioni per una caccia al tesoro). Il ministero per la solidarietà sociale dovrà emanare un decreto, di concerto con i ministeri della sanità, del lavoro, della pubblica istruzione e l'università e ricerca scientifica, al fine di definire i profili delle "figure professionali sociali" (sic!). Occorrerà altresì un decreto, da emettere per individuare le figure professionali sociali e le modalità di accesso di queste alla dirigenza.

L'art. 13 prevede che il Presidente del consiglio dei ministri emetta, su proposta del ministro per la solidarietà sociale, e degli altri ministri interessati, un apposito decreto per l'indicazione dello schema generale di riferimento della carta dei servizi sociali. Poi, nei sei mesi successivi, ciascun ente erogatore di servizi dovrà adottare la carta dei servizi sociali, dandone comunicazione agli utenti, adempimento questo indispensabile per poter ottenere l'accreditamento di bilancio. L'art. 14, al III comma, dispone che entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge, il ministro per la sanità,

di concerto con quello per la solidarietà sociale, definisca le modalità per indicare, sulla tessera sanitaria, i dati che potranno favorire i disabili all'accesso ai servizi sociali. E' un punto sul quale, ovviamente, occorrerà superare le perplessità connesse con la tutela della privacy. L'art.15 prescrive ai ministri per la sanità e della solidarietà sociale l'onere di determinare annualmente le quote da riservare ai servizi da rendere ad anziani, nonché le modalità di ripartizione dei finanziamenti.

Il piano nazionale degli interventi e servizi sociali va predisposto dal Governo ogni tre anni ma il primo di essi dovrà essere adottato entro dodici mesi dall'entrata in vigore della legge (art.18). A loro volta le regioni, entro 120 giorni dall'adozione del piano nazionale, previa intesa con i comuni, emaneranno il piano regionale.

L'onere degli adempimenti non è ancora terminato. Infatti l'art. 20 prevede anche un regolamento del governo per disciplinare le modalità e le procedure uniformi atte alla ripartizione delle risorse finanziarie confluite nel fondo nazionale per le politiche sociali in base ad alcuni principi e criteri direttivi. Si badi che si tratta di un regolamento che va disciplinato come atto delegato e che può essere emanato dopo una deliberazione preliminare del Consiglio dei ministri, previo parere della conferenza permanente per i rapporti stato-regioni. Lo schema dovrà essere trasmesso alle Camere per sentire l'avviso delle competenti commissioni parlamentari che dovranno pronunciarsi entro trenta giorni. E' un regolamento che può disciplinare ex novo anche aspetti già regolati da legge, sostituendo la nuova disciplina regolamentare a quella legislativa precedente che viene abrogata in base al principio della delegificazione (art. 17, II comma, legge 23 agosto 1988,n.400). Successivamente il ministro per la solidarietà sociale, sentiti i ministri interessati, e d'intesa con la conferenza unificata per le regioni, provvederà alla ripartizione delle risorse del fondo nazionale.

Ci si chiede perché, dopo la puntigliosa indicazione di principi e criteri che dovranno costituire la base per la ripartizioni dei fondi non possano i principi e criteri medesimi considerarsi già norme applicabili ed evitare così il rinvio ad un futuro atto normativo di complicata formazione e formulazione. Nel seicento un poeta di corte, in previsione di future guerre e battaglie, declamava ampollamente: "sudate o fochi a preparar metalli". Oggi si potrebbe pensare ai sudori degli uffici legislativi per scrivere e discutere norme e regolette atte ad imbrigliare sempre più l'attività degli uffici amministrativi ed a favorire la bizzarra ostinazione italiana a produrre doglianze e ricorsi.

Il dissenso qui espresso è proprio quello derivante dalla lettura di norme di per sé compiute e precise che potrebbero essere in gran parte immediatamente applicate dagli uffici dell'amministrazione mentre si prevedono rinvii in attesa di ulteriori norme, che saranno in gran parte superflue o ripetitive, ma che avranno la conseguenza di ostacolare l'esecuzione rapida e tempestiva dei precetti contenuti nella legge. Perché ciò? Per la pervicace e caparbia tendenza alla lentezza, al rinvio, al desiderio della burocrazia di munirsi di una paratia di garanzie continue, nonché per una secolare diffidenza del legislatore nei confronti dell'amministrazione. Questa non deve esser condotta per mano da regolette minute, sa muoversi anche senza le dande e può agire responsabilmente senza essere costretta a rallentare la propria azione da prescrizioni non sempre necessarie. E' il criterio contrario a ciò che si proclama a gran voce e che si richiama ad una maggiore libertà e discrezionalità di una amministrazione che deve operare solo nell'ambito di regole generali e nel rispetto delle responsabilità derivanti da una interpretazione oculata e rispettosa della normativa vigente.

V. SOGGETTI PUBBLICI E PRIVATI CHE DEVONO COOPERARE PER
L'ATTUAZIONE DEI PRINCIPI ENUNCIATI DALLA LEGGE QUADRO.
LINEAMENTI GENERALI DELLA NUOVA DISCIPLINA

La lettura del testo normativo ci porta anche a soffermarci su alcuni aspetti particolari. La legge è ripartita in sei diversi capi e di essi è fondamentale quello che indica i principi generali del sistema integrato che si intende realizzare (art. 1). Il primo comma rappresenta una riscrittura e precisazione di concetti espressi negli articoli 2,3 e 38 della Costituzione, mentre il secondo comma intende fornire la definizione di ciò che vuole significarsi con "interventi e servizi sociali". Ma, come di consueto, invece di fornire la precisazione, il legislatore ha operato un rinvio (il che dovrebbe considerarsi non commendevole in una legge di principi come la n.328) alla elencazione delle attività previste dall'articolo 128 del decreto legislativo 31 marzo 1998,n.112. Rileggendo detto articolo 128 apprendiamo che per servizi sociali si intendono tutte le attività relative alla prestazione ed erogazione di servizi o di benefici economici destinati a rimuovere situazioni di bisogno o di difficoltà che la persona incontra nel corso della vita, con l'esclusione però di ciò cui sovengono il sistema previdenziale o sanitario ovvero che siano assicurate in sede di amministrazione della giustizia.

Ne consegue che anche in questo caso il legislatore ha evitato di esternalizzare una definizione e definizione complessiva dei servizi sociali ma la ha limitata ai sensi del preesistente decreto n.112 del 1998, operando delle esclusioni. Siamo dinanzi, tuttavia, ad una notevole estensione dei concetti contenuti negli articoli 2,3 e 38 della Costituzione e bene ha fatto il legislatore del 2000 ad indicarli congiuntamente.

Fondamentale è il III comma che precisa quali sono le figure soggettive cui compete la programmazione e l'organizzazione del sistema integrato, indicando in primo piano gli enti locali, poi le regioni e da ultimo lo stato, proprio per porre in evidenza la trasformazione che ha portato all'abbandono della concezione dell'accentramento e del punto di partenza centralistico. Del pari va sottolineato il richiamo ai concetti di scienza dell'amministrazione, in base ai quali occorre avere rispetto dei principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza, economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, nonché dell'autonomia organizzativa e regolamentare degli enti locali. Vi è in siffatta elencazione terminologica il riferimento ad una organizzazione amministrativa ispirata ai moderni concetti sull'attività e sul modo di conformare lo *habitus* che deve rivestire i pubblici uffici. Si tratta di principi basilari che dovranno ispirare sia la programmazione che l'organizzazione del soggetto minore (il comune, e, nel proprio ambito, la provincia) nel provvedere con i propri atti regolamentari, nonché quella dei soggetti di maggiore rilievo (la regione e lo stato) che si limiteranno all'esercizio dei loro poteri legislativi.

Il quarto ed il quinto comma sono intesi a salvaguardare il ruolo e le competenze degli organismi non lucrativi di utilità sociale, di cooperazione e promozione sociale, nonché le fondazioni ed istituzioni similari con cui lo stato ha stipulato patti, accordi o intese. Notevole è altresì l'affermazione che il sistema integrato ha tra i propri fini anche la promozione della solidarietà sociale e la valorizzazione di iniziative di ausilio nelle sue varie forme di reciprocità e solidarietà organizzata. Né dimentica il VI comma di richiamarsi ad un'altra concezione fondamentale: la partecipazione attiva dei cittadini.

VI. LA LEGGE QUADRO COME ATTRIBUZIONE DI UN COMPITO DI PARTECIPAZIONE ATTIVA DEI CITTADINI ALL'ATTUAZIONE DELL'ORDINAMENTO

La legge si fonda su quel principio che Feliciano Benvenuti ha denominato "demarchia" nel quale lo stesso valore della sovranità statale tende a modificarsi. I singoli non sono solo oggetti di dominio ma anche soggetti di diritto (Benvenuti, *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994, p.60 e sgg.). Gli individui hanno la possibilità di concorrere all'attuazione dell'ordinamento nelle sue varie manifestazioni, Lo stato di diritto si presenta essenzialmente come stato sociale, attraverso l'arricchimento derivante dalla possibilità dei singoli di essere destinati a collaborare all'esercizio dei poteri nel momento stesso in cui questi si attivano. Nella legge n. 328 ciò appare evidente nella previsione dell'articolo 13 (carta dei servizi sociali); dell'articolo 14 (progetti individuali per le persone disabili); nel riconoscimento del ruolo peculiare delle famiglie nella formazione e nella cura della persona, nella promozione del benessere e nel perseguimento della coesione sociale. Anche l'articolo 16 precisa che il sistema integrato deve adoperarsi per sostenere e valorizzare i molteplici compiti che le famiglie svolgono sia nei momenti critici e di disagio, sia nello sviluppo della vita quotidiana. Occorre dare importanza al ruolo attivo delle famiglie nella formazione di proposte e progetti per l'offerta di servizi e nella stima e valutazione dei medesimi. Si attua qui in pieno la portata della demarchia. "Al fine di migliorare la qualità e l'offerta degli interventi, gli operatori coinvolgono e responsabilizzano le persone e le famiglie nell'ambito dell'organizzazione dei servizi". In tale disposizione si ravvisa il momento più elevato e comprensivo della concezione e della portata della demarchia.

L'articolo 2 della legge si occupa di coloro che hanno diritto ad usufruire delle prestazioni e dei servizi che il sistema integrato offre ai cittadini italiani, a quelli degli stati appartenenti all'Unione europea, nonché, con alcuni limiti, agli stranieri, ai profughi ed apolidi. Al riguardo la legge correttamente opera il rinvio alla legislazione specifica in materia, vale a dire all'art.41 del t.u. 25 luglio 1998,n.286, (sulla disciplina dell'emigrazione, di cui si prevedono modificazioni) ed all'art. 129, I comma, lett.h, del decreto legislativo 31 marzo 1998,n.112 (che stabilisce le funzioni e competenze riservate allo stato nel determinare quanto spetta alle regioni e quanto agli enti locali).

VII. IL CARATTERE DI UNIVERSALITÀ DEL SISTEMA INTEGRATO DI SERVIZI SOCIALI

Il sistema integrato istituito dalla nuova legge ha carattere di universalità, garantendo livelli essenziali di prestazioni. Ciò viene ribadito nell'art.22 che si richiama a politiche e prestazioni coordinate nei diversi settori della vita sociale.

Di particolare interesse è il III comma dell'art.2 ove si precisa che "i soggetti in condizioni di povertà o con limitato reddito o con incapacità totale o parziale di provvedere alle proprie esigenze per inabilità di ordine fisico e psichico, con difficoltà di inserimento nella vita sociale attiva e nel mercato del lavoro, nonché i soggetti sottoposti a provvedimenti dell'autorità giudiziaria che rendono necessari interventi assistenziali, accedono prioritariamente ai servizi e alle prestazioni erogati dal sistema integrato di interventi e servizi sociali". Vi è qui il giusto riconoscimento per i non

vedenti di quelle conquiste che sono state realizzate negli ultimi decenni. Si è addivenuti alla possibilità di collocamento in posti di lavoro, previa adeguata specifica preparazione particolarmente mirata, dando luogo ad una forza di lavoro che si è anche distinta per professionalità e produttività anche attraverso la emanazione di quelle leggi speciali che oggi vengono richiamate implicitamente dalla legge n.328 con il diritto di accesso prioritario ai servizi e prestazioni. Va segnalato quindi che la disposizione in esame si inserisce in quel clima di apertura al mondo del lavoro di persone con parziale incapacità, come i non vedenti o ipovedenti, attraverso la creazione di spazi di libertà e di autonomia e di più approfondite conoscenze e qualificazioni che consentano l'offerta di sempre nuovi sbocchi occupazionali.

Di non facile attuazione appare il disposto del V comma dell'art.2, che potrà certo dar luogo a controversie e ad eventuali contestazioni ed imputazione di violazione dei loro compiti a funzionari ed impiegati. Si tratta dell'obbligo degli erogatori di servizi e prestazioni di informare i destinatari dei medesimi, anche attraverso adeguate forme di pubblicità, dei requisiti per l'accesso e le modalità di erogazione, al fine di effettuare le scelte più appropriate. La norma si presenta come una di quelle previsioni e formulazioni programmatiche, di carattere troppo generale e generico, che potrebbe, in astratto, incrementare spiacevoli controversie e rampogne idonee ad essere utilizzate talvolta da politicanti soprattutto nelle vicende elettorali.

VIII. LA PROGRAMMAZIONE DEGLI INTERVENTI E L'ATTUAZIONE DEL PRINCIPIO DI SOLIDARIETÀ

Qualche ulteriore notazione può esser fatta con riguardo ad alcuni problemi specifici. Uno di questi è l'accento alla necessità di una programmazione degli interventi attraverso il coordinamento, la concertazione e la cooperazione tra le diverse figure soggettive istituzionali in base al principio di sussidiarietà (artt. 3 e 5). Soprattutto tale aspetto va preso in particolare considerazione perché consente l'approccio al principio di demarchia di cui già si è fatto cenno. La sussidiarietà infatti è il principio su cui trova le sue fondamenta tutto l'edificio del sistema integrato. Esso è stato recepito nel suo sostanziale contenuto e valore dal nostro mondo amministrativo: sono stati i giuristi che ne hanno posto in rilievo l'importanza organizzativa in un mondo che non può più basarsi sui principi della gerarchia e del verticismo ma che è rivolto verso un modo nuovo di considerare i rapporti nella comunità, Si è dinanzi ad un rovesciamento di una vieta e secolare prospettiva in quanto si tende ad escludere intromissioni nell'interno di ogni capacità riconosciuta ai singoli soggetti pubblici e privati, e ciò è particolarmente importante nel mondo dei servizi sociali ove la frammentazione di poteri e la possibilità di intereventi è la norma. La base dell'intero ordinamento è nei diritti di libertà e di azione dei singoli. Cittadini ed enti sono momenti determinanti, anche con profili di limitazioni dei poteri e diritti delle autorità sovrane (stato e regioni) e comunque della titolarità di poteri di impero (province, comuni ed altri soggetti pubblici) in quanto rimane alla scelta ed all'attività privata una precisa indicazione dei bisogni sociali e della possibilità di fare ad essi fronte nell'ambito dell'ordinamento complessivo. In tal senso va identificato il contenuto degli art. 14 (progetti individuali); art.15 (sostegno domiciliare); art. 16 (responsabilità familiari); art. 17 (titoli per l'acquisto dei servizi sociali), nonché dell'art. 10 (norme sulle istituzioni di assistenza e beneficenza) e quelle sui poteri e funzioni di comuni, province, regioni e stato con indicazione rovesciata

rispetto alla anteriore concezione centralistica (articoli da 6 a 10). Di particolare interesse si presenta altresì l'istituzione della unità dei servizi sociali che è ispirata al principio di tutelare le posizioni soggettive anche espresse e rappresentate da singoli individui o da loro associazioni prive di giuridici riconoscimenti.

IX. I PIANI COMUNALI DI ZONA

Un altro aspetto che occorre aver presente è la previsione dei piani di zona da formulare dai comuni associati per una ottimale utilizzazione delle risorse disponibili e la possibilità, indicata dall'art. 19, di addivenire ad accordi di programma. E' proprio l'ipotesi in cui, per la definizione ed attuazione di interventi e servizi, occorre l'azione integrata e coordinata di più soggetti pubblici. Si addivene (e a tal profilo la legge n. 328 è particolarmente esplicita) ad accordi di programma idonei a consentire interventi coordinati sia nella progettazione che nella realizzazione, stabilendone i tempi e le modalità finanziarie. Ogni soggetto partecipante vede definita la propria posizione e responsabilità ed assume obblighi, non solo di collaborazione, ma anche di adozione di quei provvedimenti che reputa necessari per la realizzazione del programma.

X. IL SISTEMA INFORMATIVO INTESO A FORNIRE CONOSCENZA DEI SERVIZI OFFERTI

L'art. 21 della legge disciplina un nuovo organismo, il sistema informativo dei servizi sociali. Ad esso è affidato il compito di assicurare una compiuta conoscenza dei bisogni sociali e la precisazione dell'ubi consistam del sistema integrato degli interventi e dei servizi offerti. E' una innovazione intesa a far conoscere i dati e le informazioni necessarie alla gestione e valutazione delle politiche sociali ed a favorire la programmazione ed attivazione dei progetti europei indirizzati al coordinamento degli interventi sociali con le strutture sanitarie, con quelle formative e con quelle rivolte alla cura della politica del lavoro ed allo sviluppo dell'occupazione. Per tali fini verrà nominata una commissione tecnica di sei esperti di comprovata esperienza nel settore sociale ed in quello informativo. Essa è prevista a composizione paritetica: due membri saranno designati dal ministro per la solidarietà sociale, due dalla conferenza dei presidenti delle regioni e due dalla conferenza stato-città ed autonomie locali. La spesa per il funzionamento del team di esperti assorbirà 250 milioni annui (ma non oltre) a carico del fondo nazionale per le politiche sociali. Nulla si dice per il personale da adibire al funzionamento amministrativo del sistema il che fa pensare che vi si destineranno impiegati delle pubbliche amministrazioni prevedendo per essi i consueti compensi aggiuntivi che inducono, di solito, a richiedere l'assegnazione come finora si è verificato per le varie agenzie. Probabilmente a tale personale verrà esteso quanto previsto dall'art.27, IV comma, cioè il collocamento in posizione di comando o di fuori ruolo con il consueto effetto di alterare surrettiziamente i posti di organico disponibili in ogni amministrazione.

Comunque con la legge quadro si intende assicurare, a tutti coloro che sono assistibili, una compiuta conoscenza dei bisogni sociali e delle possibilità (nonché dei limiti) del sistema integrato, E' un vecchio ma prezioso insegnamento einaudiano quello del

conoscere per amministrare e cioè di disporre dei dati e delle informazioni necessarie alla programmazione, alla gestione ed alla valutazione delle politiche sociali. E ciò vale anche per i progetti transnazionali come quelli che vengono coltivati con i partners stranieri e che sono connessi ai progetti Horizon per lo svolgimento di indagini che identifichino, a livello europeo, i bisogni ed i programmi di interventi, utilizzando le conoscenze e l'attività dei singoli organismi nazionali. Occorre armonizzare, di comune accordo, gli interventi evitando sia che si cada in eccessi di assistenzialismo, sia che l'amministrazione appaia come una figura che eroga aiuti e provvidenze senza ben discernere i destinatari ed i bisogni cui occorre far fronte.

XI. LA PREVISIONE DI INDAGINI SULLA C.D. ESCLUSIONE SOCIALE

Un altro importante organo di ricerca è previsto dall'articolo 27: la commissione di indagine sull'esclusione sociale che ha il compito di effettuare, anche in collegamento con analoghe iniziative europee, rilevazioni e ricerche per ottenere dati sulla povertà e sull'emarginazione, per diffonderne la conoscenza anche nell'opinione pubblica e per formulare proposte a rimuoverne le cause e le conseguenze. Ovviamente la commissione dovrà predisporre rapporti e referti periodici, mentre il Governo -che grazie agli organismi previsti sarà il più aggiornato ed informato del mondo - riferirà ogni anno al Parlamento sul fenomeno dell'esclusione sociale.

XII. IMPORTANZA DELLA NUOVA LEGGE QUADRO NELLA TRASFORMAZIONE E RAZIONALIZZAZIONE DELL'ORDINAMENTO COMPLESSIVO

Nel complesso siamo dinanzi ad un insieme di precetti e di previsioni altamente commendevoli in quanto rivolte ad ottenere una amministrazione che, teoricamente, si presenti come la più efficiente, la più informata, la più razionale e moderna possibile. Il problema che assilla il cittadino utente è quello di vedere in che modo i saggi principi così perciò che la legge venga letta, rispettata ed attuata con immediatezza, evitando, per quanto possibile, che sopraggiungano come piovre gli immancabili emendamenti aggiuntivi e modificativi i quali, sotto l'usbergo del meglio, diano luogo a rallentamenti dell'azione ed al suo procrastinamento a tempi futuri.

Comunque la legge n. 328 costituisce una assai pregevole esposizione di principi che vanno meditati e seguiti per realizzare una assistenza sociale efficiente e razionale che faccia perno sulla saggezza dell'organizzazione e sulla partecipazione cosciente e sentita dei cittadini alla realizzazione programmata di interessi che sono della comunità, cioè di tutti noi. L'ordinamento complessivo si fonda sulla cooperazione generale e presuppone quel nuovo cittadino, cosciente, informato ed avveduto, di cui ci parlava Benvenuti, che sa e sente di far parte di una comunità che è in grado di amministrare se stessa e di rivolgere ogni sforzo verso il meglio. Ed è di importante e fondamentale supporto essere coscienti che ci si adopra per alleviare i disagi dei meno favoriti dalla sorte, per motivi fisici ovvero economici, cercando di dar vita ad un sistema adeguato alla moderna concezione di quel diritto di assistenza già richiamato nel 1948 dall'art.38 della Costituzione.

Si è avuto occasione di leggere, anche di recente, che una riforma globale del sistema assistenziale fa ormai parte da anni delle premesse e delle ipotesi di lavoro di ogni governo. Si è anche detto che da noi, in Italia, si è agito soprattutto attraverso la politica della spesa anche con l'escamotage delle modifiche apportate in Parlamento alla legge finanziaria annuale. E' un modo di provvedere che ha dato luogo di solito ad aggiustamenti occasionali ed a misure di emergenza anziché ad un piano coordinato di razionalizzazione del sistema. L'interrogativo che ci poniamo noi oggi è se la legge quadro del 2000, che si presenta giustamente come legge di fondo, sia in grado di dare avvio ad un corso nuovo e diverso dopo il silenzio seguito alle conclusioni della commissione Onofri del 1997 ove si poneva in rilievo la carenza di un sostanziale progetto coerente di modernizzazione atto a rendere le strutture pubbliche idonee a sopperire in maniera adeguata alle istanze sociali. Il quisque de populo si sofferma con ansia nella lettura delle norme della legge quadro e confida nell'arrivo di un più sereno dì.

§ 86. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL

José Araujo-Juárez
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello,
Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

El esfuerzo doctrinal y jurisprudencial por delimitar con exactitud aquellas actividades que puedan ser calificadas como servicio público no es un puro afán académico, pues es bueno decirlo desde ya, la noción de servicio público ha sido, es y continuará siendo piedra angular de nuestro sistema jurídico, y de que se aprecie o no que estamos en su presencia, dependen decisiones jurídicas, técnicas o incluso económicas muy importantes, pues ninguna sociedad contemporánea puede prescindir de los servicios públicos. Los servicios públicos actúan constantemente a nuestro alrededor, es decir, existen, si bien necesitados de una profunda revisión.

El estudio de su evolución jurídica revela que la noción ha variado enormemente y que su rol dentro de la teoría jurídica ha conocido una suerte muy diversa.

II. CARACTERÍSTICAS

Al profundizar sobre el concepto de servicio público que un día aspiró a ser el eje central del Derecho administrativo, lo primero que observamos y advertimos es que -según opinión expresada por De La Cuétara- estamos en presencia de la institución de la polémica, no siendo sobre el particular pacífica la doctrina, lo cual se evidencia de las diferentes posturas aparecidas durante la evolución y formación del concepto. El influjo de la aproximación cuestionadora del concepto ha planeado de modo constante en la historia del desenvolvimiento doctrinal, jurídico y práctico del servicio público (Fernández).

En efecto, la idea mayoritariamente compartida es la de la indefinición en la concepción del servicio público, la cual se refleja no solamente en asuntos materiales o de fondo, sino también en aspectos formales como la denominación y utilización indistinta del término (servicio público y servicios públicos).

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, se realiza una crítica no ya sólo de la noción, sino de la institución misma del servicio público (Regourd).

III. FUNCIONES

Ahora bien, no es posible negar la variedad de significados de la expresión servicio público, incluso cuando se le emplea en el lenguaje jurídico, la doctrina le ha conferido a la noción de servicio público diversas funciones y utilidades.

En primer lugar, ya hemos referido que en torno a dicha noción se pretendió construir o fundamentar el edificio del Derecho administrativo, partiendo para ello de la delimitación de las competencias de la jurisdicción administrativa y la jurisdicción ordinaria.

Además de esa funcionalidad práctica y jurídica, la noción de servicio público también sirvió como filosofía y concepción ideológica del Estado, pues la concepción de servicio público permitió legitimar la actuación del Poder público. La actividad de los gobernantes investidos de prerrogativas, privilegios y potestades sustituyó la concepción de *soberanía*, en la cual se fundamentaba la actuación de aquellos, y que a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, y por efecto de las transformaciones del Estado, fue sustituida por la nueva concepción en la que se fundamentó primero el Estado-liberal, después el Estado-socialista y, por último, el Estado-intervencionista.

Finalmente, el servicio público tiene otra función o utilidad que es de naturaleza técnica, la cual se refleja en la manera mediante la cual asume el Estado la gestión pública de diversos sectores de la vida social. Gestión que es asumida, sea mediante la prestación directa o indirecta del servicio, en razón de la titularidad que aquél ostenta en dichos sectores.

IV. NOCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

Pues bien, sobre la noción de servicio público, que ha pretendido dar unidad y coherencia a la totalidad del Derecho administrativo, hay tantos enfoques como conceptos tienen los autores que se han ocupado de la misma, incluso ocasionalmente (Alessi). No obstante, suele haber en cada uno de ellos unas notas características comunes que hace reconocible a un sector de la vida social y que se incorpora a la órbita del Poder Público, y que comprende “*aquella parte de la actividad administrativa en la que, por medios de Derecho Público, se garantiza la existencia de determinadas prestaciones en la sociedad*” (De La Cuétara).

Ahora bien, ante la ausencia de una definición clara, tanto para la doctrina de comienzos del siglo XX como para la mayoría de los autores contemporáneos, la noción, o mejor aún, la identificación del servicio público, se construye alrededor de los tres (3) elementos siguientes.

1. Elemento orgánico: la titularidad pública (o exclusividad regaliana)

La titularidad jurídica del servicio público siendo expresión del Poder Público, sólo puede pertenecer al Estado mediante la Ley. El acto de declaración de una actividad, un servicio o un sector como servicio público, es lo que el autor Villar Palasi ha denominado *publicatio, acto de publicatio*.

En tal sentido, la *publicatio* de los servicios públicos implica: (i) por un lado, una declaración formal en la que la totalidad de una actividad se predica del Estado, por lo que dichos sectores, una vez declarados servicios públicos son, en principio, excluyentes de la iniciativa privada y la organización pública es total, y en consecuencia, el servicio público muestra sus más agudos caracteres y justifica potestades administrativas de enorme intensidad en protección del interés general; (ii) y por el otro, un título jurídico de intensa reglamentación de la actividad de servicio público, que configure y obligue a desarrollar la actividad en unos modelos predeterminados (Ariño Ortiz).

2. Elemento material: el interés público

Se dice que el Estado moderno se legitima por su acción; el servicio público es un principio de legitimidad. Por razones históricas, el vocabulario jurídico manifiesta esta idea en términos de interés común, interés general o de *interés público*. En ese sentido, la nota definitiva del servicio público es que no se trata de actividades necesarias del Estado, como son las actividades de soberanía, sino actividades de mera utilidad general del público, de actividades indispensables para la vida de la sociedad. En consecuencia, el servicio público es el interés público.

De ahí que en la noción de servicio público, el interés público se presenta como el denominador común de todos los servicios públicos; es, pues, una constante. En efecto, más allá de la diversidad de objetos -cada servicio público tiene un objeto específico en concordancia con la especificidad de la prestación que se entrega (energía, agua gas, etc.)- se encuentra la identidad del fin perseguido: la satisfacción del *interés público*.

El interés público actúa como título de la intervención del Estado. Evidentemente, la calificación de una actividad como de interés público evoluciona con el progreso técnico y económico.

3. Elemento formal: el régimen jurídico exorbitante

Al respecto se sostiene que, las propias características del servicio público, provocan un régimen jurídico estructural, indicándose con ello, la sumisión o dependencia, bajo grados diferentes según los casos, de los servicios públicos a un régimen jurídico exorbitante del Derecho Privado que, en principio, será válido para la generalidad de los servicios públicos conocidos. La especificidad del servicio público es, por tanto, no material sino jurídica. Se puede incluso señalar que el servicio público es en sí un régimen jurídico.

En relación con este último elemento, hay autores que se resisten a tomar en consideración el régimen jurídico como elemento de la definición del servicio público al estimar, no sin cierta razón, frente a la lógica jurídica, que el régimen jurídico específico, es más una consecuencia de la presencia del servicio público, que una condición de su existencia (Rivero, De Laudadere).

V. PERSPECTIVA CONTEMPORÁNEA

Una vez hechas algunas precisiones sobre la identificación del servicio público, haremos referencia a la noción del servicio público desde una perspectiva contemporánea, en razón de un cambio de fondo, esencial, jurídico y político, del modelo de regulación que ha presidido hasta hoy el servicio público.

El servicio público *clásico* ha tenido evidentes virtudes. Hizo llegar a todos prestaciones que de otro modo sólo conseguirían unos pocos; generó infraestructuras sociales que facilitaron la entrada en la modernidad; permitió dar por resueltas necesidades vitales primarias; todo ello es cierto, y todo ello no está olvidado. Pero la sociedad se ha desarrollado y ha cambiado; en este tránsito se pretende enterrar al *viejo* y saludar al *nuevo* servicio público. Y lo que se entierra no servía porque tenía un vicio de raíz, al que debemos prestar especial atención (Ariño Ortiz).

En efecto, las últimas transformaciones experimentadas por el Estado y el nuevo modelo de relaciones Estado-sociedad no podrían dejar intacto al servicio público tradicional como técnica de intervención administrativa. Pero de la constatación de esta realidad, a la conclusión de que el servicio público como acción justificada de la acción pública en ciertos sectores básicos no tiene ya más una función que desempeñar en una economía global y en las sociedades modernas, existe un trecho (Roldan Martín).

De lo dicho hasta ahora, la característica fundamental de lo que ha sido la construcción de la noción de servicio público *clásico*, es que históricamente este concepto ha sido recipiendario de aportes sucesivos, cuya saturación ha originado muchos significados, por lo que resulta difícil de aprehender en un concepto. Como consecuencia de esta oposición de definiciones, valoraciones y significados, nos preguntamos si podemos presentar la noción de servicio público analizada modernamente, sin dejar de reconocer que el Derecho administrativo moderno heredó en buena parte técnicas jurídicas procedentes del Antiguo Régimen.

Ahora bien, desde el punto de vista político, la retirada del Estado del ámbito de los servicios públicos se resume bajo el concepto de liberalización en sus diversas manifestaciones: privatización, desmonopolización y desregulación. Sin embargo, el término de privatización es empleado en una amplia variedad de sentidos y con referencia a objetos distintos. Resulta con frecuencia por ello confuso o ambiguo hablar sin más de la privatización, sin precisar adecuadamente su objeto y alcance. En primer lugar, la privatización puede referirse al patrimonio del Estado; en ese sentido, privatización significa “*el traspaso del patrimonio del Estado a propietarios privados*”. Pero la privatización también puede referirse a los servicios prestados hasta ahora por el Estado. En tal sentido, la privatización es una “*devolución de las tareas o servicios realizados hasta entonces por entidades públicas a empresarios o titulares privados*”. Tal devolución puede referirse tanto a la prestación o a los servicios completos como sólo a su gestión global o parcial (Hamer).

Así, dentro de estas últimas se encuentra la forma de privatización más amplia y más eficaz: la privatización funcional, que consiste en el traspaso no sólo de la gestión sino también de la titularidad del servicio público al sector privado. Por tanto, la responsabilidad y gestión del servicio se convierte, pues, en cuestión que concierne al sector privado. De este modo se cumple la más completa división del trabajo entre el Estado y el sector privado. En tal caso, estamos pura y simplemente en un supuesto inverso de la *publicatio*; la *despublicatio* o despublicación, esto es, devolver la actividad de que se trate a la posibilidad de su realización o de su ejercicio por los particulares, como un

derecho inherente a las libertades económicas. En los países europeos, el proceso liberalizador ha supuesto, en efecto, la eliminación de la titularidad pública de buena parte de servicios públicos, que pasan a ser denominados “servicios económicos de interés general”. Esto se ha traducido en una apertura de dichos sectores a la iniciativa privada, allí donde el monopolio estatal venía acompañado de la prestación directa del servicio público por organismos públicos, y en la retirada de la Administración Pública en algunos de los sectores en los que hasta entonces venía estando presente concurriendo con los particulares y cuyo análisis abordaremos a continuación.

VI. SERVICIO ECONÓMICO DE INTERÉS GENERAL

1. Introducción

Se ha dicho que lo que se podría denominar la segunda crisis del concepto del servicio público, tendría como telón de fondo un proceso de liberalización universalmente extendido, que se configura como la resultante de varios factores de muy diversas naturaleza, aunque todos ellos interrelacionados y confluyentes sobre la propia idea del Estado y de la relación de éste con la sociedad.

En efecto, el programa de modernización del Estado va muchos más allá de un simple conjunto de operaciones de venta de activos o de transferencia de actividades, pues se trata de un proceso o instrumento que permite alcanzar la transformación económica y social del país, potenciando el protagonismo del sector privado en la actividad económica.

Así, una manifestación característica de la liberalización es la extinción de los derechos exclusivos y monopolios sobre los servicios públicos, y que da lugar a la *despublicatio*, en virtud de lo cual se permite que la actividad en que consiste un servicio público de exclusiva titularidad estatal, pasa a ser realizada por los particulares como derecho inherente a su libertad económica y no como delegación otorgada por la Administración Pública en tanto que *dominus* único. En efecto, las necesidades públicas no son satisfechas sólo mediante la actividad de prestación a cargo del Estado; también se alcanza aquella finalidad con prestaciones imputables a la actividad privada. El interés público de estas actividades se hace patente y el Estado termina por convertirlas en especial objeto de su atención (Garrido Falla).

En definitiva, los conceptos de *servicio económico de interés general*, servicios de *interés público* (Giannini), actividad *privada de interés público* (Diez, Sayagués Laso, Garrido Falla, Maljar) *mercados de interés general* (González-Varas) o, en fin, actividad *de interés público* la cual, cuando menos, está refrendada *lege data* por la Lotel (Fuenmayor Espina), como indistintamente se la denomina, explican concretamente el cambio que han experimentado los sectores liberalizados, desde una concepción pública y social propia de un régimen de servicio público, a una nueva concepción -privada de base- propia de un sistema de mercado. Este cambio de funcionalidad en dichos sectores se explica desde esta visión moderna. Por tanto, la nueva categoría sirve para explicar *grosso modo*, el fenómeno de nuestros tiempos de redefinición de la estructura, concepción o funcionalidad de los servicios públicos *tradicionales*: el servicio público pasa a ser un mercado, el usuario un cliente, las tarifas precios. En suma: son servicios cuyo interés general deriva de su naturaleza o fin económico.

2. Concepto

En este orden de ideas, sin duda que la piedra de toque que marca de modo más preciso y efectivo la evolución no sólo terminológica sino sustantiva en el ámbito europeo del nuevo servicio público, está constituida por la apertura de los ordenamientos jurídicos nacionales al Derecho comunitario.

Así tenemos que desde el punto de vista terminológico, las disparidades entre los sistemas jurídicos de los Estados europeos, convergieron en una solución de compromiso, y a tales efectos, para evitar optar por una de las tradiciones jurídicas concretas (servicio público *-public utilities*), se acordó emplear la expresión ecléctica- el supraconcepto según Villar Escurra de “servicios económicos de interés general”, por oposición a los llamados *servicios económicos ordinarios*.

En efecto, la expresión *servicio económico de interés general* se presenta como, una generalización a partir de la fórmula que figura en el artículo 86.2 del Tratado de la Comunidad Europea, que busca ofrecer un cuadro general de todas las actividades clasificadas como servicio público. Es así como en Comunicaciones del 11 de septiembre de 1996, la Comisión la define como actividades de servicio del sector económico o no, “*considerados de interés general por las autoridades públicas, y sometidas por tal razón a obligaciones específicas de servicio público*”. Se reconoce así, (i) la existencia de tal tipo de actividades, (ii) la sumisión a reglas particulares y (iii) la importancia entre los “valores comunes” de la Comunidad Europea.

Así, en el Derecho comunitario para que la actividad confiada a una empresa pueda ser calificada de *servicio económico de interés general*, es necesario que exista un interés económico que presente un carácter específico, en relación con el que revisten otras actividades de la vida económica. En efecto, la Corte de Justicia de la Comunidad Europea ha precisado en los celebres fallos *Corbeau* (CJCE, 19 de mayo de 1993) y *Commune d'Almelo* (CJCE, 27 de abril de 1994), el criterio de la especificidad de la actividad de *interés general*. En esas decisiones, el Tribunal europeo juzgó que las empresas involucradas estaban encargadas de una misión de interés general, basado en la obligación para las mismas de proveer en todo momento al usuario, los servicios en condiciones de continuidad, de igualdad de trato y de servicio integral en todo el territorio.

Por último, un sector de la doctrina ha sostenido que la noción de “servicios económicos de interés general” es más amplia que la tradicional de servicio público, pues además de ser comprensiva de los supuestos convencionalmente calificados como servicio público “clásico” o “*strictu sensu*”, abarca también las actividades privadas de interés general (servicios privados de interés público, servicios públicos virtuales u objetivos, etc.) (Fernández Lerga, De La Quadra Salcedo, Souviron Morenilla).

3. Régimen jurídico

La modalidad de prestación de los *servicios económicos de interés general* presenta como principales rasgos de su régimen jurídico, los siguientes:

- (i) La actividad pasa a ser, como ya se ha dicho, de titularidad privada, por efecto de la devolución de dichas actividades a la iniciativa social con reconocimiento del derecho de propiedad y de la libertad de empresa -por contraposición a la titularidad pública de la actividad inherente al servicio público *strictu sensu*-.

(ii) La *despublicatio* del servicio provoca la regulación del sector, de modo que el Estado ostenta poderes de regulación sobre la actividad de las empresas, más intensos que los que resultan admisibles en relación con las actividades económicas no declaradas de titularidad pública.

En el caso venezolano, es sabido que en la derogada LT, los servicios de telecomunicaciones eran considerados servicios públicos, siguiendo las redes de telecomunicaciones el mismo régimen de publicación general de los servicios. A partir de la entrada en vigencia de la LOTEL, las telecomunicaciones (redes y servicios) se consideran *actividades de interés general* (art. 5, *eiusdem*).

(iii) La Administración Pública, por razones de interés público, ostenta respecto del “servicio económico de interés general” poderes de supervisión, control, sancionatorio y arbitral. En tal sentido, es necesario que la actividad mantenga una repercusión pública o trascendencia social. Asimismo, se requiere que la actividad sea útil al conjunto de la comunidad: esa utilidad general deriva del carácter básico, esencial o mínimo que representa el servicio para la colectividad.

(iv) Como consecuencia del carácter de *interés público* que para la vida social presentan los *servicios económicos de interés general*, el ordenamiento jurídico impone a los operadores las denominadas cargas u obligaciones jurídicas, por razones de servicio público; tema éste que analizaremos a continuación.

4. Obligaciones o cargas jurídicas, por razones de servicio público

En lugar de servicios públicos de titularidad estatal, el nuevo régimen de intervención pública consiste en que, el Estado impone a los particulares que operan en los sectores liberalizados determinadas obligaciones o cargas jurídicas, por razones de servicio público, siendo la principal de ellas -más no la única- denominada *servicio universal*. Todas ellas persiguen asegurar la propia prestación en todo caso y la calidad del servicio allí donde el mercado no funciona bien. Se trata, pues, de obligaciones o cargas que hay que garantizar, como misión o tarea del *interés general* envuelto, para lo cual en cada sector el Derecho positivo determinará en concreto cuáles son esas obligaciones o cargas de servicio público.

A. Servicio Universal

En la regulación de los *servicios económicos de interés general*, se distingue al interior, aquellas prestaciones susceptibles de ser realizadas satisfactoriamente en régimen de mercado (*prestaciones de mercado*) y aquellas no susceptibles de prestación competitiva (*prestaciones de servicio universal*). En el ámbito de estos últimos, el mercado no está en capacidad de producir la oferta necesaria para satisfacerlas -por ejemplo, en orden de los costos- por lo que el Estado deberá garantizar su prestación, para lo cual incluso impondrá la prestación o cobertura obligatoria a algunos de los operadores (para la que normalmente arbitra algún sistema de compensación económica mediante la constitución, por ejemplo, de un fondo) que asegure las necesidades de lugares o grupos aislados o con necesidades sociales especiales, lo cual viene a constituir el *servicio universal*, cuyas actuales prestaciones serían las herederas del antiguo servicio público (Ariño Ortiz).

Ahora bien, la existencia de un *servicio universal* a todos los ciudadanos en sus niveles básicos, tiene también su origen en el Derecho comunitario europeo, principalmente por el famoso Libro Verde sobre el desarrollo del mercado común de los servicios y

equipos de telecomunicaciones publicado en 1987, cuyo alcance es asegurar el acceso de todos los ciudadanos a los servicios básicos en condiciones de igualdad y a precios asequibles. En definitiva, se trata de un concepto que permite reintroducir la intervención pública sobre ciertos sectores económicos, dentro de un régimen dominado por la libre competencia.

En este orden de ideas, el *servicio universal* es definido de manera formal, a través de características abstractas. Según los términos de la Directiva 97/93 (ONP-interconexión), cubre un conjunto mínimo de servicios identificados por las autoridades y que deben ser provistos respetando cuatro (4) exigencias: (i) la obligación de acceso para todos los usuarios (*generalidad*); (ii) la obligación de hacerlo de modo correcto (*calidad*); (iii) la obligación de no discriminar entre los usuarios (*igualdad*); y (iv) la obligación de cobrar una tarifa o precios razonable (*asequibilidad económica*).

Además, el *servicio universal* no tiene un contenido inmutable: debe cambiar con el progreso tecnológico, los derechos de los mercados y la modificación que sufre la demanda de los servicios (Nihoul). Cuál sea este, teniendo en cuenta la aceleración del progreso tecnológico, es cuestión sustancialmente evolutiva y flexible.

En conclusión, el carácter de *servicio universal* de que hablamos, alude a una técnica jurídica concreta y está basada en la declaración de un derecho para todos, con la correlativa organización de los medios para que pueda satisfacerse.

En el ámbito del Derecho venezolano de las telecomunicaciones, el Estado garantiza la prestación del Servicio Universal de Telecomunicaciones (Art. 49); define el contenido (Art. 50); el funcionamiento del sistema (Arts. 51 y 52); los procesos de selección del operador (art. 53); y, por último, desarrolla el tema del financiamiento (Arts. 54 al 62). Además, la normativa sectorial vinculó de modo explícito el servicio universal a los principios de penetración, calidad, igualdad y asequibilidad económica (Art. 49).

B. Otras obligaciones o cargas jurídicas

Además del *servicio universal*, pueden surgir otras cargas u obligaciones jurídicas, por razón del servicio público, como son necesidades de la defensa nacional, la seguridad pública, la educación y la cohesión social, de acuerdo con la específica normativa sectorial.

Ahora bien, las obligaciones o cargas jurídicas, las cuales pueden venir impuestas: (i) por una norma o (ii) por un acto administrativo, persiguen en definitiva, suplir o corregir las ineficiencias del mercado y como señala el autor Torres de Silva “*están configurados a imagen y semejanza de las obligaciones de los adjudicatarios de contratos de gestión de servicios públicos*”.

Así, la técnica de las cargas u obligaciones jurídicas, por razón de servicio público, explica mucha de las situaciones intermedias entre el servicio público propiamente dicho y la actividad privada.

En conclusión, el nuevo concepto de servicio público y el nuevo modelo de regulación es un sistema abierto, que se caracteriza por la apertura del sector liberalizado a la iniciativa privada (libertad de entrada) con previa autorización reglada (convertibilidad de títulos habilitantes); pluralidad de ofertas en los servicios, presidido por el derecho de propiedad y libertad de empresa (derechos fundamentales), con ejercicio de las funciones públicas de regulación (policía administrativa, fomento, arbitral, planificación y

control), con determinados cargas u obligaciones de servicio público (servicio universal y demás obligaciones), pero con libertad de precios y modalidades de prestación, con libertad de inversión y amortización y, en definitiva, en régimen de competencia abierta.

VII. CONCLUSIÓN

No hay duda que los servicios públicos han sido un instrumento útil y necesario para superar la mera igualdad formal o ante la ley y para profundizar en su significado de igualdad real o material en las condiciones de vida del ciudadano, fin irrenunciable que inspiró la acción de prestación o de servicio público. Pero también hay que decirlo, fue cada vez más manifiesta la ineficiencia de los servicios públicos en mano pública, la crisis del servicio público tradicional, así como la convicción de que la regulación del servicio público, en vez de sustituir al mercado, debe y puede reconstruirlo en muchos de sus aspectos.

De ahí que en algunos sectores que en el estado actual de Derecho positivo continúan con la calificación de servicio público (por ejemplo, electricidad, gas, agua, etc.), la alternativa al régimen de servicio público es la regulación por causa del *interés general*. El objetivo es en ambos casos, el mismo: conseguir unas prestaciones universales, obligatorias, a las que cualquier ciudadano tenga derecho y cualquier usuario pueda hacer efectivas. Pero el punto de vista jurídico e ideológico es totalmente distinto. Frente a la *publicatio*, la regulación; frente a la titularidad pública, la titularidad privada o compartida; frente al monopolio, la libre competencia. Asimismo, del diferente punto de partida surgen técnicas jurídicas también diferentes.

En mérito a lo expuesto, podemos sostener que si bien la historia del servicio público comienza con la secularización de las actividades privadas de interés general que hasta entonces eran realizadas por la Iglesia y otras instituciones laicas o de beneficencia (Escuela), podemos bien añadir que se produce una profunda revisión de esa institución jurídica, cuando el Estado comienza a devolver también las actividades económicas de interés general a la sociedad, mediante distintos procedimientos o técnicas jurídicas, en las cuales no importa la titularidad del Estado, sino la regulación de la gestión de los mismos por parte de aquél. En efecto, en los sectores donde la liberalización ha progresado se detecta una tendencia, todavía incipiente, a la sustitución total o parcial de la técnica del servicio público por la forma de intervención sobre esas actividades propias del Derecho anglosajón, que no implica la asunción *en bloque* por el Poder Público de la titularidad de sectores enteros de la actividad económica (*publicatio* genérica), sino la mera acción de regulación sobre los mismos. Creemos que esto coincide con la formulación de la teoría de Giannini sobre los llamados *ordenamientos sectoriales*, que implican la sujeción de sectores de la actividad económica a una fuerte intervención pública, más o menos intensa, según sea el caso, sin que se produzca, sin embargo, la transferencia de la titularidad de los mismos al Estado.

Se produce hoy, pues, un verdadero cambio cultural que encuentra su fundamento en una concepción filosófica de la persona, tendiente al respeto de su dignidad, del desarrollo integral de sus potencialidades tanto individuales como sociales, como también al goce pleno de sus derechos y libertades fundamentales.

Por tanto, debemos señalar que la mayor parte de lo que hoy nuestro Derecho positivo consideramos servicios públicos, puede reconducirse a la categoría de *servicios económicos de interés general* con obligaciones o cargas jurídicas, bajo un régimen de libre competencia.

La introducción en nuestro ambiente jurídico del nuevo modelo de intervención pública de regulación, reclama unos servicios públicos reducidos en su número y limitados en su alcance. De ahí que, por un lado, los servicios públicos deberían reducirse a las prestaciones básicas o esenciales; y, por el otro, no podrán abarcar la totalidad de las prestaciones posibles en un sector o actividad determinados, remitiéndose a la libre iniciativa en el seno de la sociedad, el acceso a las demás prestaciones y servicios adicionales.

Para finalizar, desde un punto de vista jurídico debemos sostener que los anteriores desarrollos nos ha permitido constatar que el nuevo servicio público continúa ocupando hoy día, bajo una forma u otra, un lugar esencial en el Derecho administrativo constitucional y comunitario. Por tanto, como señala el autor Esplugas, se debe concluir, no en un estado de crisis de la noción servicio público, sino en su vitalidad renovada.

§ 87. EL ENTE REGULADOR EN LA REFORMA DEL SECTOR ELÉCTRICO VENEZOLANO

Juan Garrido Rovira
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5568, Extraordinario, de 31 de diciembre de 2001, que vino a reformar en aspectos puntuales el Decreto-Ley sobre el Servicio Eléctrico, de 17 de septiembre 1999, pretende ser, a nuestro juicio, un instrumento legal que permita, por así decirlo, abrir brecha en la reforma y reestructuración del sector eléctrico venezolano.

Al igual que otros países de Iberoamérica¹, Venezuela requiere en el corto plazo una fuerte suma de inversión pública y privada (más de 5.000 millones de dólares²) para asegurar relativamente el suministro continuo y eficiente de electricidad en el territorio nacional durante los próximos años. Ello exige, además de la voluntad política necesaria para realizar inversiones públicas y captar inversiones privadas, establecer y aplicar un marco regulatorio adecuado en función de objetivos básicos como lo son:

- Lograr eficiencia económica y administrativa.
- Mejorar la calidad del servicio eléctrico.
- Fijar los precios más bajos posibles para el consumidor.
- Obtener recursos financieros suficientes y sostenidos en el tiempo.

Para alcanzar los objetivos, es, desde luego, indispensable establecer unas políticas claras, las cuales, en el marco de la citada Ley, han de estar dirigidas, entre otros aspectos, a:

- La promoción de la competencia en generación y comercialización.
- La racionalización del régimen de precios y tarifas.
- La regulación de las actividades monopólicas.
- El uso racional y eficiente de las energías.
- La separación de las funciones del Estado como formulador de políticas, planificador, regulador y empresario.
- La separación jurídica de las actividades que integran el sector eléctrico: generación, transmisión, distribución, comercialización.
- La participación del sector privado tanto por la vía de los aportes de capital como de la gestión administrativa de las empresas prestadoras del servicio eléctrico.

1. V., resumen de inversiones necesarias en el diario *El Nacional*, Caracas 24 de abril de 2002, p. E-6.
2. Estimación general aproximada.

Para el logro de los objetivos indicados, mediante la aplicación de las políticas señaladas, se requiere una estructura de regulación que pueda diseñar, en los diversos campos técnicos y administrativos, una normativa adecuada y garantizar la aplicación de las normas establecidas resguardando al ente regulador de presiones políticas indebidas y, al mismo tiempo, manteniendo un equilibrio entre estabilidad y flexibilidad en la regulación, así como también un equilibrio entre la obtención de una rentabilidad adecuada por parte del inversionista y la fijación de precios razonables de la energía eléctrica a los usuarios del servicio. De aquí la importancia de examinar los aspectos jurídicos del ente regulador del sector eléctrico en Venezuela teniendo en cuenta que, si quiere lograr los objetivos antes señalados, ha de adoptarse un compromiso regulatorio atento a la evolución de las circunstancias nacionales e internacionales en materia energética a fin de establecer una nueva sinergia entre lo público y lo privado, la competencia y la regulación, el negocio y el servicio eléctrico.

Aun cuando la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico requiere de muchas normas complementarias para su aplicación, hemos querido contribuir modestamente al conocimiento de una normativa legal que, de un lado, condicionará la organización y funcionamiento del sector eléctrico venezolano en el corto plazo y, de otro lado, presenta aspectos jurídico-administrativos que en el tiempo pueden resultar particularmente novedosos.

A este fin, en primer término y luego de una consideración general sobre la competencia nacional en materia de electricidad, presentamos una breve y general referencia sobre la reforma del sector eléctrico a escala internacional. En este sentido, es de observar que la reestructuración del sector eléctrico venezolano está enmarcada en las ideas y realizaciones de diversos países durante la década de los 90 pero, al mismo tiempo, ha de adaptarse a las circunstancias propias del país y a nuestro ordenamiento jurídico-administrativo.

En segundo lugar, formulamos un apretado resumen sobre diversos aspectos jurídico-institucionales de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico teniendo en cuenta que el desarrollo del derecho de la energía, en sus aspectos eléctricos, requiere reflexión y crítica no sólo técnica o jurídica sino también interdisciplinaria.

Luego, abordamos los aspectos relacionados con la naturaleza y régimen jurídicos de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica como ente regulador del sector eléctrico venezolano.

Particular referencia hacemos, finalmente, a la competencia de la mencionada Comisión mediante la presentación sistemática de sus funciones de regulación, supervisión, fiscalización y control contenidas tanto en la citada Ley como en el Reglamento General, publicado en la *G.O.* N°5510, de 14 de diciembre de 2000.

II. LA ENERGÍA ELÉCTRICA COMO MATERIA DE INTERÉS Y COMPETENCIA NACIONALES

En las décadas anteriores a los años 40 del siglo XX, los Municipios en Venezuela procuraban, directa o indirectamente, generar, transmitir y distribuir en su circunscripción territorial la luz eléctrica.

Luego, desde mediados de los años 40, el desarrollo acelerado de la electrificación nacional se afirmó como una materia de interés nacional y desde ese tiempo ha habido una sistemática y creciente interrelación técnica, económica y administrativa, a nivel nacional, entre las diversas fases de la actividad electroenergética: generación, transmisión y distribución³.

La política de electrificación nacional desde los años cincuenta en adelante, ejecutada por empresas públicas y privadas, implicó la división del territorio nacional sobre la base de criterios técnicos, económico-financieros y organizacionales que rebasaron, desde luego, las fronteras de las divisiones municipales y estatales.

Los datos técnicos, económico-financieros y administrativos relacionados con el sector de energía eléctrica en la segunda mitad del siglo pasado, evidencian que el desarrollo y regulación del servicio de energía eléctrica es una materia que corresponde por su índole al Poder Público Nacional, y que las decisiones de planificación, inversión, regulación y control trascienden las materias propias de la vida local y han de adoptarse en función de los intereses nacionales, los cuales, desde luego, han de comprender también los intereses locales.

De esta forma, hoy en día la energía que se distribuye en un Municipio puede ser generada muy lejos de su jurisdicción, y aún generándose en esa localidad, puede integrarse al Sistema Interconectado Nacional. En este sentido, mediante el contrato de interconexión, celebrado entre las principales empresas eléctricas en fecha 1º de diciembre de 1988, se persigue facilitar la coordinación de las actividades de planificación y operación de los sistemas de generación y transmisión de las empresas eléctricas, integrándolos a los efectos de expandir y operar el referido sistema y “así satisfacer la demanda eléctrica, asegurando la calidad y confiabilidad del servicio al menor costo posible”⁴.

Particular importancia cobra este aspecto en momentos de crisis energética, como el que viene amenazando a Venezuela por efecto de la disminución del nivel de la represa del Guri originado en la fuerte sequía de los últimos tiempos y en la carencia de plantas de energía térmica a escala nacional que puedan suplir o compensar el déficit de generación hidroeléctrica.

Para llevar el servicio de electricidad a todo el país y para mantener una calidad mínima de aquél en todas las localidades, así como para realizar programas de desarrollo económico y social fundamentados en ese servicio, el Poder Nacional ha tenido que realizar acciones y establecer regulaciones para, entre otros aspectos, planificar y controlar el aprovechamiento de los recursos energéticos; vincular la producción y consumo de electricidad a la política de hidrocarburos; garantizar un flujo adecuado de inversiones cuantiosas en el sector eléctrico; alcanzar ciertas economías de escala en la prestación del servicio y perfeccionar las tecnologías.

En el caso de Venezuela, hay que tener en cuenta, además, ciertas particularidades de la industria eléctrica en sus diversas fases como pueden ser, por ejemplo, la abundancia relativa de recursos para la generación hidroenergética y el gas natural; la circunstancia

3. Sobre la evolución de la Industria eléctrica en Venezuela, V., el documento “Centenario de la industria eléctrica en Venezuela” del Ing. CAPRILES, Guillermo presentado en la *XXII Mesa Redonda de la Industria Eléctrica*, Caracas 1988.

4. Cf., Contrato de Interconexión celebrado entre C.V.G. Electrificación del Caroní C.A. (EDELCA), C.A. de Administración y Fomento Eléctrico, (CADAFE), C.A. La Electricidad de Caracas, (E.de C.) y C.A. Energía Eléctrica de Venezuela (ENELBAR).

de que al Estado, además de corresponderle la fijación de la política energética, tiene reservada la industria y el comercio de los hidrocarburos y ahora también reservada la generación hidroeléctrica en las cuencas de los ríos Caroní, Paragua y Caura. Igualmente, es de destacar la fuerte presencia del Estado también en la fase de distribución a través de empresas públicas. Dado el peso determinante que tiene la participación del Estado en el sector eléctrico venezolano y la imperiosa necesidad de acometer inversiones y reestructuraciones, es evidente que cualquier reestructuración del sector eléctrico en su conjunto pasa necesariamente por la reordenación del papel o función del Estado en el sector, sea como empresario o como concedente o autorizante de las actividades que integran el sector eléctrico.

En el marco de estas realidades, la Constitución de 1999, en el artículo 156, numeral 29, atribuye al Poder Público Nacional la competencia relativa al régimen general de los servicios públicos domiciliarios y, en especial, electricidad, agua potable y gas.

III. LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO ELÉCTRICO

En 1999 se dictó en Venezuela la primera normativa de rango legal y de alcance nacional en materia electroenergética. En este aspecto, son conocidos las exposiciones y debates realizados desde diversas posiciones políticas y técnicas, para dotar al país de una moderna legislación sobre el servicio eléctrico⁵.

La primera regulación legal de carácter general sobre el servicio eléctrico establecida en Venezuela se fundamentó en la delegación legislativa contenida en la Ley Orgánica que autoriza al Presidente de la República para dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera requeridas por el interés público, de 26 de abril de 1999, en lo adelante simplemente denominada Ley Habilitante, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 36.687, de la misma fecha. Dicha Ley, en su artículo 1°, numeral 4, ordinal j), estableció:

Artículo 1°.- Se autoriza al Presidente de la República para que, en Consejo de Ministros, de conformidad con el ordinal 8° del Artículo 190 de la Constitución de la República, decreta, dentro del lapso de seis (6) meses, contados a partir de la publicación de esta Ley, las siguientes medidas:

4.- En el Ámbito Económico Sectorial:

j) Dictar las medidas para impulsar y regular el sector eléctrico nacional, dentro de los siguientes parámetros:

j.1. Tener como objetivo principal, la garantía del suministro eléctrico continuo, seguro y suficiente, al menor costo posible, con la mayor calidad y que permita la óptima utilización de los recursos disponibles.

j.2. Con la participación del Estado y del sector privado, desarrollar una verdadera y real competencia en las actividades de generación y comercialización que tenga libre acceso a las redes de transmisión y distribución.

5. V., Anteproyecto de Ley Orgánica que Regula las Actividades del Sector Eléctrico Nacional presentado por la Primera Vicepresidencia de la Cámara de Diputados del Congreso el 30 de octubre de 1996; el Proyecto de Ley Orgánica del Servicio Eléctrico Nacional presentado al Senado por el Ejecutivo Nacional el 10 de abril de 1997; V., también Senado de la República, Sesión ordinaria del día 2 de junio de 1998 y demás sesiones para la discusión del Proyecto de Ley Orgánica del Servicio Eléctrico Nacional, presentado por la Comisión de Energía y Minas del Senado.

El marco legal a dictarse deberá tener presente, tanto el establecimiento de mecanismos regulatorios eficientes por parte del Estado, así como también la rentabilidad de la inversión necesaria en el sector.

j.3. Reservar para el Ejecutivo Nacional a través del Ministerio de Energía y Minas, la facultad indelegable de fijar las tarifas eléctricas en todas sus fases (generación, transmisión, distribución y comercialización), para cuya determinación deberá tomarse en cuenta, al estimar los costos de las mismas, la necesidad de que se ajusten a niveles de eficiencia que garanticen los derechos de los consumidores.

j.4. Establecer la separación jurídica, contable y de gestión de las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de las empresas del sector eléctrico nacional, para lo cual se establecerán plazos acordes a las circunstancias.

j.5. Establecer normas orientadas a impulsar la extensión del servicio hacia zonas aisladas o deprimidas y al aprovechamiento de fuentes alternas de energía.

j.6. Respetar la competencia municipal sobre la materia eléctrica, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Régimen Municipal....

En ejercicio de la delegación legislativa contenida en las normas legales antes transcritas, el Presidente de la República dictó el Decreto con Rango y Fuerza de Ley del Servicio Eléctrico N° 319, de fecha 17 de septiembre de 1999, en lo adelante identificado simplemente como Decreto-Ley, publicado en la *Gaceta Oficial* N°36.791, de fecha 21 de septiembre de 1999.

Posteriormente, fue sancionada la -ley que autoriza al Presidente de la República para dictar decretos con fuerza de ley en las materias que se delegan-, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.076, de 13 de noviembre de 2000, la cual estableció en el aparte i), punto 2, del artículo 1:

Artículo 1.- Se autoriza al Presidente de la República para que, en Consejo de Ministros, dicte decretos con fuerza de Ley, de acuerdo con las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan en esta Ley, de conformidad con el tercer aparte del artículo 203 y el numeral 8 del artículo 236 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en consecuencia:

2. En el ámbito económico y social....

i) Dictar medidas para armonizar y coordinar las competencias en materias de gas y electricidad de los poderes públicos municipales, estatal y nacional....

Con fundamento en esta delegación legislativa fue dictado el Decreto con Fuerza de Ley de Armonización y Coordinación de Competencia de los Poderes Público Nacional y Municipal para la Prestación de los Servicios de Distribución de Gas con fines Domésticos y de Electricidad, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 37.319, de 7 de noviembre de 2001.

El referido Decreto pretende armonizar la competencia nacional y municipal en virtud de que tanto la Constitución como la Ley Orgánica de Régimen Municipal atribuyen ciertas competencias a los Municipios en materia de distribución de gas y de electricidad.

Con posterioridad al Decreto-Ley relativo al Servicio Eléctrico fue dictada la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, ya citada. Dicha Ley mantiene sustancialmente el régimen establecido en el Decreto-Ley del Servicio Eléctrico.

IV. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA REFORMA DEL SECTOR ELÉCTRICO

El tema relativo a la reestructuración y reforma del sector eléctrico requiere, desde luego, conocimientos especializados por sus implicaciones y exigencias técnicas, económicas y administrativas. Por ello, para una aproximación a dicho tema, desde un ángulo normativo, es preciso acudir a fuentes bibliográficas y documentales que permitan una referencia general en relación a los cambios que se han venido produciendo internacionalmente en el sector eléctrico y que ahora se reflejan en el derecho venezolano.

Al respecto, Miranda Robredo, en la Presentación del libro *Los mercados de futuro de electricidad*, de Rocío Millán Navarro, sintetiza así los cambios que vienen afectando mundialmente en los últimos años al sector eléctrico:

En la década de los ochenta, la industria eléctrica celebraba su centenario en un entorno estable, en el que no se apreciaban signos destacados de cambio en el horizonte. A lo largo de un siglo de existencia, esta industria había llegado a convertirse en uno de los sectores económicos más importantes de la economía de cualquier país. Tuvo su origen en pequeñas fábricas de luz y explotaciones de saltos hidráulicos. Pronto la necesidad de voluminosas inversiones para atender una demanda siempre creciente, la evidente existencia de economías de escala en la producción y distribución de electricidad, la peculiar característica de producir y consumir simultáneamente la energía, y el carácter de servicio público fueron configurando en la mayoría de los países una industria formada por grandes empresas de ciclo completo, muchas veces promovidas desde el propio Estado, que ocuparon los primeros puestos en facturación, capitalización bursátil, inversiones y empleo de las economías.

En este contexto, aparecen nuevas tendencias que impulsan una reforma sin precedentes, una auténtica revolución en el sector eléctrico, que se va extendiendo a lo largo del mundo, y que parece hoy día imparable. Diez años más tarde, cuando el siglo XX (el siglo de la electricidad) está tocando a su fin, lo está haciendo también el modelo de explotación que a lo largo de él se había ido configurando para esta industria.

De una regulación intervencionista y una participación pública directa en las empresas del sector, se evoluciona hacia un modelo formado por empresas de capital privado y regido por reglas de libre mercado. La búsqueda de competencia y de eficiencia en el desarrollo de la actividad lleva a la necesidad de segmentar la industria y terminar con la integración vertical, liberalizando aquellas parcelas que mejor lo permitan. La reforma, similar a la que se está practicando en otros sectores, energéticos o no, hasta ahora considerados servicios públicos (como el gas, el agua o las telecomunicaciones), va casi siempre acompañada de la privatización de las empresas públicas que venían desempeñando estas actividades⁶.

En el orden de ideas antes referido y de acuerdo a lo expuesto por Millán Navarro, las fuerzas que impactan determinadamente en los últimos tiempos la reestructuración del sector eléctrico han sido: la eficiencia, la competencia, la privatización, el movimiento internacional de capitales, el desastre nuclear, las compras de energía a instalaciones especiales, la sobrecapacidad y los costos sociales y medioambientales⁷.

6. MIRANDA ROBREDO, Rafael, Presentación de la obra de MILLÁN NAVARRO, Rocío, *Los Mercados de futuros de electricidad*, Biblioteca Civitas Economía y Empresa, Colección Economía, Sevillana de Electricidad, Grupo Endesa, Serie Especial, Madrid 1999, pp 19 y 20.

7. Cf., MILLÁN NAVARRO, Rocío, *ob.cit.*, pp. 75 a 81. Esta autora refiere a UBAGO L.J. y KAJAWA L.J. (1998) en "The creation of a Global Electricity Market", *World Power Yearbook*, the Petroleum Economist and Arthur Andersen, February, pp. 7-9.

El impacto de las fuerzas mencionadas se produce de diversa forma e intensidad, según las circunstancias de cada país, pero de alguna manera casi todos los países acusan ese impacto directa o indirectamente. Señalemos, siguiendo los planteamientos expuestos por Millán Navarro, algunos aspectos de esas fuerzas de cambio:

a) Al producirse una cierta globalización de la economía, la electricidad debe convertirse, a los fines de las exportaciones, entre otros aspectos económicos, en un insumo que ha de ser eficiente. Entonces, “la innovación tecnológica en la generación eléctrica, con tamaños eficientes más pequeños, favorece la apertura del sector”⁸.

b) Luego de la expansión a nivel mundial de la economía de mercado, el principio de la competencia ha sido llevado también, en lo posible, a sectores tradicionalmente regulados como las telecomunicaciones, el gas o la electricidad. De allí que en este último sector se trate de establecer la competencia estudiando al efecto todo lo relativo a los costos de la industria eléctrica como soporte científico-económico de los cambios del sector.

c) Durante mucho tiempo en este siglo, la electrificación de los países ha sido considerada como un cometido estatal esencial, independientemente de su costo, lo cual, sin duda, trajo grandes beneficios para la población, pero también originó deuda pública considerable al tiempo que, presupuestariamente, las empresas públicas del sector eléctrico pueden significar una fuerte carga en virtud, entre otros aspectos administrativos, de las elevadas y continuas inversiones que requiere el sector eléctrico. Por ello, privatizar las empresas públicas significa aliviar las cargas financieras, liberar recursos presupuestarios y, además, abrir esas empresas a las técnicas de gerencia y de gestión administrativas más adecuadas para alcanzar los fines establecidos por la ley.

d) Por otra parte, se ha evidenciado que hay un interés significativo de los inversionistas internacionales en el sector eléctrico, lo cual puede resultar más sencillo y atractivo en el ámbito de la empresa privada que en el de las empresas públicas.

e) “En los últimos años, el gas ha pasado a ocupar una posición relevante en el escenario energético mundial, impulsado por sus beneficios como combustible ecológico, por las nuevas tecnologías que mejoran la eficiencia de su uso en la generación termoeléctrica y optimizan su transporte, y por el desmontaje de los esquemas de regulación del sector; que han contribuido a mejorar la competitividad y a mantener bajos precios”⁹. Así, el nivel del precio del gas “junto al desarrollo de la tecnología de ciclo combinado, lo ha convertido en el combustible preferido por razones económicas y medioambientales para la generación de electricidad”¹⁰.

f) Las centrales nucleares, como alternativa de producción de energía, aun considerada independientemente del aspecto ambiental y de calidad de vida, no ha tenido el impacto económico favorable que se pensó. Muchas de las instalaciones nucleares “resultaron ser más caras de lo previsto y, aunque el coste marginal de operación sigue siendo muy bajo en estas centrales, el costo medio total es más elevado que el que resulta de nuevas centrales de ciclo combinado”¹¹.

8. MILLÁN NAVARRO, Rocío, *ob.cit.*, p. 76.

9. Resumen petrolero. Selección sobre el sector petrolero de Resumen Gerencial n° 30, Caracas feb/abril 1999, p. 20.

10. MILLÁN NAVARRO, Rocío, *ob.cit.*, p. 78.

11. *Ibidem*, p. 78.

g) Finalmente, sea por razones de política social o económica o bien por errores en la políticas públicas, se han creado distorsiones en el sector eléctrico que conducen a subsidios cruzados, a sobrecostos que han de ser incluidos en las tarifas o a ciertos costos adicionales que seguramente no se incurriría en ellos si se pusiere especial énfasis en la gestión económica del sector eléctrico.

A la vista del impacto de estas situaciones y circunstancias en la reestructuración del sector eléctrico, es claro que éste debería ser regulado de una forma diferente a la actual. Como lo expresa Millán Navarro, "Cualquier esquema de desregulación razonable debe incluir una mezcla de competencia y regulación, siendo esta última necesaria en los precios minoristas y en la distribución.

Gestionar con éxito un sistema que combine estos elementos, competencia y regulación, es complejo y requiere que las instituciones reguladoras, la industria y los ámbitos de mercado sean diseñados cuidadosamente para que puedan complementarse entre ellos"¹².

Ahora bien, para tratar de lograr de la mejor forma posible la mezcla de competencia y regulación en las actividades del servicio eléctrico, diversos países han procedido a reestructurar el sector, según las circunstancias particulares de cada uno, y a tal efecto han separado las actividades que económicamente se presentan como monopólicas (por ejemplo, la transmisión y distribución) de las que no lo son (como la generación y la comercialización).

En cuanto a la generación, se tiende a considerar como un mercado susceptible de competencia. "La principal tarea del regulador en un esquema reestructurado es proveer los estímulos necesarios para que el suministro se adapte continuamente ante la demanda, y que el valor del servicio refleje su costo económico, previniendo la escasez mediante el fomento de instalación de generación eficiente, y garantizando la libertad de elección de los consumidores"¹³, siendo de notar que la apertura del mercado de generación a éstos tiene fundamentalmente lugar con los llamados grandes usuarios o grandes consumidores.

Igualmente, se establece un mercado de libre formación de los precios de generación que puede funcionar mediante libres contrataciones a término o mediante un mercado mayorista o pool que centraliza las ofertas y demandas de electricidad y que es operado por una entidad que se separa de las demás actividades, siendo de notar que como lo expresa Millán Navarro, "La existencia de contratos bilaterales que conlleven la entrega física de energía, cuando no es obligatoria la venta de toda la electricidad en el pool, complica y dificulta la labor del operador del sistema"¹⁴.

Por otra parte, en cuanto al transporte se tiende a aislar la función de planificación y explotación de la red de transmisión en aras de una mayor eficiencia en el sector de transmisión.

Así, "los esquemas empleados para lograr este objetivo, dentro de los esquemas reestructurados, van desde la organización de una empresa nacional de transmisión, propiedad de todos los agentes que participan en el mercado de generación, como es el caso inglés, pasando por la operación coordinada de activos de distintos dueños (Argentina y

12. *Ibidem*, p 80.

13. Exposición de Motivos del Régimen Económico y de Precios para una Ley de Electricidad en Venezuela, Grupo de Trabajo, Caracas 1997, p. 5.

14. MILLÁN NAVARRO, Rocío, *ob.cit.*, p. 85.

Colombia), hasta esquemas de mínima regulación como el chileno, que sólo obliga a la prestación del servicio de transmisión a terceros si las líneas hacen uso de servidumbres”¹⁵.

En todo caso, la reestructuración implica “Libre acceso al uso de la redes de todos los agentes del mercado mayorista; Identificación precisa de todos los activos que componen la red de transmisión; los cargos reflejan el costo del servicio; operación de todos los activos de la red a través de centros de operación de la red, coordinación por una institución similar a nivel nacional”¹⁶.

Igualmente, la reestructuración lleva a distinguir entre el servicio de distribución y la comercialización.

“El servicio de distribución dentro de los nuevos esquemas del negocio de electricidad se sigue otorgando mediante concesiones, y el mecanismo de regulación empleado para controlar el servicio de los concesionarios es el uso de empresas modelo adaptadas a las características de la red de distribución”¹⁷.

En cuanto a la comercialización, se considera una actividad sujeta a la competencia cuya función básica es introducir diferenciación en el suministro de electricidad como medio de fomentar la libertad de elección del consumidor. Al igual que la generación, la comercialización exige reglas que fomenten la participación de muchos agentes, y que permitan que el riesgo comercial no afecte la disponibilidad del servicio.

Sobre la base de los principios antes expuestos en términos muy generales, diversos países han emprendido la reestructuración del sector eléctrico combinando competencia en la generación y comercialización con la regulación en transmisión y distribución. Así ha ocurrido, por ejemplo, en Chile, Inglaterra, Noruega, Suecia, Portugal, España, Estados Unidos, Argentina, Bolivia, Colombia y Perú¹⁸.

En el caso de la región latinoamericana, el informe del Grupo de Trabajo CIER 08 Sobre la Regulación de los Mercados Eléctricos resume las ideas claves de la reforma del sector eléctrico en los siguientes términos:

-La reforma regulatoria, la competencia y el acceso al mercado se hacen posibles mediante el diseño y puesta en vigor de normas regulatorias en general complejas, y respaldadas por un organismo regulador independiente, y por una entidad administradora del mercado.

-Se separa la propiedad de los distintos segmentos de la industria, (en el caso del sector eléctrico, la generación, (transmisión, distribución y comercialización) y se abre la participación a nuevos agentes económicos, estableciendo de manera clara los requisitos de entrada al mercado en los distintos segmentos de la industria eléctrica, buscando eliminar las barreras puramente institucionales.

-En los casos en que por razones institucionales no resulta posible o deseable la separación de la propiedad entre los segmentos de generación, transmisión y distribución, se establece la independencia de gestión y separación contable entre dichos segmentos, cuando son ejercidos por una misma empresa o empresas vinculadas por su propiedad.

15. Exposición de Motivos del Régimen Económico y de Precios para una Ley de Electricidad en Venezuela, Caracas noviembre de 1997, pp. 3 y 4.

16. *Ibidem*, p.4

17. *Ibidem*, pp.4 y 5.

18. Cf., MILLÁN NAVARRO, Rocío, *ob.cit.*, pp. 69 y ss. V., igualmente cuadro comparativo sobre la reestructuración del sector eléctrico en países hispanoamericanos en *Interconexiones, Boletín de la Comisión Venezolana de la Industria Eléctrica* n° 18, Octubre 1996.

-Se promueve la competencia en los segmentos de la industria que no constituyen monopolio natural; en el caso del sector eléctrico el segmento competitivo es la generación y comercialización de energía.

Se busca incentivar la competencia mediante la desintegración horizontal de las grandes empresas generadoras preexistentes (cuando esto es institucionalmente posible) y por el incentivo a la entrada de generadores y comercializadores de energía independientes, creando mercados *spot* y de contratos para la energía eléctrica.

-En el mercado de contratos bilaterales los generadores y comercializadores venden energía a distribuidores y a consumidores finales habilitados para participar en el mismo.

-En el mercado *spot*, los agentes participantes del mercado compran y venden las diferencias que resultan entre los compromisos pactados en los contratos y su generación o consumo reales de energía.

-Salvo en el caso de que todos los consumidores finales pueden elegir libremente su proveedor de energía, los distribuidores mantienen un importante papel como intermediarios en el comercio de energía entre el mercado mayorista competitivo y los consumidores finales. Esto hace necesario regular dicha actividad de intermediación, estableciendo normas acerca del traslado a las tarifas de los consumidores finales, de los costos de energía y otros servicios que los distribuidores adquieren en el mercado mayorista.

-Para que las transacciones del mercado puedan hacerse efectivas a través del transporte de energía por las redes de transmisión y distribución, se establece el acceso libre a las mismas, que continúan en general reguladas como monopolios naturales. Para lograr condiciones justas y equitativas de acceso para todos los agentes del mercado, se establecen reglas y generalmente precios de acceso regulados.

-Si se mantiene la posibilidad de propiedad conjunta de generación y redes, se hace necesario evitar que el propietario de las concesiones de las redes adquiera por esta razón ventajas en el segmento competitivo de generación.

-Generalmente, la regulación de las redes monopólicas pasa de una modalidad *cost plus* (en la que se traslada a las tarifas los costos incurridos por el monopolista) a otra *price cap* (en la que la tarifa cubre unos costos estándar considerados razonables para una empresa eficiente), que genera incentivos al monopolista para la reducción de costos.

Como resultado, la tarifa que los distribuidores (o comercializadores) pueden cargar a los consumidores finales no habilitados a acceder al mercado, o clientes regulados, resulta de la suma de los costos de la energía en el mercado mayorista que se le reconocen al distribuidor, más las tarifas reguladas que el distribuidor paga al transportista, más una remuneración específica por la función de distribución”¹⁹.

19. Comisión de Integración Energética Regional (CIER), Perfil Institucional y Regulatorio del Sector Eléctrico Sudamericano, Agosto 2001, Serie, *Documentos de Análisis y Discusión*, Secretaría General, Montevideo-Uruguay, pp. 18 y 19.

V. ASPECTOS RELEVANTES DEL CONTENIDO NORMATIVO DE LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO ELÉCTRICO

1. Fuentes normativas

La regulación contenida en la Ley de referencia puede calificarse como una regulación plurinormativa y multiorgánica en virtud de que las normas jurídicas con vocación de regir el sector eléctrico dimanen de varias fuentes orgánicas, tienen diversidad de jerarquía y naturaleza normativas y son establecidas por organismos de naturaleza y régimen jurídico diferentes.

Desde el punto de vista normativo, son fuentes de regulación primaria: la Ley y su Reglamento General. Son fuentes normativas complementarias las normas que establezcan la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, el Centro Nacional de Gestión y el Ministerio de Energía y Minas, en sus respectivas esferas de competencia. Las regulaciones emanadas de estos órganos han de sujetarse a la normativa de la Ley y de su Reglamento.

Establece la Ley un ente regulador u órgano de regulación especializado, la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, con relativa autonomía normativa y financiera. Sin embargo, la fijación de tarifas queda reservada al Ejecutivo Nacional.

De acuerdo a la naturaleza y características de las materias objeto de regulación, puede haber espacios de normación que correspondan directamente a los diversos organismos con competencia de regulación. Así, si bien la Comisión tiene asignadas las funciones de regulación, supervisión, fiscalización y control de las actividades que constituyen el servicio eléctrico, la gestión del Sistema Eléctrico Nacional queda a cargo del Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico y corresponde a dicho Centro dictar la normativa general de sus funciones, teniendo, por tanto, facultades regulatorias específicas, técnicas o administrativas, en determinados aspectos.

2. El servicio eléctrico

Desde el punto de vista sustantivo, la Ley introduce el concepto del servicio eléctrico nacional, declarando como servicio público las actividades de generación, transmisión, gestión del Sistema Eléctrico Nacional, distribución y comercialización de potencia y de energía eléctrica. Quedan abiertas a competencia relativa, en los términos de la Ley, la generación y la comercialización, mientras que la transmisión y la distribución quedan directamente vinculadas al otorgamiento de la respectiva concesión.

En efecto, para la prestación del servicio eléctrico, en sentido integral, la Ley combina la incorporación de mecanismos de competencia, en materia de generación y comercialización, con los tradicionales conceptos de concesión en materia de transmisión y distribución. Así, la Ley asume que el mercado puede progresivamente jugar un mejor y nuevo papel y que la garantía del servicio podría derivar de una combinación de la acción privada y de la acción pública en el marco de un régimen de transición que establece plazos para armonizar los derechos de las empresas prestadoras del servicio con el nuevo régimen legal.

Desde el punto de vista orgánico o de los agentes que intervienen en el servicio para la prestación de un servicio público, la Ley permite que la iniciativa privada participe en régimen de competencia relativa en la generación y comercialización al tiempo que el Estado se reserva, a los fines de la prestación, una parte de la generación hidroeléctrica y que los particulares pueden acceder a la categoría de concesionarios del servicio de transmisión y de distribución. De esta forma, por así decirlo, se atiende a la naturaleza económica de mercancía que tiene la generación de electricidad y al carácter de servicio que ésta adquiere, una vez producida, en las fases de transporte, distribución y comercialización²⁰.

En esta materia no puede soslayarse que, como se ha indicado, la evolución económica, administrativa y tecnológica de los últimos decenios ha llevado, en los campos de las telecomunicaciones y de la industria eléctrica, a intentos de armonización de los mecanismos de economía de mercado con las finalidades propias de los servicios públicos o de interés público. Por ejemplo, la libre competencia en materia de generación de energía eléctrica puede traducirse en beneficios para el usuario y para el servicio mismo de suministro, siempre que existan reglas claras a fin de garantizar una competencia leal para lo cual los órganos de regulación han de atender el contexto jurídico-institucional correspondiente.

De esta forma, la Ley pretende lograr una cierta armonización, en beneficio de la extensión y calidad del servicio eléctrico, entre los elementos jurídicos propios de las actividades sujetas a autorización (generación y comercialización) y en los cuales puede haber elementos de competencia, con aquellos otros elementos propios de las actividades sujetas al régimen de concesión (transmisión y distribución).

Los intentos de aprovechar las oportunidades de la economía de mercado, para satisfacer necesidades básicas de toda la colectividad, se han concretado en un cierto espectro de posiciones doctrinales y legislativas y cada país ha de encontrar la solución más adecuada a sus particulares circunstancias. En este sentido, se encuentran posiciones desde la que establece la Ley venezolana hasta la consagrada en la ley española sobre el sector eléctrico, cuya Exposición de Motivos, señala que: "No se considera necesario que el Estado se reserve para sí el ejercicio de ninguna de las actividades que integran el suministro eléctrico. Así, se abandona la noción de servicio público, tradicional en nuestro ordenamiento pese a su progresiva pérdida de transcendencia en la práctica, sustituyéndola por la expresa garantía del suministro a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional". Pero, al mismo tiempo, esa misma ley española, además por supuesto de regular y limitar la actividad electroenergética de los particulares, prevé, en el artículo 10, la garantía de suministro en función de la cual puede el gobierno adoptar medidas que pertenecen al ámbito conceptual del servicio público. Por otra parte, en cierta forma el servicio público se esconde detrás de la obligación de ofertar los generadores de la electricidad, de modo que de hecho éstos no tienen libertad de no ofrecer electricidad al mercado mayorista.

Frente a la posición de la legislación española se puede observar el otro extremo, en el caso de Francia, el cual con ocasión de la aprobación de la directiva comunitaria de 1996 sobre normas comunes para el mercado interno de electricidad ha mantenido la condición de servicio público para la electricidad²¹.

20. V., MILLÁN NAVARRO, Rocío, *ob.cit.*, pp. 64 y ss.

21. *Cf.*, MILLÁN NAVARRO, Rocío, *ob.cit.*, p. 210.

Sin embargo, recientemente la Comunidad Económica ha insistido en la necesidad de incorporar la participación privada en el sector eléctrico de Francia.

En definitiva, a los fines de la evolución jurídica del servicio eléctrico, interesa destacar la necesidad de observar continuamente las situaciones reales que pueden afectar dicho servicio, independientemente de la óptica jurídica bajo la cual éste se considere, a fin de que el servicio eléctrico pueda siempre apoyarse en principios y mecanismos jurídicos adecuados para mantener un equilibrio entre los diversos factores en juego y asegurar, en lo posible, la prestación del mejor servicio al más bajo costo.

3. La separación de actividades

Cuando se habla de separación de actividades en el caso venezolano hay que tener en cuenta la gran presencia que desde los años cincuenta ha tenido el Estado en el sector eléctrico. En efecto, como parte de una política de electrificación extensa en lo territorial e intensiva en el aspecto urbano, el Estado ha obedecido al modelo vertical en el sentido de que históricamente las actividades de generación, transmisión y distribución han sido desarrolladas por empresas del Estado integradas en las diversas actividades electroenergéticas, tales como la C.A. de Administración y Fomento Eléctrico (Cadafe), Enelven, Enelbar.

En el sector privado, la C.A. la Electricidad de Caracas es claro ejemplo de integración de la actividad electroenergética a lo largo de su larga historia de más de un siglo de existencia y desarrollo.

El modelo vertical utilizado por el Estado y el sector privado ha respondido a las tendencias tradicionales de garantía de suministro en el marco de una creciente expansión del servicio, sobre todo si se tiene en cuenta cuál era la realidad de la electrificación en Venezuela al comenzar la segunda mitad del siglo XX. Al finalizar esa segunda mitad y a comienzos del siglo XXI, está planteada la reestructuración del sector según patrones de separación de las actividades y si bien la separación de actividades no significa por sí misma una mayor eficiencia de las empresas, se tiende a considerar como el medio más efectivo para reducir los costos y obtener la transparencia necesaria en el sentido de evitar los traspasos de fondos entre las actividades eléctricas, una correcta asignación de costos en el desglose tarifario y, consiguientemente, mayor transparencia en las tarifas.

Por otra parte, como es sabido, el régimen económico y tarifario de las empresas prestadoras del servicio de electricidad ha tenido, desde hace ya cierto tiempo, como condicionantes, elementos externos al propio sector eléctrico, como lo son lo relativo al precio de los combustibles y a los subsidios cruzados, factores ambos que deben considerarse al momento de establecer las normas en materia de libre competencia en el área de generación para poder pasar gradualmente de una situación de integración y exclusividad en la prestación del servicio a una situación de libre competencia efectiva en el área de generación, sin que se afecten los equilibrios generales relativos a la prestación eficiente del servicio.

Los beneficios de un ambiente competitivo en materia de generación y comercialización, en el marco de una separación de las actividades de las empresas públicas y privadas actuales, deberán también considerarse en función de las implicaciones administrativas acerca de las cuales la Ley ha previsto el impacto fiscal al otorgar exenciones tributarias.

Concretamente, la separación de actividades, contemplada expresamente en la Ley, obliga a las empresas existentes a realizar la desintegración vertical o separación de sus actividades dentro de un plazo determinado y conforme a un régimen de transición, el cual contempla la celebración de convenios con el Ministerio de Energía y Minas.

Según lo establecido por el artículo 6, el ejercicio de dos o más de las siguientes actividades: generación, transmisión, gestión del Sistema Eléctrico Nacional y distribución, no podrá ser desarrollado por una misma empresa. La actividad de comercialización podrá ser desarrollada por distribuidores con sus clientes con tarifa regulada, por generadores o por empresas especializadas en la comercialización de potencia y energía eléctrica.

La Ley exige, por tanto, que en un grupo de sociedades las actividades incompatibles deban ejercerse por sociedades diferentes. Estas disposiciones del régimen establecido por el citado artículo 6 deben considerarse coordinadamente con el contenido del artículo 113, el cual contiene el régimen de transición aplicable a la separación de actividades, y que otorga el plazo de tres (3) años para la adaptación de las empresas al régimen previsto en la Ley.

Hasta tanto no se efectúe la separación jurídica, las empresas integradas deben realizar una separación contable de cada una de las actividades como unidades de negocio claramente diferenciadas, de manera que puedan apreciarse transparentemente la imputación de costos y tarifas.

Por otra parte, el uso de las instalaciones de transmisión o distribución para fines no eléctricos deberá contabilizarse de forma separada, de manera que facilite la imputación de los activos, pasivos, ingresos, costos y gastos relacionados con ese uso.

4. La libre competencia relativa y el libre acceso

En relación a la promoción de la competencia, contiene la Ley normas sobre los grandes clientes. Estos, hacia los cuales está particularmente dirigida la libertad de elección como consumidores, podrán contratar libremente con los generadores, los cuales tienen en los grandes usuarios uno de sus principales objetivos de competencia.

La generación de energía eléctrica en la actualidad es realizada por empresas públicas y privadas. Más del 70% de la electricidad del sistema interconectado es generado por una empresa pública. En efecto, a través de C.V.G. Electrificación del Caroní C.A., (EDELCA) el Estado, en los últimos veinte años, ha pasado a suministrar el 70% de la energía eléctrica que se consume en el país. Edelca posee en activos aproximadamente 10.000 millones de dólares y le economiza al país el equivalente a 300.000 barriles diarios de petróleo²².

Como se observa, Venezuela depende en la actualidad determinadamente de la generación hidroeléctrica por parte de una empresa del Estado. Ello constituye una particularidad que incide en el modelo de regulación legal y en la normativa complementaria que dicten los organismos competentes, particularmente en lo relativo al mercado mayorista. Como ya se ha indicado, el Estado se reserva la generación hidroeléctrica en las cuencas de los ríos Caroní, Paragana y Caura, ubicados en la región de Guayana.

22. CARRERA SAUD, Efraín, EDELCA: *Una luz para el desarrollo*, en Gerencia, Publicación del grupo Gerencia UNIMET, año 14, Octubre 1998, pp. 30 y 31.

Igualmente, destacan las normas relativas al mercado mayorista en el cual se celebrarán, en competencia libre y abierta, las transacciones de compra y venta de bloques de potencia y energía siendo de notar que se requiere la reglamentación correspondiente a los fines de ejecutar adecuadamente la normativa legal.

La Ley prevé, en el artículo 80, que la remuneración de la actividad de generación, bajo condiciones de operación eficiente, que se realice en el mercado mayorista debe tomar en cuenta: la energía eléctrica suministrada por cada unidad de generación, ordenada por el Centro Nacional de Gestión del sistema eléctrico; la garantía de potencia que cada unidad de generación preste efectivamente al sistema y los servicios complementarios necesarios para garantizar el suministro adecuado al usuario.

El artículo 118 prevé la apertura del mercado mayorista de electricidad a los grandes usuarios en el plazo no mayor de tres (3) años. Sin embargo, en este aspecto es necesario señalar que la competencia en materia de generación está vinculada, en el ordenamiento venezolano, a la política de subsidios cruzados la cual ha sido una constante de las políticas públicas en las últimas décadas y en cuya virtud las tarifas que pagan los grandes consumidores industriales y comerciales contienen precisamente dichos subsidios en favor de los consumidores residenciales. Los subsidios cruzados son creados por el régimen tarifario para beneficiar a determinado tipo de cliente del servicio eléctrico en detrimento de otro tipo de cliente que paga tarifas superiores al costo correspondiente del servicio.

Por ello, si, por ejemplo, los generadores nuevos captan clientes regulados de una empresa distribuidora sin que se produzcan las debidas compensaciones económicas o se establezcan regulaciones adecuadas a la nueva situación estaríamos en presencia de un trato discriminatorio y perjudicial para un agente del servicio eléctrico por cuanto la empresa distribuidora dejaría de percibir el subsidio que paga el gran consumidor industrial y comercial en sustitución precisamente de las cantidades que no pagan los clientes residenciales.

Por otra parte, el libre acceso relativo a las redes de transmisión y distribución, establecido en la Ley, debe ser siempre remunerado y está sujeto a las limitaciones de orden técnico que puedan existir.

5. Otros aspectos administrativos

La gestión del Sistema Eléctrico Nacional se encomienda al Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico, bajo forma de una sociedad mercantil de carácter estatal. Ésta concentra, en principio, la funciones relativas a la gestión técnica y a la gestión económica, funciones que pueden ser separadas en dos sociedades, una de las cuales vendría a ser el operador del mercado mayorista y otra vendría ser el operador técnico u operador del sistema.

El régimen jurídico establecido en la Ley es procedimentalizado por cuanto las actuaciones públicas de regulación, fiscalización y control de los agentes están vinculados a procedimientos de orden legal y sublegal.

Los procedimientos de audiencias públicas, contempladas en la Ley, permiten a los agentes del servicio eléctrico establecer públicamente propuestas normativas, debidamente sustentadas, con respecto a la materia de precios y tarifas, así como otros supuestos que contemple el Reglamento.

Atendiendo a la necesidad de construir la infraestructura necesaria para el servicio eléctrico, el régimen legal relativo a las servidumbres en beneficio de las empresas eléctricas está inspirado en la normativa jurisdiccional relacionada con la figura de la expropiación e, igualmente, fundamentada históricamente en la Ley de Servidumbre de Conductores Eléctricos, siendo de notar que ya la jurisprudencia había aceptado la imposición de servidumbres con base en la Ley de Expropiación por causa de Utilidad Pública o Social. Con el nuevo régimen, las empresas eléctricas tendrán un marco jurídico *ad-hoc* para la constitución de servidumbres, dejando a salvo la oposición conforme a la ley y, desde luego, la determinación de la justa indemnización.

En síntesis de lo expuesto en este apartado, puede afirmarse que la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico:

-Introduce el concepto del servicio eléctrico nacional a partir de las actividades que lo integran y de los agentes que intervienen en su prestación.

-Declara como servicio público las actividades integrantes del servicio eléctrico: generación, transmisión, gestión del Sistema Eléctrico Nacional, distribución y comercialización de potencia y energía.

-Declara de utilidad pública e interés social las obras directamente afectadas a la prestación del servicio eléctrico en el territorio nacional.

-Abre relativamente a la competencia la actividad de generación y comercialización.

-Interrelaciona jurídicamente las actividades y agentes del servicio eléctrico para lograr la mejor calidad posible del servicio al menor costo posible.

-Obliga, en determinados supuestos, a la separación de actividades y a la separación contable.

-Establece un régimen jurídico diferente, en lo económico y lo administrativo, para las diversas actividades y agentes del servicio eléctrico.

-Reserva al Estado la generación hidroeléctrica en las cuencas de los ríos Caroní, Paragua y Caura.

-Centraliza en una empresa del Estado la gestión del Sistema Eléctrico Nacional.

-Establece un Mercado Mayorista para la formación de los precios en régimen de competencia.

-Integra las fases de distribución y comercialización al servicio eléctrico nacional, al tiempo que reafirma las atribuciones de los Municipios en las materias propias de la vida local como son: la prestación del servicio de alumbrado público; la promoción de la prestación del servicio eléctrico en su jurisdicción y de su mejoramiento, y la fiscalización de la calidad.

-Crea la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, como ente regulador pluripersonal, relativamente autónomo, y concentra temporalmente sus atribuciones en el Ministerio de Energía y Minas.

-Reserva la fijación de tarifas al Ejecutivo Nacional.

-Establece unas contribuciones especiales para el sostenimiento del ente regulador y de los subsidios cruzados.

-Regula la constitución de servidumbres en beneficio de la prestación del servicio eléctrico.

-Establece un régimen de sanciones con normas para la determinación del monto de las multas.

-Consagra un régimen de transición mediante plazos para la organización y funcionamiento de las nuevas estructuras del sector eléctrico, así como para el establecimiento e implantación de las normativas legales y sublegales y para la adaptación a éstas de las empresas públicas y privadas que actualmente realizan la actividad electroenergética.

VI. LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA ELÉCTRICA COMO ENTE REGULADOR DEL SECTOR ELÉCTRICO

Para el logro de los objetivos de desarrollo del sector eléctrico, mediante la aplicación de políticas convenientemente diseñadas, “debe fomentarse el desarrollo de una nueva cultura regulatoria, acorde con el nuevo modelo de regulación para la competencia que se aplica en estos sectores. El acceso no discriminatorio a las redes, la gestión independiente de los sistemas técnicos, las reservas estratégicas, el servicio universal, la tarificación eficiente, el equilibrio entre estabilidad y flexibilidad de las reglas del juego, son algunos de los elementos básicos que deberán asentarse en el nuevo modelo regulatorio”²³.

La Ley Orgánica del Servicio Eléctrico crea la Comisión Nacional de Energía Eléctrica como ente regulador del sector eléctrico venezolano. Una visión general de la naturaleza y régimen jurídicos de dicha Comisión resulta indispensable para encuadrar debidamente el alcance y significado jurídicos de las funciones atribuidas a la Comisión en lo relativo a la regulación, supervisión, fiscalización y control de las actividades a cargo de los diversos agentes del sector eléctrico.

La Ley Orgánica del Servicio Eléctrico no consagró una autonomía total al ente regulador, por cuanto la facultad de fijación de tarifas está reservada al Ejecutivo Nacional. Sin embargo, le otorgó suficientes facultades de regulación, supervisión y control del servicio eléctrico.

En efecto, la autonomía administrativa otorgada comprende la facultad de dictar las normas técnicas y administrativas necesarias para la organización y funcionamiento del sector eléctrico, así como para la elaboración de las normas del régimen económico, siendo de notar que, en materia de tarifas, la Comisión elabora la propuesta de las tarifas eléctricas sobre la base de la mejor racionalidad técnica y económica y las somete a la consideración del Ejecutivo Nacional.

La autonomía administrativa es también necesaria para cumplir las funciones de control que la Ley asigna al ente regulador con relación a la autorización de las actividades de generación y comercialización; a la separación jurídica de las empresas; a la calidad del servicio eléctrico; a la constitución de las servidumbres necesarias para la expansión del servicio; a la liquidación y recaudación de los tributos establecidos en la Ley; a los requerimientos de solicitud y recepción de información y a la aplicación de las sanciones previstas en la Ley.

Por otra parte, para cumplir cabalmente las funciones de regulación y control, es evidente que debe realizarse una labor continua de supervisión de las actividades del sector eléctrico.

23. V., LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucía, “La nueva configuración jurídica del sector eléctrico tras la Ley 54/1997”, Documentación Administrativa, DA, 256, enero-abril 2000, *El derecho de la Energía en España*, Ministerio de Administraciones Públicas, España, p. 30.

En cuanto a la autonomía financiera, el ente regulador requiere indispensablemente contar con recursos propios y suficientes para cumplir todas las funciones que la Ley le atribuye y asegurar la idoneidad de sus funcionarios. Esto pretende lograrlo la Ley mediante la contribución especial prevista en el artículo 22, Numeral 2, y en la facultad de percibir los ingresos provenientes de las sanciones aplicadas, establecidas en el mismo artículo 22, Numeral 4.

1. Naturaleza jurídica de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica

Como se evidencia del contenido del artículo 15 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, ésta crea la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, como ente de regulación, supervisión, fiscalización y control de las actividades que constituyen el servicio eléctrico, con cierta autonomía funcional, administrativa y financiera.

Al respecto, el citado artículo 15 consagra:

Artículo 15. Se crea la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, que tendrá a su cargo, por delegación del Ministerio de Energía y Minas, la regulación, supervisión, fiscalización y control de las actividades que constituyen el servicio eléctrico.

La Comisión Nacional de Energía Eléctrica es un ente desconcentrado, con patrimonio propio e independiente del Fisco Nacional; gozará de autonomía funcional, administrativa y financiera en el ejercicio de sus atribuciones y estará adscrita al Ministerio de Energía y Minas.

La sede de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica es la ciudad de Caracas y podrá establecer dependencias en otras ciudades del país, en coordinación con los respectivos Concejos Municipales para el caso de la actividad de distribución”.

Esta redacción del texto legal plantea el problema, por lo demás de especial trascendencia jurídica, de si la Comisión es un ente desconcentrado o un instituto autónomo.

Es evidente que el texto normativo antes transcrito se presenta confuso y contradictorio en su alcance jurídico puesto que, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica de la Administración Pública, los entes desconcentrados nacionales no están dotados de patrimonio propio e independiente de la República ni son objeto de adscripción administrativa. Así se desprende, en efecto, del contenido de los artículos 93, 98 y 116 de la mencionada Ley Orgánica.

Además, sólo los institutos autónomos, como entes descentralizados funcionalmente, son susceptibles de tener patrimonio propio e independiente del Fisco Nacional, tal como se evidencia del artículo 98 de la citada Ley Orgánica de Administración Pública, cuyo texto consagra:

Artículo 98. Los institutos autónomos son personas jurídicas de derecho público de naturaleza fundacional, creadas por ley nacional, estatal u ordenanza municipal, conforme a las disposiciones de esta Ley, *dotadas de patrimonio propio e independiente de la República*, de los estados, del Distrito Metropolitano de la ciudad de Caracas y de los municipios, según sea el caso, con las competencias o actividades determinadas en la ley que los cree (Subrayado nuestro).

Como hemos expresado en anterior oportunidad, los institutos autónomos presentan, como nota esencial, inseparable lógicamente de la personalidad jurídica, el patrimonio propio. “La consecuencia inmediata de esta independencia patrimonial es que sus bienes, ingresos y obligaciones no forman parte del activo y pasivo de la República”²⁴.

24. GARRIDO ROVIRA, Juan, *Temas sobre la Administración Descentralizada en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1984, p. 47.

Por otra parte, si tenemos en cuenta el contenido del artículo 22 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, que establece los ingresos correspondientes a la Comisión, se concluye también que ésta debería ser calificada como un instituto autónomo.

Establece dicho artículo 22:

Artículo 22.- Los ingresos de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica serán los siguientes:

1. El aporte inicial que realice el Ejecutivo Nacional;
2. Las contribuciones especiales anuales de los usuarios del servicio eléctrico, las cuales no podrán exceder el uno y medio por ciento (1,5%) de los montos de sus facturas por concepto de compra de potencia y energía eléctrica. Dichas contribuciones serán recaudadas por las empresas eléctricas y deberán ser pagadas mensualmente a la Comisión. De no ser canceladas en el plazo estipulado se aplicarán intereses de mora de acuerdo con la tasa activa del mercado;
3. Las donaciones, aportes y cualesquiera otros bienes o derechos que reciba de personas naturales o jurídicas;
4. Los ingresos provenientes de las sanciones aplicadas;
5. Cualquier otro aporte que reciba de conformidad con la legislación vigente.

Así, además de tener patrimonio propio e independiente de la República, como lo consagra el referido artículo 15, el citado artículo 22 atribuye a la Comisión ciertos ingresos que sólo pueden percibirse cuando se disfruta de personalidad jurídica y patrimonio propio. Así ocurre, por ejemplo, con los ingresos mencionados en el numeral 4 del antes transcrito artículo 22 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico.

Igualmente, la Comisión debe actuar como liquidador y administrador de las contribuciones especiales establecidas en la ley lo cual lo convierte en un ente parafiscal cuya actuación jurídica tributaria ha de realizarse al amparo de su personalidad jurídica, siendo de destacar que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 22, numeral 2 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, antes transcrito el producto de las referidas contribuciones especiales forman parte del patrimonio de dicha Comisión a los fines del cumplimiento de los cometidos estatales que le quedan asignados.

2. Principios de actuación de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica

La Comisión ha de regirse por determinados principios de actuación entre los cuales cabe destacar que ella misma es la encargada de promover la competencia en la generación y en la comercialización de electricidad, al tiempo que debe proteger los derechos e intereses de los clientes del servicio eléctrico y promover la eficiencia, confiabilidad y seguridad en la prestación del servicio, así como el uso eficiente y seguro de la electricidad.

A este respecto, el artículo 16 de la Ley establece:

Artículo 16. La Comisión Nacional de Energía Eléctrica deberá actuar bajo los principios siguientes:

1. Proteger los derechos e intereses de los usuarios del servicio eléctrico;
2. Promover la eficiencia, confiabilidad y seguridad en la prestación del servicio, y el uso eficiente y seguro de la electricidad;
3. Velar por que toda demanda de electricidad sea atendida;
4. Garantizar el cumplimiento de los derechos y obligaciones de los agentes del servicio eléctrico, otorgados por esta Ley;

5. Promover la competencia en la generación y en la comercialización de electricidad;
6. Garantizar el libre acceso de terceros a los sistemas de transmisión y distribución;
7. Coordinar sus actuaciones con las autoridades municipales de conformidad con esta Ley.

3. Normas legales sobre el régimen de la Junta Directiva y del personal de la Comisión

A los fines jurídico-organizativos, es importante tener presente la normativa legal que establece el régimen de la Junta Directiva y del personal de la Comisión por cuanto de allí pueden derivar ciertos condicionamientos relativos a la organización y funcionamiento de la Comisión.

En este aspecto, puede considerarse la normativa de la Ley de acuerdo a la siguiente sistemática:

Integración y designación de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica. Designación y funciones de su Presidente.

La Junta Directiva de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica estará conformada por cinco miembros de libre nombramiento y remoción de los cuales tres (3) serán designados por el Presidente de la República, uno (1) por el Ministro o Ministra de Energía y Minas, y uno (1) por el Ministro o Ministra de la Producción y el Comercio. La Junta Directiva tendrá un presidente responsable de la administración ordinaria de la organización, el cual será designado del seno de dicha Junta, por el Presidente de la República (Artículo 19, encabezamiento).

Requisitos para ser miembro de la Comisión. Duración del cargo.

Los miembros de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica deberán ser venezolanos, de reconocida solvencia moral y competencia profesional en materias de electricidad, economía energética, regulación o administración de servicios públicos, y tendrán una dedicación a tiempo completo a sus cargos.

La designación de los cargos se hará por cinco (5) años, prorrogables por iguales lapsos, sin perjuicio de lo dispuesto en la primera parte de este artículo (Artículo 19, aparte único).

Impedimentos de designación.

No podrá ser designado miembro de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica:

1. Quien tenga parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el Presidente de la República, con el Ministro o Ministra de Energía y Minas, con el Ministro de la Producción y el Comercio o con los cónyuges de dichos funcionarios;
2. Quien directamente o cuyo cónyuge desempeñe funciones o sea accionista con poder de decisión en cualquiera de las empresas sometidas a la autoridad de esta Ley;
3. Quien sea cónyuge o tenga parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad con algún miembro de la Junta Directiva;
4. Quien desempeñe algún cargo por elección popular;
5. Quien tenga conflicto de intereses con el cargo a desempeñar (Artículo 20, encabezamiento).

Prevención de conflictos de interés.

Antes de tomar posesión de los cargos, los miembros de la Junta Directiva y los funcionarios de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica deberán renunciar a cualquier participación que tuviesen en forma directa o indirecta en la dirección o gestión de alguna de las empresas sometidas a la autoridad de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, así como a cualquier trabajo, empleo, contratación o consultoría en alguna de las empresas del servicio eléctrico (Artículo 20, Parágrafo Único).

Régimen del personal de la Comisión.

El personal de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, con excepción de los miembros de la Junta Directiva, será designado por su Presidente, seleccionado mediante procesos de convocatoria y concurso públicos y con base en principios de capacidad y méritos, y tendrá regímenes especiales de contratación, administración de personal, salarios y prestaciones que garanticen la idoneidad para el cumplimiento de sus funciones. La Comisión Nacional de Energía Eléctrica elaborará y someterá a la aprobación del Presidente de la República, por órgano del Ministerio de Energía y Minas y previa opinión de la Oficina Central de Personal, su estatuto de personal (Artículo 23).

VII. LA COMPETENCIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA ELÉCTRICA

La Ley contiene específicas normas atributivas de competencia a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica vinculadas al cometido estatal de dicha Comisión que, como se ha indicado, consiste en la regulación, supervisión, fiscalización y control de las actividades que constituyen el servicio eléctrico.

Es importante tener presente que “el concepto central por el cual han de medirse las relaciones recíprocas entre las autoridades es el de la competencia, por medio del cual se asegura la vinculación de la institución u órgano a la función”²⁵. Esta vinculación se realiza mediante unos medios y unas formas predeterminadas que permiten la realización en concreto de los fines de las personas públicas y de sus órganos.

En su sentido estricto, la competencia puede ser definida como la “aptitud que confiere la norma a un órgano individualizado para ejercitar un poder-deber en los términos y condiciones en aquella determinados, mediante actos formales o conductas significativas. De aquí que se haya llamado a la competencia *medida del poder*”²⁶.

En el caso de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, su competencia funcional comprende, como varias veces se ha expresado, la regulación, supervisión, fiscalización y control de las actividades que constituyen el servicio eléctrico.

Como puede apreciarse del contenido de los siguientes apartados, se han identificado más de ciento treinta atribuciones, en términos de textos normativos concretos, mediante las cuales la Comisión habrá de ejercer las funciones de regulación, supervisión, fiscalización y control que le encomiendan la Ley y el Reglamento General con relación a las actividades que constituyen el servicio eléctrico.

25. FORSTHOFF, E., *Tratado de Derecho Administrativo*. I.E.P., Madrid 1958, p. 573, citado por ARNANZ, Rafael A., *De la competencia administrativa*, Editorial Montecorvo, Madrid 1967, p. 25.

26. Cf., MOLES CAUBET, Antonio, “Régimen Jurídico del Urbanismo en Venezuela” en *Derecho Urbanístico*, Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Público, Caracas 1983, p. 494.

Las atribuciones mencionadas han de ser ejercidas en el marco de las correspondientes normas de derecho sustantivo y de los procedimientos aplicables según la naturaleza de la materia de que se trate, siendo de notar que las funciones de la Comisión inciden en más de treinta (30) materias relevantes desde el punto de vista legal.

Por ello, para adoptar criterios organizacionales adecuados en función de los cometidos estatales contenidos en la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, es indispensable tener en cuenta ciertos condicionantes jurídico-organizativos que pueden derivar de la relación existente entre la función, la materia de que se trate y el acto administrativo mediante el cual se concreta legalmente el ejercicio de la función con respecto a una determinada materia.

A continuación nos referimos a los diversos supuestos de la competencia de la Comisión en razón de la materia.

1. La competencia de regulación

La competencia de regulación se extiende, con base en la ley, a diversos campos del sector eléctrico y se expresa en actos administrativos generales de carácter normativo mediante los cuales la Comisión ordena la actuación de los diversos agentes que intervienen en la prestación del servicio eléctrico.

En este sentido, la competencia de regulación se traduce en un control normativo, entendido semánticamente como el dominio que ejerce la norma jurídica sobre el comportamiento de los individuos y de las instituciones.

Las funciones de regulación comprenden materias económicas, técnicas, operativas y administrativas en sentido amplio.

Las materias económicas están relacionadas, fundamentalmente, con los mercados, mayoristas y de tarifas reguladas; los precios en los nodos de intercambio del Sistema Eléctrico Nacional; los costos de los servicios prestados por el Centro a los agentes y las tarifas de las actividades reguladas.

En cuanto a los aspectos técnicos y operativos objeto de regulación basta una simple revisión de las atribuciones concretamente identificadas (Ver números referenciales 11 al 25) para señalar la necesidad de establecer, en diversos campos del servicio eléctrico, normas técnicas y de operación para lo cual la Comisión habrá de realizar los estudios y análisis correspondientes a través del personal capacitado para ello.

Las regulaciones administrativas se extienden a un amplio espectro de asuntos todos los cuales reclaman, igualmente, el establecimiento de normas específicas para cada tipo de asuntos, tal como puede apreciarse de los números referenciales 26 al 52.

El debido ejercicio de la función de regulación que se traducirá en seguridad y certeza jurídicas, es fundamental para la planificación de las inversiones sobre bases confiables por parte de los agentes del servicio eléctrico y aun de los propios entes u organismos estatales.

Resulta, por tanto, necesario que el ente regulador defina anticipadamente las reglas técnicas y administrativas para el sector que aparecen referidas, al menos, en la Ley.

Una práctica regulatoria consistente es indispensable para generar, por así decirlo, seguridad jurídica, en particular en aquellas áreas que resultan críticas para cualquiera de los aspectos necesarios para el desarrollo del sector.

Por la misma razón, resulta altamente conveniente utilizar el mecanismo de las audiencias públicas, con lo cual se proporciona una mayor transparencia al proceso de regulación y se aseguran, por así decirlo, criterios o insumos normativos por parte de los actores del mercado en general y del sector eléctrico en particular.

Quizás no sea posible al principio establecer en el sector eléctrico un proceso regulatorio totalmente abierto, en virtud de las características actuales del sector, pero sí podría existir un proceso regulatorio participativo a fin de que oportunamente todos los interesados puedan formular comentarios, observaciones u opiniones antes de adoptarse las decisiones finales.

Las funciones de regulación concretamente atribuidas a la Comisión según el texto de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico y de su Reglamento General son las siguientes:

A. Funciones de Regulación

1. Régimen económico

a. Mercados

Ley

1. Definir las modalidades, condiciones y garantías que regirán el desempeño tanto del Mercado Mayorista de Electricidad como el Mercado con Tarifas Reguladas, (Artículo 17, numeral 12).

2. Establecer los principios, metodologías y modelos que regirán la formación de precios de transacción en el mercado mayorista de electricidad (Artículo 78, Aparte Único).

Reglamento General

3. Dictar la normativa para los pagos de las transacciones en el mercado mayorista correspondientes a las empresas de generación. (Artículo 14).

4. Establecer, de acuerdo a ciertos fines la normativa del régimen económico de las actividades destinadas a la prestación del servicio eléctrico (Artículo 83).

5. Dictar la normativa en materia de las transacciones que se realicen en el Mercado Mayorista, así como lo referente al pago por el uso de las redes de transmisión. (Artículo 21, numeral 3).

6. Aprobar las reglas de funcionamiento del Mercado Mayorista, a propuesta del Centro Nacional de Gestión. (Artículo 21, numeral 14).

b. Precios

Ley

7. Identificar la mejor teoría, métodos y modelos de asignación óptima para la formación de los precios en los nodos de intercambio del Sistema Eléctrico Nacional, que regirá la formación de sus precios, así como de cuidar de su permanente discusión pública y de su actualización cuando así hubiere lugar, (Artículo 17, numeral 1).

c. Costos

Reglamento General

8. Dictar la normativa relativa a la facturación y cobro de los costos correspondientes al servicio prestado por el Centro a cada agente del Mercado Mayorista (Artículo 97).

d. Tarifas

Ley

9. Identificar la mejor teoría, métodos y modelos para la fijación de tarifas a ser aplicadas por las empresas que realizan actividades reguladas en el servicio eléctrico, así como cuidar de su permanente discusión pública y de su actualización cuando así hubiere lugar, (Artículo 17, numeral 2).

10. Elaborar la propuesta de las tarifas eléctricas a ser sometida al Ejecutivo Nacional para su consideración y aprobación, con fundamento en la normativa vigente en la materia, (Artículo 17, numeral 3).

2. Aspectos técnicos y operativos

a. Servicio eléctrico

Ley

11. Dictar cualesquiera otras normas y criterios técnicos, operativos y de funcionamiento relativos a las actividades del servicio eléctrico, (Artículo 17, numeral 18).

Reglamento General

12. Aprobar el Reglamento de Servicio (Artículo 26, numeral 1).

b. Sistema Eléctrico Nacional

Ley

13. Aprobar la Normas de Operación del Sistema Eléctrico Nacional, (Artículo 17, numeral 7).

14. Establecer los principios, metodologías y modelos que regirán la gestión del Sistema Eléctrico Nacional y el funcionamiento del Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico y procurar su mejoramiento continuo, (Artículo 17, numeral, 6).

Reglamento General

15. Aprobar las reglas de operación del Sistema Eléctrico Nacional a propuesta del Centro (Artículo 21, numeral 14).

Establecer normas para la constitución de garantías por parte de las empresas que ejerzan actividades de generación, transmisión, distribución, comercialización especializadas y gestión del Sistema Eléctrico Nacional (Artículo 112).

c. Plantas de generación

Ley

17. Dictar las normas técnicas necesarias para la instalación y operación de plantas de generación eléctrica, (Artículo 17, numeral 16).

18. Cumplir las normas técnicas para la instalación y operación de sus plantas, dictadas por la Comisión Nacional de Energía Eléctrica. (Artículo 25, numeral 3).

d. Actividad de transmisión

Ley

19. Delimitar, oída la opinión del Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico, los alcances técnicos y operativos de la actividad de transmisión, (Artículo 17, numeral 5).

Reglamento General

20. Establecer excepciones en los casos de instalaciones de transmisión (Artículo 15, Tercer aparte).
21. Calificar técnicamente a los generadores, distribuidores y grandes usuarios que requieran conectarse a la red de transmisión (Artículo 17).
22. Declarar ciertas instalaciones como redes de transporte (artículo 18, Aparte único).
23. Establecer el procedimiento para hacer efectivo el pago por los servicios de transmisión y distribución (artículo 89).

e. Libre acceso

Ley

24. Dictar las normas que regirán el acceso a la capacidad de transporte de las redes de transmisión y distribución de energía eléctrica, (Artículo 17, numeral 17).

Reglamento General

25. Establecer la normativa relativa a limitaciones a la conexión y al acceso a las redes pertinentes. (Artículo 113).

3. Aspectos administrativos

a. Calidad del servicio

Ley

26. Dictar las normas de calidad que regirán las actividades del servicio eléctrico y las normas para su fiscalización, (Artículo 17, numeral 14 y 40, numeral 5).

Dictar las Normas para la fiscalización de la calidad del servicio eléctrico por parte de los Municipios (Artículo 42, numeral 3).

b. Instalaciones de generación

Ley

Establecer las características de las instalaciones de generación que puedan ser exceptuadas de la obligación de separación contemplada en el artículo 6 de esta Ley, (Artículo 17, numeral 9).

29. Establecer el límite relativo a la prestación del servicio en los casos de instalaciones de autogeneración, cogeneración y de generación en sistemas independientes. (Artículo 26).

Reglamento General

30. Dictar las normas de funcionamiento para el sistema de ofertas de generación (artículo 85).
31. Dictar lineamientos sobre la permanencia de instalaciones de generación y transmisión existentes (Artículo 5 Aparte único).
32. Dictar la normativa para las indemnizaciones que correspondan a los agentes que resulten afectados por acciones indebidas del Centro. (Artículo 21, numeral 16).

c. Usuarios

Ley

33. Establecer los criterios para la clasificación de los usuarios, (Artículo 17, numeral 11).
34. Aprobar las normas que regirán las relaciones entre las empresas y sus usuarios y sus modificaciones, oída la opinión del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y el Usuario, (Artículo 17, numeral 15).

35. Establecer el límite para calificar a los grandes usuarios (Artículo 118).

36. Establecer las normas para la presentación de informes por parte de los agentes que realizan actividades en el servicio eléctrico, incluyendo el sistema uniforme de cuentas, y velar por su oportuna y adecuada consignación, (Artículo 17, numeral 21).

d. Mercados

Ley

37. Establecer limitaciones de cobertura geográfica y limitaciones de mercado a aquellas empresas que realicen actividades en el servicio eléctrico, (Artículo 17, numeral 10).

38. Establecer los límites de cobertura de mercado (Artículo 120).

e. Comercializadoras especializadas

Ley

39. Dictar las Normas para la constitución de garantías por parte de las empresas comercializadoras especializadas (Artículo 39, numeral 5).

40. Dictar la normativa aplicable a las empresas comercializadoras especializadas (Artículo 39, numeral 1).

f. Distribución

Ley

41. Establecer los criterios de resolución de los casos de superposición de áreas de servicio de distribución de electricidad (Artículo 110).

Reglamento General

42. Establecer normas relativas a diversos aspectos del servicio de distribución (Artículo 23, numerales 1 y 2).

43. Establecer el procedimiento para hacer efectivo el pago por los servicios de transmisión y distribución (Artículo 89).

g. Audiencias públicas

Ley

44. Convocar audiencias públicas en los casos previstos en el Reglamento de la Ley del Servicio Eléctrico y de acuerdo con el procedimiento que en él se establezca (artículo 18).

Reglamento General

45. Convocar audiencias públicas. (Artículo 117).

46. Elaborar normas sobre las audiencias públicas (Artículo 118).

47. Designar el Presidente, su Secretario y el Secretario en las audiencias públicas y determinar sus facultades (Artículo 119).

48. Establecer un presupuesto anual para las audiencias públicas y poner a disposición de las mismas, cuando lo amerite la asistencia técnica y jurídica necesaria. (Artículo 122).

49. Considerar las recomendaciones o acuerdos emanados de las audiencias públicas (Artículo 120).

h. Información

Establecer los criterios para la declaratoria de confidencialidad de la información (Artículo 4, aparte único).

51. Establecer normas para la presentación de informes por parte de los agentes del sector eléctrico (Artículo 4).

i. Aplicación de sanciones

52. Establecer los criterios relativos al incumplimiento reiterado y ocasional. (Artículo 107).

53. Establecer normas para la determinación de ciertas sanciones (Artículo 99).

54. Establecer las normas que regirán el pago por parte de los usuarios del servicio eléctrico nacional de las multas que les fueren aplicadas incluyendo los intereses de mora. (Artículo 26, numeral 3).

2. Las funciones de fiscalización y de supervisión

La competencia de fiscalización implica ciertas facultades específicas para verificar el cumplimiento de determinada normativa mediante los procedimientos administrativos aplicables.

La competencia de supervisión comprende la revisión, periódica o permanente, de ciertos actos o de ciertas actividades a objeto de que el supervisado o lo supervisado pueda actuar con máxima eficiencia desde el punto de vista administrativo o apegado a la normativa legal desde un punto de vista jurídico.

Con respecto a las funciones de supervisión y de fiscalización, éstas, como hemos ya indicado, pueden considerarse comprendidas, desde el punto de vista jurídico, en las funciones de control, en el sentido de que su realización o materialización específica se concreta jurídicamente en actos de control.

Especial atención debe prestarse a la función de fiscalización del Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico puesto que en este caso se trata de relaciones jurídico-administrativas entre dos entes estatales, razón por la cual la función de fiscalización se ha de ejercer dentro del marco tanto de la Ley como de los términos en que quede organizada la empresa del Estado que tendrá a su cargo la gestión del Sistema Eléctrico Nacional visto, particularmente, el contenido del artículo 33 de la Ley que atribuye al Ministerio de Energía y Minas la supervisión de dicha empresa.

Del contenido normativo de la función de gestión del Sistema Eléctrico Nacional, a que se refiere el artículo 34 de la Ley, se evidencia la necesidad de que la función de fiscalización de dicha gestión tenga un marco jurídico-organizativo adecuado dentro de la estructura de la Comisión puesto que de lo contrario la fiscalización podría devenir en interferencia o perturbación de la gestión.

A continuación indicamos el contenido normativo concreto relativo a las funciones de fiscalización y supervisión.

1. Economía de la energía

Ley

55. Velar por la aplicación de los programas que defina el Ministerio de Energía y Minas en materia de uso racional de la electricidad y de aprovechamiento de las fuentes alternas de energía, (Artículo 17, numeral 30).

2. Contratos de concesión

Ley

56. Supervisar el cumplimiento de los contratos de concesión que de manera expresa le hayan sido encomendados por los órganos concedentes de los mismos, (Artículo 17, numeral 34).

Reglamento General

57. Supervisar los contratos de concesión (Artículo 55).

3. Participación de los usuarios

Ley

58. Favorecer la organización de los usuarios y su participación en la supervisión del servicio eléctrico, (Artículo 17, numeral 25).

4. Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico

Ley

59. Fiscalizar el funcionamiento del Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico, (Artículo 17, numeral 8).

5. Auditorías

Ley

60. Fiscalizar la correcta aplicación de la Ley y su Reglamento y ordenar las auditorías que sean necesarias a estos fines, (Artículo 17, numeral 34).

6. Sistema Eléctrico Nacional

Ley

61. Fiscalizar la gestión del sistema eléctrico nacional (Artículo 33, Segundo Aparte).

Reglamento General

62. Verificar el cumplimiento de normas técnicas de operación. (Artículo 40).

3. Las funciones de Control

En cuanto a las funciones de control, que se traducen en actos de diverso carácter jurídico y que, como se verá más adelante, tienen múltiples manifestaciones en la esfera jurídico-administrativa, conviene señalar que la palabra control proviene del término francés *contrôle*. En francés, la etimología de la palabra *control* es: *contre-rôle*, es decir, revisión de un acto por doble registro; el *rôle* es aquí un documento escrito, oficial, redactado según fórmulas determinadas; de allí el sentido de *revisión*, de *inspección* atribuido al término control²⁷. En inglés, el sentido primero de la palabra *control* es el de *dominio* del cual deriva la noción misma de *autoridad* y, secundariamente, implica también la idea de *vigilancia*²⁸.

27. De BAECQUE, Francis, "El control en la Administración" en *Revista de Administración Pública* n° 24, Instituto Mexicano de Administración Pública, enero-abril 1973, p. 101.

28. *Ibidem*.

En castellano, la primera acepción del término control es la de inspección, fiscalización, intervención, y la segunda acepción es la de dominio, mando, preponderancia²⁹. Como se observa, en la lengua española la voz *control* tiene un significado amplio y presupone una cierta finalidad de subordinación del elemento controlado -sujeto pasivo- al elemento contralor -sujeto activo-. Con influencias, pues, de las lenguas francesa e inglesa, la palabra control ha adquirido en el vocabulario administrativo castellano una significación propia que puede resumirse, en términos generales, en “la comprobación de la regularidad de una actividad en relación a determinadas normas”³⁰. En este último sentido, la competencia de supervisión y fiscalización se encuentran integradas dentro de la competencia de control.

Sin embargo, ninguna de estas funciones tiene una sola expresión jurídica sino que se concreta a través de actos administrativos de diverso carácter y contenido legales.

Por lo que respecta a la función de control, ésta se concreta, en el caso de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, en actos autorizatorios, revocatorios, de intervención de concesionarias, sancionatorias, de control tributario y en la solicitud y recibo de información relevante para el cumplimiento de sus fines.

Específicamente, la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico y su Reglamento General establece las siguientes atribuciones en materia de control:

1. Autorización de actividades

Ley

63. Autorizar el ejercicio de la actividad de generación, autogeneración, cogeneración y comercialización especializada (Artículo 43, encabezamiento).

64. Establecer excepciones a la obligación de autorización para ejercer la actividad de generación (Artículo 43, Parágrafo Único).

65. Autorizar el ejercicio de la actividad de comercialización especializada. (Artículo 38).

Reglamento General

66. Autorizar la conexión de los autogeneradores a una red de transporte (Artículo 13).

67. Requerir documentos, informes o antecedentes en los casos de autorizaciones de generación (Artículo 34).

68. Prorrogar los lapsos en los casos de autorizaciones de generación (Artículo 33).

69. Declarar la caducidad de las autorizaciones (artículo 35).

70. Publicitar las autorizaciones otorgadas y llevar registro de las mismas (Artículo 37).

71. Revocar las autorizaciones de generación. (Artículos 38 y 39).

72. Aprobar la transferencia de autorizaciones (Artículo 40).

73. Autorizar en los casos de actividades de generación, el establecimiento de nuevas centrales, ampliación y modificación de las mismas y la conexión de unidades de generación de sistemas independientes a la parte del Sistema Eléctrico Nacional. (Artículo 29).

74. Autorizar, previa solicitud de los interesados, la realización de la actividad de generación. (Artículo 31).

29. Cf., *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Espasa Calpe S.A., Decimonovena Edición, Madrid 1970, p. 357.

30. Cf., CABALLERO ORTIZ, Jesús, *Los Institutos Autónomos*. Ediciones del Fondo de Inversiones de Venezuela, Caracas 1984, p. 243.

75. Determinar los recaudos y garantías necesarios en los casos de autorizaciones para comercialización especializada (Artículo 42).

2. Separación de actividades

Reglamento General

76. Opinar sobre la separación de actividades de las empresas. Solicitar en este sentido las aclaratorias, recaudos y explicaciones que estime pertinentes. Notificar la decisión al interesado sobre el proceso de separación de actividades (Artículos 123, 124, 125 y 126).

3. Servicio eléctrico nacional

a. Usuarios

Ley

77. Atender oportunamente los reclamos de los usuarios del servicio eléctrico, (Artículo 17, numeral 26).

Atender en última instancia los reclamos de los usuarios del servicio eléctrico nacional (Artículo 40, numeral 2).

Reglamento General

79. Conocer en última instancia acerca de los reclamos efectuados por parte de los usuarios del servicio eléctrico respecto del monto de las facturas. (Artículo 27).

b. Calidad del servicio

Ley

80. Publicar evaluaciones periódicas respecto a la calidad de los servicios y a la gestión de las empresas eléctricas y proporcionar a los interesados toda la información disponible, (Artículo 17, numeral 22).

4. Servidumbres

Ley

81. Autorizar el inicio del procedimiento de constitución de servidumbres que le sean solicitadas de conformidad con esta Ley, (Artículos 17, numeral 20 y 66).

82. Calificar y autorizar la urgente realización de la obra a los fines de la ocupación previa del inmueble correspondiente (Artículo 68).

5. Tributos

Ley

83. Liquidar, recaudar y recibir de los agentes que participan en el servicio eléctrico, las contribuciones especiales anuales que para su funcionamiento establece esta Ley, (Artículo 17, numeral 29).

6. Sanciones

Ley

84. Asegurar la correcta aplicación de los precios y tarifas del servicio eléctrico y aplicar las sanciones que correspondan, (Artículo 17, numeral 4).

85. Aplicar las sanciones administrativas previstas en esta Ley, (Artículo 17, numeral 27).

86. Amonestar públicamente a las empresas eléctricas que incurran en infracciones. (Artículo 99, Primer aparte).

Reglamento General

87. Aplicar sanciones a las concesionarias (Artículo 55).

88. Recibir el producto de las multas e intereses de mora recaudadas por las comercializadoras especializadas. (Artículo 25, numeral 2).

89. Designar la oficina recaudadora donde se pagarán las multas (Artículo 103).
90. Establecer la cuenta para el depósito del producto de las multas (Artículo 104).
91. Constituir fideicomisos con el producto de las multas (Artículo 105, Aparte único).
92. Establecer mecanismos para la devolución del fideicomiso cuando fuere procedente. (Artículo 105 Aparte único).

7. Intervención de las concesionarias

Ley

93. Intervenir las empresas eléctricas, públicas o privadas, en los casos previstos en esta Ley, previa autorización del Ministro de Energía y Minas, (Artículo 17, numeral 28).

94. Impartir instrucciones a las concesionarias en los casos de intervención preventiva (Artículo 51, numeral 2).

Reglamento General

95. Intervenir a las concesionarias previa autorización del Ministro (Artículo 57).
96. Notificar en forma escrita a las concesionarias la apertura del procedimiento sobre la declaratoria de intervención. (Artículo 58).
97. Designar el Interventor de la concesión (Artículo 59).
98. Informar al Ministerio una vez declarada la intervención definitiva. (Artículo 60).

8. Registros

a. Registro de contratos

Ley

99. Llevar el registro de los contratos suscritos por las empresas generadoras con otras generadoras, distribuidoras, comercializadoras o grandes usuarios (Artículo 25, numeral 5).

100. Llevar el registro de las contrataciones entre las empresas comercializadoras especializadas y los otros agentes del mercado mayorista (Artículo 39, numeral 2).

101. Llevar el Registro de las contrataciones realizadas entre las empresas de distribución y los otros agentes del mercado eléctrico (Artículo 36, numeral 7).

b. Otros registros

Ley

102. Llevar los registros que sean necesarios, (Artículo 17, numeral 19).

Reglamento General

103. Llevar un registro de las autorizaciones otorgadas (Artículo 37).

9. Información

a. Recepción de información

Ley

104. Recibir información del Centro Nacional de Gestión del Sector Eléctrico sobre violaciones o conductas contrarias a la Ley (Artículo 34, numeral 11).

105. Recibir información del Centro Nacional de Gestión del Sector Eléctrico sobre las situaciones de emergencia, las fallas y los riesgos potenciales relativos al sistema eléctrico nacional (Artículo 34, numeral 5).

106. Recibir información del Centro Nacional de Gestión del Sector Eléctrico sobre la operación actual y futura de dicho sistema (Artículo 34, numeral 12).

107. Recibir copia de las servidumbres convencionales registradas (Artículo 64).

- 108. Requerir información a las empresas comercializadoras (Artículo 39, numeral 8).
- 109. Requerir información a las empresas distribuidoras (Artículo 36, numeral 11).
- 110. Requerir Información al Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico (Artículo 34, numeral 4).

Reglamento General

- 111. Recibir información sobre el proceso de separación de actividades (artículo 124).
- 112. Recibir información sobre el incumplimiento de pagos entre agentes (Artículo 21, numeral 3).
- 113. Recibir copia de los acuerdos relativos al uso de instalaciones eléctricas para fines distintos al servicio eléctrico (Artículo 82).
- 114. Recibir información por parte de las empresas de distribución de energía eléctrica, acerca de los reclamos de sus usuarios y las decisiones adoptadas sobre cada uno de ellos. (Artículo 23, numeral 6).
- 115. Recibir información por parte del titular de la autorización de generación sobre la entrada en funcionamiento de la instalación, modificaciones, ampliaciones efectuadas o de la conexión al Sistema Interconectado Nacional. (Artículo 36).
- 116. Requerir información a los agentes del sector eléctrico. (Artículo 4, encabezamiento).
- 117. Requerir información a los fines de las autorizaciones de generación (Artículo 31).
- 118. Requerir los documentos, informes o antecedentes que considere necesario a los fines del otorgamiento de la autorización. (Artículo 34).

b. Suministro de información

Ley

- 119. Informar completa, precisa y oportunamente a los usuarios del servicio, las organizaciones estatales, municipales, parroquiales y de vecinos, sobre el desarrollo de las actividades destinadas a la prestación del servicio de electricidad y sobre el desempeño de los agentes prestadores de este servicio. (Artículo 17, numeral 23).
- 120. Presentar al Ministro de Energía y Minas y hacer del conocimiento público, dentro de los sesenta (60) días siguientes al cierre de cada ejercicio anual, un informe de su gestión, (Artículo 17, numeral 33).

Reglamento General

- 121. Informar al Ministerio de Energía y Minas en los casos de cese de la explotación de unidades de generación Artículo (41).

D. Otras funciones administrativas de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica

1. Opiniones

Ley

- 122. Opinar en los casos de la separación de la gestión económica y la gestión técnica en el Sistema Eléctrico Nacional. (Artículo 33, Párrafo Único).
- 123. Opinar sobre el establecimiento de subsidios (Artículo 114).
- 124. Consulta sobre la administración del fondo de subsidios (Artículo 117).

2. Coordinación

Ley

- 125. Coordinarse con el Ministerio de Energía y Minas en los casos de otorgamiento de concesión para nuevas instalaciones de transmisión. (Artículo 44, Aparte único).

126. Coordinar con los Concejos Municipales la actividad de distribución. (Artículo 15, Segundo aparte).

127. Coordinar sus actuaciones con las autoridades municipales de conformidad con la Ley (Artículo 16, numeral 7).

Reglamento General

128. Coordinarse con el Ministerio de Energía y Minas a fin de que los intercambios internacionales de electricidad cumplan con la Ley y su Reglamento. (Artículo 3).

3. Cooperación administrativa

Ley

129. Apoyar la formulación del plan de desarrollo del Sector Eléctrico Nacional (Artículo 13).

F. Resolución de conflictos.

Ley

130. Resolver los conflictos que sean sometidos a su consideración por algún agente del servicio eléctrico, (Artículo 17, numeral 24).

G. Recursos de reconsideración.

Ley

Conocer y decidir los recursos de reconsideración contra sus decisiones (Artículo 21).

VIII. CONCLUSIONES

Formulamos a continuación ciertas conclusiones con respecto al significado e implicaciones jurídicas de las atribuciones que tiene encomendadas la Comisión, conclusiones que fueron sugeridas en oportunidad anterior a la Cámara Venezolana de la Industria Eléctrica (CAVEINEL), como parte de un trabajo elaborado a su solicitud sobre aspectos jurídico-organizativos de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica.

1°. Las funciones de regulación comprenden materias económicas, técnicas, operativas y administrativas en sentido amplio. Las materias económicas están relacionadas, fundamentalmente, con los mercados, mayorista y de tarifas reguladas; los precios en los nodos de intercambio del Sistema Eléctrico Nacional; los costos de los servicios prestados por el Centro a los agentes y las tarifas de las actividades reguladas.

En cuanto a los aspectos técnicos y operativos objeto de regulación basta una simple revisión de las atribuciones concretamente identificadas (Ver números referenciales 11 al 25) para señalar la necesidad de establecer, en diversos campos del servicio eléctrico, normas técnicas y de operación para lo cual la Comisión habrá de realizar los estudios y análisis correspondientes a través del personal capacitado para ello.

Las regulaciones administrativas se extienden a un amplio espectro de asuntos todos los cuales reclaman, igualmente, el establecimiento de normas específicas para cada tipo de asuntos, tal como puede apreciarse de los números referenciales 26 al 52.

2°. Estimamos que de todas estas amplias atribuciones de regulación deriva un importante condicionamiento jurídico-organizativo en el sentido de que debería existir una unidad de regulación, que tenga a su cargo la identificación y formulación de las regulaciones técnicas y administrativas.

Al respecto, puede señalarse que el aparte único del artículo 19 de la Ley Orgánica prevé, expresamente, la competencia profesional, entre otras calificaciones profesionales posibles, como una de las condiciones para desempeñar el cargo de miembro de la Junta Directiva de la Comisión. Si, además, tenemos en cuenta que los cargos de los referidos miembros son a tiempo completo, luce altamente conveniente, para la buena organización y funcionamiento de la Comisión, que un directivo tenga a su cargo permanentemente todo lo relativo a la dirección, coordinación y supervisión de la formulación de los proyectos de normas que han de ser llevados a la consideración de la Junta Directiva.

El debido ejercicio de la función de regulación, que se traducirá en seguridad y certeza jurídicas, es fundamental para la planificación de las inversiones sobre bases confiables por parte de los agentes del servicio eléctrico y aun de los propios entes u organismos estatales. Resulta, por tanto, necesario que el ente regulador defina anticipadamente las reglas técnicas y administrativas para el sector que aparecen referidas, al menos, en la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico.

Una práctica regulatoria consistente es indispensable para generar, por así decirlo, certeza legal, en particular en aquellas áreas que resulten críticas para los aspectos abiertos a la competencia.

Por la misma razón, resulta altamente conveniente utilizar el mecanismo de las audiencias públicas, con lo cual se proporciona una mayor transparencia al proceso de regulación y se aseguran, por así decirlo, criterios o insumos normativos por parte de los actores del mercado y del sector eléctrico.

Como se ha indicado, tal vez no sea posible establecer en el sector eléctrico un proceso regulatorio totalmente abierto, en virtud de las características actuales del sector, pero sí podría existir un proceso regulatorio altamente participativo a fin de que oportunamente todos los interesados puedan formular comentarios, observaciones u opiniones antes de adoptarse las decisiones finales.

3°. Con respecto a las funciones de supervisión y de fiscalización, éstas, como hemos ya indicado, pueden considerarse comprendidas, desde el punto de vista jurídico, en las funciones de control, en el sentido de que su realización o materialización específica se concreta jurídicamente en actos de control.

Jurídicamente, especial atención debe prestarse a la función de fiscalización del Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico puesto que en este caso se trata de relaciones jurídico-administrativas entre dos entes estatales, razón por la cual la función de fiscalización se ha de ejercer tanto dentro del marco de la Ley Orgánica como de los términos en que quede organizada la empresa del Estado que tendrá a su cargo la gestión del Sistema Eléctrico Nacional visto, particularmente, el contenido del artículo 33 la Ley, que atribuye al Ministerio de Energía y Minas la supervisión de dicha empresa.

Cuando se observa el contenido normativo de la función de gestión del Sistema Eléctrico Nacional, a que se refiere el artículo 34 la Ley, se evidencia la necesidad de que la función de fiscalización de dicha gestión tenga un marco jurídico-organizativo adecuado dentro de la estructura de la Comisión puesto que de lo contrario la fiscalización podría devenir en interferencia o perturbación de la gestión. Ello obliga, pues, a establecer anticipadamente, en términos jurídico-organizativos, las relaciones entre la Comisión y el Ministerio mencionado en cuanto a la supervisión de la empresa por parte de éste y a la fiscalización de la función de gestión del Sistema Eléctrico Nacional por parte de aquélla.

Desde luego, este tema tiene un contenido altamente técnico y, por tanto, deberán precisarse cuáles aspectos han de ser objeto de, por así decirlo, una permanente fiscalización y cuáles pueden ser objeto de una cierta fiscalización puntual o periódica.

4°. Por lo que respecta a la función de control, ésta se concreta, en el caso de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, en actos autorizatorios, revocatorios, de intervención de concesionarias, sancionatorios, de control tributario y en la solicitud y recibo de información relevante para el cumplimiento de sus fines.

Para el ejercicio de esta función de control se requerirán, lógicamente, las unidades administrativas que organizacionalmente se estimen adecuadas, pero, desde el punto de vista jurídico, conviene advertir la necesidad de que la organización interna permita la incidencia, oportuna y adecuada, del elemento o componente de orden legal, por cuanto en definitiva la función de control se ejercerá mediante actos administrativos de efectos particulares recurribles en reconsideración y en vía jurisdiccional.

Por ello, será necesario la actuación coordinada de la unidad administrativa pertinente con la unidad jurídica (consultoría u otra) a fin de cumplir con el procedimiento legal aplicable (administrativo general o especial, tributario, etc) y sustanciar y soportar adecuadamente la decisión desde el punto de vista sustantivo.

Esta relación de coordinación cobra particular importancia si se observa que el ejercicio del recurso de reconsideración es potestativo para el particular, lo cual obliga a la Comisión a decidir teniendo en cuenta que el particular afectado o interesado puede acudir directamente a la vía jurisdiccional.

5°. Finalmente, particular importancia tiene lo relativo al reglamento interno y demás normas de organización y funcionamiento de la Comisión, las cuales, además de resultar indispensables para la adopción de las decisiones, deberían reflejar las características de profesionalidad, autonomía relativa, transparencia y certeza jurídica que se aprecian como *desideratum* de la normativa de la Ley Orgánica.

Es de desear que oportunamente pueda darse cumplimiento a lo previsto en los artículos 103 y 104 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico a los fines de que la Comisión pueda entrar en funcionamiento en un plazo no mayor de un año, contado a partir de la publicación de la Ley, y que, en ese mismo plazo, se dicten las normas reglamentarias necesarias para garantizar tanto el funcionamiento de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica como del Centro Nacional de Gestión del Sistema Eléctrico. De esta forma, se podrá, de una parte, superar la dispersión regulatoria a que ha estado tradicionalmente sometido el sector eléctrico venezolano, así como el insuficiente rango formal de la normativa ordenatoria de dicho sector, y, de otra parte, lograr una intervención intensa pero razonable por parte de las autoridades públicas competentes³¹.

Como toda reforma, la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico supone cambios, los cuales requieren actitudes proactivas por parte de los agentes del sector eléctrico y atento examen de parte de los reguladores sobre las circunstancias actuales del sector y su evolución a medida que se implanten las nuevas normas y regulaciones.

Cabe destacar también que, para apoyar la reforma del sector eléctrico, conviene realizar una “utilización prudente de Disposiciones Transitorias que de señales positivas y

31. V., HERNÁNDEZ G., José Ignacio, “Reflexiones sobre la nueva ordenación del sector eléctrico venezolano, en Derecho y Sociedad”, *Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila* n° 1, Caracas octubre 2000, pp.167 y ss.

procure avance de la reforma con beneficios tangibles, evitando distorsiones en el funcionamiento del sector o perjuicios al servicio eléctrico prestado³².

Finalmente, como ya se ha señalado, combinar competencia y regulación no es tarea fácil ni tampoco lo es equilibrar el elemento negocial o comercial del servicio eléctrico con el elemento de servicio público. De allí que tanto las empresas como los organismos estatales con atribuciones directas o indirectas en el sector eléctrico deben observar atentamente la evolución de las circunstancias nacionales e internacionales que puedan afectar la eficacia de la reforma.

32. VILLARROEL H, Gustavo, "Reforma del Sector Eléctrico venezolano", Ponencia presentada en la *XXI Mesa Redonda sobre la Industria Eléctrica*, Caracas 1998.

§ 88. RÉGIMEN AUTORIZATORIO DE LOS SERVICIOS PRESTADOS CON TECNOLOGÍA VoIP EN VENEZUELA

Daniel Oquendo
Profesor de la Universidad Monte Ávila,
Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

La importancia de determinar la regulación, y particularmente, el régimen autorizatorio aplicable a la prestación de servicios basados en la utilización de VoIP radica en que, si se consideran servicios de telecomunicaciones a los efectos de la Ley, los prestadores de éstos requieran la respectiva habilitación administrativa y atributos; estarán obligados a cumplir con los deberes que le señalan a los operadores de telecomunicaciones el artículo 15 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones¹ y, de acuerdo con el artículo 171 de esa misma ley, se les puede revocar la habilitación por no cumplir los parámetros de calidad, cobertura y eficacia que determine la Comisión Nacional de Telecomunicaciones para el atributo respectivo, ocasionando también la revocatoria de los atributos que hubieran cumplido los parámetros señalados.

El mencionado artículo 15 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones les señala los siguientes deberes a los operadores de telecomunicaciones debidamente acreditados:

“1. Respetar los derechos de los usuarios establecidos en la Constitución y en la ley, a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno.

2. Respetar las condiciones de calidad mínimas establecidas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, en la prestación de sus servicios, de conformidad con los reglamentos de esta Ley;

3. Cumplir con las obligaciones previstas en la habilitación administrativa correspondiente;

4. Actuar bajo esquemas de competencia leal y libre, de conformidad con la ley;

5. Publicar los precios máximos de los servicios que prestan a los usuarios, con por lo menos quince días continuos de antelación a su entrada en vigencia, en diarios que tengan mayor circulación en el área geográfica en la que actúan o, en su defecto, en diarios de circulación nacional, así como notificar a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, dentro de este mismo plazo, los precios máximos de los servicios antes señalados.

6. Cumplir las decisiones que de conformidad con esta Ley y sus reglamentos dicte la Comisión Nacional de Telecomunicaciones;

1. Publicada en la *G.O.* de la República Bolivariana de Venezuela n° 36.970 de fecha 12 de junio de 2000.

7. Pagar oportunamente los tributos legalmente establecidos;
8. Contribuir a la realización de los planes nacionales de telecomunicaciones, en la forma que determine el reglamento respectivo;
9. Orientar sus actividades y procedimientos al cumplimiento de la ley y los reglamentos.
10. Cumplir con las obligaciones de asistencia, prestación de servicios, suministro y provisión de bienes y recursos, y con todas aquellas obligaciones que se establezcan en la normativa aplicable a los servicios de telecomunicaciones en estados de excepción, y en los planes para estados de excepción que al efecto se formulen.
11. Presentar sus estados financieros atendiendo a las particularidades del plan único de cuentas que dicte la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, de conformidad con la ley y los reglamentos.
12. Las demás que se deriven de disposiciones legales y reglamentarias”.

Así mismo, el artículo 171 señala que los operadores de telecomunicaciones serán sancionados con la revocatoria de la habilitación administrativa o concesión, en los casos siguientes:

- “1. El destinatario de una obligación de Servicio Universal que incumpla con las previsiones, actividades y cargas derivadas del mismo;
2. El que incumpla los parámetros de calidad, cobertura y eficiencia que determine la Comisión Nacional de Telecomunicaciones;
3. El que no haga uso efectivo de la porción del espectro radioeléctrico que le hubiese sido asignada, en los términos y condiciones establecidos al efecto;
4. El que inobserve una medida provisionalísima o cautelar dictada por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, de conformidad con lo establecido en esta Ley;
5. El que cause interferencias a servicios de telecomunicaciones, en forma dolosa;
6. El que utilice o permita el uso de los servicios de telecomunicaciones para los cuales está habilitado, como medios para coadyuvar en la comisión de delitos;
7. El que de forma dolosa suministre información a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones fundada en documentos declarados falsos por sentencia definitivamente firme;
8. Quien incumpla con la obligación de obtener la aprobación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en las operaciones a las que se refiere el artículo 195 de esta Ley;
9. Quien evada el pago de los tributos previstos en esta Ley;
10. La reincidencia en alguna de las infracciones a las que se refiere esta Sección en el plazo de un año contado a partir del momento en que la sanción anterior quede definitivamente firme.
11. La revocatoria de la concesión del espectro radioeléctrico implicará la revocatoria de la habilitación administrativa correspondiente y viceversa”.

En Venezuela, aunque ya se ha empezado a tratar el tema de la regulación de la VoIP a nivel doctrinal², no existe un pronunciamiento oficial ni una regulación específica al respecto.

Ante esta situación se pueden adoptar dos posiciones, la primera consiste en catalogar los servicios prestados con VoIP como *nuevos servicios de telecomunicaciones* y, en consecuencia, solicitar a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) que los regule expresamente, y la segunda, en considerar que con VoIP no se prestan servicios nuevos sino que ésta constituye una nueva tecnología para prestar servicios ya contemplados en las regulaciones vigentes.

La primera posición se basaría en la competencia de CONATEL para regular nuevos servicios de telecomunicaciones en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, el cual señala lo siguiente:

Artículo 11: La Comisión Nacional de Telecomunicaciones, antes de producir o modificar los actos normativos que puede dictar de conformidad con esta Ley, realizará consultas públicas previas con los sectores interesados.

A tales efectos establecerá mediante resolución los mecanismos que permitan asegurar la oportuna información de los interesados y la posibilidad que aporten sugerencias o recomendaciones, en los términos y condiciones que se determinen, para lo cual procurará el establecimiento de mecanismos abiertos, electrónicos o audiovisuales.

Las personas, naturales o jurídicas, podrán proponer a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones la regulación de nuevos servicios de telecomunicaciones. (Destacado nuestro).

En ese mismo sentido, el artículo 1 de la Resolución Contentiva de los Atributos de las Habilitaciones Administrativas³ establece que:

La presente Resolución tiene por objeto definir los atributos que se podrán incorporar a las habilitaciones administrativas de telecomunicaciones, de conformidad con las disposiciones de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, sus reglamentos y demás normas aplicables, *sin perjuicio de la posibilidad de los particulares de proponer a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones la regulación de nuevos servicios de telecomunicaciones.*(Destacado nuestro).

Aunque CONATEL tenga competencia para regular “nuevos servicios de telecomunicaciones”, nos inclinamos por la segunda posición, ya que a pesar de las muchas ventajas que significa VoIP, con ésta no se prestan nuevos servicios de telecomunicaciones.

Sostener la opinión contraria (la primera posición) implica obviar que la VoIP constituye un producto de la convergencia de tecnologías⁴, con la cual se presta, de un modo ciertamente novedoso, servicios de valor agregado, transporte y telefonía, los cuales ya están previstos en las regulaciones vigentes.

El presente trabajo pretende explicar las razones que sustentan esta afirmación y determinar el régimen autorizador aplicable a la prestación de servicios basados en VoIP.

2. VILCHEZ, María Alejandra, “Voz sobre IP. ¿Un servicio de telefonía?” *Revista de Derecho Administrativo* n° 11, Editorial Sherwood, Caracas enero-abril 2001, p.183

3. *G.O.* n° 37.233 de fecha 8 de junio de 2001.

4. Entendemos la Convergencia como la tendencia a la creación de redes singulares capaces de soportar tráfico de diferente tipo como audio, video, servicios multimedia interactivos.

II. ESPECIFICACIONES TÉCNICAS Y VENTAJAS DE VoIP

La Voz sobre IP recibe nombres como Telefonía sobre Internet, Telefonía IP, Voz sobre la Red (*Voice on the Net*), *Web phones services* y Voz por Internet. Sin embargo, a efectos de este estudio, comprenderemos bajo la denominación *Voz sobre IP* (VoIP), no sólo las comunicaciones de este tipo que se hacen a través de Internet, sino cualquier otra que se pueda hacer a través de una red de conmutación de paquetes con protocolo IP, y aun los casos en que la red de conmutación de paquetes esté conectada con una red de conmutación de circuitos.

De manera general, la tecnología de voz sobre IP (VoIP) puede definirse como el transporte de voz sobre redes que usen el protocolo IP (Internet Protocol)⁵.

Esta tecnología digitaliza la voz del usuario, la comprime y envía en paquetes de datos IP, los cuales se transmiten por una red que utiliza ese protocolo. Cuando alcanzan su destino, son ensamblados de nuevo, descomprimidos y convertidos en la señal de voz original.

Si la comunicación se establece entre computadoras personales, es necesario que se disponga de tarjeta de sonido, micrófono, altavoz y software de comunicación, mientras que si en uno o en dos de los extremos de la comunicación existe un terminal telefónico, se hace necesario el uso de ciertos equipos conocidos como pasarelas o *gateways*, para, por un lado, convertir la voz procedente de la red telefónica básica en paquetes de datos que puedan transmitirse por una red IP, y viceversa; por otro, traducir números telefónicos en direcciones IP.

Estas redes IP son de conmutación de paquetes a diferencia de la red telefónica, que es de conmutación de circuitos, lo que significa que la VoIP maneja la información como paquetes de datos, cada uno conteniendo información suficiente de dirección, que se envían en uno u otro sentido para alcanzar su destino.

Por lo tanto, con VoIP se pueden prestar servicios de transmisión de datos, entendiendo por éstos aquel grupo de servicios que permiten la interconexión de sistemas informáticos entre sí (computadores, LANs, nodos X.25, routers, etc.) mediante técnicas de conmutación de paquetes, de tramas, etc.⁶

Sin embargo, si esta comunicación de voz se realiza entre terminales telefónicos y parte de la transmisión se lleva a cabo sobre una red telefónica conmutada, se estará prestando un servicio de telefonía⁷.

Dentro de las ventajas de la VoIP se encuentran el ahorro económico, la posibilidad de tener un departamento de servicio de información que soporte ambas redes de voz y datos, además, hace redundante las herramientas de infraestructura habituales, entre las que se encuentran los puertos físicos para servicios como el correo de voz.

Así, en una red de voz de circuito conmutado, el correo de voz se vende sobre la base de número de buzones de correo y el número de puertos físicos que se necesitan para soportar usuarios simultáneos, pero con VoIP, ya no son necesarios los puertos físicos de circuitos conmutados, ya que el servidor de correo de voz sólo necesita tener una conexión IP.

5. GRETEL 2000, *Convergencia, Competencia y Regulación en los Mercados de las Telecomunicaciones, el Audiovisual e Internet*. Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicaciones. Gráficas Reunidas, S.A., t II, Madrid 2000, p.791.

6. HUIDOBRO MOYA, José Manuel, *Redes y Servicios de Telecomunicaciones*, Unigraf, S.L., Madrid 2001, p. 48.

7. HUIDOBRO MOYA, José Manuel, *Redes y Servicios de Telecomunicaciones*, Unigraf, S.L., Madrid 2001, p. 47.

VoIP también permite que los sistemas de correo de voz se coloquen en plataformas basadas en estándares (como PC y máquinas UNIX), abaratando los costos, ya que cuando una plataforma está basada en estándares es poco probable que el precio sea muy elevado⁸.

III. APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PRESTADOS CON LA TECNOLOGÍA VoIP

Una de las dificultades que se han planteado los entes reguladores de las telecomunicaciones de algunos países es la imposibilidad de regular la transmisión de voz digitalizada sobre redes IP por considerarse que ese no es un servicio de telecomunicaciones.

En Venezuela, esa discusión no tiene cabida pues la transmisión de voz digitalizada sobre redes IP encuadra perfectamente dentro de la definición de telecomunicaciones contenida en el encabezado del artículo 4 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, según el cual “*se entiende por telecomunicaciones toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por hilo, radioelectricidad, medios ópticos, u otros medios electromagnéticos afines, inventados o por inventarse*”.

Así, quien preste servicios de telecomunicaciones utilizando VoIP, se somete al ordenamiento jurídico sectorial de las telecomunicaciones, integrado por disposiciones constitucionales, legales, reglamentarias, así como a resoluciones emanadas de los organismos reguladores del sector.

Este régimen jurídico se caracteriza por considerar a las telecomunicaciones como una actividad económica libre en la cual se justifica una amplia intervención de la Administración en virtud del interés general.

En este sentido, el artículo 1 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones dispone que no pueden existir más restricciones al ejercicio del derecho a realizar actividades de telecomunicaciones que aquéllas establecidas por la Constitución y las leyes, por lo que se entienden *libres* las actividades de telecomunicaciones necesarias para prestar servicios con VoIP, dentro de los términos del artículo 112 de la Constitución, el cual reconoce lo siguiente:

Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social.

Y en consecuencia, la técnica autorizatoria que se le aplique a los servicios que usen VoIP se debe limitar a reconocer este derecho en cabeza de aquél que cumple con los requisitos para ostentar la cualidad de operador de esos servicios de telecomunicaciones.

La técnica autorizatoria está contemplada en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y consiste en concesiones para uso y explotación de porciones del espectro radioeléctrico y habilitaciones administrativas para prestar servicios de telecomunicaciones, a las cuales se le incorporan determinados atributos para especificar las actividades y servicios concretos que su titular pueda prestar.

8. DAVISON, Jonathan, *Fundamentos de Voz sobre IP*, CISCO PRESS, Madrid 2001, pp.126 y 127.

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en el único aparte del artículo 16, señala que “En los casos en que se requiera el uso del espectro radioeléctrico, el operador deberá obtener además la correspondiente concesión”, y el artículo 73 de esa Ley define esta concesiones de uso y explotación del espectro radioeléctrico de la siguiente manera:

La concesión de uso del espectro radioeléctrico es un acto administrativo unilateral, mediante el cual la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), otorga o renueva, por tiempo limitado, a una persona natural o jurídica la condición de concesionario para el uso y explotación de una determinada porción del espectro radioeléctrico, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley. Sin perjuicio de las disposiciones legales y reglamentarias aplicables, las relaciones derivadas de una concesión se regularán en el respectivo contrato de concesión.

De acuerdo con el artículo 29 del Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico⁹, existen tres tipos de concesiones de uso y explotación del espectro radioeléctrico: 1) concesiones de radiodifusión, 2) concesiones generales y 3) concesiones de recursos orbitales y porciones de espectro radioeléctrico asociados.

Las habilitaciones administrativas y los atributos son previstos en el artículo 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de la siguiente manera:

La habilitación administrativa es el título que otorga la Comisión Nacional de Telecomunicaciones para el establecimiento y explotación de redes y para la prestación de servicios de telecomunicaciones, a quienes hayan cumplido los requisitos y condiciones que a tales fines establezca dicho órgano, de conformidad con esta Ley.

Las actividades y servicios concretos que podrán prestarse bajo el amparo de una habilitación administrativa se denominarán atributos de la habilitación administrativa, los cuales otorgan los derechos y deberes inherentes a la actividad para la cual ha sido habilitado el operador.

El Reglamento de Habilitaciones Administrativas desarrolla el régimen de las habilitaciones administrativas para el establecimiento y explotación de redes y para la prestación de servicios de telecomunicaciones, estableciendo los siguientes cinco (5) tipos de habilitaciones: 1) habilitación de radiodifusión sonora y televisión abierta; 2) habilitación de radiodifusión sonora y televisión abierta comunitaria, de servicio público, sin fines de lucro; 3) habilitación de radioaficionados; 4) habilitaciones especiales y 5) habilitaciones generales¹⁰.

Este régimen autorizador sólo puede ser implementado por el Poder Ejecutivo Nacional, específicamente por el Ministerio de Infraestructura y por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, según el caso.

9. Publicado en *G.O.* de la República Bolivariana de Venezuela n° 37.085 del 24 de noviembre de 2000.

10. De acuerdo con el Artículo 3 de la Resolución Contentiva de los Atributos de las Habilitaciones Administrativas, los atributos que se pueden incorporar a las habilitaciones administrativas generales son los siguientes: telefonía fija local, telefonía de larga distancia nacional, telefonía de larga distancia internacional, telefonía móvil y servicios de Internet.

IV. EL RÉGIMEN AUTORIZATORIO DE LOS SERVICIOS PRESTADOS CON LA TECNOLOGÍA VoIP

Aunque la Ley Orgánica de Telecomunicaciones no regula tecnologías sino servicios, en un primer momento, este principio nos es de poca ayuda para determinar el régimen autorizador de la transmisión de voz digitalizada sobre red IP, pues la manera en que se realice esta actividad determina que se está en presencia de un servicio o de otro.

La transmisión de voz digitalizada sobre redes IP puede realizarse de tres modos distintos:

1. Utilizando únicamente Internet

Internet se compone de una infraestructura compartida (*Intenet*, la red de redes), constituida por todas las partes *hablando el mismo lenguaje* (los protocolos TCP/IP) y enlazando computadoras esparcidas por todo el mundo, lo cual permite que estas computadoras se comuniquen de distintas formas (diferentes aplicaciones)¹¹.

Así, en el supuesto de que la comunicación se realice únicamente sobre Internet, el servicio de transmisión de voz digitalizada constituiría un servicio de valor agregado, pues ofrecería una facilidad adicional a las definidas como atributos de las habilitaciones administrativas, y en aplicación del numeral 4 del artículo 23 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, no se requerirá habilitación administrativa para prestar estos servicios.

La mencionada disposición legal establece lo siguiente:

Artículo 23: No se requerirá habilitación administrativa para la instalación u operación de equipos o redes de telecomunicaciones, en los casos siguientes:

4. Cuando se trate de servicios que utilicen como soporte redes, enlaces o sistemas de telecomunicaciones, con el objeto de ofrecer facilidades adicionales a las definidas como atributos de las habilitaciones administrativas, aplicando a esas facilidades procesos que hagan posible la disponibilidad de información, la actuación sobre estos o la interacción con el sistema. Quedan exceptuados los proveedores de los servicios de Internet.

2. Utilizando únicamente una Red Privada de Telecomunicaciones

En este caso se observan dos supuestos distintos:

En el caso de que la comunicación se sustente sobre redes privadas y se usen equipos de seguridad o intercomunicación, se estaría en el supuesto previsto en el numeral 1 del artículo 23 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que dice:

Artículo 23: No se requerirá habilitación administrativa para la instalación u operación de equipos o redes de telecomunicaciones, en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de equipos de seguridad o intercomunicación que sin conexión a redes públicas y sin utilizar el dominio público radioeléctrico, se utilicen dentro de un inmueble o para servir a determinados inmuebles.

11. HANCE, Oliver, *Leyes y Negocios en Internet*, Mc Graw Hill, México 1996, p. 41.

En el caso de que la comunicación se realice únicamente sobre redes privadas, y no se utilicen equipos de seguridad o intercomunicación, será necesario obtener la habilitación administrativa general y el atributo de transporte correspondiente.

En este sentido, la Resolución Contentiva de los Atributos de las Habilitaciones Administrativas en el numeral 8 de su artículo 3 define el atributo de transporte de la siguiente manera:

Transporte: servicio de telecomunicaciones que permite la transmisión de información de cualquier naturaleza, sin que ésta se modifique, entre puntos de acceso previamente acordados. Permite la transmisión de información de cualquier naturaleza con un ancho de banda y/o durante un tiempo determinados, a través de circuitos exclusivos o no, conservando en todo momento la operación directa de la red de telecomunicaciones.

3. Utilizando una red de conmutación de paquetes y una red de conmutación de circuitos y el recurso de numeración

Si se utilizan redes privadas pero en conexión con redes públicas de telecomunicaciones, de modo que el grupo de usuarios de la red privada pueda comunicarse con los usuarios de las redes públicas utilizando el recurso limitado de numeración, se requerirá habilitación general y el respectivo atributo de telefonía.

La Resolución Contentiva de los Atributos de las Habilitaciones Administrativas en el numeral 1, 2, 3 y 4, de su artículo 3 define los diferentes atributos de telefonía de los modos siguientes:

Telefonía fija local: servicio de telecomunicaciones que, haciendo uso del recurso limitado de numeración, permite principalmente el intercambio de información por medio de la palabra dentro de un área local y es presentado a través de equipos terminales, públicos o no, con movilidad restringida a la zona de cobertura de una estación base determinada en el caso de la utilización de medios inalámbricos.

Telefonía de larga distancia nacional: servicio de telecomunicaciones que, haciendo uso del recurso limitado de numeración, permite principalmente el intercambio de información por medio de la palabra entre áreas locales

Telefonía de larga distancia internacional: servicio de telecomunicaciones que, haciendo uso del recurso limitado de numeración, permite principalmente el intercambio de información por medio de la palabra desde y hacia fuera del espacio geográfico nacional.

Telefonía móvil: servicio de telecomunicaciones que, haciendo uso del recurso limitado de numeración, permite principalmente el intercambio de información por medio de la palabra, mediante estaciones base o estaciones ubicadas en el espacio, que se comunican con equipos terminales móviles, públicos o no.

Independientemente del modo cómo se realice la transmisión de voz digitalizada sobre la red IP, será necesaria la obtención de una concesión de uso y explotación del espectro radioeléctrico si se usan medios aéreos para realizar toda o parte de la transmisión, y para ese caso, si no se ha obtenido la habilitación administrativa, el artículo 110 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece que “*conjuntamente con el otorgamiento de la concesión para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, otorgará la habilitación administrativa asociada a la misma*”.

En los dos casos en que el operador debe incorporar un atributo a su habilitación administrativa, presentará un proyecto técnico donde se especifique la manera como realizará la actividad de telecomunicaciones, los caracteres de la red, la tecnología y los equipos a utilizar, el cronograma de ejecución del proyecto y la zona de cobertura. Seguidamente, CONATEL extraerá de esa información los términos en los cuales será realizada la actividad de telecomunicaciones, e introducirá en el atributo las obligaciones exigibles.

En ciertos casos, la Administración está sometida a un régimen diferente al anterior, ya que si la instalación de redes IP y la transmisión de voz digitalizada es realizada por órganos de la República, los estados o los municipios, cumpliendo con los requisitos señalados en el numeral 3 del artículo 23 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, estos entes no requerirán habilitaciones administrativas. El numeral 3 lo especifica de la siguiente manera:

Quando se trate de equipos o redes de telecomunicaciones de órganos de la República, de los estados o de los municipios, cuando tales actividades se hagan para la satisfacción de sus necesidades comunicacionales, sin que medie contraprestación económica de terceros ni se haga uso del dominio público radioeléctrico.

V. CONCLUSIÓN

VoIP es una manifestación de la convergencia de tecnologías, entendida ésta como un proceso evolutivo -fundamentado en la digitalización, el desarrollo de la microelectrónica, el software y las infraestructuras de telecomunicaciones- en el que se produce una aproximación entre sectores distintos, la mezcla e integración de los mismos y, eventualmente, la creación de elementos que no existían previamente.

En el caso de la VoIP, la convergencia es posible gracias a que las transmisiones se realizan sobre una red IP, la cual constituye una red de transporte, neutral con respecto a la información que transmite y no soporta en su interior ningún servicio directamente. Los servicios son ofrecidos por máquinas conectadas a la red mediante el protocolo IP, y por lo tanto, es una red tecnológicamente neutral.

El procedimiento consiste en una integración de comunicación digital y de procesamiento digital, utilizando una inteligencia mínima de transporte, que no va más allá de decisiones unitarias sobre el próximo destino (*routing*) y las características del canal, descargando la inteligencia necesaria para soportar el servicio en los equipos situados en ambos extremos de la comunicación.

No entender estas características técnicas y tratar de abordar el tema desde una mentalidad que obvie la convergencia, ha llevado a algunos a cometer dos errores, por un lado, pensar que estaríamos en presencia de un nuevo servicio, cuando en realidad VoIP es una nueva tecnología que sirve para prestar servicios ya previstos en la normativa vigente, y por otro lado, caer en simplismos como el de afirmar que el servicio de VoIP siempre es telefonía por transmitirse voz a distancia.

Para no incurrir en ninguna de esas falsas percepciones es necesario tener en cuenta tanto el principio de neutralidad tecnológica de las regulaciones como la base técnica del servicio.

Teniendo en cuenta ambos aspectos es que podemos afirmar que, aunque la VoIP es una manifestación de la convergencia de tecnologías, los servicios que presta están regulados por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la cual exige que el operador obtenga una habilitación administrativa cuando el servicio prestado es de telefonía, o de transporte, y esto en el supuesto de que las transmisiones se realicen únicamente sobre redes privadas y se usen equipos distintos a los de seguridad o intercomunicación.

En todos los demás casos, el prestador del servicio no es uno operador de telecomunicaciones a los efectos de la Ley, y por lo tanto, no necesita obtener una habilitación administrativa para realizar sus actividades de manera legítima, ni se constituye en titular de los derechos y deberes que la Ley le acuerda a estos operadores.

Por tales razones, se puede concluir que, a fin de prestar servicios basados en VoIP, sólo será necesaria la obtención de una habilitación administrativa en los casos antes señalados, incorporándole a ésta el respectivo atributo de telefonía o transporte, y que se deberá obtener la concesión de uso y explotación del espectro radioeléctrico para realizar transmisiones a través del medio aéreo.

§ 89. VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Rainer Lorenzo

Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela

I. PRINCIPIO DE LEGALIDAD ANTE LA NECESARIA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA ECONOMÍA. PRINCIPIO DE LEGALIDAD, VERSUS LA DESLEGALIZACIÓN

Para Eloy Lares Martínez el principio de legalidad puede ser enunciado en su forma más simple como el que impone que todos los actos del poder público deben realizarse en completa armonía con las reglas del derecho, lo cual nace como sustitución de la noción del Estado-Policía. La noción clásica del principio de legalidad parte de que las actuaciones de la Administración deben estar necesariamente reguladas por la Ley, entendida esta última como el instrumento formal que emana de los cuerpos legislativos, sin embargo, como se explicará infra la realidad económica y tecnológica han conducido a que la noción de Ley se haya hecho más amplia, lo que ha ocasionado que la concepción de Lares Martínez sea más acertada para la realidad actual que la noción clásica, es decir según la cual Ley debe ser considerada como sinónimo de Derecho.

El principio de legalidad se estableció por primera vez en Venezuela en el artículo 227 de la Constitución Federal de 1811, según el cual la Constitución, las leyes y los tratados eran de obligatorio cumplimiento tanto para los habitantes de las Provincias como para la autoridad, quienes debían cumplirla *sin excusa, ni pretexto alguno*, hoy en día, la Constitución de 1999 consagra, como muchas constituciones contemporáneas, al principio de legalidad administrativa, el cual representa uno de los pilares fundamentales del Derecho Administrativo. La Constitución parece no dejar dudas sobre el alcance del principio de legalidad, al establecer en su artículo 137 que la Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el poder público.

La Ley es concebida clásicamente así como un acto emanado del órgano legislativo, representante de la soberanía popular, y es por ello que la Administración debe actuar conforme a la Ley y estar al servicio de los ciudadanos, sin embargo en aras de brindar una mayor seguridad jurídica la noción ha ido ampliándose en el tiempo y se acepta que ley se refiere a reglas de derecho, independientemente del origen y del rango de estas, lo que trae como consecuencia que el principio de legalidad signifique no sólo la subordinación de los actos del poder público a las leyes, sino también a los reglamentos, ordenanzas y demás actos normativos, inclusive los que provengan de la misma autoridad que actúa.

La seguridad jurídica, como principio rector del orden socioeconómico, también se sirve de la existencia del principio de legalidad, ya que el establecimiento por Ley de las competencias y atribuciones conforme a las cuales la Administración podrá actuar e intervenir (no sólo en la economía), contribuye a dar certeza jurídica, lo que beneficia el desarrollo de la iniciativa económica privada.

Finalmente, el tercer fundamento que justifica la vigencia del principio de legalidad en la actuación de la Administración en la economía y que se erige como pilar básico del Estado de Derecho, es la libertad económica la cual está consagrada en Venezuela en los siguientes términos:

...Toda las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social...

Lo anterior obedece al principio de que las limitaciones o regulaciones de los derechos sólo podrán establecerse por Ley. Por ello, sólo dentro del marco establecido en las Leyes es que la Administración podrá afectar el ejercicio de la libertad económica, salvo que se haga a través del mecanismo de los Decretos-Leyes o por las medidas que se dicten como consecuencia de las restricción de la garantía de la libertad económica.

El principio legalidad tiende a flexibilizarse, especialmente en lo que atañe a la intervención administrativa en la economía y sobre todo cuando la actividad involucra a un componente tecnológico. Con carácter general se le reconoce a la Administración potestades para ordenar el ejercicio de determinadas actividades, a través de la regulación económica y técnica. Esto se justifica en que el dinamismo de importantes sectores de la economía (especialmente con la aparición de la denominada *Nueva Economía*) dificulta que su ordenación sea establecida a través de Leyes, por ser estos instrumentos que se caracterizan por poseer una relativa rigidez de contenido. El fundamento jurídico de esa regulación económica administrativa lo encontramos, de manera general, en el numeral 10 del artículo 236 de la Constitución según el cual el Presidente podrá reglamentar las Leyes, sin alterar su espíritu, propósito y razón, quedando dentro del ámbito descrito la facultad de reglamentación de las leyes de contenido económico. Además, es usual que la propia Ley delegue a la Administración la facultad de regular el ejercicio de determinadas actividades comerciales, inclusive cuando la Ley anterior que regulaba la materia estableciera una congelación del rango normativo en la jerarquía de Ley (proceso de *deslegalización en stricto sensu*).

En ese sentido la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 2 de julio de 1996, caso V. Rodríguez, estableció que:

...se permite que el legislador deje o habilite al Ejecutivo para que mediante su potestad reglamentaria desarrolle y contemple ciertos aspectos de las materias reservadas por la ley, *siempre y cuando se establezcan los parámetros básicos dentro de los cuáles tal poder debe conducirse y, también, se respeten los principios y propósitos de la Constitución y las leyes...* (subrayado nuestro).

Posteriormente, el citado criterio fue reiterado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 6 de marzo de 1997 (caso *Pinco Pittsburgh*) de la siguiente manera:

...la reserva legal en materia de limitaciones de las libertades públicas, y en especial, en lo relativo a las limitaciones del derecho de libertad económica, resulta atemperada, sin embargo, por razones de técnica legislativa, perfectamente adecuadas al texto fundamental...

Los criterios antes expuestos hacen afirmar que el legislador puede establecer una remisión normativa a favor de la Administración, es decir facultarla para desarrollar determinado precepto, aún cuando ello suponga una limitación a la libertad económica¹. Dicha potestad se encuentra sometida, a una serie de límites que debe ser respetados a fin de no quebrantar el ordenamiento jurídico, así la citada sentencia de la Corte Suprema de Justicia señala el legislador debe establecer los “parámetros básicos dentro de los cuáles tal poder (normativo) debe conducirse”, por tanto no es posible que se produzcan remisiones amplias o genéricas, deben establecerse por lo menos los límites básicos² a la Administración. Señala García de Enterría que existe además otra limitación en la remisión normativa, que se configura cuando la propia Constitución reserva determinadas materias a ser reguladas por Ley, en cuyo caso el núcleo esencial de la materia reservada no puede ser remitido a que se desarrolle por la Administración.

La Administración también despliega una actividad de creación de normas cuando usa sus poderes discrecionales, en las circunstancias excepcionales y a través los actos de gobierno. Estas son formas de establecer límites a la consecuencias del principio de legalidad que se relaciona con la actuación reglada y que se usan para lograr que la Administración tenga un margen de libertad aceptable en sus actuaciones, creando la posibilidad de elección entre varias soluciones posible, en lugar de obligarla a tomar una decisión concreta preestablecidas. Como es apreciable tal situación ha de ser excepcional ya que puede constituir una fuente de violación injustificada del principio de igualdad, esto en caso de que se use sin observar el fin de la norma y sin apreciar la oportunidad, la verdad y la equidad que exige cada caso.

En conclusión, la Administración, al intervenir en la economía, se encuentra sometida al principio de legalidad, tanto en lo que atañe a la limitación de la libertad económica, como en lo relativo a la gestión de los tributos. En el caso de la intervención económica se ha reconocido que la Ley puede *habilitar* a la Administración para reglamentar el ejercicio de actividades económicas, condicionado a que la propia Ley establezca los parámetros básicos dentro de los cuáles deberá actuar la Administración. En cuanto al segundo caso, si bien es cierto que no es una posición pacíficamente aceptada, no parecen haber impedimentos jurídicos para que la habilitación legal sea utilizada como mecanismo para que la Administración enfrente de manera rápida y eficiente la realidad que imponen los rápidos y constantes cambios tecnológicos y económicos. De cualquier manera la legalidad enmarca y limita otros conceptos jurídicos, tales como el de discrecionalidad³.

1. Esto parte de un supuesto distinto de la facultad reglamentaria genérica del Ejecutivo (artículo 236 10 de la Constitución de la República), aquí se trata de un señalamiento expreso del legislador.

2. Esta noción no está claramente definida, pero debería incluirse por lo menos la finalidad y supuesto general de aplicación de la norma, y en general elementos que hagan verificable cuál es el espíritu, propósito y razón de Ley delegante.

3. Según GORILLO debe entenderse no como actividad libre de la ley, sino como actividad que la propia ley confiere y por tanto guía y limita, sometiendo además al necesario control judicial amplio.

II. LA DESLEGALIZACIÓN EN LA ORDENACIÓN JURÍDICA DE LAS TELECOMUNICACIONES

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones⁴ (en lo sucesivo “LOTEL”) tuvo como efecto inmediato la liberalización de las telecomunicaciones a través de su despublificación por tanto, se derogó la reserva del Estado que sobre las actividades de telecomunicaciones declaraba la Ley de 1940, por lo que los servicios de telecomunicaciones pasan a ser, ahora, actividades de interés general, lo que implica que los particulares pueden explotar cualquier actividad de telecomunicación en ejercicio del derecho a la libertad económica tal como se establece en el artículo 112 de la Constitución, sin más limitaciones que las impuestas en las normas vigentes.

Según la LOTEL aquellas personas que poseen uno de los títulos habilitantes que ella contempla son considerados *operadores* de servicios de telecomunicaciones, y como tales están sometidos a las potestades de ordenación, supervisión y disciplina que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones reconoce a la Administración.

El legislador ha trasladado al ordenamiento jurídico venezolano una noción propia del Derecho Comunitario Europeo, como lo es “actividades económicas de interés general”, la cual nos puede resultar ambigua, por no estar presente en nuestro ordenamiento con anterioridad. En todo caso, la interpretación del artículo 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que es donde se califica a la actividad como de interés general no debe exceder las conclusiones que se desprenden de la redacción literal de la norma: las telecomunicaciones son actividades que afectan al interés general por relacionarse con el desarrollo de derechos fundamentales, como la libertad de expresión, el derecho a la comunicación, a la libertad de expresión, entre otros, lo que impone la aplicación de limitaciones u orientaciones al desarrollo de algunos servicios de telecomunicaciones, pero además permite que las telecomunicaciones sean actividades económicas que puedan desplegarse en ejercicio de la libertad económica constitucionalmente consagrada.

La vigencia del derecho constitucional a la libertad económica en el sector de las telecomunicaciones tiene otra consecuencia: el regreso al principio de legalidad administrativa. La liberalización de las telecomunicaciones a través de la derogación de la reserva declarada en la Ley de 1940 elimina la posición de supremacía que ejercía la Administración, y que se manifestaba a través del régimen estatutario al cual se sometía el ejercicio de las actividades de telecomunicaciones. El fundamento de esas amplísimas potestades era la titularidad pública sobre las telecomunicaciones: eliminada ésta, la Administración sólo puede intervenir respetando estrictamente el principio de legalidad administrativa.

En efecto, bajo la Ley de 1940 los operadores de telecomunicaciones solamente podían actuar según lo establecido en el contrato de concesión; bajo la LOTEL, los operadores pueden hacer todo aquello que no esté prohibido expresamente en la Ley. En el régimen derogado, la Administración podía modificar los derechos de los operadores e imponer cargas y limitaciones en ejercicio de las potestades inherentes al contrato administrativo de concesión, en el ejercicio del *ius variandi*, sin que ello requiriese una habilitación legal previa. Conforme al régimen vigente, la Administración solamente puede afectar el ejercicio de los servicios de telecomunicaciones si existe una previa habilitación legal específica.

4. G.O. número 36.970 de 12 de junio de 2000.

Lo anterior no significa, ni mucho menos, que la Administración no pueda, conforme a la legislación vigente, ejercer potestades de dirección, ordenación y disciplina sobre actividades de telecomunicaciones, por el contrario, la Administración tiene, conforme a la LOTEL, importantes potestades de intervención. Sin embargo, el principio que pasa a regir en la actualidad es que todos podrán explotar servicios de telecomunicaciones sin más limitaciones que las previstas en la Constitución y en las Leyes.

La Administración está expresamente llamada a dictar un gran número de reglamentos complementarios a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, respetando su espíritu, propósito y razón, los cuales deben dictarse sin perjuicio de los que dicte la Administración en el ejercicio de su facultad genérica de reglamentación. Además, la LOTEL delega en la Administración el desarrollo de varios preceptos ya que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones dispone los principios básicos dentro de los cuáles deberá actuar la Administración, esta situación es justificada de manera general por Peter L. Strauss⁵ con base a la necesidad de que la materia sea regulada por expertos, siendo que los órganos legislativos no cuentan con los recursos humanos que esta actividad demanda y por el mayor tiempo que requeriría para ser producidos a través del método legislativo en lugar de utilizar el método previsto en la Ley Orgánica de la Administración Pública (un excesivo tiempo pondría en peligro la implementación de medidas indispensables para garantizar la buena marcha de un sector caracterizado por su dinamismo y cambio constante).

1. Deslegalización y limitaciones a la libertad económica

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones ha facultado a la Administración para reglamentar determinadas materias, afectando incluso el ejercicio del derecho constitucional a la libertad económica, pero la LOTEL no dispuso todos los principios básicos dentro de los cuales la función normativa de la Administración debe desplegarse, por tanto debe tomarse el artículos 1, 2 y 5 de la LOTEL como genéricos para todos las normas de carácter sub-legal que se dicten en virtud de dicha Ley como parámetros básicos del alcance de tales normas. La libertad económica aparece, de esa manera, despojada de su principal garantía jurídica, es decir de la reserva legal, y es que la mencionada ley, en varios de sus artículos, ha deslegalizado la libertad económica, facultando ampliamente a la Administración para limitar el ejercicio de tal derecho fundamental.

El artículo 5 de la LOTEL permite que de conformidad con los reglamentos correspondientes se someta a las telecomunicaciones a diversas limitaciones referidas a (i) la calidad y metas de cobertura mínima y (ii) la imposición de determinadas cargas de servicios.

Aparentemente la LOTEL no establece los parámetros básicos dentro de los cuales el reglamento puede afectar, restringir y limitar el ejercicio de la actividad de telecomunicaciones, por lo que se constata una deslegalización absoluta de la regulación, esto lo que reafirma es la postura de que el principio de legalidad debe entenderse

5. Citado por MUCI B., José A., en La "Actividad Normativa" de la Administración Pública, en *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph BREWER-CARIAS*; Funeda; Caracas 1996.

como adecuación al *bloque de legalidad*⁶⁷ más no como respecto exclusivo a la *Ley* y que sí es posible que el legislador expresamente atribuya tal posibilidad al reglamentista, en atención a las características particulares de un sector económico.

El artículo 14 de la LOTEL, por su parte, se encarga de enunciar algunos los derechos de los operadores, no haciendo mención alguna, al derecho de explotar servicios de telecomunicaciones, por estar el mismo consagrado genéricamente en la Constitución y por derivar del antes mencionado artículo 5 de la LOTEL, que será desarrollado en los diversos reglamentos que se dicten sobre la materia, no puede interpretarse esto como que la Administración dictará un reglamento especial sobre derechos de los operadores en donde creará y regulará el ejercicio de los mismos, sino que los derechos de los operadores están dispersos en los distintos reglamentos y en la propia LOTEL. El numeral 5 del artículo 14 faculta a los reglamentos para fijar los demás derechos de los operadores, con lo cual se permitiría a la Administración determinar cuáles son las conductas que pueden desplegar los operadores de telecomunicaciones en cada una de las materias reglamentadas. A igual conclusión llegamos, con respecto al artículo 16 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, norma que regula las habilitaciones administrativas necesarias para la explotación de servicios de telecomunicaciones. La habilitación administrativa no es otra cosa que una autorización, acto administrativo a través del cual la Administración, constatado el cumplimiento de determinados requisitos, permite que los particulares ejerciten un derecho preexistente, en este caso, la libertad económica.

Ahora bien, conforme el artículo 16 “las actividades y servicios concretos que podrán prestarse bajo el amparo de una habilitación administrativa se denominarán atributos de la habilitación administrativa, los cuales otorgan los derechos y deberes inherentes a la actividad para la cual ha sido habilitado el operador”. Los Atributos de la Habilitación Administrativa, según esa norma, otorga derechos. La autorización, por el contrario, reconoce derechos preexistentes. La Administración delimita el contenido de las actividades de telecomunicaciones que pueden desplegar los operadores además, la Administración puede fijar qué actividades pueden desplegar los operadores y cual es el contenido de cada actividad concreta, lo que se justifica en lo amplio y variado de los posibles servicios de telecomunicaciones que existen actualmente y que deben ser alcanzados por la regulación.

En principio todas las personas tienen el derecho a dedicarse a cualquier actividad de telecomunicaciones, derecho que es sometido a una importante limitación legal: para el ejercicio de actividades de telecomunicaciones será necesaria la obtención de una previa habilitación administrativa y, en caso de emplear el espectro radioeléctrico, de una concesión. La habilitación administrativa no es otra cosa que una autorización, acto administrativo a través del cual la Administración, constatado el cumplimiento de determinados requisitos, principalmente de idoneidad técnica y económica para prestar el servicio, permite que los particulares ejerciten un derecho preexistente.

Por tanto los requisitos necesarios para obtener la autorización son, en definitiva, limitaciones al ejercicio de la libertad económica que por tanto ésta solamente podrá ejercerse previo cumplimiento de tales presupuestos.

6. GORDILLO, Agustín refiere la noción de *pirámide de la legalidad* a la de *bloque de legalidad* por incluir esta la noción de jerarquía.

7. HAURIUO incluye en esta noción a las leyes, los reglamentos, los principios generales y la costumbre administrativa (citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, en *Curso de Derecho Administrativo*; Editorial Civitas, S.A. Madrid 1993, p. 423).

La Ley no especifica cuáles son los requisitos necesarios para otorgar las habilitaciones administrativas, en su lugar crea en la Administración la carga de reglamentar los mismos. Así se desprende del artículo 16, conforme al cual “la habilitación administrativa es el título que otorga la Comisión Nacional de Telecomunicaciones para el establecimiento y explotación de redes y para la prestación de servicios de telecomunicaciones, a quienes hayan cumplido con los requisitos y condiciones que a tales fines establezca dicho órgano, de conformidad con esta Ley”. La Administración puede así fijar los requisitos y condiciones necesarios para otorgar la autorización administrativa.

De allí que uno de las manifestaciones más importantes de la libertad económica queda sometida, en la LOTEL, a las limitaciones que libremente pueda imponer la Administración, constatándose así, nuevamente, la deslegalización de la libertad económica. Dada la importancia de la materia parece que la Administración no podría establecer los requisitos y condiciones sino a través de una resolución o de otro acto que requiriese su publicación en la Gaceta Oficial y nunca a través de actos o documentos distintos, no publicados en el órgano oficial.

Es indudable que la LOTEL busca la creación de competencia en el mercado de los servicios de telecomunicaciones, para ello crea varios instrumentos y mecanismos, entre ellos está la regulación asimétrica que consiste en someter al operador dominante a una regulación discriminatoria, imponiéndole por un tiempo mayores cargas que al resto de los operadores, limitaciones y restricciones que, a la par de garantizar la adecuada prestación de los servicios de telecomunicaciones, permita el acceso a nuevos operadores. La Ley Orgánica de Telecomunicaciones parece haber establecido todos los parámetros básicos necesarios para delegar la función normativa en esta materia, de forma expresa, ya que su artículo 211, el cual dispone que “...el Ejecutivo Nacional, a través del Reglamento de Apertura del Servicio de Telefonía Básica determinará el modelo, condiciones, limitaciones, requisitos y cualquier otro aspecto necesario para obtener las condiciones que estime convenientes para la apertura del servicio de Telefonía Básica, a cuyo efecto podrá establecer regulaciones asimétricas...” Nótese como la Ley faculta ampliamente a la Administración para dictar el Reglamento de Apertura del Servicio de Telefonía Básica lo que sin duda es una delegación de toda esta materia en la Administración.

2. Deslegalización en materia tributaria

Según el artículo 317 de la Constitución vigente el principio de legalidad rige también en la actuación de la Administración Tributaria, la cual despliega su actuación con sometimiento pleno a la ley, por tanto no podrán, cobrarse impuestos, tasas, ni contribuciones que no estén establecidos en la Ley. Las potestades tributarias de la Administración son, entonces, meramente instrumentales, no pudiendo ésta crear ningún tipo de tributo, ni tampoco establecer alguno de los elementos que integran la relación jurídico-tributaria: definición del hecho imponible, de la alícuota, la base de cálculo y los sujetos pasivos de esa relación, sin embargo la excepción estaría en la posibilidad que tiene el legislador de atribuir de forma expresa al reglamentista que defina alguno de estos elementos posibilidad; esta que Luis María Olaso J. denomina como *Reglamento Exhortado por Habilidadación*, en igual sentido se pronuncia Allan

Brewer-Carías al decir “En efecto, esta norma⁸ establece que ningún acto administrativo podría crear sanciones, ni modificar las que hubieran sido establecidas en las Leyes, crear impuestos u otras contribuciones de derecho público, salvo dentro de los límites determinados por la Ley (...) la última parte del artículo debe destacarse cuando señala que la reserva legal existe, pero que la Administración podría regular sobre esas materias “dentro de los límites determinados por la Ley”, con lo cual se establece, expresamente, una práctica legislativa que hasta ahora venía aplicándose, y que deriva de que, con frecuencia, el Legislador deja en manos del Ejecutivo, el establecimiento, por vía reglamentaria, de algunas sanciones o la regulación concreta de algunas contribuciones”⁹. Lo anterior sin duda confirma que la noción de *ley* es más amplia que la de *Ley* como término que está ligado a un aspecto formal, en lo que se refiere a su formación; siendo el primero el ligado al principio de legalidad y por tanto al bloque de la legalidad.

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones deslegaliza los tributos, al facultar a la Administración para fijar la alícuota de las tasas en ellas previstas (artículos 144, 149 y 153). Particularmente en el primero y último de los artículos citados, la Ley ha facultado ampliamente a la Administración para determinar la alícuota del tributo regulado en esas normas, situación que es idéntica a la planteada en el caso de los reglamentos que puede dictar el Ministerio de Finanzas para elevar los aranceles aduaneros, como ya se explicó *supra* esta situación está perfectamente ajustada a derecho.

3. Consecuencias jurídicas de la deslegalización de la libertad económica en materia de telecomunicaciones

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones ha deslegalizado, en ciertos aspectos, la libertad económica al permitir que la Administración reglamente el ejercicio de ese derecho fundamental, estableciendo parámetros básicos genéricos en unos casos (la mayoría) y específicos en otros, dentro de los cuales tales potestades normativas deben desplegarse. La principal consecuencia jurídica de ello es que la libertad económica en el sector de las telecomunicaciones puede ser limitada por la Administración, mediante actos sub-legales, los cuales deben cumplir o ser realizados dentro de las reglas o normas preestablecidas por la autoridad competente, especialmente las establecidas en la LOTEL. Parece ser claro que la Administración tiene en materia de telecomunicaciones atribuida la facultad de limitar el derecho a la libertad económica y la de complementar las disposiciones legales tanto en materia tributaria como en materia de sanciones, curiosamente las tres materias reservadas tradicionalmente a ser reguladas por *Ley*, en su sentido formal. En cualquier caso, sea que se trate de un acto ordinamental o de la *creación* de normas, por medio de un Reglamento, o que se trate de un acto ordenado o de la aplicación de las normas por medio de un acto administrativo de efectos particulares, la Administración siempre deberá respetar los principios consagrados en la LOTEL.

8. Refiriéndose al artículo 10 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

9. BREWER-CARÍAS, Allan, *El Derecho Administrativo y la Ley de Procedimientos Administrativos*; Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1999, pp. 38-39.

BIBLIOGRAFÍA

BREWER-CARÍAS, Allan, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*; Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1997.

BREWER-CARÍAS, Allan, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*; Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela; Editorial Arte, Caracas 1982.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*; Editorial Civitas, S.A., Madrid 1993

GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 2; Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Primera Edición Venezolana, Caracas 2001.

HERNÁNDEZ, José I., “Principio de Legalidad Administrativa y Ordenación de las Telecomunicaciones”; en <http://www.badelllgrau.com/leglatelecomnacho.htm>

LAREZ MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, décima edición, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1996.

OLASO, Luis María, *Introducción al Derecho*, Tomo II; Editorial Alvaro Nohora, Caracas 1993.

STRAUSS, Peter, citado por MUCI B., José A., en *La “Actividad Normativa” de la Administración Pública* en II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph BREWER-CARÍAS”, Funeda; Caracas 1996.

VILCHEZ S., Rodolfo (compilador), *Compilación Constitucional de Venezuela*, Congreso de la República, Servicio Autónomo de Información Legislativa, Caracas 1996.

VII. EL DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

§ 90. LA DENOMINADA *DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO POR ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA*

Francisco Hung Vaillant
Profesor de la Universidad Central de Venezuela

I. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL TEMA

Una vez instalado en la conciencia jurídica el concepto de *personalidad jurídica*, se llevó dicho concepto a un total hermetismo. En efecto, la posición tradicional en esta materia sostiene que cuando un ente cumple con los requisitos y trámites previstos en el ordenamiento jurídico en el cual ha sido constituido y el que le reconoce personalidad jurídica, queda automáticamente establecida una clara diferenciación entre la personalidad jurídica del ente abstracto y la personalidad de los socios. Diferenciación que no sólo ocurre en el plano de la actuación jurídica, sino que abarca el plano patrimonial.

Así como los requerimientos en el campo del Derecho Público, con la necesidad de la expansión colonial de los Estados de la época de la colonización y su necesidad de dar soporte y atractivo a las compañías coloniales, alentaron la delineación del concepto de personalidad jurídica conduciendo a su hermetismo, años después, también necesidades de Derecho Público, activaron mecanismos que coadyuvan al quiebre del concepto de la personalidad jurídica. En efecto, como ha sido reseñado, la Guerra de 1914 puso de manifiesto la urgente necesidad de “adopción de medidas del control del patrimonio permitiendo a aquellas personas que siendo nacionales de un Estado enemigo tenían sus intereses en juego en otro del que no eran nacionales y estaban enfrentados en el conflicto bélico”¹. En este orden de ideas, el problema práctico lo constituía el modo y justificación del control del patrimonio de sociedades con nacionalidad propia, pero que estaban formadas o dominadas por ciudadanos nacionales de un Estado enemigo. En este contexto y existiendo un reconocimiento, por parte del ordenamiento jurídico, de la personalidad jurídica de tales sociedades, no resultaba coherente el tratar dichas sociedades como extranjeras a fin de obtener la posibilidad de aplicar la normativa sobre control de actividades y confiscación de bienes de súbditos extranjeros.

En este orden de ideas, tanto los poderes legislativos como la jurisprudencia, llegaron a la conclusión de la conveniencia de declararlas como sociedades enemigas, pasando por alto su nacionalidad societaria formal y tomando exclusivamente en consideración la nacionalidad de los socios. La teoría que sirvió para apuntalar la posición mencionada fue denominada *teoría del control*.

1. HURTADO COBLES, José, *La doctrina del levantamiento del velo societario*, Atelier. Barcelona, 2000, p. 21.

No obstante, como señala Hurtado Cobles, “una vez superado el conflicto no se instauró como regla general”²; sin embargo, en la Segunda Guerra Mundial, la teoría sería nuevamente desempolvada debido a la reaparición de similares condiciones de hecho.

Parte de la doctrina, ante la atenta observación de la realidad que señala en muchos casos la utilización abusiva de la personalidad jurídica de las sociedades, ha optado por agruparse en una corriente que propugna la finalización del llamado *hermetismo de la persona jurídica*; tesis que se centra en admitir, como posibilidad general, la no permisibilidad, en ciertos supuestos, de la diferenciación entre la sociedad y los socios. En este sentido, tal posición se justifica bajo el argumento de que “se han experimentado supuestos de todo tipo en los que, en general, los socios se han valido de la sociedad para eludir el cumplimiento de aquellas normas legales u obligaciones contractuales que les resultan perjudiciales o incómodas. Y también, en sentido contrario, para procurarse ventajas a costa ajena...”³.

El tratar de impedir la utilización ilegal de mecanismos otorgados por el Derecho ha llevado a un grupo, que aumenta con el paso del tiempo, a la elaboración y propugnación de lo que en el derecho Norteamericano se conoce con el nombre de *disregard of legal entity doctrine* o *piercing the corporate veil*, en Alemania como *durcharf der juristischen person*⁴ y en habla hispana como *doctrina del levantamiento del velo*.

Se ha señalado que en los Estados Unidos de Norteamérica el comienzo de la aplicación de la doctrina suele ser ubicado en el caso *Bank of the United States vs. Deveaux (1809)* y que la misma obtuvo su expansión durante la Primera Guerra Mundial⁵. En ese sistema, el problema más agudo es el mismo que ha aflorado en el Derecho continental; a saber: dónde puede ser situado el límite entre el respeto a la autonomía de la persona jurídica y la posibilidad de ignorar o desechar tal autonomía. A fin de resolver el problema, los juristas han concentrado sus esfuerzos en “encontrar una fórmula objetiva y predeterminada previamente a su aplicación en el caso concreto”⁶. Dicho de otra manera, la doctrina parte de la base de la necesidad de reconocer la existencia y efectos de la persona jurídica; pero también admite la necesidad de desconocerla en ciertos casos particulares y, a tal efecto, persigue la búsqueda de una fórmula que permitiendo el desconocimiento, no produzca “disfunciones injustas con la finalidad del instituto de la personalidad jurídica”⁷. En este orden de ideas, muchos han sido los esfuerzos pero sin que hasta ahora se logren resultados totalmente satisfactorios. En criterio de Hurtado Cobles, la doctrina del *lifting the veil* en la práctica judicial norteamericana “sigue basándose en unos determinados conceptos invocados por los tribunales *extremadamente confusos y vagos* que proporcionan un cierto aire de *inseguridad*, acrecentado por la distinta aplicación que de la doctrina se efectúa en función del Estado donde se enjuicie el caso”⁸. El autor citado señala al respecto que los tribunales “únicamente parecen

2. *Ob. cit.*, p. 21.

3. Así: HURTADO COBLES, *ob. cit.*, pp. 23-24. Este autor parecía objetar (p. 23) el expediente de recurrir a la forma societaria a los efectos de lograr la limitación de la responsabilidad en operaciones mercantiles; procedimiento que en principio no consideramos ilegal y que además, es admitido por nuestro ordenamiento positivo. En este último sentido ver nuestro trabajo: “La empresa individual de responsabilidad limitada en el Código de Comercio de la República de Costa Rica” en *Revista de la Facultad de Derecho de la UCV* n° 37-38, Año 1967, pp.38-58.

4. HURTADO COBLES, *ob. cit.*, p. 27.

5. HURTADO COBLES, *ob. cit.*, p. 28.

6. *Ibidem*.

7. V., HURTADO COBLES, *ob. cit.*, nota 17 al pie de página 29.

8. *Ob. cit.*, p. 31; énfasis añadido.

ponerse de acuerdo en que el empleo de la doctrina en cuestión *debe ser realizada con carácter excepcional y residual*, debiéndose aplicar cualquier otra medida existente antes de quebrantar el principio de la responsabilidad limitada de las sociedades de capital⁹. En el Reino Unido, la doctrina del *disregard* ha tenido escasa aplicación¹⁰; no obstante, la jurisprudencia manifiesta una tendencia a llegar a resultados similares a aquellos que produce dicha doctrina, en los supuestos en que exista “un incumplimiento de norma legal que, a la vez, contemple de alguna forma la posibilidad para los jueces de penetrar en el sustrato de la sociedad”¹¹.

Para los países de *Civil Law* los comentaristas acostumbran fijar la introducción de la *doctrina del levantamiento del velo* en el año 1955; época que coincide con la publicación de la obra de Rolf Serick *Rechtsform und Realitat Juristischer Persomen*¹². Obra que, como afirma Hurtado Cobles, ha inducido a muchos autores a no seguir discutiendo sobre la procedencia o no del empleo de la doctrina del levantamiento del velo, sino que la problemática se enfoca exclusivamente en la determinación de los límites y criterios de aplicación de dicha técnica¹³. Dicho de otra forma, no se discute la posibilidad de desconocer, en determinados casos, la persona jurídica; sino que dando por sentada la posibilidad de su admisión, se pretenden fijar criterios objetivos y seguros para determinar los supuestos bajo los cuales ello puede hacerse; es decir, encontrar el criterio rector que permita el máximo de seguridad jurídica requerido por el tráfico mercantil.

Hurtado Cobles hace una recensión del estado de la doctrina española en torno al levantamiento del velo. En este sentido apunta que hay algunos autores que la rechazan bajo el argumento de la vaguedad de las nociones que ella ampara y que violentan el principio de seguridad jurídica que debe regir en todo ordenamiento jurídico y que se justifica en la *necesidad de evitar resultados injustos* (el uso de la doctrina del levantamiento del velo) por lo cual deja al arbitrio de cada juzgador la decisión de levantar el velo o no en cada caso concreto. Finalmente, esta doctrina parte de un argumento de distinto orden: en los sistemas de *Civil Law* los tribunales deben limitarse a aplicar e interpretar el sistema normativo vigente y no llegar a la creación del Derecho¹⁴. En el sentido indicado, se afirma que “todos los supuestos de desviación que pretenden resolver la doctrina del levantamiento del velo serían fácilmente resueltos con meros procesos de interpretación adecuada de la norma particular en juego”¹⁵.

Por otra parte, Hurtado Cobles señala que la doctrina española mayoritaria acoge favorablemente el empleo y aplicación de la doctrina del levantamiento del velo y la presenta como un resultado de la *jurisprudencia de intereses*; doctrina jurisprudencial que apartándose de fundamentaciones conceptuales persigue encontrar la verdad de la realidad subyacente en cada caso, como un modo de reconocer la vigencia de principios generales de derecho, informadores del ordenamiento jurídico, entre los cuales destacan la buena fe, la prohibición del fraude o del abuso y los colocan en un nivel superior al de concretas normas legales en todos aquellos supuestos en los cuales dichas normas

9. *Ob. cit.*, p. 31; destacados nuestros.

10. HURTADO COBLES, *ob. cit.*, p. 35.

11. HURTADO COBLES, *ob. cit.*, pp. 37-38.

12. SERICK, Rolf, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso del derecho por medio de la personalidad jurídica*, Editorial Ariel, Barcelona 1958, Traducción de PUIG BRUTAU.

13. *Ob. cit.*, p. 46.

14. *Ob. cit.*, p. 46, donde se cita a CAPILLA RONCERO, Francisco, *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia*, Madrid 1990, y GIRON TENA, J., *Derecho de Sociedades*, Artes gráficas Benzal, Madrid 1976.

15. Así: PAZ ARES, citado por HURTADO COBLES, *ob. cit.*, p. 47.

concretas son empleados con perjuicio de terceros. Los autores que así opinan, coinciden en exigir una aplicación restrictiva y residual de la doctrina del levantamiento del velo y propugnan utilizarla sólo en aquellos casos en los cuales no sea posible la aplicación, al caso particular, de ninguna otra norma.

Finalmente, ésta mayoría doctrinaria, se inclina por opinar que es una necesidad ineludible determinar el criterio o los criterios objetivos que permitan pre-establecer de antemano la oportunidad en la aplicación de la técnica judicial del levantamiento del velo¹⁶.

En su excelente trabajo, Hurtado Cobles afirma que “aunque se emplee el término -doctrina- estamos ante una *técnica* o expediente *judicial*”¹⁷ con lo cual se excluye de su aplicación a cualquier otro órgano no jurisdiccional y, además recomienda especial cautela en su aplicación y un conocimiento profundo del Derecho de Sociedades por quien esté llamado a aplicarla¹⁸¹⁹. Finalmente, el autor citado se pronuncia por el carácter restrictivo y subsidiario de aplicación de la técnica del levantamiento del velo y afirma que tal es la posición mayoritaria en la doctrina y jurisprudencia española²⁰.

Al analizar las disposiciones legales directa e inmediatamente aplicables, resulta evidente -a nuestro modo de ver- que dentro de nuestro sistema positivo debe sostenerse como principio general del Derecho societario, la prevalencia del hermetismo de la personalidad jurídica. El contenido del artículo 1651 y de los ordinales 2º, 3º y 4º del Art. 201 CCo., así como el penúltimo aparte de dicha norma en lectura obligatoriamente concatenada con el Artículo 205 *eiusdem*, parecen no dejar lugar a duda alguna. En efecto, como principios generales y a falta de una expresa disposición legal en contrario (que constituya excepción a dichas reglas generales), tenemos: i) las compañías constituyen personas jurídicas distintas de las de los socios (antepenúltimo aparte Art. 201 CCo); ii) los socios comanditarios de las sociedades en comandita tienen una responsabilidad limitada -a lo aportado o prometido aportar-, por las deudas de la sociedad de la cual forman parte (ordinal 2º Art. 201 *eiusdem*); y, iii) Tanto en las sociedades anónimas como en las sociedades de responsabilidad limitada, la responsabilidad de los socios por las obligaciones de la sociedad queda limitada por el monto de las acciones o cuotas; según el caso, que éstos posean (ordinales 3º y 4º Art. 201 del mismo Código).

La diferenciación de personas jurídicas entre la sociedad y los socios que se pone de manifiesto en las disposiciones legales antes mencionadas y conforme a las cuales se expresa, en un sentido negativo, la acción de los acreedores sociales en contra del patrimonio de los socios singulares, tiene su complemento en el Artículo 205 CCo. que prohíbe a los acreedores de los socios singulares ir en contra del patrimonio de la sociedad aun cuando se circunscriban a la proporción correspondiente al socio particular y señala que tales acreedores únicamente tienen la posibilidad de ejecutar sus derechos

16. *Ob. cit.*, pp. 47-48.

17. *Ob. cit.*, p. 62, énfasis nuestro.

18. *Ob. cit.*, pp. 62-63. En el mismo sentido: ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo, *Abuso de personificación, levantamiento del velo y desenmascaramiento*, Editorial Colex, Madrid 1997, p. 139; ANGEL YAGUEZ, Ricardo, *La Doctrina del Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica en la Jurisprudencia*, Editorial Civitas, S.A. Cuarta Edición, Madrid 1997, p. 44, citado por PERRETTI DE PARADA, Magaly, *La Doctrina del Levantamiento del Velo de las Personas Jurídicas*, Ediciones Liber, Caracas 2002, p. 71.

19. Precisamente, a partir de ésta correcta posición resulta altamente criticable el contenido del Art.25 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (G.O. n° 37.323 de 13-11-2001) que otorga competencia a los Jueces Agrarios, al Instituto Nacional de Tierras, a la Corporación Nacional Agraria, al Instituto Nacional de Desarrollo Rural y a cualquiera de los órganos agrarios *para desconocer la constitución de sociedades*.

20. *Ob. cit.*, pp. 66-70.

sobre la cuota de utilidad o sobre la cuota de liquidación del socio; esto es, bien cuando la sociedad ha decretado el pago de dividendos, bien cuando, disuelta la sociedad, es puesta en liquidación y corresponde al socio parte del activo social una vez satisfechos los acreedores sociales.

El sistema acogido por el Derecho venezolano al regular la situación sociedad-socios-terceros, origina en todos los miembros del conglomerado social una expectativa plausible; principio cuya noción hace referencia a “la situación de un sujeto dotado de una expectativa justificada de obtener de otro una prestación, una abstención o una declaración favorable a sus intereses”²¹.

El principio de la confianza legítima o expectativa plausible, en el tema cuyo análisis nos ocupa, conduce directamente a la imposibilidad que tendrían los órganos jurisdiccionales y administrativos de fracturar el hermetismo de la personalidad jurídica de las sociedades si no existen graves y comprobadas razones que así lo ameriten. Dicho de otra manera, cuando un grupo de personas actuando de buena fe constituyen una sociedad mercantil y cumplen al respecto todas las disposiciones legales del caso, el reconocimiento de la diferencia, autonomía e independencia de las personas jurídicas es invulnerable y como consecuencia, también lo es la diferenciación de personalidades jurídicas y la existencia de patrimonios diversos. La razón de ello es sencilla: la ley permite a los ciudadanos, y éstos tienen expectativa plausible de ello, que en un Estado de Derecho los órganos encargados de la aplicación de la ley (administrativos y jurisdiccionales) observen y respeten los efectos que la constitución de tales sociedades apareja conforme a lo estipulado en el sistema positivo.

El ciudadano ha ajustado su conducta al marco estricto de la ley y tiene legítimo derecho a esperar que tanto el Estado como sus órganos y los demás particulares acaten y respeten las previsiones que la propia ley establece como consecuencia de la conducta asumida por los ciudadanos.

Bajo el aspecto señalado, el principio del hermetismo de la personalidad jurídica puede ser fracturado únicamente en los siguientes supuestos; a saber: i) cuando una específica norma legal así lo prevé; ii) cuando la persona jurídica así constituida lo ha sido en fraude a la ley; y, iii) cuando no exista otra posibilidad de evitar un daño injusto.

II. ALGUNAS DISPOSICIONES LEGALES DE LAS CUALES SE PRETENDE DEDUCIR LA PERMISIBILIDAD DE HACER EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DEL HERMETISMO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Algunos autores nacionales²² estiman que dentro de nuestro sistema positivo existen incardinadas normas o conjuntos de normas que permiten, dentro de los diversos y particulares supuestos de hecho en ellas previstos, la aplicación de la doctrina del *levantamiento del velo*.

Entre tales disposiciones legales son citados los dispositivos técnicos siguientes: la Ley de Impuesto al Consumo Suntuuario y a las Ventas al Mayor (Art. 55), la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (Arts. 161, 162, 168, 170, 474 y 508), la

21. RONDÓN DE SANSÓ, *ob. cit.*, p. 3.

22. PERRETTI DE PARADA, Magaly, *La Doctrina del Levantamiento del Velo de las Personas Jurídicas*, Ediciones Liber, Caracas 2002, pp. 190-210.

Ley de Mercado de Capitales (Arts. 65, 66 y 67), la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (Arts. 14 y 15), la Ley de Impuesto sobre la Renta (Arts. 10, 112 y 113), el Código Orgánico Tributario (Arts. 22, 90, 91, 115, 116 y 117), el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (Art. 21) y aún los Artículos 915, 916, 198, 921 y 924 CCo.

Ante la situación mencionada, consideramos necesario hacer un breve análisis de las disposiciones legales citadas a fin de determinar si todos o algunos de los supuestos previstos en las normas legales mencionadas deben o pueden entenderse como casos en los cuales el ordenamiento positivo permite ignorar el hermetismo de la personalidad jurídica de las diversas personas jurídicas involucradas en las situaciones descritas en las respectivas disposiciones legales; o si, por el contrario, alguna o todas dichas normas regulan figuras o instituciones nada o poco tienen que ver con la doctrina del levantamiento del velo.

1. La Ley de Impuesto al Consumo Suntuario y Ventas al Mayor

La Ley del Impuesto al Consumo Suntuario y a las Ventas al Mayor²³ contenía en su Artículo 55 una disposición conforme a la cual autorizaba a la Administración Tributaria para desconocer la constitución de sociedades y en general la adopción de formas y procedimientos jurídicos, aun cuando estuvieren formalmente conformes a derecho, si existieren fundados indicios de que con ellas al contribuyente había tenido el propósito fundamental de evadir, eludir o reducir los efectos de la aplicación del impuesto. Esta norma es citada por Arvelo Villamizar y por Perretti De Parada²⁴ como ejemplo de casos en los cuales nuestro sistema positivo acoge la doctrina del levantamiento del velo. La LICSVM fue derogada por la Ley del Impuesto al Valor Agregado²⁵; texto legal del cual desapareció una previsión similar a la del Artículo 55 LICSVM a que antes hemos hecho referencia. No obstante, el Código Orgánico Tributario²⁶ consagra en su Artículo 16 una previsión con diferente redacción, pero en la misma dirección del Artículo 55 LICSVM; y la cual analizaremos *infra*.

2. La Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras

Con motivo de la crisis financiera venezolana de 1992 se puso de manifiesto que muchas instituciones bancarias habían utilizado a sociedades vinculadas o relacionadas para defraudar expectativas legítimas de acreedores de dichas instituciones; en particular, de sus propios depositantes. En vista de ello, la regulación pertinente, primero a través de la Ley de Emergencia Financiera (LEF) y luego a través de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (LGBIF), ha establecido normas que persiguen evitar la continuación de aquellas situaciones en las cuales se facilitó la concertación de operaciones que en definitiva defraudaron la confianza de los depositantes y pusieron en riesgo el sistema financiero nacional y la economía del país.

23. *Gaceta Oficial* n° 36.007 de fecha 25-06-1996 citada por ARVELO VILLAMIZAR, Roquefelix, *La Doctrina del Levantamiento del Velo Corporativo de las Personas Jurídicas*, Ediciones Liber, Caracas 1999, pp. 65-66.

24. *Ob. cit.*, p.187.

25. *Gaceta Oficial* n° 5.341 Extraordinario del 05-05-99.

26. *Gaceta Oficial* n° 37.305 del 17-10-2001.

La LGBIF alude al concepto de *grupo financiero* basado a su vez en la *unidad de decisión o gestión*; toma también en consideración los conceptos de *personas vinculadas*, *influencia significativa de control* y el concepto de *empresas relacionadas a un grupo financiero*.

El *grupo financiero* es aquel integrado por diversas sociedades que constituyan una *unidad de decisión o gestión*. Las sociedades que conforman el grupo financiero serán normalmente; bancos, entidades de ahorro y préstamo e instituciones financieras de otros tipos; sin embargo, la ley deja abierta la posibilidad de considerar como formando parte de tales grupos a otras sociedades con una actividad diversa (Art. 161 LGBIF en cuyo encabezamiento se hace mención a *demás empresas*). Igualmente, la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SBIF) tiene facultad para considerar formando parte del *grupo financiero* a las sociedades propietarias de acciones de las instituciones financieras integrantes del grupo cuando tales sociedades controlen dichas instituciones (Art. 161, último aparte).

La *unidad de decisión o gestión* existe en los casos siguientes: cuando un banco, entidad de ahorro y préstamo o institución financiera tiene con respecto a otras sociedades: i) participación directa o indirecta, igual o superior al cincuenta por ciento (50%) de su capital o patrimonio; ii) control igual o superior a la tercera parte de los votos de sus órganos de dirección o administración (Asambleas de Accionistas y Juntas Directivas); y, iii) Control, de cualquier tipo, sobre las decisiones de sus órganos de dirección o administración (numerales 1, 2 y 3 del segundo aparte del Art. 161 LGBIF). La *unidad de decisión o gestión* también puede darse entre una o más personas naturales o jurídicas con relación a bancos, entidades de ahorro y préstamo u otras entidades financieras; esto es, en éste segundo supuesto, es la persona natural o jurídica la que aparece con el poder de decisión o de gestión con respecto al banco, entidad de ahorro y préstamo u entidad financiera.

La LGBIF incluye dentro del concepto de *grupo financiero* a las sociedades filiales, afiliadas y relacionadas a entidades regidas por dicho texto legal, aun cuando tales sociedades no estén domiciliadas en el territorio de la República (Art. 162)²⁷.

El segundo concepto es el de *personas vinculadas o relacionadas*; entendiéndose por tales las personas naturales o jurídicas o entidades o colectividades de cualquier tipo, cuando éstas tengan entre sí: i) vinculación accionaria; ii) vinculación financiera; y, iii) vinculación organizativa o jurídica; y, además (de todas o cualquiera de dichas vinculaciones), existan fundados indicios de que adoptando formas y procedimientos jurídicos ajustados a derecho, éstos han sido utilizados como medio para eludir las prohibiciones contenidas en la LGBIF o para disminuir la responsabilidad patrimonial derivada de los negocios realizados con el respectivo ente (tercer aparte del Art. 161 LGBIF). Para conformar este supuesto es además necesaria la concurrencia de vinculación y la utilización de formas jurídicas para elusión de previsiones prohibitivas de la Ley; en otras palabras, es necesario que se produzca el supuesto del fraude a la ley; lo que es tanto como afirmar que la sola circunstancia de existencia de vinculación accionaria, financiera y organizativa o jurídica, no puede o debe entenderse suficiente para ignorar la existencia de personalidades jurídicas diferentes.

27. En relación al tema de los grupos societarios, informa útilmente el trabajo de OTIS RODNER, James, “El grupo de sociedades” en *Visión Contemporánea del Derecho Mercantil Venezolana, 4ª Jornadas Centenario del Colegio de Abogados del Estado Carabobo*, Vadell Hermanos Editores, Valencia 1997, pp. 185 y ss.

Paralelo al concepto anterior, la LGBIF consagra en su Artículo 185 una especie distinta de *personas vinculadas*; especie cuyo ámbito de aplicación se circunscribe a la imposibilidad de que un ente regulado por la ley especial les otorgue créditos de cualquier clase (numeral 7 Art. 185) o la aceptación de tales personas como garantes de créditos otorgados por la entidad (penúltimo párrafo del citado numeral 7). A los efectos de tales créditos y garantías, la SBIF está facultada para establecer criterios adicionales de vinculación y para modificar los porcentajes establecidos en el citado numeral (último párrafo del numeral 7).

El tercer concepto utilizado por la LGBIF es el de *influencia significativa o control*. Sin necesidad de que exista *unidad de decisión o gestión*, la SBIF queda facultada para incluir dentro del *grupo financiero* (con todos los efectos que ello produce), a otras sociedades, cuando exista entre un banco, entidad de ahorro y préstamo u otra institución financiera y cualquier otra empresa, *influencia significativa o control*. De acuerdo a la ley, existirá *influencia significativa o control* en los casos siguientes: i) cuando una o varias de las empresas están en capacidad para afectar en un grado importante las políticas operacionales o financieras de sociedades regidas por la LGBIF; y, ii) cuando entre dichas compañías existe (en cualquier sentido) participación directa o indirecta, en una proporción que puede estar entre el veinte por ciento (20%) y el cincuenta por ciento (50%) del capital social. (Art. 161 LGBIF tercero y cuarto apartes).

El cuarto concepto es el de *empresas relacionadas a un grupo financiero*. El supuesto de esta hipótesis es el de las empresas que realizan, en forma habitual, obras o servicios para un banco, entidad de ahorro y préstamo u otra institución financiera; siempre y cuando el volumen de tales operaciones constituya la fuente principal de sus ingresos y se evidencien entre ellas relaciones operacionales o de crédito. De acuerdo al texto del penúltimo aparte del Art. 161 LGBIF, este supuesto requiere la concurrencia de tres elementos; a saber: a) una o varias entidades que realicen obras o presten servicios, en forma habitual para un banco, una entidad de ahorro y préstamo o una entidad financiera; es decir, no basta la ejecución de obras o la prestación de servicios, sino que se requiere la habitualidad o permanencia en el tiempo de tales actividades; b) que el volumen de operaciones entre las partes constituya la fuente principal de ingresos de la ejecutora de obras o de la prestadora de servicios; c) que existan relaciones operacionales o de crédito entre el banco, entidad de ahorro y préstamo o institución financiera, por una parte, y la ejecutora de obras o portadora de servicios, por la otra. Esto quiere decir -a nuestro modo de ver- que aún existiendo los dos requisitos primeramente nombrados, no habrá *empresas relacionadas* si no existen tales relaciones operacionales o de crédito. En todo caso, es de advertir que la consideración de *empresa relacionada* no es automática, sino que la respectiva calificación es potestativa de la SBIF cuando concurren los elementos señalados.

Finalmente, cabe destacar que la calificación de *grupo financiero* no es permanente, ya que conforme dispone el Artículo 163 LGBIF, la SBIF tiene facultad para excluir del grupo financiero a empresas o instituciones cuando cesaren las causas que motivaron su vinculación.

La LGBIF impone un conjunto de reglas que se refieren a los *grupos financieros* en los cuales estén incluidas entidades regidas por dicha ley especial. Las principales de dichas reglas pueden ser resumidas en la forma siguiente: i) queda designado como coordinador responsable del grupo financiero, el banco que tenga la mayor cantidad de activos reflejados en su balance (Art. 165); ii) el coordinador responsable tiene un conjunto de obligaciones frente a la SBIF; obligaciones entre las cuales destacan las rela-

cionadas con los estados financieros de las entidades que forman parte del grupo (Art. 166); la *declaración institucional* semestral (Art. 167); iii) la obligación de suministrar información que les sea solicitada a los integrantes del grupo por la SBIF (Art. 169); iv) la necesidad de que los traspasos de acciones de los entes que integran el grupo financiero sean aprobados por la SBIF para que pueda alterar o desvirtuar los efectos del Art. 161 LGBIF (Art. 170); v) la prohibición de realizar operaciones de crédito con entidades sujetas a la LGBIF (Art. 185, numeral 7); y, vi) en general, la proscripción de valerse de su personalidad jurídica para violar prohibiciones contenidas en la LGBIF (último aparte del Art. 168).

Del contexto de las disposiciones de la LGBIF cuyo contenido ha sido brevemente descrito, no parece adecuado deducir que dicha ley especial ofrezca bases suficientes para sostener que su texto consagra disposiciones que permiten directamente el levantamiento del velo de las sociedades que integran el grupo financiero. Creemos que ni siquiera dan pie para sostener una responsabilidad solidaria de tales sociedades. En este último sentido, cabe destacar el último aparte del Artículo 382 LGBIF ofrece la *posibilidad* de someter al régimen especial de intervención o liquidación (exclusión del atraso y la quiebra) al cual están sometidos los bancos y entidades financieras que integren el respectivo grupo financiero, cuando éstos quedan sometidos a los mecanismos extraordinarios de transferencia, estatización, intervención y liquidación; circunstancia que sólo conduce al establecimiento de un privilegio a favor del banco, entidad de ahorro y préstamos o institución financiera intervenida. Tal privilegio está en tercer lugar de orden después de los créditos de la Hacienda Pública Nacional y de los trabajadores de la empresa (primer lugar) y los créditos privilegiados e hipotecarios en el orden de preferencia establecidos en las leyes (segundo lugar) (Art. 399.3).

Paralelamente, el artículo 508 *eiusdem* deja abierta la posibilidad para que el Tribunal competente pueda disponer que los accionistas (personas naturales o jurídicas) de instituciones financieras que fueren objeto de medidas de intervención, rehabilitación, liquidación, estatización, otorgamiento de auxilio o asistencia financiera, o con respecto a los cuales se hayan establecido mecanismos de transferencia de depósitos, deban destinar sus recursos y activos para el pago de las obligaciones que tengan pendientes la entidad financiera de que se trate o sus empresas relacionadas. No obstante, para que tal responsabilidad sea posible es necesario que se compruebe que los accionistas hubieren obrado con dolo o con inobservancia de disposiciones legales; o bien, que existan actuaciones o elementos que permitan presumir que han actuado en beneficio propio, sea directamente, sea a través de interpuestas personas. Este último supuesto debe ser considerado -a nuestro entender- no como un caso de levantamiento del velo; sino como un supuesto de responsabilidad solidaria especial tal como lo exige el Art. 1.223 CC; responsabilidad solidaria que -a nuestra manera de ver- queda, desde el punto de vista teórico, enmarcado dentro de los principios generales de responsabilidad por hecho ilícito. (Art. 1.185 CC).

3. La Ley de Mercado de Capitales

La Ley de Mercado de Capitales (LMC) utiliza los conceptos de *sociedad dominante*, *sociedad dominada* y *participaciones recíprocas*. Los conceptos de *sociedad dominante* y *sociedad dominada* implican el control de una sociedad sobre otra y a los efectos de la LMC existe dicho control cuando: i) una sociedad (dominante) dispone de la mayoría de los derechos de voto en otra sociedad (dominada). Esta influencia en la asamblea de

accionistas puede manifestarse (a los efectos de la ley) directamente o ser producto de acuerdos con otros socios de la sociedad dominada (Art. 67.1); ii) cuando una sociedad (dominante) puede nombrar o destituir a la mayoría de los administradores de otra sociedad (dominada). Esta posibilidad puede, al igual que en el supuesto anterior, derivar directamente (por titularidad de la mayoría accionaria), o como resultado de acuerdos con accionistas de la sociedad dominada (Art. 67.2); iii) que más de la mitad de los administradores de la sociedad dominada sean administradores o altos ejecutivos de la sociedad dominante o de otra sociedad por ella dominada (Art. 67.3); iv) que la sociedad dominante esté en condiciones de ejercer una influencia determinante en la dirección general de la sociedad dominada (Art. 67.4). La LMC deja una cláusula de cierre mediante la cual autoriza a la CNV para establecer otros supuestos que determinen la existencia de una relación sociedad dominante / sociedad dominada (Art. 67.5).

El concepto de *participaciones recíprocas* hace alusión a aquella situación en la cual una sociedad tiene un porcentaje accionario en el capital social de otra sociedad y, a su vez, ésta última también tiene un porcentaje accionario de aquella (Art. 66 LMC).

Los conceptos de *sociedad dominante* y *sociedad dominada* tienen interés en aquellos casos específicamente establecidos en la Ley; a saber: i) El caso de adquisición de acciones de la sociedad dominante por parte de la sociedad dominada (Arts. 55, 56, 57 y 58 LMC); y, ii) A los efectos de la reserva indisponible que debe hacer la sociedad dominada en los casos en los cuales tenga acciones en tesorería (Art. 61 LMC). Por su parte, la figura de las *participaciones recíprocas* tiene relevancia en los casos siguientes: i) a los efectos de aquellas disposiciones de la LMC que exigen capitales o patrimonios mínimos (Art. 60); y, ii) A los efectos de fijar el porcentaje máximo de participaciones accionarias recíprocas que pueden tener las sociedades sometidas al control de la CNV (Art. 65).

A nuestra manera de ver, las disposiciones de la LMC nada tienen que ver con la doctrina del levantamiento del velo; sino que las disposiciones legales antes citadas tienen por objeto evitar que el control y/o la interdependencia entre dos o más sociedades (que en cualquier otra circunstancia son perfectamente legítimos), sean utilizados para perturbar una actividad que el Estado considera digna de protección y de interés general, como lo es el correcto y transparente funcionamiento del Mercado de Capitales. No nos parece que las normas antes señaladas, tengan el efecto ni la finalidad de vulnerar el hermetismo de la personalidad jurídica, ni con proyección general, ni con efectos limitados a la especial material regulada. Tampoco observamos el establecimiento de responsabilidades solidarias especiales.

4. La Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia

La Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (LPPLC) es otro de los textos legales citados por parte de la doctrina como contenido de normas tendentes a obtener resultados iguales o similares a los obtenidos mediante la teoría del levantamiento del velo. A estos efectos son citados los Artículos 14 y 15 LPPLC. Las normas antes mencionadas definen, dentro del llamado Derecho de la Competencia, la *posición de dominio* (Art. 14) y las *personas vinculadas* (Art. 15).

La posición de dominio está definida en el artículo 14 LPPLC; norma que distingue dos hipótesis: i) Cuando determinada actividad económica es realizada por *una sola* persona (natural o jurídica) o por un *grupo de personas vinculadas* entre sí. (este último concepto está desarrollado en el artículo 15 *eiusdem*); y, ii) Cuando existiendo dos o más personas que realizan una determinada actividad económica, *no hay* entre ellas una *competencia efectiva*. Del contenido del artículo 14 LPPLC se pueden resumir los requisitos que integran el concepto de “posición dominante”, en la forma siguiente:

- a. La posición dominante se ejerce sobre un producto o un servicio.
- b. Se puede dominar el mercado ya desde la situación de demandante (comprador, usuario), ya desde la situación de oferente (vendedor, proveedor).
- c. El dominio puede ejercerse en todo el mercado nacional o en parte de él.
- d. La nota determinante de la falta de competencia puede radicar; i) En el hecho de ser una empresa la única oferente o demandante para un determinado tipo de servicio o producto; y, ii) En la circunstancia de que, existiendo una o varias empresas dedicadas a la misma actividad, no estén sometidas a una competencia sustancial en el mercado, ya sea por haberse puesto de acuerdo entre ellas o por falta de capacidad de las restantes empresas competidoras.

Bajo el orden de ideas expuesto, la característica esencial de la posición dominante consiste en la *falta de una competencia sustancial* entre las empresas o empresa que goza de tal posición de dominio. A tal efecto, la doctrina define el concepto de *posición dominante* como la posición en que se encuentran una o varias empresas que controlan la totalidad o parte del mercado nacional, sin estar sometidas a una competencia sustancial entre ellas o por parte de terceros²⁸. Conforme a lo expuesto, el supuesto que integra el requisito esencial de las posiciones de dominio, lo constituye la circunstancia de que un competidor no esté expuesto a una competencia sustancial en el mercado; en consecuencia, queda por determinar cuándo debe entenderse que se ha dado en la práctica dicho supuesto. En este sentido, después de reconocer que la expresión es ambigua y que deja en gran parte al arbitrio de la autoridad encargada de la aplicación de la ley la determinación de dicho supuesto en el caso concreto, la doctrina señala que deberá entenderse que una empresa no está sometida a una competencia sustancial dentro de un mercado de extensión nacional, cuando por su especial posición se encuentre en situación de imponer las condiciones que desee en sus relaciones con la clientela y con los proveedores, al carecer de fuerza competitiva las restantes empresas que se dediquen a realizar actividades semejantes²⁹.

En cuanto a la definición de *personas vinculadas* (Art. 15 LPPLC) la misma es utilizada para determinar uno de los casos de existencia de *posición de dominio*.

En relación a la LPPLC y su incidencia en el tema que nos ocupa, consideramos -en forma similar al caso de LMC- que tampoco en este texto especial existen bases para su vinculación con la doctrina del levantamiento del velo; ya que las normas comentadas en forma alguna establecen vulneraciones o elementos de quiebre del principio del her-

28. Seminario dirigido por SENÉN DE LA FUENTE, Guillermo con participación de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, GARRIGUES, Luis Joaquín, CHICHERI, L. y JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, Rafael, *Comentario a la Ley Española sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid 1964, pp. 85-86.

29. Seminario dirigido por SENÉN DE LA FUENTE, Guillermo con participación de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, GARRIGUES, Luis Joaquín, CHICHERI, L., y JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, Rafael, *Comentario a la Ley Española sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid 1964, pp. 93-94.

metismo de la personalidad jurídica. En nuestro concepto, la LPPLC reconoce la existencia de la personalidad jurídica independiente de todos y cada uno de los entes que, a sus efectos, califica de *personas vinculadas*; sólo que si se dan las condiciones señaladas en el numeral 1 del Artículo 14, la LPPLC considera que todos los entes involucrados ejercen posición de dominio en todo o parte del mercado; calificación que deja abierta la posibilidad de establecer, en casos concretos, situaciones de abuso de la posición de dominio (Art. 13 LPPLC). Es sólo a los efectos indicados que la ley especial establece los supuestos de *personas vinculadas*. No existe pues *repetimos* autorización o previsión en la ley mencionada, en el sentido de dejar de lado las reglas que establecen la separación de personas jurídicas.

5. La Ley de Impuesto Sobre la Renta³⁰

Esta Ley hace referencia a *sociedades y comunidades* y a los llamados *consorcios* (Art. 10 LISR), a *partes o personas vinculadas* (Arts. 112 y 113 *eiusdem*) y a *partes relacionadas* (parágrafo primero del Art. 113). Con relación a las *sociedades y comunidades* la referencia es a aquellas señaladas en el literal “c” del Art. 7; es decir, a las sociedades en nombre colectivo y a las sociedades en comandita simple (las llamadas sociedades de personas), las comunidades, cualesquiera sociedades de personas y las sociedades irregulares o de hecho. Con relación a éstas figuras, el Art. 10 LISR señala que el gravamen se cobrará en cabeza de los socios o comuneros y establece una responsabilidad solidaria por el pago del impuesto entre tales sociedades y sus socios y entre las comunidades y sus comuneros. Entendemos que tampoco en este caso se establece una norma que signifique el desconocimiento del principio del hermetismo de la personalidad jurídica. En efecto, en lo que se refiere a las sociedades mencionadas en el Artículo 10, la ley se limita a establecer que el gravamen por los enriquecimientos netos se cobra en cabeza de los socios en virtud de esa especial forma societaria y, en lo tocante a las comunidades, es sabido que éstas no tienen personalidad jurídica. Finalmente, en relación a las sociedades irregulares o de hecho (sociedades no legalmente constituidas), el propio CCo. establece los principios que regulan la responsabilidad por las operaciones jurídicas ejecutadas mediante la utilización del ente que no ha cumplido los requisitos que la ley prescribe para su legal constitución (Arts. 219 y 220 CCo.)

Por otra parte, el citado Artículo 10 LISR define los llamados *consorcios*, considerando como tales, a los efectos de la Ley, a las agrupaciones empresariales constituidas por *personas jurídicas* que tengan por objeto realizar una actividad económica específica en forma mancomunada. Del mismo texto legal se evidencia que éste reconoce la personalidad jurídica autónoma de cada uno de los entes que integran el consorcio y ante la carencia de personalidad jurídica del consorcio, y a fin de evitar equívocos, señala que los enriquecimientos netos se gravarán en cabeza de los diversos entes (diversas personas jurídicas) que lo integran y establece una responsabilidad solidaria de las diversas personas jurídicas que conforman el consorcio. No desconoce la ley *en este caso* la personalidad jurídica de todos y cada uno de los entes que conforman el consorcio; sino que, por el contrario, la afirma y establece una responsabilidad solidaria especial dentro de los límites de exigencias que prescribe el artículo 1.223 CC.

30. G.O. n° 5.390 Extraordinario del 22-10-99.

En relación a las nociones de *partes o personas vinculadas y partes relacionadas* (Arts. 111 y 112 LISR), consideramos que sí involucran un desconocimiento, para propósitos específicos de la ley especial, de la personalidad jurídica de los diversos entes que encajan dentro de dichas nociones. En efecto, la LISR establece que a los efectos de ciertas operaciones de transferencia de propiedad de bienes entre personas jurídicas autónomas pero que califiquen como vinculadas o relacionadas, se deben determinar los ingresos, costos y deducciones por dichas operaciones de transferencia, ajustándolas a la metodología que al efecto establece la ley. En este caso la finalidad perseguida por el texto legal es evitar que se evada el cumplimiento de obligaciones fiscales mediante la utilización de personas jurídicas diversas.

6. El Código Orgánico Tributario

Con relación al Código Orgánico Tributario (COT), la doctrina cita los artículos 22, 90, 91, 115, 116 y 117³¹. El Artículo 22 en su numeral 3 señala como sujeto pasivo con respecto al cual se verifica el hecho imponible, a las entidades o colectividades que constituyan una unidad económica, dispongan de patrimonio y tengan autonomía funcional. A nuestro entender, éste no es un caso de *penetración del velo corporativo* y consideramos que no lo hay por cuanto no existe persona jurídica; sino que, para evitar equívocos, la ley señala que cuando se dan las circunstancias del citado numeral 3, estamos en presencia de un contribuyente a los efectos del impuesto sobre la renta.

Por otra parte, el artículo 90 COT tampoco se relaciona con la doctrina del levantamiento del velo. En efecto, la norma se limita a declarar sujetos pasivos de las sanciones privativas de libertad a aquellos representantes de personas jurídicas que hayan *participado personalmente* en la ejecución del ilícito fiscal. Tampoco parece que el artículo 91 *eiusdem* se refiera a dicha doctrina; sino que establece la responsabilidad patrimonial solidaria de los representantes de personas jurídicas cuando ellos incurrir en ilícitos tributarios en ejercicio de sus funciones. Igual comentario merecen los artículos 115 y 116 LISR los cuales se refieren a la figura de la defraudación tributaria y el artículo 117 *eiusdem* que se limita a enumerar indicios de existencia de la figura de la defraudación.

A diferencia de las normas legales brevemente comentadas, debemos indicar que, el artículo 16 COT, en su segundo aparte, consagra una disposición similar a la contenida en el Art. 55 de la derogada LICSVN; disposición mediante la cual se autoriza a la Administración Tributaria para que, con apego al procedimiento de fiscalización y determinación previsto en el COT, desconozca la constitución de sociedades, la celebración de contratos y, en general, la adopción de formas y procedimientos jurídicos, cuando éstos sean manifiestamente inapropiados a la realidad económica perseguida por los contribuyentes y por ello se traduzca en una disminución de la cuantía de las obligaciones tributarias. El Parágrafo Unico del Art. 16 COT aclara que las decisiones de la Administración Tributaria en el sentido indicado, *únicamente tendrán implicaciones tributarias* y en nada afectaran las relaciones jurídico-privadas de las partes intervinientes o de terceros distintos del Fisco. Consideramos que en esta norma -como también en el Art. 55 de la derogada LICSVN-, si se prevé un supuesto de quiebre del principio del hermetismo de la personalidad jurídica. No obstante, consideramos obligado un comentario de dicha norma.

31. PERRETTI DE PARADA, Magaly, *ob. cit.*, pp. 198-200.

Realmente, *a nuestro entender* resultaba mucho más clara la fórmula utilizada en la redacción del Art. 55 de la derogada LICSVN; el cual perfilaba con bastante nitidez el supuesto del fraude a la ley. Hoy día, parece resultar enigmática o, al menos oscura, la determinación de actividades “manifiestamente inapropiadas a la realidad económica perseguida por los contribuyentes”. Este tipo de formulación críptica, que nada dice claramente y por ello permite interpretar mucho, no parece la más adecuada para servir de base a una actuación tan delicada por la profunda connotación jurídica que ella tiene a pesar de que se reduzca su efecto exclusivamente al ámbito tributario. Pensamos que el establecimiento del supuesto de hecho ha debido ser mucho más claro para evitar equívocos y para impedir la arbitrariedad administrativa. Tal como está redacta en la actualidad la norma (Art. 16 COT), existe muy poco espacio entre la planificación fiscal y la evasión fiscal; ya que cualquier actuación que produzca el efecto de una “disminución de la cuantía de las obligaciones tributarias” podría ser considerada como *manifiestamente inapropiada a la realidad económica* perseguida por quien realiza la actuación.

7. El Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo

El artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (RLOT) regula, en materia laboral, a los *grupos de empresas*; entendiéndose que existe dicho grupo cuando dos o más empresas se encuentren sometidas a una administración o un control común y constituyan una unidad económica de carácter permanente³². La consecuencia de la existencia de un *grupo de empresas* (cuya existencia se presume en los casos señalados en el parágrafo segundo Art. 21 RLOT), es la solidaridad de todas las empresas que lo integran con respecto a las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadores. La citada norma ha sido *justamente a nuestro entender* criticada por desbordar inconstitucionalmente los límites de la potestad reglamentaria³³.

Paralelamente, debemos señalar que el Artículo 177 LOT prevé una solidaridad parecida pero restringida específicamente al rubro de utilidades. Sin embargo, una reciente sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia, en abierta violación del Artículo 1223 CC, ha extendido el ámbito de aplicación del citado Art. 177. En efecto, dicho fallo después de reconocer que el Art. 177 LOT se refiere únicamente a la distribución de utilidades, afirma que “...no obstante la doctrina patria ha ampliado su ámbito de aplicación, en beneficio de los trabajadores...” y señala que cuando un Tribunal de instancia aplica la solidaridad fuera del supuesto de distribución de utilidades “...no incurre en errónea interpretación sino que determina el alcance y contenido del principio de la unidad económica de la empresa”³⁴. El fallo mencionado -que a nuestro entender puede ser objeto de severas críticas y carece de argumentación sólida y suficiente-, es objeto de un excelente análisis por parte de Perretti de Parada quien al efecto enumera un conjunto de sólidos y convincentes argumentos³⁵ que ponen a descubierto la falta de consistencia argumental de la sentencia.

32. La necesidad del carácter permanente de la unidad económica para que las empresas puedan ser conceptuadas como grupo de empresas ha sido señalada por sentencia de nuestros Tribunales de instancia. V., R&G, tomo CLXXIII, enero-febrero 2001, pp. 48-55.

33. ALFONZO-GUZMÁN, Rafael J., *Nueva didáctica del Derecho del Trabajo*, Editorial Melvin, C.A., Décima Segunda Edición, Caracas 2001, p. 100.

34. V., R&G, tomo CLXXIII, enero-febrero 2001, pp. 714-717. En sentido similar: R&G., tomo CLXVII, julio 2000, pp. 56-57 de un Tribunal Superior con Asociados.

35. *Ob. cit.*, pp. 259-263.

8. Ciertas disposiciones referentes a la Quiebra contenidas en el Código de Comercio

Cierta doctrina parece pretender ver en el contenido de los Artículos 920 y 921 CCo. una aplicación de la doctrina del levantamiento del velo³⁶; sin embargo, nosotros consideramos que en dicho supuesto no hay tal. Las normas legales citadas se limitan a señalar, como sujetos de las sanciones penales previstas en materia de quiebras, a las personas físicas que en forma culpable o fraudulentamente, incurrieron en el incumplimiento de ciertas formalidades a que estaban obligadas por la ley sus representadas (Art. 920 CCo. encabezamiento) o ejecutaron dolosamente determinados actos (ordinales 1°, 2°, 3°, 4° y 5° del Art. 920 y Art. 921 CCo.). Las disposiciones legales en comento únicamente puntualizan que las sanciones penales deben ser impuestas a las personas físicas que ejecutaron los actos que configuran el hecho ilícito y tiene su fundamento, por una parte, en la circunstancia de que la responsabilidad penal va dirigida a personas físicas, y por la otra, en el principio de que dicha responsabilidad es personal; es decir, el sujeto pasivo de la sanción es aquel que realiza la actividad que tipifica el delito.

En conclusión y *siempre desde nuestro punto de vista*, creemos que únicamente los Artículos 16 COT y 111 y 112 LISR, ofrecen base suficiente para sostener que, dentro de los estrictos límites fijados por cada una de las citadas normas, el sistema positivo venezolano admite directamente fracturas en el principio del hermetismo de la personalidad jurídica de los entes colectivos. Los otros supuestos analizados, o simplemente constituyen casos de establecimiento de una responsabilidad solidaria en el cumplimiento de ciertos y concretos supuestos de hecho, resultando perfectamente coordinados con el principio general del Artículo 1.223 CC que en nuestro sistema regula las obligaciones solidarias (Art. 177 LOT), o bien constituyen casos en los cuales la ley especial prohíbe la concertación de ciertos acuerdos o contratos, o impone especiales obligaciones a personas jurídicas independientes, pero que guardan entre sí una relación o vínculo en los términos que la ley considera como base del supuesto de hecho de las normas (LMC, LGBIF, LPPELC). En ninguno de los dos casos citados la ley desconoce la diversa personalidad jurídica de los distintos entes; sino que, por el contrario, parte del supuesto del reconocimiento de dichas personalidades jurídicas autónomas y establece ciertas consecuencias específicas.

III. LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN LA JURISPRUDENCIA DE NUESTROS TRIBUNALES

1. La sentencia de la Sala Especial Tributaria de la extinta CSJ, de fecha 3 de febrero de 1999

Una de las sentencias que nuestra doctrina³⁷ cita como ejemplo de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo es la proferida en fecha 3 de febrero de 1999 por la Sala Político Administrativa, en Sala Especial Tributaria, de la extinta Corte Suprema de Justicia (Expediente N° 7.086). Dicha decisión fue dictada a propósito de un Recurso

36. V., PERRETTI DE PARADA, Magaly, *ob. cit.*, pp. 201-204.

37. V., ZERPA, Levis Ignacio, “El abuso de la personalidad jurídica en la sociedad anónima” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV* n°116, Caracas 1999, pp.113-114.

ejercido en contra de un Reparó en materia de Impuesto Sobre La Renta. Los hechos del caso podrían ser resumidos en la forma siguiente: La contribuyente recurrente solicitó en su declaración de rentas una rebaja por inversiones pagadas en acciones de capital de empresas pecuarias; inversiones realizadas como aporte de capital a cuatro compañías con forma anónima, las cuales aumentaron su capital social y luego invirtieron el dinero en la adquisición de terrenos, ganado y equipos. La Administración Tributaria realizó una fiscalización y concluyó negando *la rebaja por nuevas inversiones* que la contribuyente había solicitado. Las razones de la negativa fueron fundamentadas así:

i) En relación a la inversión inmobiliaria, la Fiscalización señaló que los terrenos no se encontraban en función de la producción de la renta y por tanto no podían ser considerados como nuevos activos incorporados a la producción agrícola y más del noventa por ciento de los mismos “no estaban deforestados, ni tenían vías de penetración”; en otras palabras, se rechaza su carácter de inversiones efectivamente incorporados a la producción de la renta, tal como exigía el artículo 6° del Decreto N° 1.130 de fecha 9 de septiembre de 1975 y además señala la no admisibilidad de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 7° del citado Decreto en concordancia con el Parágrafo Quinto del Artículo 67 de la Ley de Impuesto Sobre La Renta³⁸.

ii) En relación a las cantidades invertidas en ganado, el reparó fue fundamentado en que éste no tenía el carácter de activo fijo por estar destinado a la venta.

iii) En relación a los equipos o maquinarias, el Acta Fiscal basó el rechazo de la inversión en el hecho de que se trataba de “el traslado de la maquinaria entre las mismas empresas pertenecientes a los mismos intereses”.

Para colorear el reparó, la Fiscalización explanó un amplio análisis del llamado *principio de la realidad económica* con citas de legislación y doctrina internacional, incluyendo una referencia al Modelo de Código Tributario para América Latina.

En lo esencial, y a los efectos que aquí nos interesan, la Sala centró su análisis en “la interpretación de las condiciones de procedencia de la rebaja de impuesto por inversiones previstas en las disposiciones contenidas en la Ley de Impuesto Sobre La Renta de 1974, vigente para el ejercicio objeto de fiscalización, y en el Decreto N° 1.130 del 09-09-75” (pp. 24-25 de la sentencia); análisis que concluye con un señalamiento de los “requisitos fundamentales a cumplir para gozar de la rebaja de impuesto” aplicable al caso; requisitos entre los cuales destacan (entre otros): a) que la inversión se realice en el país; b) que la inversión esté efectivamente pagada en acciones o cuotas de capital de nuevas empresas agrícolas, pecuarias, de reforestación o de pesca, o de aumento de capital de empresas de la misma naturaleza; c) que la inversión esté representada en activos fijos, no utilizados anteriormente en el país por otras empresas, y, d) que estos activos estén efectivamente incorporados a la producción de la renta (pp. 27-28 de la sentencia).

En la motivación del fallo, la Sala Especial Tributaria menciona la afirmación de la Fiscalización (en relación con los equipos y maquinarias) en el sentido de que consideró (la Fiscalización) que se trata de un traslado de la propiedad de dicho equipo entre empresas pertenecientes a los mismos intereses (p. 34 de la sentencia). No obstante, la Sala

38. Para la fecha del ejercicio fiscal reparado estaba vigente la LISR de 1974 y el Parágrafo Quinto de su artículo 69 expresaba: “Parágrafo Quinto. A los fines de este artículo no podrán tomarse como inversiones efectuadas para la extensión territorial del propio fundo agrícola o pecuario o para la adquisición de otros, salvo que se trate de complementar el área mínima a que se refieren los artículos 29 y 30 de la Ley de Reforma Agraria. Tampoco podrán tomarse en cuenta las inversiones deducidas conforme al ordinal noveno del artículo 15 de esta ley”.

insistió en que la LISR de 1974 requiere que se trate de activos no utilizados anteriormente en el país por otras empresas (p. 36 de la sentencia) y concluye señalando que “...no se trata de equipos nuevos, sino de equipos utilizados anteriormente por otras empresas en el país” (p. 37 de la sentencia) y en relación a la inversión en inmuebles señala: “no forma parte de las inversiones que son tomadas en cuenta para otorgar el beneficio de la rebaja de impuesto, por expresa disposición legislativa”; a cuyo efecto cita el Parágrafo Quinto del Artículo 67 LISR, el Parágrafo Tercero del Artículo 69 *eiusdem* y el Artículo 7° del Decreto N° 1.130 del 09-09-75 (pp. 33-34 de la sentencia). Finalmente, en relación a la inversión en semovientes, la Sala expresa:

El análisis de las pruebas que antecede, en especial el propio recurso de la contribuyente y el Informe Pericial, dan cuenta de que los semovientes considerados como bien inmueble, es decir en su conjunto como rebaños de ganado de cría unidos a sus pastos o criaderos fueron adquiridos de otras empresas agropecuarias y que éstas las mantenían en producción ya antes de la venta; resulta por lo tanto ocioso entrar a analizar si dichos semovientes puedan o no considerarse como activos fijos, pues *basta que no se trata de nuevas inversiones hechas por las empresas receptoras del capital*, sino de un simple traspaso de las antiguas a las nuevas propietarias para que resulte improcedente acordar el incentivo alegado por la recurrente, y así se declara³⁹.

Por último, es necesario y conveniente resaltar que en lo tocante al asunto de fondo debatido, la Sala Especial Tributaria afirmó:

La rebaja de impuesto es un incentivo fiscal a través del cual se pretende estimular e incentivar la inversión y/o la producción de determinadas áreas de la actividad económica que contribuyan al mejoramiento de la estructura productiva del país y, referida a la actividad agropecuaria estaba prevista de dos modos diferentes en la Ley de Impuesto sobre la Renta. Uno, en el artículo 67, tomando como base de la rebaja, los enriquecimientos obtenidos de esa actividad. Y, otro, contemplado en el Artículo 69, que el beneficio fiscal opera reduciendo el impuesto que se cause por enriquecimientos netos derivados de fuentes distintas de aquella que es objeto y razón del incentivo.

Para ambos casos el objetivo es el mismo: el de incentivar la producción agropecuaria, el hecho de que la Ley prevea dos modalidades diferentes, en dos normas o artículos distintos, no es razón para interpretar que los requisitos de procedencia del beneficio deben ser diferentes, porque si el objeto de la rebaja es el mismo los requisitos para que ella proceda deben ser iguales y variarán sólo los supuestos previstos en la Ley, que el Estado quiere beneficiar y/o estimular.

En el caso de autos, se trata de la segunda modalidad, con el objetivo de estimular inversiones en materia agrícola, pecuaria o de pesca, operando en relación al impuesto causado por el enriquecimiento derivado de fuentes distintas a la agrícola, pecuaria o de pesca y para que proceda la rebaja de impuesto la inversión deberá estar representada en a) Activos Fijos, b) no utilizados anteriormente por otras empresas, y, c) que estén efectivamente incorporados a la producción agrícola, que son los requisitos establecidos en el artículo 67 para el otro supuesto de inversión en la actividad agrícola⁴⁰.

Con la motivación parcialmente transcrita, la Sala tuvo sólidos y suficientes argumentos jurídicos para declarar *como lo hizo* sin lugar el Recurso. No obstante ello, y tal vez incitada por el alegato formulado por la Fiscalización, la sentencia dedica tres páginas al análisis -a nuestro modo de ver inconveniente e innecesario- de si hubo o no en el caso juzgado, abuso de la forma jurídica.

39. P. 41 de la sentencia. Énfasis añadidos.

40. P. 39 y 40 de la sentencia.

Esta parte de la sentencia es la que normalmente es citada por la doctrina como paradigma de decisión a favor de la doctrina del levantamiento del velo⁴¹.

No obstante la afirmación de la Sala Especial Tributaria en el sentido de que existían razones jurídicas de peso para declarar (como lo declaró) sin lugar el recurso, ella entró a analizar si existía o no en el caso en estudio un *abuso de la forma jurídica*; abuso que la sentencia declara haber encontrado (p. 44 de la sentencia). Sin necesidad alguna (ya que había desechado el Recurso) la Sala se pronunció acerca del uso indebido de la personalidad jurídica alegado en el Acta Fiscal. Esta actividad violenta uno de principios fundamentales que la jurisprudencia ha establecido en el Derecho Comparado como guía de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo y penetración del hermetismo de la personalidad jurídica. En efecto, tanto la jurisprudencia como la doctrina se manifiestan en forma unánime en utilizar la teoría del levantamiento del velo siempre con carácter subsidiario; esto es, cuando el sentenciador no tiene otra vía para impedir la injusticia o daño que se produciría por la aplicación del principio del hermetismo de la personalidad jurídica. En la materia que nos ocupa, las formulaciones que integran la decisión en cada caso concreto, deben ser especialmente particularizadas y mantenidas en el justo ámbito del caso particular objeto de decisión; sin incurrir en generalizaciones que por lo demás resultan inconvenientes.

La aquí comentada sentencia del 3 de febrero de 1999, toma a *nuestro entender* como punto de partida básico para la declaración en torno al *abuso de la forma jurídica*, uno de los argumentos del Acta de Fiscalización; a saber: “Que las compañías compradoras y las vendedoras forman un mismo grupo económico pues pertenecen mayoritariamente a los mismos accionistas” (p. 42 de la sentencia) y siguiendo tal hilo afirma:

...Las supuestas *inversiones* hechas por la contribuyente no son operaciones verdaderas ni sinceras, es decir no tienen contenido ni sustancia económica, sino que más bien son subterfugios de mera forma que no pueden tener significación en un impuesto como el que grava la renta, el cual pretende alcanzar la verdadera (y no la aparente) capacidad económica del sujeto pasivo. Las operaciones analizadas, en la forma en que fueron hechas denotan un abuso de la forma jurídica con el propósito fundamental de eludir o atenuar el efecto norma de la ley tributaria, en detrimento de los derechos del Fisco. En tales casos, el Juzgador debe apartarse de la forma de los negocios para atribuirles su verdadero significado y alcance a través de la realidad de los hechos, los cuales demuestran, como dice la Fiscalización que evidencia que “la formación del capital en el sector agropecuario venezolano no sufrió incremento alguno” por lo cual los reparos se consideran ajustados a derecho, y así se declara.

En el sentido indicado, consideramos prudente hacer un específico comentario al fallo. En efecto, aún cuando en el caso sentenciado aparecían graves indicios que inducían a pensar en la falta de *contenido o sustancia económica*, hay que aclarar que el simple hecho de que se trate de operaciones entre un mismo grupo económico o de compañías que pertenezcan mayoritariamente a los mismos accionistas, no conduce fatal y necesariamente a la afirmación de *abuso de la forma jurídica*. Bajo este aspecto, si en el caso sentenciado hubiere existido una real inversión de capital en lugar de un traslado circular de dinero; si los inmuebles hubieren sido destinados a la producción de la renta; si los equipos no hubieren sido anteriormente utilizados en el país y si el ganado adquirido hubiere estado integrado por un rebaño de novillos en la edad usual de negociación para engorde, el argumento de tratarse de operaciones de compra venta celebradas entre empresas vinculadas o relacionadas, no hubiere resultado argumento suficiente para

41. ZERPA, Levis Ignacio, “El abuso de la personalidad jurídica en la sociedad anónima” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV* n° 116, p.114.

declarar con lugar el reparo; ya que aun en tal caso se habrían cumplido los supuestos y la finalidad de la norma fiscal: la inversión en nuevos activos destinados a la producción de la renta. Dicho en otras palabras, la operación no hubiera tenido por objeto transgredir o violentar la norma jurídica.

2. La sentencia de fecha 24 de marzo de 2000 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

Otra sentencia que resulta necesario mencionar en este lugar es la proferida el 24 de marzo de 2000 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el Expediente N° 00-0154⁴². La sentencia fue dictada en un procedimiento de Amparo Constitucional que conoció la Sala por vía de apelación contra una decisión del Juzgado Superior Primero en lo Penal del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar. Los hechos que pueden ser deducidos a partir del fallo del 24-03-2000 son los siguientes: En un Tribunal de la Jurisdicción Penal del Estado Bolívar cursaba un proceso contra tres personas naturales por *defraudación continuada*. Una de dichas personas había actuado como administradora de una promotora inmobiliaria y las otras dos como administradoras de una compañía que celebró con la anterior un préstamo garantizado con hipoteca sobre un conjunto de parcelas de terreno que formaban parte del desarrollo inmobiliario promovido por la primera. Paralelamente, la compañía que fungía como prestamista estaba tramitando en contra de la prestataria (la promotora inmobiliaria) un juicio de ejecución de hipoteca que se encontraba en estado de remate. Todo parece indicar que de practicarse dicho remate, desaparecerían bienes sobre los cuales las presuntas víctimas de la *defraudación continuada* que se investigaba, pudieran lograr resarcimiento total o parcial de los eventuales daños por ellas sufridos. El Juez de la jurisdicción Penal dictó una medida de *aseguramiento* de ciertos inmuebles a los efectos de impedir la culminación del acto de remate y el consiguiente traslado de la propiedad de los bienes. Los inmuebles (parcelas) objeto de la medida habían sido vendidos a terceros (acusadores en el juicio penal) mediante documentos autenticados y no protocolizados. La compañía prestamista *ejecutante* (cuyos administradores estaban siendo procesados por complicidad con la compañía promotora inmobiliaria prestataria *ejecutado*) ejerció acción de Amparo Constitucional contra la medida de *aseguramiento*; acción que fue denegada por el Juez Superior que conoció de la misma y cuya sentencia fue apelada subiendo los autos a la Sala Constitucional.

La acción de Amparo Constitucional fue rechazada por el Juez Superior Penal, básicamente con los argumentos siguientes: i) que el accionante tenía otros medios procesales, distintos del amparo, para ir en contra de una decisión (*aseguramiento*) que le desfavorecía; ii) que las actuaciones del Tribunal de Primera Instancia se realizaron dentro de los límites de sus atribuciones y que no aparece de autos evidencia que haga presumir el menoscabo, impedimento o cercenamiento del ejercicio de derechos fundamentales de la accionante; iii) que la medida (*aseguramiento*) no afectaba la expectativa de realización de derechos que pudiese tener a su favor la presunta agraviada.

Por su parte, la accionante concentró sus alegatos en la forma siguiente: i) un inmueble no puede ser el instrumento de perpetración de un delito; ii) que la decisión del Tribunal de Primera Instancia no estaba enmarcada dentro de las atribuciones que al

42. V., file: //C: \windows\TEMP\ Sentencia 123. T.S.J. htm.

efecto le confiere la ley; iii) que existiendo una medida que afectaba el inmueble (dictada por el Juez Mercantil que ejecutaba la hipoteca), no podía el Juez Penal dictar ningún tipo de medida sobre el bien ya afectado por la providencia judicial.

A nuestro modo de ver, el centro de la controversia en el caso analizado debía ser fijado, fundamentalmente, en dos elementos; a saber: i) si el Juez de Primera Instancia, en alguna forma, tenía dentro de sus atribuciones el dictar la medida de *aseguramiento* que originó el amparo; y, ii) si con la medida de *aseguramiento* se transgredían o violaban derechos constitucionales de la accionante.

En relación al primer punto, la sentencia analizada resolvió afirmativamente con la siguiente argumentación:

Tal vez el juez penal, impropriamente llamó aseguramiento a la medida dictada, porque le faltó concreción, pero su fin aparece claro en el oficio N° 3705 del 10 de agosto de 1998, que envió al juez civil: impedir que el delito que había calificado como estafa continuada, pudiera seguir produciendo efectos, los cuales según el juez penal los produciría el remate de unos bienes en un juicio donde no hubo contención, tal como se desprende de la propia solicitud de amparo.

Es de la esencia del proceso penal, así no haya declaratoria expresa en ese sentido, que él no solo busca la condena del delincuente, sino impedir que el hecho punible siga cometándose, como acontece en los delitos continuados; y para evitar tal situación, sin necesidad que la ley lo diga expresamente, el juez puede tomar las medidas destinadas a impedirlo. En la fase sumaria regida por el Código de Enjuiciamiento Criminal, el artículo 71 permitía al juez evitar la extensión del delito a cuyo conocimiento se había abocado.

Por lo tanto, el juez que impidió la continuación de lo que consideró y perseguía como delito (estafa continuada), al ordenar la suspensión del remate, no actuó ilegalmente, sino que al contrario, obró correctamente y al hacerlo así, no actuó fuera de su competencia, como pretenden los accionantes.

Tampoco violó con la orden de aseguramiento el debido proceso, ya que los autores del supuesto delito estaban *sub iudice* y podían defenderse contra la medida en el proceso penal donde se dictó y donde ya eran partes, actuando en dicho proceso como representantes de las personas jurídicas afectados por la medida.

Por otra parte, las compañías que accionan este amparo, finalizado el sumario podían, conforme al artículo 12 del derogado Código de Enjuiciamiento Criminal acudir ante el juez penal y comprobar el dominio sobre los bienes, ya que ellos se encontraban en situación similar a los objetos aprehendidos que contempla dicha norma, por lo que su derecho a la defensa y al debido proceso no se vio nunca conculcado. Es más, la medida fue dictada provisoriamente.

En relación al segundo punto, la sentencia igualmente resolvió en sentido afirmativo y a tal efecto señaló:

En consecuencia, no es cierto, que el derecho de propiedad de *...omissis...* se le haya conculcado con la medida, por haberse provisionalmente suspendido el remate, lo que no significaba la pérdida definitiva de sus bienes, sino no ejecutar las parcelas en el momento de la suspensión, con lo que el juez penal evitaba, conforme al motivo del proceso penal, que se extendieran los efectos de la estafa continuada que ya había calificado.

Por otra parte, en la apelación que conoce esta Sala, se plantea una supuesta contradicción e incongruencia en la decisión apelada, ella es irrelevante para esta Sala desde el momento que constata que la actuación del juez penal no violaba derechos o garantías constitucionales de los accionantes, ni afectaba su situación jurídica, pero de todos modos es de apuntar que tal contradicción o incongruencia no existe en el fallo apelado.

Con la argumentación de los párrafos transcritos, bastaba *en nuestra opinión* para declarar sin lugar la apelación contra la sentencia que negó el Amparo a la accionante. No obstante, la Sala *innecesariamente a nuestro modo de ver*, consideró que debía ir más lejos y afirmó:

En casos como el presente, y ello lógicamente no fue alegado por los actores, cuando los administradores de las sociedades son imputados del delito que se comete, utilizando instrumentalmente a las personas jurídicas, el velo corporativo se levanta con el fin de evitar el fraude a la ley que se hace presente cuando las compañías, como personas distintas de sus administradores, reclaman derechos que facilitan los efectos del delito. En estas situaciones la personalidad jurídica de las sociedades se confunde con la de sus administradores, motivo por el cual, los administradores al defenderse, lo hacen también por sus representados.

En nuestra opinión, la Sala se excedió en su decisión y violó uno de los principios de observancia obligada en materia de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo: el carácter subsidiario de la medida; esto es, utilizarla cuando no existe otro camino para evitar una injusticia en la aplicación del Derecho. En efecto, existiendo argumentos suficientes para declarar sin lugar la apelación, se hacía innecesaria la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo. Por lo demás, creemos que al decidir como lo hizo, la Sala se pronuncia sobre el fondo de un conflicto que no le había sido planteado. Esto es, acerca de la culpabilidad de los procesados en el juicio penal y la incidencia de tal supuesta culpabilidad en la personalidad jurídica de las sociedades por ellos administradas.

3. La sentencia de fecha 18 de abril de 2001 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

En torno a la jurisprudencia relacionada con el tema a cuyo análisis hemos dedicado este trabajo, pensamos que es necesario extremar la prudencia a fin de mantener el núcleo de las decisiones judiciales dentro del específico contexto en el cual el fallo se produce. En este orden de ideas y en relación con los llamados *grupos societarios*, es interesante destacar que la sentencia N° 558 del 18 de abril de 2001, proferida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia⁴³, si bien se refiere a tales grupos, centra los efectos en el aspecto de la personalidad jurídica del grupo; es decir, si una de las compañías del supuesto grupo puede ser notificada en representación de otra sociedad del grupo. Como señala Rodner: “...no insinúa en ningún momento que Eleoccidente, por su condición de compañía de grupo, pudiere haber sido civilmente responsable frente a los demandantes”⁴⁴.

Como aspecto positivo de la sentencia N° 558 del 18-03-2001, el comentarista señala que la misma siembra los gérmenes de algunos elementos a considerar para poder hablar de *grupo societario*; aun cuando afirma *a nuestro modo de ver con razón* que los mismos “no están bien desarrollados en la sentencia, sin embargo, de ella se pueden sacar algunas conclusiones que son útiles para posterior doctrina que pueda ser utilizada en casos similares”. Las indicaciones o elementos para la existencia de *grupos societarios*, conforme se desprende del fallo son: i) necesidad de que las compañías tengan un

43. Un excelente comentario de este fallo ha sido hecho por el Profesor OTIS RODNER, James en *Jurisprudencia Clave del Tribunal Supremo de Justicia de Govea & Bernsaudoni*, t III, enero-junio 2001, Editorial La Semana Jurídica, C.A., Caracas 2001, pp.137-154.

44. Lugar citado.

“desarrollo de negocios con dirección de actividades económicas”; desarrollo que, en criterio de Rodner, *parece referirse a negocios similares*; ii) que los administradores de las sociedades del pretendido grupo sean los mismos o que unos reciban órdenes o instrucciones de los otros, quienes son los que los nombran; iii) que las sociedades se presenten ante el público como grupo; iv) que se alegue y pruebe la existencia de la relación de subordinación⁴⁵.

En la sentencia del 18 de abril de 2001 la Sala Constitucional desaprovechó la oportunidad de asentar los elementos cuya presencia deben presentarse en los casos concretos a fin de que pueda hablarse de la existencia de *grupos societarios*. Esta labor de esclarecimiento y fijación de conceptos es hoy día fundamental e indispensable habida cuenta de la labor *para bien o para mal* de clarificación y modificación del Derecho asumida desde su creación por la Sala Constitucional. En este sentido, como asienta Rodner, las decisiones del TSJ “no están dirigidas exclusivamente a resolver un litigio o conflicto entre las partes del proceso, si no, igualmente están dirigidas a definir en forma general el alcance o contenido de normas legales”; razón por la cual “debe reflexionar con cuidado en el principio que está estableciendo para el caso concreto y debe corresponder a una decisión donde, como indica la propia doctrina francesa, la Corte tenga en consideración después de una debida reflexión, los efectos o consecuencias sociales que saldrán de la decisión”⁴⁶. Además agregamos nosotros, debe evitar excesos expresivos que pueden aparecer como graves inexactitudes conceptuales: En este orden de ideas, cabe señalar el siguiente párrafo de la sentencia comentada:

A estas empresas o sociedades que van surgiendo para desarrollar la actividad del principal, y que pueden o no desenvolverse en lugares distintos al del domicilio de la principal, de acuerdo a su composición interna o al grado de sujeción a la *casa matriz*, se las distingue como filiales, relacionadas, etc. Se trata de un ente controlante que impone a otros, *con apariencias de sociedades autónomas o empresas diferentes*, dicho control para lograr determinados fines, por lo que los controlados se convierten en meras instrumentaciones del controlante⁴⁷.

En efecto, cuando estamos en presencia de un *grupo societario* es indudable que cada una de las sociedades que integran el grupo, tiene y conserva su personalidad independiente y se trata de verdaderas sociedades autónomas; no de *apariencias de sociedades autónomas*. Por la misma razón, el *grupo societario* carece como tal de personalidad jurídica⁴⁸.

En el caso de la sentencia del 18 de abril de 2001 la consecuencia de la existencia de un grupo societario se limita *como bien asienta Rodner* “a la extensión de la personalidad procesal del grupo y exclusivamente para el caso de notificación”⁴⁹.

45. OTIS RODNER, James, *ob. cit.*, pp. 151-152.

46. OTIS RODNER, James, *ob. cit.*, p.145. Este autor menciona que en el Derecho comparado se requiere, para la existencia de un grupo societario, que existan dos o más sociedades que ejerzan *actividades conexas* que exista similitud o identidad de accionistas y que exista dominación por parte de uno de los miembros del grupo sobre los demás (ver. p. 150).

47. V., página 8 de la sentencia. Énfasis nuestros.

48. *Cf.*, OTIS RODNER, James, *ob. cit.*, p. 149.

49. *Ob. cit.*, p. 154. El autor citado señala que la doctrina comparada entiende por “principio de la personalidad procesal del grupo”, aquel principio conforme al cual, *para algunos actos de excepción* en un proceso civil o, inclusive, en un proceso de arbitraje, algunas sociedades miembros del grupo, en *condiciones excepcionales* pueden ser consideradas como formando parte integrante con otras sociedades del mismo grupo (pp. 149-150).

4. La sentencia de fecha 3 de marzo de 1994 dictada por el Juzgado Superior Primero de Familia y Menores de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas

Otro de los fallos citados por la doctrina que ha tratado el tema que nos ocupa⁵⁰ fue la dictada por un Juzgado Superior de Familia y Menores. Los hechos que conformaron el caso decidido por dicho fallo pueden ser resumidos en la forma siguiente: En un juicio de divorcio, el Juez de la causa decretó medida cautelar de embargo sobre el cincuenta por ciento de los depósitos existentes en las cuentas corrientes bancarias de dos sociedades anónimas. Además declaró medida de “prohibición de venta y traspaso” de siete vehículos que estaban registrados a nombre de las dos compañías y a nombre del uno de los cónyuges. El apoderado de las compañías cuyos bienes fueron objeto de las medidas cautelares se opusieron a las medidas alegando que los bienes afectados por las mismas pertenecían a empresas que tenían personalidad jurídica distinta de la de los cónyuges en litigio; que dichas empresas tenían un patrimonio propio y no eran parte en el proceso de divorcio que se ventilaba. El Juez de la causa fundamentó las medidas cautelares en el contenido del Artículo 191, ordinal 3° del CC; norma que lo faculta para dictar provisionalmente medidas dirigidas a salvaguardar y asegurar los bienes de la comunidad conyugal. De los recaudos que cursan en el expediente, el Juez de alzada dedujo que los cónyuges litigantes eran los únicos accionistas de las dos sociedades anónimas cuyos bienes fueron afectados por las medidas y que dichas sociedades fueron constituidas por ellos durante la vigencia del matrimonio.

La titular del Tribunal de Alzada, después de hacer mención a la teoría del levantamiento del velo, señala que:

...hay actuaciones jurídicas particulares en las cuales es necesario examinar por vía excepcional el peculiar sustrato personal (miembros) que se encuentran tras ella. Se trata de casos donde el Juez debe 'levantar el velo' de la persona jurídica o Empresa a fin de indagar los intereses de los hombres o seres humanos que integran la persona jurídica por cuanto en esos casos la radical separación entre la personalidad de la persona jurídica y la de sus miembros conduce a resultados completamente injustos y hasta contrarios a derecho⁵¹.

El Tribunal finaliza su argumentación en la forma siguiente:

En el caso de autos, considera este Juzgador que habiendo constituido los cónyuges una sociedad mercantil dentro de su vida matrimonial y siendo ellos los únicos socios, esta Empresa se podría considerar como una extensión de la comunidad conyugal; el pretender mantenerse rigurosamente dentro del esquema de la persona jurídica absolutamente separada de los únicos miembros-cónyuges podría provocar una situación de injusticia con el único socio-cónyuge (sic) (en este caso la parte actora). La misión del Juez de Familia es de acuerdo a la letra y al espíritu del Legislador Civil del 82 preservar el patrimonio familiar a través de las medidas que estime pertinentes⁵².

La decisión analizada concluye ratificando la actuación del Juez de la causa y afirma que las medidas preventivas estuvieron ajustadas a derecho para salvaguardar los intereses de uno de los cónyuges *cuyos gananciales podrían verse en riesgo*⁵³.

50. ZERPA, Levis Ignacio, “El abuso de la personalidad jurídica de la sociedad anónima” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* n° 116, UCV, Caracas 1999, pp. 102-103.

51. V., pp. 4-5 de la sentencia.

52. V., p. 5 de la sentencia.

53. No tuvimos oportunidad de leer el expediente completo y nos llama la atención que el fallo en algunos lugares hace mención al hecho de que los cónyuges en litigio eran ambos los únicos accionistas de las compañías cuyos bienes resultaron afectados por las medidas (p. 4) y en otros lugares señala que la cónyuge demandante es *el único*

A nuestro modo de ver, el caso al cual se refiere la sentencia aquí analizada, constituye uno de los supuestos típicos en los cuales se hace necesario aplicar la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica a fin de evitar que el curso del proceso se puedan realizar actos -ajenos a éste- que lesionen gravemente el patrimonio de una de las partes y resulten frustradas las previsiones que el sistema jurídico ha organizado para mantener el necesario equilibrio de los intereses que pueden estar en pugna; en el caso concreto: salvaguardar la porción de los bienes comunes que corresponden a cada uno de los cónyuges que contrajeron matrimonio sin capitulaciones matrimoniales; es decir, su parte en la comunidad de gananciales.

En casos como el decidido por la sentencia objeto de nuestro análisis, sostener la posición ortodoxa del respeto a la personalidad jurídica de cada uno de los socios cónyuges, habría posibilitado que se produjeran efectos que tal vez resultarían en un daño patrimonial irreversible para uno de los cónyuges. En efecto, la solución ortodoxa había implicado que únicamente era posible la ejecución de medidas cautelares de aseguramiento sobre aquellos bienes no sujetos a formalidades registrales que estuvieren a nombre del cónyuge demandado. En este punto, debemos señalar que ni siquiera resultaba necesario afectar las acciones de la compañía ni los vehículos que estuvieren registrados a nombre del cónyuge demandado por cuanto para transmitir la propiedad de dichos bienes se hacía necesario el consentimiento de la cónyuge demandante (Art. 168 CC).

En resumen, estamos totalmente de acuerdo con el hecho de que en el caso al cual se refiere la sentencia se debió aplicar *como se hizo* la doctrina del levantamiento del velo; sin embargo, discrepamos de la forma utilizada para tratar de salvaguardar los intereses protegibles. En efecto, embargar preventivamente el cincuenta por ciento de los depósitos de las cuentas corrientes bancarias de las compañías puede no resultar justo ni adecuado. Por una parte, las sociedades en funcionamiento normal no tienen únicamente activos; también tienen pasivos y una medida como la decretada y ejecutada, únicamente tomó en consideración los activos e ignoró los pasivos. Por otra parte, una medida de embargo de cuentas bancarias puede perjudicar a la sociedad titular de las mismas al producir una inmovilización de efectivo que pudiere ser necesario para cumplir obligaciones vencidas, generando así la posibilidad de demandas en contra de la sociedad; demandas que pondrían en peligro no solo a la compañía, sino que podrían afectar gravemente los mismos intereses que se trata de proteger.

Las reflexiones consignadas en el párrafo que antecede conduce a buscar soluciones diferentes para casos similares a aquel al cual se refiere la sentencia comentada. En este orden de ideas, tal vez resulte adecuado pensar que con fundamento en el parágrafo primero del artículo 588 CPC y por vía de decreto de medidas innominadas, se acuerde el nombramiento de un tercero que actúe como una suerte de curador del patrimonio de las sociedades involucradas y autorice las disposiciones de activos sociales tomando en consideración tanto la conservación de la empresa, como los intereses de los cónyuges litigantes.

socio-cónyuge (pp. 5-6); haciendo además alusión a que al actora es la “socio *sui-generis* por ser la cónyuge cuyos gananciales podrían verse en riesgo”.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Después de más de cuarenta y seis años, y no obstante la cantidad de análisis realizados por la doctrina y la jurisprudencia acerca del tema del levantamiento del velo, parece que el avance real ha sido escaso a partir de las formulaciones de Serick. Da la impresión de que, salvo el deseo de un mayor número de autores y de jueces en declarar, en casos concretos, el desconocimiento de la personalidad jurídica, todavía continuamos en esa zona nebulosa de falta de determinación de directrices objetivas que nos indiquen en forma indubitable, cuándo debe el órgano jurisdiccional romper el principio del hermetismo de la personalidad jurídica de las sociedades⁵⁴.

En efecto, en 1955 Serick⁵⁵ formuló en su ya clásica obra cuatro proposiciones -que comúnmente son citadas literalmente por la doctrina-⁵⁶, para aceptar el desconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades. Tales proposiciones pueden ser parafraseadas en la forma siguiente:

i) Se puede descartar la personalidad jurídica de la sociedad en todos aquellos casos en los cuales se ha abusado de la estructura formal de la persona jurídica para lograr un resultado contrario a derecho. A tal efecto, podrá hablarse de que existe abuso en el sentido indicado, cuando: a) si con la persona jurídica se ha burlado una disposición legal; b) si la persona jurídica ha sido utilizada para incumplir obligaciones contractuales; c) si la persona jurídica se ha utilizado para perjudicar fraudulentamente a terceros. Con relación a la primera proposición arriba descrita, Serick afirma que de no existir uno de los casos de abuso de la persona jurídica, no es posible quebrar el hermetismo de la personalidad jurídica. Como ejemplo de casos que caen dentro de la primera proposición, Serick cita el de los empleados del comerciante que constituyen una sociedad a fin de trasgredir la obligación de no competencia; el caso de quien deja a la persona jurídica por él dominada realizar el acto a cuya omisión está obligado y el del socio único que en lugar de capitalizar a su sociedad aparece como prestamista a fin de aparecer en la posición de acreedor en caso de que fracase el negocio⁵⁷.

ii) No basta el solo alegato de que manteniendo el hermetismo de la personalidad jurídica se impide obtener la finalidad de la norma que se alega violada o el negocio jurídico incumplido mediante (o con el auxilio) de la persona jurídica. Sin embargo, tal argumento basta en todos aquellos supuestos en los cuales mediante la personalidad jurídica se trata de impedir la eficacia de una regla de Derecho de Sociedades a la cual se le reconozca valor fundamental.

El núcleo de la segunda proposición de Serick se encuentra en la afirmación de que la finalidad de una norma (que se señala como supuestamente transgredida por la persona jurídica) no puede ser realizada a expensas de la forma de la persona jurídica; esto es, permitiendo la penetración hasta el sustrato de la persona jurídica. No obstante, ésta -que debe ser la regla general-, admite excepciones en todos aquellos supuestos en los cuales la norma transgredida es de tal importancia que se pueda afirmar que la ley “no quisiera ver *impedida* su finalidad ni de una manera indirecta”⁵⁸.

54. Un excelente resumen del estado del Derecho Comparado en relación con el estudio del punto puede verse en MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, *Curso de Derecho Mercantil*, UCAB, Cuarta edición, t II, Caracas 1998, pp. 811-823.

55. SERICK, Rolf, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, Ediciones Ariel, Barcelona 1958, Traducción de BRUTAU, José Puig y prólogo de POLO, Antonio.

56. V., MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo, *ob. cit.*, t II, p. 813. ZERPA, Levis Ignacio, “El abuso de la personalidad jurídica en la sociedad anónima” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n° 116, UCV, Caracas 1999, pp. 97-98.

57. *Ob. cit.*, p. 243.

58. *Ob. cit.*, p. 248. Enfásis añadidos.

Como ejemplo de la segunda proposición, se cita el caso de una persona jurídica que persigue, por intermedio de otra persona jurídica, los efectos jurídicos que el legislador no ha querido que pudiera realizar la primera persona jurídica⁵⁹.

iii) Si una norma se funda en cualidades o capacidades humanas (no aplicables por tanto en principio a personas jurídicas en sentido estricto), tales normas deben aplicarse a las sociedades cuando la finalidad perseguida por la norma corresponda a esta clase de personas. La aplicación de esta proposición permite llegar a las personas físicas que conforman el sustrato personal de la persona jurídica para determinar si en ellas concurre la hipótesis de la cual depende la eficacia de la norma.

Con relación a su tercera proposición, el autor citado señala que “la sola circunstancia de que una norma se halle enlazada con atributos humanos no es suficiente para excluir su aplicación a las personas jurídicas”.⁶⁰ En este caso, se recurre al análisis de la finalidad de la norma indagando si el precepto jurídico de que se trata en el caso concreto puede tener aplicación, en general, a las personas jurídicas. Como el autor señala, este problema no debe confundirse con aquel otro más genérico de saber si para la realización de la finalidad de la norma debe indagarse hasta alcanzar a las personas físicas que en último término se encuentran detrás de la persona jurídica; sino que el enfoque debe ponerse en comparar si la norma prevista para la persona física puede ser aplicada a la persona jurídica, tomando como base para la decisión en tal sentido la comparación de la finalidad de la norma de que se trata con la finalidad a que responde la institución de la persona jurídica. En caso afirmativo, todavía quedaría pendiente de resolución el problema de comprobar “si en la persona jurídica concurren las cualidades o capacidades previstas en la hipótesis de la regla de derecho”⁶¹.

iv) La cuarta proposición de Serick se concreta en la forma siguiente: es posible descartar la personalidad jurídica cuando la persona jurídica ha sido utilizada para ocultar el hecho de que existe identidad entre las personas que intervienen en un acto determinado; siempre y cuando la norma que deba aplicarse suponga que la identidad o diversidad de los sujetos deba ser verdaderamente efectiva y no puramente nominal⁶².

La cuarta proposición es explicada tomando como punto de partida las normas jurídicas cuyo supuesto de aplicación está estrechamente vinculado a la característica esencial de la persona jurídica; esto es, la separación entre la sociedad y sus socios. Dicho en otras palabras, cuando la norma legal requiere que efectivamente se trate de personas diferentes y mediante la intervención de una persona jurídica se pretende obviar la aplicabilidad de la norma. En tal supuesto, Serick opina que “el juez debe desatender la forma de la persona jurídica porque sólo de tal manera cabrá resolver satisfactoriamente el conflicto entre los supuestos de aplicación de la norma y la forma de la persona jurídica”⁶³.

Al analizar los avances de doctrina y jurisprudencia en el campo de la desestimación de la personalidad jurídica, debemos concluir en que no obstante los esfuerzos, poco hemos avanzado después de las proposiciones de Serick. Tal vez puede afirmarse que los pasos hacia delante *nada desdeñables, por supuesto*, corresponden más al ámbito psicológico que al específicamente material: hoy día puede afirmarse que el quiebre del hermetismo de la personalidad jurídica de las sociedades no se ve como algo insuperable o que constituya una herejía o irreverencia jurídica.

De cualquier forma, la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo debe hacerse con el mayor de los cuidados a fin de evitar la inseguridad jurídica y evitar privar de los efectos del beneficio de la limitación de la responsabilidad de los socios;

59. *Ob. cit.*, p. 248.

60. SERICK, Rolf, *ob. cit.*, p. 252.

61. SERICK, Rolf, *ob. cit.*, p. 254.

62. SERICK, Rolf, *ob. cit.*, pp. 243-257.

63. *Ob. cit.*, p. 257.

beneficio que como afirma Sánchez Calero “ha sido uno de los elementos que ha contribuido al progreso económico”⁶⁴. En este sentido, el autor citado ha calificado parte de la doctrina jurisprudencial española sobre la materia como de “contornos ciertamente no nítidos y sus fundamentos confusos” y en la que con “frecuencia prevalecen criterios de una discutible equidad y que crean una evidente inseguridad, por lo que parece acertada la advertencia que se hizo sobre los riesgos de la utilización de ésta doctrina, que, al amparo de evitar abusos de la personalidad jurídica, puede dar lugar a abusos por parte del poder judicial al entrar en el campo de la discrecionalidad”⁶⁵.

En relación con el tema aquí tratado, parecería que es posible observar en general, un fuerte movimiento -que tomó fuerza a partir de la excelente monografía de Serick- haciendo grandes esfuerzos para lograr, por todos los medios, el quiebre del principio del hermetismo de la personalidad jurídica de las sociedades. Dentro de este grupo, voces autorizadas se refieren constantemente a la “crisis del concepto de la personalidad jurídica” y a veces hasta se regresa al ya convertido en tema anacrónico, de si la personalidad jurídica de las sociedades y otros entes, constituye o no una realidad prenormativa o metajurídica; problema ha mucho tiempo resuelto al afirmar, la mayoría de la mejor doctrina, que la personalidad jurídica de las personas abstractas no es más que un recurso técnico que admite el ordenamiento jurídico cada vez que lo considera conveniente y oportuno y, consecuentemente, cada sistema fija las condiciones bajo las cuales concede dicho recurso y los efectos jurídicos que tal concesión produce. En esta dirección *pensamos nosotros* que una vez admitida la personalidad jurídica de los entes abstractos por un determinado sistema jurídico positivo, las consecuencias de ello deben ser mantenidas incólumes, a los efectos de garantizar el principio de seguridad jurídica, salvo que existan poderosas razones jurídicas que conduzcan, necesariamente, a la des-aplicación del principio como única vía para impedir una injusticia o una trasgresión de la ley. No obstante, en los casos en los cuales así se proceda, los hechos deben estar claramente acreditados en el caso concreto y los argumentos en que se apoye el fallo deben ser sólidos y suficientes.

Para las voces que claman *a veces casi en forma destemplada* por el quiebre del principio de la personalidad jurídica de las sociedades, tal quiebre se *justifica* en virtud de la *gran cantidad de fraudes* que se han ejecutado con auxilio de la figura. No obstante, si observamos el panorama de los delitos que tienen estrecha relación con el campo económico, parecería que no resulta justo imputar la mayor parte de hechos ilegales al uso de las sociedades mercantiles. Otras instituciones han sido objeto de amplia utilización como medios de delito: cheques, letras de cambio, Bolsas de Valores, mandatos de todo tipo e incluso, las formas procesales.

En nuestra opinión, si bien el problema del abuso de la personalidad jurídica de las sociedades debe ser debidamente enfocado y convenientemente resuelto en pro de la justicia y la equidad, consideramos que continúan vigentes e invariables las razones y fines que dieron origen a que los diversos sistemas positivos adoptaran dicho principio con los efectos jurídicos que le son característicos. Hoy como en el Siglo XVII se hace necesaria la reunión de grandes capitales para acometer grandes proyectos en el campo económico, sin los cuales es imposible que la economía de los distintos países avance en forma clara, sostenida y sustentable. Hoy como ayer es necesario el ahorro del público en forma masiva para que refleje su doble efecto de ahorro privado y de mecanismo para el desarrollo. Hoy como ayer se requiere la posibilidad de que los inversionistas

64. SÁNCHEZ CALERO, Fernando, citado por MORLES HERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 820.

65. SÁNCHEZ CALERO, Fernando, citado por MORLES HERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 820.

puedan ingresar y salir con facilidad de las sociedades en las cuales invierten y por tanto se requiere la continuación de la libre transmisibilidad de las acciones de las sociedades anónimas. Finalmente, hoy como ayer se justifica la posibilidad de la limitación de la responsabilidad de las personas que arriesgan sus capitales en los negocios; limitación de responsabilidad que, hasta el momento, ningún autor del cual tengamos conocimiento ha formulado argumentos consistentes en sentido contrario. En definitiva, hoy día quienes constituyen una persona jurídica tienen una expectativa plausible de que todos los efectos previstos en la ley con relación a tal persona jurídica van a ser observados y respetados por todos los órganos del Poder Público y por los terceros.

BIBLIOGRAFÍA

ALFONZO-GUZMAN, Rafael J., *Nueva didáctica del Derecho del Trabajo*, Editorial Melvin, C.A., Décima Segunda Edición, Caracas 2001.

ALVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo, *Abuso de personificación, levantamiento del velo y desenmascaramiento*, Editorial Colex, Madrid 1997.

ARVELO VILLAMIZAR, Roquefelix, *La Doctrina del Levantamiento del Velo Corporativo de las Personas Jurídicas*, Ediciones Liber, Caracas 1999.

DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo, *La Doctrina del Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica en la Jurisprudencia*, Cuarta Edición, Editorial Civitas, S.A, Madrid 1997.

CAPILLA RONCERO, Francisco, *La Doctrina del Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica en la reciente Jurisprudencia*, Madrid 1990.

HURTADO COBLES, José, *La doctrina del levantamiento del velo societario*, Atelier, Barcelona 2000.

GIRON TENA, J., *Derecho de Sociedades*, Artes gráficas Benzal, Madrid 1976.

OTIS RODNER, James, En *Jurisprudencia Clave del Tribunal Supremo de Justicia de Govea & Bernsaudoni*, Tomo III, Editorial La Semana Jurídica, C.A., Caracas enero-junio 2001.

MORLES HERNÁNDEZ, Alfred, *Curso de Derecho Mercantil*, UCAB, Tomo II, Cuarta edición, Caracas 1998,

PERRETTI DE PARADA, Magaly, *La Doctrina del Levantamiento del Velo de las Personas Jurídicas*, Ediciones Liber, Caracas 2002.

R&G. Tomo CLXVII, julio 2000.

R&G. Tomo CLXXIII, enero-febrero 2001.

OTIS RODNER, James, “el grupo de sociedades” en *Visión Contemporánea del Derecho Mercantil Venezolana*, 4ª Jornadas Centenario del Colegio de Abogados del Estado Carabobo, Vadell Hermanos Editores, Valencia 1997.

Seminario dirigido por SENEN DE LA FUENTE, Guillermo con participación de BERCOVITZ, RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, GARRIGUES, Luis Joaquin, CHICHERI, L., y JIMÉNEZ DE PARGA CABRERA, Rafael. *Comentario a la Ley Española sobre Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid 1964.

SERICK, Rolf, “Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles”, *El abuso del derecho por medio de la personalidad jurídica*, Editorial Ariel, Barcelona 1958. Traducción de Puig Brutau.

Ver: file://C:\windows\TEMP\Sentencia 123. T.S.J. htm.

ZERPA, Levis Ignacio, “El abuso de la personalidad jurídica en la sociedad anónima” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, nº 116, UCV, Caracas 1999.

§ 91. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA EN VENEZUELA

Federico E. Leáñez A.
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello,
Venezuela

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Establece la Constitución en su artículo 112, lo siguiente:

Artículo 112. Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección al ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.

Esta norma contiene la consagración de la libertad económica, la cual implica el derecho a realizar y a desarrollar la actividad lucrativa de la escogencia de la persona titular del derecho y a retirarse de ella cuando lo estime pertinente. Esta libertad tiene límites y está amparada por la garantía de la reserva legal. La norma constitucional citada, expresamente señala como límites a este derecho los previstos en la propia Constitución y, además, los previstos en las leyes. Otro límite consustancial a esta libertad es la extensión del derecho de los demás.

La norma transcrita, si bien no es programática, se dirige también al legislador. Ello cuando expresa los motivos por los que la ley puede limitar la libertad económica. Estos motivos se resumen en el concepto de orden público, entendido en sentido amplio. El texto constitucional se refiere a este concepto cuando expresa que las razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social, son las que debe tener en cuenta el legislador para imponer límites a la libertad económica.

Luce evidente el sentido ambientalista y el concepto de desarrollo sustentable que inspiró al constituyente cuando redactó la norma citada. Hace clara referencia en la Constitución a que la libertad es susceptible de ser limitada por necesidades de aseguramiento del mantenimiento o mejora del ambiente y de la mejora y prosperidad del elemento humano. Esta interpretación va en pleno sentido con el concepto amplio de orden público que no se limita simplemente a la seguridad, sanidad, tranquilidad y moralidad públicas, sino que abarca los demás aspectos de la vida en común que han sido ampliados en su regulación por la legislación, la cual ha llegado a ser muy intervencionista en algunos períodos.

A su vez, el artículo 113 constitucional, establece:

Artículo 113. No se permitirán monopolios. Se declaran contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución cualesquiera acto, actividad, conducta o acuerdo de los y las particulares que tengan por objeto el establecimiento de un monopolio o que conduzca, por sus efectos reales e independientemente de la voluntad de aquellos o aquellas, a su existencia, cualquiera que fuere la forma que adoptare en la realidad. También es contrario a dichos principios el abuso de la posición de dominio que un o una particular, un conjunto de ellos o ellas, o una empresa o conjunto de empresas, adquiera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o servicios, con independencia de la causa determinante de tal posición de dominio, así como cuando se trate de una demanda concentrada. En todos los casos antes indicados, el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección del público consumidor, de los productores y productoras, y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía.

Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público.

Esta norma contiene todo un conjunto de reglas sobre el mercado y la competencia económica en nuestra Constitución. Podemos identificar en ella básicamente dos aspectos fundamentales: la materia relativa a los monopolios y la materia relativa al abuso de la posición de dominio y la demanda concentrada.

Los monopolios se encuentran prohibidos, *no se permitirán* dice la norma. Adicionalmente, la norma considera contrarias a los principios fundamentales de la Constitución, las actuaciones de los particulares que conduzcan por cualquier vía a la producción de un monopolio. Excepción a esta prohibición la tenemos en el caso de la explotación de recursos naturales de la Nación y de los servicios públicos, respecto de los cuales la autoridad puede otorgar concesiones temporales, bien sea demaniales o bien sea de servicio público, para ser explotadas incluso en forma exclusiva por una persona.

Sin duda la norma prohíbe los monopolios de derecho, es decir los creados mediante ley para impedir la entrada de competidores al mercado. En el caso de los monopolios que surgen de la dinámica de la situación económica, por ejemplo cuando una empresa es la única que ha estimado pertinente hacer la inversión para la explotación de determinado mercado relevante, esta situación no implica que otras empresas estén en disminución jurídica para acceder a competir. En todo caso si existe una disminución de hecho en la competencia, esta debe ser vigilada por los órganos especializados del Estado, a los fines de determinar si nos encontramos antes conductas contrarias a la libre competencia, siendo en todo caso que debe proscribir las conductas de los particulares que conduzcan a una situación monopólica.

En segundo lugar, tenemos el abuso de posición de dominio y el caso de las demandas concentradas. La posición de dominio no se encuentra prohibida en sí misma, lo prohibido es el abuso de dicha posición. En consecuencia, se trata de una situación que se determina casuísticamente, en relación a un sitio y un tiempo concreto. Conforme al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, la posición dominante en el mercado se define como una posición de fuerza económica que tiene una empresa, la cual le permite actuar en el mercado relevante con independencia de lo que hagan o dejen de hacer sus competidores, clientes y/o consumidores.

Ahora bien, para que nos encontremos ante una situación prohibida debe producirse un abuso, lo que implica que la empresa dominante actúe usando en sus transacciones comerciales métodos distintos a los normales para competir, con el efecto nocivo de

amenazar el grado de la competencia ya existente o de impedir su incremento. Esta situación afecta mucho más gravemente el mercado si se trata de una situación de demanda concentrada.

En el aspecto legislativo, debemos destacar que antes de la entrada en vigencia de las dos normas constitucionales antes citadas, sobre las cuales se sustenta todo el sistema de protección a la libre competencia, como sistema de mercado de competencia imperfecta que permite la mayor cantidad posible de eficiencia, existía un conjunto de textos legales que desarrollaban las prohibiciones relacionadas con la libre competencia, ya consagradas en la derogada Constitución de 1961.

Así, entre otros: (i) la Ley Para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (LPPELC), con sus correspondientes reglamentos e instructivos; (ii) la Ley sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional, y (iii) la Ley de Educación y Protección al Consumidor y al Usuario.

II. CONSIDERACIONES SOBRE LA LEY PARA PROMOVER Y PROTEGER EL EJERCICIO DE LA LIBRE COMPETENCIA

El artículo 1º de la LPPELC señala que su objeto es "...promover y proteger el ejercicio de la libre competencia y la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores y prohibir las conductas y prácticas monopólicas y oligopólicas y demás medios que puedan impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad económica". Así, la ley protege el mercado abierto y libre por la vía del aseguramiento de la libre competencia la cual debería conducir a una mayor eficiencia. Además, se señala como objeto de la ley prohibir los monopolios y, además, los oligopolios y medios en general que cercenen la libre competencia, tal como lo consagra la Constitución. De tal modo que se tiene como objetivo a cumplir: la existencia de un mercado competido y eficiente. Y los medios para su logro, desde el punto de vista jurídico, parten de una vigilancia de policía administrativa de la competencia que se le asigna al Estado; y parten también de la existencia de prohibiciones, absolutas y relativas, y, en general, de notificaciones y cargas que, como medios y normativa de policía, se usan para la preservación del bien jurídico protegido, en este caso la libertad de concurrencia económica.

El ámbito de aplicación de la LPPELC, se encuentra previsto en el artículo 4. Se circunscribe a las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que con o sin fines de lucro y en condiciones de libertad económica: (i) realicen actividades económicas en el territorio nacional; o (ii) agrupen a quienes realicen dichas actividades.

La LPPELC consagra conceptos o definiciones de indispensable referencia.

Así, define la libertad económica como "...el derecho que tienen todas las personas a dedicarse a la actividad económica de su preferencia sin más limitaciones que las derivadas de los derechos de los demás y las que establezcan la Constitución y las leyes de la República" (artículo 1). La citada norma ratifica lo consagrado en el artículo 112 de la Constitución de la República de Venezuela, antes citado. Ya sabemos que se trata de limitaciones de policía administrativa en función de la protección económica de la libertad de mercado.

De otro lado, la LPPELC define la actividad económica en el artículo 3 como "...toda manifestación de producción o comercialización de bienes y toda prestación de servicios dirigida a la obtención de beneficios económicos...". Esta definición en nuestro

criterio es demasiado restringida, lo que evidencia los peligros de las definiciones, ya que, conforme al artículo 4, quedan sometidas a la ley todas las personas que realicen estas actividades con o sin fines de lucro. Por tanto, el fin de beneficio económico no puede interpretarse como elemento esencial de lo que es actividad económica. De hecho, por ejemplo, la actividad de subvención social tiene contenido económico a pesar de que no tener un fin de lucro. En este sentido debe indicarse que, entre otras actividades del Estado la de fomento, la cual se traduce en subsidios o, en general, en subvenciones, es susceptible de afectar indudablemente la libre competencia, por lo que el otorgamiento de subvenciones debe ser evaluado a la luz de su incidencia respecto de la normativa de protección a la libre competencia, toda vez que las personas públicas también se encuentran sometidas a la regulación de esta ley.

De la misma forma, dicha norma define a la libre competencia como "...aquella actividad en la cual existan las condiciones para que cualquier sujeto económico, sea oferente o demandante, tenga completa libertad de entrar o salir del mercado, y quienes están dentro de él, no tengan posibilidad, tanto individualmente como en colusión con otros, de imponer alguna condición en las relaciones de intercambio". De lo que se evidencia una doble vertiente en lo que allí se define como libre competencia: por una parte, la libre entrada y salida de factores al mercado, entendiéndose como tales a competidores, clientes y consumidores; y por la otra parte, una vez en el mercado, la posibilidad de mantenerse en él sin que las transacciones comerciales en su conjunto o sus condiciones sean impuestas por una empresa o grupo de ellas. Es decir, respecto de esto último lo que se pretende es que las relaciones de intercambio dependan del comportamiento objetivo del libre mercado y no de una imposición unilateral que cercene tal libertad.

De modo que habrá competencia y por tanto se encontrarán sujetas a la potestad de vigilancia y de sanción de la Superintendencia Para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, las actividades en las cuales existe libertad económica para desarrollarla.

III. PROTECCIÓN GENÉRICA DE LA LIBRE COMPETENCIA (PROHIBICIÓN GENERAL)

La LPPELC dispone en su artículo 5 lo siguiente: "...se prohíben las conductas, prácticas, acuerdos, convenios, contratos o decisiones que impidan, restrinjan, falseen o limiten la libre competencia..."

Esto significa que, en forma general, quedan prohibidas las siguientes actuaciones siempre que impidan, restrinjan, falseen o limiten la libre competencia:

-los *acuerdos, bien sea horizontales* (entre personas que se encuentran en un mismo nivel del proceso productivo) *o verticales* (entre personas que se encuentran en distinto nivel del proceso productivo) cualquiera sea su forma, bien sea que se trate de acuerdos, convenios o contratos.

-las *conductas y prácticas*, es decir la cooperación informal con la finalidad de coordinar la conducta en el mercado, cuya existencia sea la única explicación posible de conductas paralelas entre competidores que de lo contrario no serían habituales. En el Derecho de la Competencia Europeo esto se conoce como *prácticas concertadas*.

-las *decisiones*, es decir las expresiones de voluntad exteriorizadas por la persona que condicionen su conducta.

La circunstancia exigida para que se configure la prohibición es que se impida, restrinja, falsee o limite la libre competencia. Ello implica la evaluación del acuerdo, conducta, práctica o decisión, dentro del contexto económico en que se celebra o produce, así como también la evaluación de la protección al mercado y la competencia, y la situación de competencia que resultará como consecuencia de la aplicación del acuerdo, conducta, práctica o decisión. El factor más relevante en este análisis es la cuota de mercado que abarquen las partes en el correspondiente mercado relevante. Para que la competencia no sea falseada es menester que la competencia resultante luego del acuerdo sea efectiva, en relación con las características del mercado relevante.

El mercado relevante es el que comprende productos idénticos o productos considerados por los consumidores como intercambiables, de acuerdo a sus características, precio y uso. Adicionalmente a ello debe considerarse el mercado geográfico, es decir el área donde el acuerdo produce sus efectos. El mercado relevante comprende entonces los productos y el área geográfica. A este respecto véanse los artículos 2 y 3 del Reglamento N° 1 de la Ley.

Efectivamente, el artículo 2 del referido Reglamento establece 5 parámetros que pueden ser considerados por la Superintendencia para determinar el mercado relevante. Por un lado, tenemos que debe considerarse la posibilidad cierta de sustitución de bienes o servicios. Ello implica, en los términos de dicha norma, que la sustitución del bien o servicio sea factible por otro, nacional o importado, teniendo en cuenta factores como el tiempo, los costos, preferencias de los consumidores derivadas de la marca y el uso de patentes, la factibilidad de la importación establecida en términos de barreras no arancelarias -tales como cupos- o medidas compensatorias. De otro lado, pueden tenerse en cuenta también para determinar el mercado relevante las fuentes de oferta o demanda actuales o potenciales (es decir, que se prevén) que se encuentren a la disposición de los clientes o proveedores; los costos adicionales tales como transporte, seguro, de comercialización, etc.; y finalmente debe considerarse la existencia de barreras jurídicas, nacionales o extranjeras, que limiten el acceso de los compradores o vendedores a proveedores o compradores alternativos.

Por su parte, el artículo 3^{er} del Reglamento establece algunos de los elementos que la Superintendencia debe evaluar para determinar que existe una competencia efectiva en el mercado relevante. En tal sentido debe analizar: el resultado que se generaría en los precios, en el nivel de oferta y en la demanda actual o potencial, producto de la práctica bajo análisis; la competencia y la sustituibilidad de marcas y patentes. Finalmente, debe considerarse si la práctica analizada no está dirigida a elevar los costos de entrada o de salida del mercado.

Además, como factor que debe tenerse en cuenta en el análisis de todo acuerdo, conducta, práctica o decisión bajo la óptica de la libre competencia, se observa que existe un umbral por debajo del cual la práctica, decisión o acuerdo, no afecta la libre competencia, tal es la regla de *minimis*. El artículo 5 del Reglamento N° 1 establece dicha regla, al estipular que si se afecta una cuota de participación conjunta en el mercado inferior a la que anualmente determine la Superintendencia mediante Resolución, la conducta se entenderá permitida. La Resolución que en tal sentido se encuentra vigente actualmente data de 1993 (Res. 05-93) e impone como límite para considerar no afectado el mercado relevante, un porcentaje de menos de 15% de ese mercado y que las empresas participantes tengan un volumen de operaciones anuales no mayor a Bs. 30.000.000,00.

Es de observar que para el caso específico de las operaciones de concentración económica el umbral (la regla de *minimis*) es de 120.000 unidades tributarias conforme a otras normas que más adelante se indican.

De otro lado, tenemos la *rule of reason* que debe tenerse en cuenta para evaluar si una práctica comercial está prohibida. Conforme a esta regla es factible que se permitan conductas que restrinjan la libre competencia, siempre y cuando esta restricción se mantenga en un límite razonable. Esta regla es aplicable básicamente a las cláusulas de no competir y a los contratos de exclusividad (véase: Navarro, Efrén. "Reglas para la Determinación de Productos Alternos a la Libre Competencia". *Revista de Derecho Administrativo* N° 13, p. 129,130. Editorial Sherwood. Caracas 2002).

IV. SUPUESTOS ESPECÍFICOS O PROHIBICIONES PARTICULARES. REFERENCIA ESPECIAL A LAS CONCENTRACIONES ECONÓMICAS

Las normas que contienen tales supuestos específicos o prohibiciones particulares se encuentran comprendidas en los artículos 6 al 16 de la LPPELC, ambos inclusive. De tales artículos el 6, 7, 8, 9, 10 y el 12 se refieren a subtipos de la referida prohibición general, describiendo aspectos específicos de la misma.

Dentro de las prohibiciones particulares nos encontramos con la prohibición de concentraciones económicas, contenida en el artículo 11 de la Ley, y con la prohibición de abuso de posición de dominio a la cual se refiere el artículo 12 *ejusdem*. De las anteriores únicamente comentaremos en este epígrafe el caso de las concentraciones económicas por ser relevante al tema de estudio.

El artículo 11 de la LPPELC establece que:

Artículo 11. Se prohíben las concentraciones económicas, en especial las que se produzcan en el ejercicio de una misma actividad, cuando a consecuencia de ellas se generen efectos restrictivos sobre la libre competencia o se produzca una situación de dominio en todo o parte del mercado.

Para el análisis de esta norma es imprescindible entender dos puntos: primero, lo que es una concentración económica; y, segundo, cuándo están prohibidas, es decir cuando restrinjan la libre competencia o produzcan una situación de dominio.

Entrando al punto de la definición debemos decir que la ley no dice lo que es una concentración económica. Ahora bien, se ha entendido que el concepto incluye toda operación por medio de la cual una empresa adquiere el control de otra o se une a ella fusionándose, cuando la consecuencia de tal vinculación es que las empresas anteriormente independientes van a ser controladas por una sola unidad económica. Este control se entiende, tanto en su vertiente de dominio del capital de una empresa, como en el de los demás supuestos. La Comisión de las Comunidades Europeas ha señalado que existe concentración económica cuando dos o más empresas, antes independientes entre sí, se fusionan, o cuando una o más personas que controlen una empresa al menos, controlen a otra ya sea directa o indirectamente mediante la toma de participaciones en el capital o mediante la compra de elementos del activo, bien sea por contrato o por cualquier otro medio.

La circunstancia del control de una empresa por otra se recoge en nuestra legislación, cuando el artículo 15 de la LPPELC establece:

Artículo 15. Se tendrán como personas vinculadas entre sí a las siguientes:

1° Personas que tengan una participación del cincuenta por ciento (50%) o más del capital de la otra o ejerzan de cualquier otra forma el control sobre ella;

2° Las personas cuyo capital sea poseído en un cincuenta por ciento (50%) o más por las personas indicadas en el ordinal anterior, o que estén sometidas al control por parte de ellas; y

3° Las personas que, de alguna forma, estén sometidas al control de las personas que se señalan en los ordinales anteriores.

La vinculación de personas a los efectos de la legislación de protección de la libertad económica puede producir un efecto de concentración, ya que la vinculación elimina la independencia entre empresas. De la lectura de la norma anterior se evidencia que el concepto más relevante y que define propiamente la vinculación es el control, del cual nos ocuparemos de seguidas. Ahora bien, existirá una situación objetiva de vinculación, en el caso del ordinal 1°, si una persona participa en un 50% al menos del capital de otra, y existirá también, en el caso del ordinal 2°, si una de las anteriores participa a su vez en al menos el 50% del capital de otra.

Ahora bien, el elemento fundamental de vinculación es el control. Basta que exista control de una sociedad por otra para que exista vinculación y si existe tal vinculación habrá posibilidad de que exista concentración económica. A tal efecto el parágrafo único del mismo artículo 15, define lo que debe entenderse por control de una persona respecto de otra, a los efectos de establecer la vinculación entre ellas. Efectivamente, se señala:

Parágrafo Único: Se entiende por control a la posibilidad que tiene una persona para ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de alguno de los sujetos de aplicación de esta Ley, sea mediante el ejercicio de los derechos de propiedad o de uso de la totalidad o parte de los activos de éste, o mediante el ejercicio de derechos o contratos que permitan influir sobre la composición de las deliberaciones o decisiones, o sobre sus actividades.

Control es sinónimo en este caso de dominio, mando y preponderancia. Es decir, de lo que se trata es que el control de una empresa sobre otra implique su dominio, o como dice la ley *ejercer una influencia decisiva* la cual debe permitir que la voluntad del ente controlador sea decisiva en la composición del ente controlado, o en sus actividades, deliberaciones o decisiones. Ahora bien, esta influencia o, mejor, este dominio puede ser ejercido de las siguientes formas: por vía del ejercicio de las facultades inherentes al derecho de propiedad, en razón de que la empresa controladora sea propietaria de la totalidad o de parte de los activos de la empresa controlada; por vía de las facultades inherentes al simple derecho de uso sobre tales cosas, vale decir a su empleo o utilización; o, en general, mediante el ejercicio de cualquier derecho contractual o no.

Con todo lo anterior, la ley busca establecer el grado de independencia de una unidad económica respecto de otra para, en virtud de ella, calificarlas como vinculadas o no a los efectos de determinar si se ha producido una operación de concentración económica.

Otro elemento que merece análisis, es la consideración de cuándo se entiende que a través de una operación de concentración se modifica en forma permanente la estructura del mercado relevante, ya que en este caso es que podrá tener verdadera incidencia en él. Se pretende que, ya sea a través de la toma de control de la propiedad de una empresa o de alguna otra variable, se incida sobre los parámetros que determinan cuál será el comportamiento del mercado relevante.

Atendiendo esta diversidad de medios a través de los cuales se puede afectar el mercado relevante, el artículo 4 del Reglamento N° 2 establece distintas modalidades de concentración económica.

Dicho artículo 4 señala que constituyen este tipo de operaciones: la fusión, la constitución de una empresa común, la adquisición directa o indirecta de control, la adquisición de activos productivos o fondos de comercio y cualquier otro acto, contrato o figura que concentre empresas, divisiones de empresas o partes de empresas.

Veamos:

La primera modalidad de concentración es bastante clara: la fusión de empresas. Mediante ella se produce un fenómeno de integración económica que tiende al fortalecimiento de las empresas participantes. En la fusión lo que ocurre es que dos o más empresas societarias integran sus patrimonios y socios en una sociedad. Esa sociedad resultante puede ser una nueva o puede ser que una empresa absorba a la otra. Resulta una forma clásica de concentración económica, siempre y cuando las personas jurídicas distintas que pasan a constituir una sola no tengan una vinculación previa entre sí, ya que de considerarse empresas previamente vinculadas en los términos previstos en la normativa que regula la competencia, entonces la fusión no produciría ningún efecto en la competencia previa ni en la resultante luego de la operación.

En segundo término, tenemos el caso de la constitución por parte de empresas no vinculadas entre sí de una empresa común. Se trata de una concentración parcial, donde las empresas unen algunos de sus negocios pero continúan siendo independientes, distintas y operando otros negocios. En este caso debe la creación de la empresa común debe tener carácter permanente, es decir debe tener plenas funciones y participar y operar en el mercado como todas las empresas que se desempeñan en el mismo. La operación en sí misma produce concentración económica, pero el artículo 4 del Reglamento N° 2 exige, en forma si se quiere de alguna forma circular, que tenga como *efecto* tal concentración económica, por lo que debe ser sometida a evaluación y su objeto no puede ser simplemente coordinar la competencia entre las empresas fundadoras o con la nueva empresa. Entendemos que la constitución de una empresa en común, al igual que las demás operaciones de concentración, sólo pueden ser ilícitas si generan efectos restrictivos en la libre competencia o conducen a una posición de dominio.

Luego, tenemos la adquisición directa o indirecta del control sobre otra empresa. Todo ello por los medios y vías analizados supra cuando nos referimos al párrafo único del artículo 15 de la Ley.

En cuarto lugar, nos encontramos con la adquisición de activos productivos o fondos de comercio.

Finalmente, cualquier otro acto jurídico por el cual se concentren empresas. A tal efecto se hace una pequeña enumeración en la que se incluyen adjudicaciones judiciales, liquidaciones voluntarias o forzosas, las herencias o legados.

En todo caso, merece destacar que la Comisión Europea ha señalado que los simples acuerdos sobre conductas en el mercado se diferencian de las concentraciones, precisamente en que las concentraciones implican el sacrificio permanente de la independencia de las empresas.

En este mismo contexto se debe hacer mención, en complemento de lo dicho supra, a la existencia de distintos tipos de operaciones de concentración en función de la relación que presentan en el mercado las partes que se concentran: (i) *horizontales*, cuando el adquirente participa en el mismo mercado relevante de la empresa adquirida; (ii)

verticales, cuando las empresas operan en mercados relevantes que guardan relación de proveedor-demandante; y (iii) *fusiones de conglomerados*, cuando las actividades económicas desempeñadas por las empresas no guardan relación alguna.

Todo ello ha llevado a la doctrina venezolana a señalar que concentración económica es “aquella operación que convierte en vinculadas personas que antes no lo eran, bien mediante intervenciones en el capital o en el control de unas personas sobre otras” (Linares B., Gustavo J.: *Las Fusiones en la Doctrina de Procompetencia -artículo 11 de la Ley- a la Luz de los Precedentes Administrativos en Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia*, Colección Textos Legislativo N° 14, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1996, p. 105).

Por su parte, el Reglamento 4064/89 de la Comisión Europea exige tener en cuenta, repetimos, la independencia y la permanencia. Hay concentración si se modifican en forma permanente las estructuras de las empresas participantes, perdiendo su independencia. Son ejemplo de ello, como lo recoge el propio Reglamento N° 2 nacional, las fusiones, la toma de control y las empresas comunes que desempeñan permanentemente funciones de entidad independiente.

Pasemos ahora al punto de cuándo una concentración económica es ilícita por violar el artículo 11 de la LPPELC. La concentración económica prohibida es únicamente la que genera efectos restrictivos sobre la libre competencia o la que produzca una posición de dominio en el mercado. En consecuencia, son compatibles con la libre competencia en nuestro país, las concentraciones económicas que no creen ni refuerzan una posición de dominio en el mercado y que, además, no obstaculicen la competencia existente. En tal sentido, sobre lo que debe entenderse como efecto restrictivo de la competencia, nos referimos a lo dicho supra, destacando que, en todo caso, la regla de *minimis* es ratificada para las concentraciones económicas estos casos por el artículo 2 del Reglamento N° 2.

La Resolución N° SPPLC/14-96 del 24 de mayo de 1996, señala que el volumen de negocios total de las empresas participantes en la operación de concentración para aplicar dicho Reglamento debe ser al menos de 120.000 unidades tributarias, en el ejercicio económico anterior. Si se trata de divisiones de varias empresas se tomará en cuenta el volumen de las divisiones. Debe señalarse que el cálculo del volumen de negocios se efectúa conforme al artículo 3 del Reglamento N° 2, es decir, mediante la sumatoria de las ventas en el último ejercicio económico, menos descuentos sobre ventas, impuesto al valor agregado y otros impuestos relacionados directamente con el volumen de los negocios, incluyendo a las empresas vinculadas del grupo.

Estudiemos un poco este artículo 3 del Reglamento N° 2. El mencionado artículo prescribe la forma como se realiza el cálculo del volumen de negocios, en la forma indicada arriba pero, además, algunas reglas particulares. Primero, si se trata de una adquisición parcial, vale decir de una parte de una empresa, de un fondo de comercio, de una división, únicamente deberá tenerse en cuenta para el cálculo del volumen de negocios el correspondiente a esa parte, es el caso de la llamada adquisición fraccionada. Seguidamente tenemos el caso de las empresas vinculadas entre sí, conforme a lo previsto en el artículo 15 de la Ley. En este caso debe sumarse el volumen de negocios de una misma actividad de todas las empresas bajo control común, bien sea que se trate de las controladas o de las que tienen el control, excluyéndose las transacciones internas del grupo. El tercer caso especial se refiere a aquél en el que las empresas que van a participar en la operación de concentración tienen a su vez el control conjunto de otra empresa. En este caso para el cálculo del volumen de negocios de las empresas partici-

pantes se excluirán las operaciones que podríamos llamar internas, es decir entre empresas vinculadas y comunes; en cambio se sumarán las operaciones de la empresa común con terceros y se adjudicarán en partes iguales a las empresas participantes en la operación de concentración. Para el caso específico de los bancos e instituciones financieras, el Reglamento es claro al establecer que el volumen de negocios será un décimo de su activo al momento de la operación. Finalmente, las empresas de seguros considerarán como su volumen de negocios el valor de las primas brutas, luego de la deducción de los impuestos o gravámenes pagados por esas primas.

La metodología aplicada por la Superintendencia para precisar la existencia de los elementos que determinan la existencia de una operación que restrinja la libre competencia, abarca algunos conceptos que se desprenden tanto del concepto de concentración, como de la definición de competencia efectiva establecida en el artículo 16 de la LPPELC, el cual expresa:

Artículo 16. A los efectos de establecer si existe competencia efectiva en una determinada actividad económica, deberán tomarse en consideración los siguientes aspectos: El número de competidores que participen en la respectiva actividad, la cuota de participación de ellos en el respectivo mercado, la capacidad instalada de los mismos, la demanda del respectivo producto o servicio, la innovación tecnológica que afecte el mercado de la respectiva actividad, la posibilidad legal y fáctica de competencia potencial en el futuro y el acceso de los competidores a fuentes de financiamiento y suministro, así como a las redes de distribución.

El desarrollo de este concepto parte de la determinación de los mercados relevantes involucrados y de sus respectivas dinámicas de competencia, así como el estudio de la estructura del mercado que comprende el análisis de concentración en el mercado y de barreras a la entrada.

El artículo 5 del referido Reglamento N° 2, señala que para determinar si una operación de concentración económica genera efectos restrictivos sobre la libre competencia o produce una posición de dominio, deberán tenerse en cuenta, entre otros, los elementos que allí se indican. En tal sentido, se señala que será determinante evidenciar si la operación produce un aumento significativo de la concentración en el mercado relevante, generando como consecuencia de ella un mercado relevante de concentración moderada o alta. Esta concentración se mide calculando la participación en el mercado de las empresas del mismo. Se analiza el número de empresas y su cuota de mercado conforme a sus ventas y capacidad de producción. A tal efecto, la Superintendencia usa el índice Herfindhol-Hirschman (HHI) que en cero indica máxima atomización y en 10.000 indica monopolio puro.

Igualmente se indica en el Reglamento N° 2 que deberá determinarse si la operación facilita que se impongan barreras a la entrada para los nuevos competidores, o bien si facilita la posibilidad de acuerdos, prácticas o decisiones que impidan, restrinjan, falseen o limiten la libre competencia; es decir que se faciliten los acuerdos que expresamente prohíbe el artículo 5 de la Ley. Asimismo, será determinante si la operación de concentración posibilita la elevación unilateral de los precios, sin que los competidores puedan contrarrestar ese poder. Entendemos que se trata del caso en que se permita que la empresa pueda actuar o actúe como si no tuviera competidores y, obviamente, con independencia de sus clientes, quienes tampoco podrán hacer nada para contrarrestar la subida unilateral de los precios.

También será determinante evaluar si la entrada en el mercado relevante por parte de un nuevo competidor es lo suficientemente fácil, oportuna, posible y suficiente como para que, luego de realizada la operación de concentración económica, esta entrada

evite que los participantes en el mercado puedan sostener un aumento de precios por encima del nivel anterior a la operación. También es menester evaluar si es el caso que la operación es necesaria para evitar la salida del mercado relevante de los activos productivos de la empresa adquirida. Y, deberá considerarse si la operación tiene, o puede tener, por objeto desplazar indebidamente del mercado relevante a otras empresas, o impedirles el acceso, sobre todo si se trata de operaciones de empresas que se ubican en una misma cadena productiva.

V. LA PROHIBICIÓN DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO Y LA PROHIBICIÓN DE POSICIÓN DE DOMINIO COMO CONSECUENCIA DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA

Debemos observar, dentro del análisis de las operaciones de concentración económica, que las que producen una posición de dominio están prohibidas *per se*. Es decir, si bien la posición de dominio no esta prohibida sino el abuso de ella, hay una forma de llegar a una posición de dominio que esta prohibida, y es llegar a ella por vía de una operación de concentración económica.

Lo anterior nos conduce a hacer algunas consideraciones sobre la prohibición de abuso de posición de dominio, que nos ayudan propiamente al análisis de lo que es esta posición.

La LPPELC establece como práctica que limita la libre competencia, la referida al abuso de la posición de dominio. El artículo 13 de la Ley dispone que

Artículo 13. Se prohíbe el abuso por parte de uno o varios de los sujetos de esta Ley de su posición de dominio, en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, quedan prohibidas las siguientes conductas: 1° La imposición discriminatoria de precios y otras condiciones de comercialización o de servicios; 2° La limitación injustificada de la producción, de la distribución o del desarrollo técnico o tecnológico en perjuicio de las empresas o de los consumidores; 3° la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios; 4° La aplicación, en la relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros; 5° La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos del comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos; y 6° Otras de efecto equivalente.

De acuerdo con lo señalado por la Superintendencia en la Resolución N° SPPLC/003/2001 del 16 de enero de 2001, la posición dominante consiste en la facultad que tienen uno o varios agentes económicos vinculados entre sí, de ejercer una influencia considerable en el mercado, de manera independiente, sin tener en cuenta y sin que se lo impidan sus competidores, compradores o distribuidores, proveedores, usuarios o consumidores, ya sea por la falta de otros competidores o porque existen factores que hacen que la competencia se vea, de alguna manera obstruida. Esta facultad asegura a la empresa en posición de dominio, la existencia de una independencia global de comportamiento, lo que en definitiva le permite anticipar y determinar los comportamientos y decisiones económicas de las otras empresas que participan en el mercado.

La LPPELC no señala como prohibida la existencia de una posición dominante, lo que prohíbe es el abuso y ello, incluso, por el artículo 113 constitucional. Pero el artículo 11 de la Ley prohíbe absolutamente la posición de dominio producto de una opera-

ción de concentración económica. El artículo 14 de la Ley establece que existe posición de dominio en los siguientes casos: “A los efectos de esta Ley, existe posición de dominio: 1° Cuando determinada actividad económica es realizada por una sola persona o grupo de personas vinculadas entre sí, tanto en su condición de comprador como de vendedor y tanto en su condición de prestador de servicios como en su calidad de usuario de los mismos; y 2° Cuando existiendo más de una persona para la realización de determinado tipo de actividad, no haya entre ellas la competencia efectiva”.

Como se puede apreciar, la posición de dominio consiste en la facultad que posee una persona o empresa de afectar y modificar el precio y demás condiciones de comercialización de un producto, bien o servicio, sin que se lo impidan los demás competidores y sin que se vea alterado su nivel de venta y operaciones.

No obstante, si bien es cierto que el poder de mercado es el principal indicio para determinar la existencia de una posición dominante, hay otros elementos que ayudan a reforzar la posición dominante, tales como las barreras a la entrada, el desarrollo tecnológico y el acceso a las fuentes de financiamiento, entre otros.

De este modo, para determinar si un agente económico se encuentra en una posición de dominio, de conformidad con los principios positivos contenidos en la Ley, debe determinarse, en primer lugar, cual es el segmento de mercado o mercado relevante dentro del que se pretende ubicar la actuación del agente económico. En segundo lugar, se debe determinar si existe competencia efectiva. A tal fin se utilizan los criterios del artículo 16 de la LPPELC: “A los efectos de establecer si existe competencia efectiva en una determinada actividad económica, deberán tomarse en consideración los siguientes aspectos: el número de competidores que participen en la respectiva actividad, la cuota de participación de ellos en el respectivo mercado, la capacidad instalada de los mismos, la demanda del respectivo producto o servicio, la innovación tecnológica que afecte el mercado de la respectiva actividad, la posibilidad legal y fáctica de competencia potencial en el futuro y el acceso de los competidores a fuentes de financiamiento y suministro, así como a las redes de distribución”.

De todo lo antes expuesto se puede apreciar que LPPELC no proscribe como prácticas contrarias a la libre competencia la existencia de posiciones de dominio, por el contrario, se prevén como situaciones que pueden observarse de hecho en el mercado. Lo prohibido es el abuso de esa posición. Pero además, es correcto y ajustado a derecho afirmar que una posición de dominio contraría *per se* el bien jurídicamente tutelado por la legislación de competencia, si se produce a través de una concentración económica, ya que se trata de un supuesto prohibido en el artículo 11 de la LPPELC.

Por otra parte, es importante tener presente que los agentes económicos que gozan de una posición de dominio dentro de un mercado determinado y además ejecuten acciones abusivas serán sancionados de acuerdo a la Ley.

De allí que, una vez comprobada la posición de dominio en el mercado relevante, el paso siguiente es analizar si efectivamente se está produciendo una conducta de las prohibidas por el artículo 13° de la LPPELC.

En efecto, el artículo 13° de la Ley trata de impedir que todo agente económico que detente una posición de dominio se aproveche abusivamente de la ausencia de competidores o de la ausencia de una competencia efectiva e imponga, atendiendo a su propio interés y lucro, condiciones que no podrían imponer si existiese competencia.

El abuso de posición de dominio puede producirse en el mercado a través de dos vías principalmente, cada una de las cuales genera efectos perversos en el mercado. En primer lugar, se presenta el caso en el cual una empresa que detenta una posición de dominio en un mercado, decida aprovecharse de esta situación ventajosa de ausencia de competencia efectiva, imponiendo precios altos, reduciendo su producción, a través de lo cual es capaz de apropiarse de una porción del excedente del consumidor. En segundo lugar, encontramos las prácticas de abuso de posición de dominio dirigidas a excluir competidores.

VI. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA REALIZACIÓN DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA PROHIBIDA

La realización de una concentración económica de las prohibidas por el artículo 11 de la LPPELC, es nula de nulidad absoluta, por ser contraria a una disposición que no puede ser relajada, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6 del Código Civil. Además, dispone expresamente el artículo 57 de la Ley que son nulos los actos o negocios jurídicos que tengan por causa u objeto las conductas prohibidas por las Secciones Primera y Segunda del Capítulo II del Título II de la Ley, entre las cuales se encuentra la prohibición del artículo 11 sobre concentraciones económicas.

Esta circunstancia de nulidad absoluta determina que la operación de concentración, como acto o negocio jurídico en sí, esté afectada de nulidad absoluta, así como también los negocios de ella derivados, que no serán capaces de producir efectos jurídicos válidos, son inexistentes. Esta nulidad se produce *ipso iure*, sin necesidad de declaración de la Administración Pública. Es apreciable de oficio. Tiene efectos *erga omnes*, al ser oponible frente a todos. Es insanable. Por tanto, la declaración de práctica prohibida que haga la Administración Pública tiene el efecto de hacer cesar un estado de hecho que es contrario a la realidad jurídica.

Ahora bien, el artículo 55 de la Ley autoriza a los terceros afectados por las prácticas prohibidas para acudir a los tribunales competentes para demandar las indemnizaciones por daños y perjuicios a que hubiere lugar. La única condición que pone la Ley para poder incoar esta acción, la cual entendemos se intenta contra las personas que han incurrido en la conducta prohibida, es que el acto administrativo de la Superintendencia, es decir la Resolución que declare la conducta prohibida, haya quedado firme. Esto es enteramente contradictorio con la nulidad absoluta que se postula en el artículo 57 de la Ley, por cuanto se limitan en parte los efectos radicales de derivados de tal nulidad, al exigirse una decisión administrativa. De tal modo, para demandar daños y perjuicios por la practica prohibida será menester un pronunciamiento de la Superintendencia, contra el cual no sea ya posible incoar el recurso contencioso administrativo al cual se refiere el artículo 53 de la Ley; o que incoado este ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo haya sido declarado sin lugar y no haya sido apelada dicha sentencia; o si apelada la decisión de la Corte Primera, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia haya validado la decisión administrativa.

Una vez firme el acto administrativo *los afectados* por la conducta prohibida podrán incoar ante los tribunales competentes (básicamente entendemos que los mercantiles), la acción de daños y perjuicios por los que hubiesen sufrido y que sean imputables a la conducta de quienes participaron en la operación de concentración económica. Esta

acción de daños y perjuicios prescribe, conforme al artículo 56, ordinal 1° de la Ley, a los 6 meses desde la fecha en que la resolución de la Superintendencia haya quedado firme.

Finalmente, es de destacar que el artículo 49 de la LPPELC sanciona con multa de hasta el 10% del valor de las ventas del infractor, que podrá ser incrementada hasta el 20%, a quienes incurran en las prácticas prohibidas, entre las que se encuentra la concentración económica que impida, falsee o restrinja la libre competencia, o que cree una posición de dominio. Esta multa se calcula con base en las ventas del ejercicio económico inmediatamente anterior al de la Resolución de la Superintendencia.

Por último destacamos que el artículo 45 de la Ley establece la responsabilidad solidaria por las infracciones que se incurriese, no sólo a los autores, sino también a los coautores, cómplices, encubridores e instigadores de los hechos violatorios a dicha Ley.

VII. POSIBILIDAD DE EVALUACIÓN PREVIA DE LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA

Existen dudas en la doctrina sobre la legalidad de la facultad de la Superintendencia para evaluar en forma previa las operaciones de concentración económica. Es decir, resulta clara la potestad de la Superintendencia para declarar que el acuerdo se encuentra prohibido, ante una circunstancia de hecho cumplido. Pero no, que pueda hacer una evaluación previa del asunto con fines autorizatorios. Efectivamente, no existe en el presente caso una autorización como tal, mediante el uso del método preventivo, conforme al cual los derechos no pueden ser ejercidos hasta que la Administración no contraste su ejercicio con el bien jurídico tutelado. Se ha creado por vía sublegal un método de evaluación previa con el objeto de evitar sanciones para las empresas. Ahora bien, en todo caso y como señala Linares, investida "...al menos en su propia doctrina, de los poderes necesarios para evaluar las concentraciones económicas..." (*op. cit.* p. 109) y, además, ratificado esto por el Reglamento N° 2 de la Ley, las operaciones de concentración económica pueden ser evaluadas por la Superintendencia antes de su realización o ejecución (artículo 6). Es decir, de lo que se trata es que las empresas involucradas en la operación pueden (ya lo que se trata es de una opción) solicitar a la Superintendencia que abra el procedimiento administrativo ordinario previsto en el Capítulo I del Título III de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, para evaluar la operación. La Superintendencia realizará la pertinente investigación y su decisión consistirá en declarar si la operación es contraria o no a la libre competencia. Si la declara no contraria a la libre competencia, entonces la realización de la operación no podrá ser objeto de sanción (artículos 12 y 13 del Reglamento N° 2). En este punto es menester indicar que, así como es optativo de las partes solicitar la evaluación previa de la operación de concentración, una vez hecha esta solicitud igualmente será optativo de ellas suspender o no la realización de la operación hasta que la Superintendencia emita su decisión. Esto permite a las partes actuar conforme a un riesgo calculado. Si para ellas es claro que la operación va a ser declarada conforme a la libre competencia, decidirán entonces llevar a cabo la operación, siempre con la incertidumbre de sí la operación va o no a ser aprobada. Si es aprobada no existe problema alguno, pero si no lo es entonces la Superintendencia abrirá el correspondiente procedimiento sancionador.

Por ello, la ventaja para las empresas de esperar la decisión de la Superintendencia antes de celebrar la operación, es precisamente evitar las sanciones y efectos adversos, porque la evaluación de la operación se realiza en forma preventiva.

Finalmente, deben señalarse dos aspectos más en relación con el procedimiento de evaluación previa que nos ocupa. Primero, los terceros con interés personal, legítimo y directo podrán intervenir en el procedimiento administrativo (artículo 11 del Reglamento N° 2). Y, segundo, la solicitud de evaluación previa se hace conforme al “Instructivo sobre Operaciones de Concentración Económica” que elabora la Superintendencia. Dicho instructivo se encuentra publicado en la *Gaceta Oficial* N° 36.209 del 20 de mayo de 1997 y exige información sobre las partes solicitantes, las personas vinculadas entre sí, la naturaleza y características de la operación de concentración, información sobre el mercado, eficiencias que se logran con la operación y, de ser el caso, el desarrollo del argumento de quiebra inminente que justifique que los activos no salgan del mercado.

Igualmente se aplicarán a la evaluación los Lineamientos para la Evaluación de las Operaciones de Concentración Económica, contenidos en la Resolución N° SPPLC 1039-99 del 9 de julio de 1999, dictada por la Superintendencia y publicada en la *Gaceta Oficial* N° 36.819 del 1° de noviembre de 1999.

§ 92. LA EMERGENCIA ECONÓMICA ARGENTINA: LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA INDISPONIBILIDAD DE LOS DEPÓSITOS FINANCIEROS Y BANCARIOS

Antonio María Hernández
Profesor de la Universidad Nacional de Córdoba,
Argentina

I. EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA 1570 DEL PEN Y LA PRIMERA VERSIÓN DEL *CORRALITO*¹

El Poder Ejecutivo Nacional en Acuerdo General de Ministros, dicto con fecha 1 de diciembre de 2001 el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1570, -que fuera publicado el 3 de diciembre- y que estableció una nueva operatoria a las entidades sujetas a la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias del Banco Central de la República Argentina.

En el art. 2° del instrumento se prohibieron los retiros en efectivo que superen los doscientos cincuenta pesos o dólares por semana, por parte del titular de la cuentas que posea en cada entidad financiera y las transferencias al exterior, con excepción de las que correspondan a operaciones de comercio exterior, al pago de gastos o retiros que se realicen en el exterior a través de tarjetas de crédito o débito emitidas en el país, o a la cancelación de operaciones financieras o por otros conceptos, en este último caso sujeto a que las autorice el Banco Central.

En el art. 3° se prescribió que el Banco Central “puede disminuir las restricciones establecidas en los artículos precedentes, cuando los saldos de depósitos totales del sistema financiero aumenten respecto a los niveles al cierre del día 30 de septiembre de 2001 y las tasas de interés a las que se realicen las diferentes transacciones sean, a su juicio, normales”.

En los fundamentos del Decreto se expresaba que estas eran “medidas de emergencia apropiadas por el corto tiempo que duren las operaciones mencionadas, para evitar que la continuidad de esta situación afecte en mayor medida la marcha de la economía, dando las seguridades necesarias tanto respecto al valor de los activos financieros, como sobre su liquidez, conservación e intangibilidad”.

Asimismo se decía, luego de una referencia a la intangibilidad de los activos bancarios por parte de los titulares, “...que en situaciones como la presente puede restringirse por un breve periodo su uso y goce, limitando exclusivamente ciertos retiros en efectivo y algunas transferencias de fondos al exterior, que de ningún modo afectan el funcionamiento de la economía”.

1. Seguimos en el análisis de este punto a nuestro artículo titulado “El corralito es inconstitucional”, publicado el 15 de enero de 2002 en el diario *La Voz del Interior* de Córdoba, posteriormente reproducido en el Diario *El Derecho*, Serie Especial Derecho Constitucional, del 18 de febrero de 2002.

Posteriormente, se indicaba “que en la actualidad la tecnología provee los medios necesarios para que los mercados puedan valerse perfectamente de transferencias entre cuentas de la misma u otra entidad del sistema, permitiendo a sus titulares, la total disposición de su propiedad dentro del país o para realizar operaciones en el exterior”. Y más adelante, textualmente se afirmaba: “Que ello eliminará el riesgo de que se produzca una crisis financiera sistémica que pueda perjudicar a los ahorristas, protegidos inequívocamente por la ley N° 25.466, y a la economía nacional toda”.

Finalmente, se recurría a la utilizada argumentación de la imposibilidad de esperar el trámite normal para la sanción de las leyes con relación a decisiones de evidente necesidad y urgencia y se citaba las facultades de los incisos 1, 2 y 3 del art. 99 de la Constitución Nacional, para dictar el citado Decreto de Necesidad y Urgencia, que firmaron el anterior Presidente y sus Ministros en Acuerdo General.

Este Decreto, que instaló lo que se conoce como el *corralito* financiero, fue posteriormente modificado por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1606, dictado el 5 de diciembre de 2001, -que fuera publicado el 6 de diciembre- y que modificó algunos aspectos de los arts. 2 y 7, para excluir a algunas operaciones en el primer caso y ampliar el monto de las transferencias al exterior en el otro.

Luego, ya con el posterior gobierno nacional, se dictaron disposiciones para establecer feriados cambiarios e incluso para prohibir la transferencia de los fondos depositados en plazos fijos de un banco a una caja de ahorros o cuenta corriente de otro banco distinto, que agudizaron la situación al cerrar aún más el *corralito*.

II. LA REACCIÓN POPULAR

Estas medidas provocaron una de las reacciones populares más importantes de la historia argentina, pues los sectores afectados por las mismas, o sea la inmensa cantidad de ahorristas que habían confiado en el país y tenían depositados más de 65.000 millones de dólares y pesos, salieron a las calles a manifestar su indignación contra este *corralito* a través de *cacerolazos*, que provocaron ya la renuncia de los ex Presidentes De la Rúa y Rodríguez Saá.

Fue la respuesta al dolor, angustia y frustración soportados por millones de argentinos que como es dominio público, se agolparon impotentes ante los distintos Bancos para intentar obtener las más elementales satisfacciones en defensa de su derecho de propiedad y de otros derechos conculcados. Así se afectaron los sueños de los argentinos que creyeron en el país, mientras que el mundo entero observaba atónito y apesadumbrado el increíble drama de Argentina, uno de los países más dotados de la Tierra en recursos naturales y económicos. Las gravísimas imágenes difundidas por la prensa nos muestran de manera brutal el contraste entre esta trágica realidad y los falsos, groseros e injustos pseudo fundamentos del decreto del anterior gobierno que impusiera las medidas y mantenidas hasta ahora. Por ello se comprende con claridad que el reclamo de millones de argentinos haya sido y sea: a) en primer lugar, la devolución de los fondos depositados, -de inmediato y en la misma moneda en que se efectuaron-, y b) en segundo lugar, el juzgamiento y

atribución de las responsabilidades pertinentes tanto jurídicas como políticas de quienes ejecutaron tales actos en contra de la Constitución y del pueblo².

En este último aspecto, se comprende que en un país caracterizado por la impunidad, algunos sectores repitan que el dinero no está, o que la devolución del dinero no se puede hacer, o que no se puede solicitar el dinero a los bancos al mismo tiempo, o que si caen algunos bancos los daños serán mayores, o que los dólares eran virtuales, etc, entre otras manifestaciones destinadas a explicar y justificar lo injustificable, que se ha constituido en tal vez la más grave y dañosa confiscación colectiva de nuestra historia, sin precedentes comparables y que asombra a un concierto internacional que está apeñado por nuestra triste realidad.

No se puede comprender en toda su dimensión este complejo problema y sus repercusiones no sólo jurídicas sino también políticas, sociológicas, económicas y humanas si no se advierte que se ha lesionado a una cifra calculada en cerca de cinco millones de ahorristas (lo que repercute en casi toda la sociedad Argentina), 90 % de los cuales tenía depósitos que no superaban los 50.000 dólares, lo que nos indica su pertenencia a las clases económicas medias y bajas de la sociedad, o sea las más afectadas por las políticas vigentes y en definitiva, por la decadencia Argentina³.

III. LOS DERECHOS INDIVIDUALES VIOLADOS

Los derechos individuales violados o amenazados en forma inminentes fueron los siguientes:

a) *Derecho de propiedad*, reconocido en los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional, que establecen el uso y disposición de la propiedad privada con carácter de inviolabilidad. Asimismo, dicho derecho también se encuentra reconocido por las normas pertinentes de Tratados internacionales como el Pacto de San José de Costa Rica y las Declaraciones de Derechos Humanos Americana y Universal entre otros, que integran el llamado “bloque de constitucionalidad federal”, en razón de la jerarquía constitucional asignada a los mismos en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, luego de la reforma constitucional de 1994. La importancia del derecho de propiedad es tan extraordinaria en relación al Estado Constitucional de Derecho, que a partir de John Locke, el padre del liberalismo, se lo considero como uno de los más estrechamente vinculados a la naturaleza y dignidad humanas. Asimismo, el triunfo del constitucionalismo liberal o clásico se vinculo al logro de dos objetivos fundamentales: asegurar los derechos del hombre y limitar al poder mediante su división y separación. Aquella primera faz del constitucionalismo fue perfeccionada posteriormente mediante la segunda, caracterizada por lo

2. En este aspecto, la Jueza Federal SERVINI DE CUBRÍA, María R. de la Capital Federal esta investigando la posible comisión de actos delictivos en torno al retiro de los fondos de algunos bancos. Asimismo se han efectuado denuncias penales a los funcionarios que suscribieron los decretos que instauraron esta primera versión del corralito.

3. Puedo asegurar que en el ejercicio de la profesión de abogado, comprometido en la defensa de los derechos constitucionales violados, he visto un certificado de depósito a plazo fijo de 1300 dólares, de una anciana de escasísimos recursos económicos y conocido casos similares. Por eso resulta falso e interesado el discurso que trata de descalificar la protesta al sostener que se trata de *rentistas* que aprovechaban las ventajas de nuestro sistema financiero. Por el contrario, quedaron atrapados en general millones de compatriotas -cuyo número de cinco millones fue difundido públicamente por el vocero de la Presidencia, Eduardo Amadeo- que creyeron en el país y en su sistema bancario, alentados por el Congreso que incluso sancionó una ley de intangibilidad de depósitos, la n° 25.466, para asegurar la permanencia de los mismos. Ya se sabe que los sectores más poderosos de la sociedad, siempre advertidos de estos peligros, habían sacado tiempo antes sus fondos del país, empezando por quien era el propio Ministro de Economía, Domingo CAVALLLO.

social, comenzada por el precedente mejicano de Querétaro de 1917, hasta arribar a la etapa actual de la internacionalización de los derechos del hombre, a la que nos incorporamos luego de la última reforma constitucional. Pero aquellos objetivos liminares de asegurar los derechos humanos y entre ellos el de la propiedad, constituyen una aspiración permanente del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

En este caso resulta evidente que se violó el derecho de propiedad sobre el dinero depositado en los plazos fijos, ya que no se puede *usar* y *disponer* de los mismos, conforme la intergiversable letra y espíritu del art. 14 de la Constitución Nacional. Asimismo se desconoció el carácter de *inviolabilidad* de la propiedad reconocido en el art. 17 de la Ley Suprema, que dispone que “ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley”, puesto que no existe garantía alguna de devolución de dicho dinero ni tampoco en relación a plazo alguno ni en cuanto a la moneda en cuestión, con lo cual también resulta evidente no solo el peligro de la depreciación de dicho dinero sino también la lesión evidente a los derechos y patrimonios, en proporciones que en este momento no podemos determinar, pero que se pueden advertir y comprobar con facilidad.

Estas groseras violaciones constitucionales fueron producidas por las anteriores autoridades, que dictaron y ejecutaron las normas mencionadas, a pesar de las funestas experiencias del pasado y no obstante la vigencia de la Ley N° 25.466, sancionada muy poco tiempo antes, -en octubre de dicho año 2001-, en cuya virtud el Congreso declaró la intangibilidad de los depósitos bancarios, como derechos adquiridos de propiedad, garantizados por la Ley Suprema de la Nación.

b) *Derecho a la defensa del valor de la moneda*, reconocido por el art. 75 inc. 19 de la Ley Suprema de la Nación, luego de la reforma constitucional de 1994, como respuesta a los disvaliosos antecedentes sufridos a lo largo de la historia a través de los periodos inflacionarios vividos. En tal sentido, Germán Bidart Campos enuncia entre los derechos civiles y económicos de dicho artículo 75 inc. 19 al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la generación de empleo y a la defensa del valor de la moneda⁴. En este caso, en medio de la incertidumbre que se vivía, se hicieron públicas algunas propuestas de intentar devolver el dinero de los plazos fijos en dólares en una moneda distinta: pesos, o Lecop, o argentinos, que como resulta obvio, importaban lisa y llanamente una devaluación que esta prohibida por esta disposición constitucional. Después el nuevo Presidente, Eduardo Duhalde anunció en su discurso inaugural que los plazos fijos serían devueltos oportunamente en la moneda en que se efectuaron los depósitos. Posteriormente, los argentinos con dolor asistirían a un nuevo incumplimiento del contrato social y moral que debe unir a los gobernantes y gobernados, cuando el citado funcionario, incumpliera su promesa formal y firmara el Decreto N° 214, que dispuso lo contrario, como más adelante veremos.

c) *Derecho al desarrollo humano*, reconocido también por el art. 75 inc. 19 de la Constitución Nacional, luego de la reforma constitucional de 1994, como lo acabamos de mencionar en el acápite precedente. Este derecho al desarrollo humano es el que mejor define dicho inciso 19, que ha sido caracterizado por la doctrina como la nueva cláusula del progreso, recordando la originaria del art. 67 inc. 16, debida al genio imperecedero del padre de nuestra Ley Suprema, Juan Bautista Alberdi.

El concepto del desarrollo humano se comprende a partir de las claras definiciones de Paulo VI en la Encíclica *Populorum Progressio*: el desarrollo es el *nuevo nombre de la paz*, que debe alcanzar a *todos los hombres y a todo el hombre*. Se trata entonces de la promoción de los diversos aspectos de la personalidad humana, que se impone como obligación a cumplir por parte del Congreso, que en la norma suprema citada, ordena *Proveer lo conducente al desarrollo humano...*

En el caso en cuestión, resulta también indudable que las medidas adoptadas importan el desconocimiento del derecho al desarrollo humano, ya que no se puede disponer de los bienes fruto del trabajo, del ahorro y que son necesarios precisamente para el desarrollo humano.

4. Cf., BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, t 1, Ediar, Bs. As., 1996, p. 488.

IV. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE DICHAS MEDIDAS

Sostenemos la inconstitucionalidad de los Decretos 1570 y 1606 del 2001 emanados del Poder Ejecutivo de la Nación y de las disposiciones dictadas en consecuencia por el Banco Central de la República Argentina, por las siguientes razones, que sintéticamente mencionamos:

a) Por el manifiesto desconocimiento de los derechos constitucionales mencionados anteriormente de propiedad, de defensa del valor de la moneda y del desarrollo humano.

b) Porque los citados Decretos de Necesidad y Urgencia fueron dictados violando la disposición del art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional, que estableció preciso límites al Poder Ejecutivo, como lo admitió la última jurisprudencia de la Corte Suprema en el caso *Verrocchi*, al avanzar en el control de constitucionalidad, modificando la anterior doctrina de los casos *Peralta y Rodríguez*⁵

c) Porque tampoco pudieron fundarse en la emergencia económica, pues no se cumplieron los requisitos admitidos por la doctrina jurisprudencial de nuestro más alto Tribunal en los casos *Nadur*, Fallos, 243:449 y *Russo*, Fallos, 243:467: 1. Situación de emergencia reconocida por el Congreso. 2. Persecución de un fin público que consulte los superiores y generales intereses del país. 3. Transitoriedad de la regulación excepcional impuesta a los derechos individuales o sociales. 4. Razonabilidad del medio empleado por el legislador⁶.

d) Porque tampoco se puede admitir la fundamentación de dichos decretos en un *poder de policía de emergencia*, que no tiene base constitucional alguna, a pesar de lo cual ha sido invocado y utilizado para violar los derechos individuales⁷.

V. LA MISIÓN DEL PODER JUDICIAL Y EL CASO SMITH

Sobre este mismo tema, y frente a la gravedad de la situación, señalábamos con fecha 15 de enero pasado:⁸ “Es menester que los Jueces asuman definitivamente como su más importante misión la del control de constitucionalidad, para asegurar la supremacía de la Ley Fundamental como lo indica nuestro derecho, que sigue el formidable precedente del caso “*Marbury v. Madison*” y el silogismo del Chief Justice John Marshall, aceptado por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación desde hace largo tiempo. (Cfr. Antonio María Hernández (h.), “El caso Fayt y sus implicancias constitucionales”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2001)

Además de la declaración de inconstitucionalidad de dichas medidas, nuestros Magistrados Judiciales debieran siempre tener presente estas palabras del gran maestro Joaquín V. González: “No son, como puede creerse, las declaraciones, derechos y garantías, simples formulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Na-

5. V., MIDÓN, Mario, “Decretos de Necesidad y Urgencia”, *La Ley*, Cáp. IX, Buenos Aires 2001.

6. Cf., MIDÓN, Mario, *ob. cit.*, p. 93.

7. Cf., MIDÓN, Mario, *ob. cit.*, p. 93 y EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, t 2, Depalma, Bs.As., 1994, p. 617.

8. En nuestro artículo ya citado “El corralito es inconstitucional”, publicado en *La Voz del Interior del 15 de enero de 2002*, en Córdoba y luego reproducido en el Diario *El Derecho*, Serie Especial Derecho Constitucional, Buenos Aires del 18 de febrero de 2002.

ción. Los jueces deben aplicarlas en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto, porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina”.

Por esta razón, no puede dejar de considerarse la importancia que en la historia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene el fallo del caso “Smith Carlos A. c. P.E.N. s/Sumarísimo”, del 1 de febrero de 2002, donde nuestro más alto Tribunal declaró la inconstitucionalidad del Decreto 1570 y sus normas complementarias que establecieron el *corralito*, tal como lo reclamábamos.

En efecto, el más Alto Tribunal descalificó el art. 2º del citado Decreto y sus disposiciones reglamentarias y modificatorias, pues las limitaciones establecidas a los depósitos bancarios, pese a la existencia de una grave situación de emergencia económica, desconocieron derechos adquiridos y coartaron la libre disponibilidad de tales fondos, lo que careció de razonabilidad y atentó contra el derecho de propiedad amparado en los arts. 14, 17 y 18 de la Constitución Nacional y art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁹.

9. V., el texto completo del Fallo con el Dictamen del Procurador General en *La Ley* Suplemento Especial del lunes 4 de febrero de 2002, con nota a fallo del Prof. Dr. Carlos E. COLAUTTI. En el trabajo anterior publicado en este libro, reproducimos los Considerandos 9 y 10 de dicho Fallo, al analizar la Policía de emergencia. Ahora hacemos lo propio con los Considerandos 11 a 15, que también deben destacarse por su importancia:

11) Que el derecho a disponer libremente de los fondos invertidos o depositados en entidades bancarias y financieras se sustenta, con independencia de los preceptos legales que puedan reconocerlo, en los principios de la Ley Fundamental; y no es dudoso que condicionar o limitar ese derecho afecta a la intangibilidad del patrimonio y obsta al propósito de afianzar la justicia. Tal afectación de los mentados principios constitucionales, dada la gravedad que reviste y la ausencia de razones decisivas que justifiquen la exigencia legal que la provoca, no puede entenderse como fruto de una reglamentación razonable de tales principios, ni encuentra respaldo, por ende, en el art. 28 de la Carta Magna (Fallos: 305:945, considerando 8º, último párrafo).

Tal circunstancia se aprecia nítidamente en la situación planteada en el *sub lite*, en donde las sucesivas reglamentaciones aludidas han excedido el marco de la delegación imponiendo condicionamientos y restricciones a la libre disposición de la propiedad privada de los particulares en abierta violación de las normas constitucionales mencionadas.

12) Que, en tal sentido, cabe recordar que esta Corte ha establecido que la facultad del Estado de imponer límites al nacimiento o extinción de los derechos, no lo autoriza a prescindir por completo de las relaciones jurídicas concertadas bajo el amparo de la legislación anterior, especialmente, cuando las nuevas normas causan perjuicios patrimoniales que no encuentran un justo paliativo (Fallos: 316: 1551; 318:1531 y sus citas y 1749, entre otros). De igual modo, el Tribunal subrayó que cuando bajo la vigencia de una norma el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en ella para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay *derecho adquirido*, porque la situación jurídica general creada por esa normativa se transforma en una situación jurídica concreta e individual en cabeza del sujeto que, como tal, se hace inalterable y no puede ser suprimida por ley posterior sin agravio del derecho de propiedad consagrado por el art. 17 de la Constitución Nacional (confr., entre muchísimos otros, Fallos: 314:1477; 316:2090 y 317:1462).

13) Que, en análogo orden de consideraciones, esta Corte señaló que ni el legislador ni el juez podrían, en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior ya que, en ese caso, el principio de no retroactividad deja de ser una norma infraconstitucional para confundirse con la garantía de la inviolabilidad de la propiedad reconocida por la Ley Suprema (Fallos: 319:1915; 320: 31, 1796 y 2157).

14) Que, a la luz de los criterios jurisprudenciales mencionados se aprecia que en el caso, el actor ha sido víctima de la vulneración de su patrimonio, toda vez que la constitución de sus depósitos había sido efectuada bajo la vigencia de un régimen que garantizaba su inalterabilidad. Tal garantía, además, se había visto recientemente reforzada mediante las disposiciones de la ley 25.466 que, con carácter de orden público, consagró la intangibilidad de los depósitos, definiendo tal intangibilidad como la imposibilidad por parte del Estado de alterar las condiciones pactadas entre los depositantes y la entidad financiera, así como la prohibición de canjearlos por diferentes activos del Estado Nacional, de prorrogar su pago, o de reestructurar su vencimiento (arts. 1º a 4º), circunstancias que exceden en mucho las que se presentaron por cierto en la causa *Peralta* que se registra en Fallos: 313:1513. Ante

Sin entrar a considerar los aspectos procesales ni los estrictamente políticos de la cuestión¹⁰, lo que debe resaltarse sin dudar es el cambio que este fallo produce en relación a la posición que tradicionalmente y salvo honrosas excepciones, había asumido el Tribunal en torno a las emergencias económicas, puesto que a partir del caso “Ercolano c. Lanteri de Renshaw” de 1922, o sea prácticamente a lo largo de 80 años, se limitó a producir convalidaciones a las violaciones producidas a los derechos individuales¹¹. Sin embargo, las referencias efectuadas al precedente *Peralta*, donde la Corte había admitido la constitucionalidad del Decreto 36/90 que instaurara el Plan Bonez, para nosotros también merecen objeciones, pues no pensamos que dichos standards de control sean los requeridos para la modificación más sustancial que alentamos en defensa de los derechos individuales en la emergencia.

ese cuadro de situación, tanto las restricciones impuestas por el decreto 1570/01 y sus posteriores reglamentaciones, como por la ley 25.561 de Emergencia Pública, en cuanto suspende la aplicación de la referida ley de intangibilidad (art. 15), han provocado una incuestionable modificación de las condiciones y presupuestos tenidos en mira por ahorristas e inversores al tiempo de efectuar sus operaciones bancarias lo que apareja un evidente desconocimiento de sus derechos adquiridos y, por consiguiente, una profunda e injustificada lesión a su derecho de propiedad.

15) Que, por lo demás, una justa apreciación del medio concreto elegido por la administración como paliativo de la crisis a fin de decidir sobre su razonabilidad, no puede ser examinada con prescindencia del conjunto de las medidas adoptadas. Desde tal enfoque, es menester destacar que la imposibilidad de disponer íntegramente de los ahorros e inversiones es solo una de las variadas restricciones al uso y goce de los recursos monetarios amparados por el derecho a la propiedad desde que la generalidad de las personas físicas y jurídicas ven cercenadas también la libre disponibilidad a la extracción íntegra de los importes correspondientes a remuneraciones y jubilaciones. Todo ello sumado a la modificación del régimen cambiario extremo que a esta Corte no le compete juzgar desde que no es materia de debate en el presente y en tanto el control de constitucionalidad no comprende la facultad de sustituir a la administración en la determinación de las políticas o en la apreciación de los criterios de oportunidad provoca un generalizado menoscabo en la situación patrimonial del conjunto social. Frente a tan singular situación, la restricción imperante en relación con los depósitos bancarios adolece de irrazonabilidad toda vez que no se advierte la proporcionalidad entre el medio elegido y el fin propuesto con su implementación para conjurar la crisis ya que no significa una simple limitación a la propiedad sino que, agregada al resto de las medidas adoptadas, coadyuva a su privación y aniquilamiento. El efecto producido por las normas impugnadas excede, pues, el ejercicio válido de los poderes de emergencia ya que aun en estas situaciones, como se recordó más arriba, el Estado no puede válidamente transponer el límite que señala el art. 28 de la Constitución Nacional y preterir su inexcusable rol como gestor del bien común. La norma en cuestión afecta, por tanto, en forma directa e inmediata las garantías reconocidas por los arts. 14 *bis* y 17 de la Constitución Nacional así como las previsiones del art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica.

En las condiciones expuestas, corresponde desestimar el recurso interpuesto.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación, se desestima el recurso interpuesto. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese. NAZARENO, Julio S., MOLINE O'CONNOR, Eduardo, FAYT, Carlos S. (según su voto) BOGGIANO, Antonio, LÓPEZ, F., VAZQUEZ, Adolfo Roberto.

10. Conocemos de las objeciones formuladas desde lo procesal a la sentencia en cuestión, pues la Corte falló a través de un *per saltum* introducido por un tercero sobre una medida cautelar; como así también desde lo político, en razón de las relaciones que atravesaba con el Poder Ejecutivo Nacional, sumado a las críticas que desde distintos medios se elevaban al Tribunal y en particular, por los *cacerolazos* de ahorristas. Pero por razones de brevedad no nos detendremos en estos aspectos, ya que sólo queremos opinar desde lo específicamente jurídico-constitucional y mediante la observación del fallo en el contexto histórico del control de constitucionalidad realizado en situaciones de emergencia. Bajo este punto de vista adelantamos que ya se han manifestado positivamente al respecto los distinguidos colegas COLAUTTI, Carlos E. en el comentario ya citado en la nota precedente, que se titula “La Corte Suprema como Poder del Estado”, GIL DOMÍNGUEZ, Andrés en su libro *Constitución, emergencia y amparo. Ad Hoc*, Bs. As., p. 36 y PÉREZ HUALDE, Alejandro en su trabajo todavía inédito “Smith o el final del sistema jurídico de la emergencia”, de la misma manera que lo hicimos nosotros en distintos escritos judiciales y ante medios de prensa (como *Página 12* y *La Voz del Interior* entre otros), además del Dr. BIDART CAMPOS, Germán J., en conversación que tuvimos al respecto en el marco del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, realizado en el Distrito Federal de Méjico, entre los días 12 al 15 de febrero pasado.

11. V., los artículos “La emergencia en la doctrina de la Corte Suprema de la Nación” de LAZZARINI, José Luis y “Los derechos patrimoniales durante la emergencia” de COLAUTTI, Carlos E., en *La Ley*, T. 1991, Sección Doctrina, pp. 1359 y ss. y 1467 y ss., respectivamente y el inédito de PÉREZ HUALDE, Alejandro, antes citado “Smith o el final del sistema jurídico de la emergencia”.

Esta legislación de emergencia que fue antepuesta a la Constitución Nacional, significó inexcusablemente la declinación de nuestro Estado de Derecho, mostrando uno de los aspectos más penosos de nuestra falta de cultura política y jurídica.

Recuérdese que hemos vivido -casi permanentemente- en emergencia en nuestra dolorosa historia, como lo acreditan las largas interrupciones del orden constitucional, más de 50 declaraciones de estado de sitio y de 150 intervenciones federales y emergencias económicas desde hace décadas.

Las emergencias de todo tipo: institucionales, políticas o económicas, casi siempre contaron con una jurisprudencia judicial aprobatoria de las medidas que se dictaron, a lo que se sumó una paulatina declinación de las facultades legislativas y de control del Congreso, que al par que fortalecieron al Poder Ejecutivo, también indicaron el incorrecto funcionamiento de nuestro sistema republicano y democrático.

Bien distingue en este aspecto Alejandro Pérez Hualde¹² las dos etapas de la legislación de emergencia económica: la primera, desde la Ley 11.157 sobre contratos de locación, con un poder de policía de emergencia esencialmente en manos del Congreso, hasta el Plan Austral de 1985, donde comienza la segunda etapa, caracterizada por un predominio evidente del Poder Ejecutivo, que se consolida con la legislación dictada durante la Presidencia de Menem a través de las Leyes de Reforma del Estado, y especialmente, mediante el dictado de más de 500 Decretos de Necesidad y Urgencia¹³.

Recuérdese también el excesivo ejercicio de las delegaciones legislativas, admitidas por la Corte Suprema desde el caso *Delfino* de 1927, hasta llegar a las recientes Leyes 25.414 y la actual 25.561 -que luego analizaremos- y se comprenderá nuestro aserto anterior¹⁴.

O sea que prácticamente de nada han valido los límites fijados por alguna jurisprudencia, -como en el caso *Muviel*-, o los altos propósitos que tuvo la sanción del art. 76 en la reforma constitucional de 1994, ya que en la realidad sociológica nada pudo detener los avances del Poder Ejecutivo, frente a la renuncia del Congreso al ejercicio de sus atribuciones legislativas y de control político y a un deficiente ejercicio del control de constitucionalidad -salvo honrosas excepciones- para salvar la supremacía de la Ley Fundamental, por parte de los Tribunales y especialmente de la Corte Suprema.

Hoy podemos comprobar con pesar el acierto de la premonición efectuada ya hace más de 40 años -en 1960- por uno de nuestros más distinguidos juristas, Sebastián Soler, que como Procurador General de la Nación, sostuvo en el dictamen del caso *Cine Callao*:

Cuando un determinado poder, con el pretexto de encontrar paliativos fáciles para un mal ocasional, recurre a facultades de que no está investido, crea, aunque conjure aquel mal, un peligro que entraña mayor gravedad: el de identificar atribuciones legítimas en orden a lo reglado, con excesos de poder. Poco a poco la autoridad se acostumbra a incurrir en extralimitaciones, y

12. En el trabajo todavía inédito "Smith o el final del sistema jurídico de la emergencia", ya citado.

13. Sobre decretos de necesidad y urgencia, V., las obras de PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de necesidad y urgencia. Límites y control*, Depalma, Bs.As, 1995 y MIDÓN, Mario, "Decretos de necesidad y urgencia, en *La Constitución Nacional y los ordenamientos provinciales*, La Ley, Bs.S., 2001.

14. Entre los múltiples trabajos sobre el tema de la delegación legislativa, especialmente destacamos los más actuales de MIDÓN, Mario, sobre "Decretos de necesidad y urgencia", ya citado; COLAUTTI, Carlos E., "La delegación de facultades legislativas. Reflexiones con motivo de la ley 25.414", *La Ley*, 2001-D-1272; BENVENUTTI, José Manuel, "Competencias y limitaciones de la potestad legal y reglamentaria", *El Derecho, Serie Especial Derecho Constitucional*, p. 7, del 18 de febrero de 2002; PADILLA, Miguel, "El Congreso ha renunciado a sus atribuciones constitucionales", *El Derecho, Serie Especial Derecho Constitucional*, p. 5, del 18 de febrero de 2002 y PÉREZ HUALDE, Alejandro "El Congreso Nacional frente a la crisis", *El Derecho, Serie Especial Derecho Constitucional*, p. 15, del 18 de febrero de 2002 y su inédito trabajo citado sobre "Smith".

lo que en sus comienzos se trata de justificar con referencia a situaciones excepcionales o con la invocación de necesidades generales de primera magnitud, se transforma, en mayor o menor tiempo, en las condiciones normales de ejercicio del poder. Ocurre después algo peor. Los mismos gobernados se familiarizan con el ejercicio, por parte del gobierno de atribuciones discrecionales para resolver los problemas” ... y termina: “así se va formando lo que se da en llamar ‘una nueva conciencia’. Nada va quedando ya que sea pertinente por imperio de la ley. Incluso puede acontecer que el gobernante, cuya máxima función es asegurar el imperio de la legalidad, busque revestir sus actos de gobierno, aun los legítimos, de una generosa arbitrariedad, llevando así al ánimo del pueblo la sensación de que un sistema de derecho estricto no es compatible con el progreso¹⁵.

Es por ello que en el contexto histórico referido, esta fallo es un valioso precedente que señala el camino que debemos recorrer en adelante, si queremos modificar nuestra anomia para fortalecer la seguridad jurídica, como base indispensable del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Reiteramos que más allá de los cuestionamientos que pueda merecer la Corte, en un análisis objetivo del fallo, no puede dejar de señalarse el cambio operado (aunque para nosotros deba ser más profundo), que tiende a modificar la omnipotencia de la legislación de emergencia, con restablecimiento de los derechos individuales conculcados, en ejercicio de sus competencias como uno de los Poderes del sistema republicano.

VI. LA LEY DE EMERGENCIA N° 25.561 Y SU INCONSTITUCIONALIDAD

Con fecha 6 de enero de 2002 fue sancionada por el Congreso la Ley N° 25.561 de Emergencia pública y reforma del régimen cambiario, que entre otros aspectos que consideraremos, por medio de sus arts. 6°, 7° y 15°, ratificó en forma tácita el Decreto 1570.

En efecto, el art. 6° en su última parte, dispone: “El Poder Ejecutivo Nacional dispondrá las medidas tendientes a preservar el capital perteneciente a los ahorristas que hubieren realizado depósitos en entidades financieras a la fecha de entrada en vigencia del Decreto 1570/2001, reestructurando las obligaciones originarias de modo compatible con la evolución de la solvencia del sistema financiero. Esta protección comprenderá a los depósitos efectuados en divisas extranjeras”.

Señalamos asimismo que en el debate ocurrido en la Cámara de Diputados sobre esta norma, el miembro informante Diputado Jorge Matxkin, sostuvo que obviamente ello significaba que se iba respetar la devolución de los depósitos en la moneda pactada. Como después se verá, esta norma fue violada posteriormente por el Poder Ejecutivo de la Nación al dictar el Decreto 214 que dispuso la devolución en dólares, sin que se produjese reacción alguna por parte del Congreso, lo que confirma una vez más el alto grado de anomia que padecemos.

En cuanto al art. 7° de la ley, en su primera parte, establece: “Las deudas o saldos de las deudas originalmente convenidas con las entidades del sistema financiero en pesos vigentes al 30 de noviembre de 2001 y transformadas en dólares por el Decreto N° 1570/2001, se mantendrán en la moneda original pactada, tanto el capital como sus accesorios. Derogase el artículo 1° del Decreto 1570/2001”.

15. Cf., Fallos 247:121, también citado por PÉREZ HUALDE, Alejandro en su artículo “El Congreso Nacional frente a la crisis”.

A su vez, el art. 15º de la ley, ordena: “Suspéndase la aplicación de la Ley N° 25.466, por el plazo máximo establecido en el artículo 1º, o hasta la oportunidad en que el Poder Ejecutivo Nacional considere superada la emergencia del sistema financiero, con relación a los depósitos afectados por el Decreto N° 1570/01”.

Aclaremos que la ley 25.466 es la que sancionada en octubre de dicho año 2001 había asegurado la intangibilidad de los depósitos, lo que significó que los ahorristas siguieran confiando en el sistema financiero y bancario y no retiraran masivamente los mismos. De tal manera que resulta inconcebible la actitud del Congreso Nacional, puesto que aproximadamente dos meses después, suspendió dicha intangibilidad hasta el 10 de diciembre de 2003 o hasta que el Poder Ejecutivo lo indique, produciendo un vulgar engaño de gravísimas consecuencias, que importa evidentes responsabilidades para sus autores: el Presidente y quienes votaron afirmativamente en el Congreso. Una vez más se destrozó la confianza pública, al desconocerse aquélla regla fundamental de la ética, de la política y del derecho: *pacta sunt servanda*, de la que David Hume sostuviera -en el siglo XVIII- que era el principio que separaba la civilización del atraso.

De más está decir que los artículos mencionados de esta Ley son manifiestamente inconstitucionales, por las razones aducidas en cuanto al Decreto 1570 y en particular, por los derechos individuales que se afectan.

Hace falta reiterar nuevamente que la emergencia, aunque haya sido declarada por el Congreso, no puede significar la suspensión, desconocimiento o lisa destrucción de la Constitución, o de sus derechos reconocidos y garantizados.

Es obvia la falta de razonabilidad de dichas normas, que en modo alguno respetan los mandatos del art. 28 de la Ley Suprema de la Nación. Una cosa es limitar ciertos derechos por la emergencia, y otra completamente distinta, es alterar, desconocer o menoscabar la esencia de los mismos, que es lo que ocurre con estos ahorros de millones de argentinos, a consecuencia del *corralito* financiero y bancario.

A su vez, el art. 1º de la ley declara la emergencia pública en los siguientes términos:

Declarase, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Nacional, la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria delegando al Poder Ejecutivo Nacional las facultades comprendidas en la presente ley hasta el 10 de diciembre de 2003, con arreglo a las bases que se especifican seguidamente: 1) Proceder al reordenamiento del sistema financiero, bancario y del mercado de cambios. 2) Reactivar el funcionamiento de la economía y mejorar el nivel de empleo y de distribución de ingresos con acento en un programa de desarrollo de las economías regionales. 3) Crear condiciones para el crecimiento económico sustentable y compatible con la reestructuración de la deuda pública. 4) Reglar la reestructuración de las obligaciones en curso de ejecución afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido en el art. 2.

Por su parte, el art. 2º dice: “El Poder Ejecutivo Nacional queda facultado, por las razones de emergencia pública definidas en el art. 1º, para establecer el sistema que determinará la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras, y dictar regulaciones cambiarias”.

También deben sumarse como facultades delegadas por esta Ley del Congreso al Poder Ejecutivo, las indicadas en el art. 6º segundo párrafo en cuanto a la reestructuración de las deudas con el sector financiero, en el art. 6º tercer párrafo en cuanto a las medidas compensatorias que eviten desequilibrios de las entidades financieras y por último, en el mismo artículo, quinto párrafo, en cuanto a la disposición de las medidas tendientes a preservar el capital perteneciente a los ahorristas.

Con respecto al análisis de esta delegación, debemos sostener con Alejandro Pérez Hualde¹⁶ y Miguel Padilla¹⁷ su inconstitucionalidad, por cuanto excede con amplitud las pautas del art. 76 de la Ley Suprema de la Nación, para posiblemente ingresar en los límites prohibidos del art. 29, que como bien se dijo, fue escrito con letras de sangre.

Es que a la abdicación de las atribuciones congresionales, debemos agregar la falta de reglamentación de la Comisión Bicameral Permanente, que impide un adecuado control de las delegaciones producidas y en consecuencia, concentra el poder en el Presidente y unos pocos funcionarios.

Además, ya resulta evidente que las Comisiones de Seguimiento Legislativo no han cumplido satisfactoriamente sus objetivos, como lo prueba en particular la de las privatizaciones.

En este aspecto, queremos resaltar la opinión del Académico Adolfo Edgardo Buscaglia¹⁸ que al defender una concepción *cualitativa-cuantitativa* de la política monetaria, sostiene que luego de la incorporación de la defensa del valor de la moneda en el inc. 19 del art. 75, se ha transformado dicha función en un rol indeclinable, exclusivo y excluyente del Congreso, que no puede ser delegado. Por ello sugiere que se cuente con una Comisión asesora permanente de alto nivel técnico, al estilo de *The Joint Economic Committee* del Congreso norteamericano.

Así como nos pareció saludable la derogación efectuada de la Ley 25.414, -que había producido la anterior inconstitucional delegación legislativa al Presidente De la Rúa-, por medio de la Ley N° 25.556 sancionada el 20 de diciembre de 2001, que pareció indicar un derrotero institucional distinto del Congreso, al poco tiempo se reincidió en similares criterios con esta nueva delegación.

Es que además de la notoria incoherencia, se incurrió en un error mayor al haberse concedido una delegación todavía más extensa al actual Presidente, quien a su vez agravó la cuestión al delegar facultades indelegables por el art. 76 de la Constitución, en funcionarios inferiores.

Estamos convencidos que el camino a recorrer debe ser completamente distinto al que venimos soportando desde hace años, o sea que necesitamos la reasunción del ejercicio de las competencias constitucionales por parte del Congreso, para que allí, con transparencia y estilo republicano, se produzcan los debates que señalen los grandes rumbos de la política nacional.

Ya debiéramos haber aprendido que en el país hay demasiadas promesas incumplidas de la democracia, -en conceptos de Norberto Bobbio-, para que sigamos entregando nuestro futuro a sólo dos personas: el Presidente y Ministro de Economía de turno, que quedan sujetos a las presiones de los grupos de interés, no siempre compatibles con el bien común de la sociedad.

Insistimos en la imperiosa afirmación de criterios y estilos republicanos y obviamente, de una muy profunda reforma política, que alcance esencialmente a los partidos políticos, ya que como lo advirtió Vedel, de ellos depende la suerte de nuestra democracia.

Para concluir con otros aspectos de la Ley que nos merecen reparos en su constitucionalidad, debemos señalar el art. 18°, que establece una modificación del art. 195 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, para posibilitar el *per saltum* ante la

16. PÉREZ HUALDE, Alejandro, *El Congreso Nacional frente a la crisis*, ya citado.

17. PADILLA, Miguel, *El Congreso ha renunciado a sus atribuciones constitucionales*, ya citado.

18. BUSCAGLIA, Adolfo Edgardo, "La moneda y las uniones monetarias en la Constitución Nacional", Disertación pronunciada en el acto de incorporación a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 22 de noviembre de 2000, publicada por la citada institución en Buenos Aires, 2001, pp. 38/39.

Corte Suprema de Justicia de la Nación por las medidas cautelares en relación al *corralito* y el art. 19º, en la parte que expresa: "...Ninguna persona puede alegar en su contra derechos irrevocablemente adquiridos". Son tan irrazonables, arbitrarios y groseros los fines perseguidos por estas normas como su redacción, lo que nos exime de mayores comentarios.

Proponemos, de conformidad con lo antes expuesto, que el Congreso proceda a derogar de inmediato los artículos comentados, además de la normativa dictada al respecto por el Poder Ejecutivo, como una manera concreta de empezar a restablecer la confianza popular en los representantes, además del respeto a la Constitución y a la seguridad jurídica.

VII. EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA N° 214 DEL PEN Y LA SEGUNDA VERSIÓN DEL *CORRALITO*

Posteriormente se dictaron por el Poder Ejecutivo los Decretos 71/2002, reglamentario del régimen cambiario establecido, que en el art. 5º facultó al Ministerio de Economía a establecer la oportunidad y modo de disposición por sus titulares de los depósitos en pesos o en monedas extranjeras y el 141/02, que modificó el anterior en cuanto a la devolución de saldos en monedas extranjeras.

Asimismo el Ministerio de Economía dictó las Resoluciones 6, 9, 10 y luego la 18 y su modificatoria 23 de 2002, que prescribieron los cronogramas de vencimiento y la reprogramación de la totalidad de los depósitos del sistema financiero y bancario a varios años.

Todo esto, a lo que debe sumarse el sistema de circulares del Banco Central, fue conformando un conjunto de normas profusas, difusas y en algunos casos contradictorias, -que no vale la pena analizar por razones de brevedad-, pero que produjeron estos efectos:

- a) la configuración de una segunda versión del *corralito*, mucho más restrictiva de los derechos individuales que la anterior, y
- b) la puesta de relieve de una manifiesta improvisación gubernativa en una materia tan delicada como la monetaria y cambiaria, que fue profundizando la angustia e impotencia de los ahorristas y en definitiva del pueblo argentino¹⁹.

Recordamos que dicha Resolución 23 fue dictada el 21 de enero y fue luego objeto de particular análisis en cuanto a su razonabilidad -según el art. 28 de la Ley Suprema de la Nación-, por el más alto Tribunal en el fallo del caso *Smith*, que con fecha 1 de febrero declarara la inconstitucionalidad del *corralito*, por privar y aniquilar el derecho de propiedad (Considerando 15).

Como respuesta a dicho Fallo de la Corte, el Poder Ejecutivo Nacional, -luego de declaraciones públicas contrarias al Tribunal efectuadas por el propio Presidente y su Ministro de Economía y de impulsar el juicio político por esta cuestión-, con fecha domingo 3 de febrero de 2002 dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 214 que en su art. 1º transformó en Pesos todas las obligaciones de dar sumas de dinero expresadas en dólares estadounidenses o en otras monedas extranjeras y en el art. 2º convirtió a cada dólar en un peso con cuarenta centavos para su devolución por las entidades financieras.

19. Vale la pena recordar las palabras de BODIN, en el Cáp. III de su clásica obra "Los seis libros de la República": "...En verdad, no hay nada que más aqueje al pobre pueblo como la falsificación de moneda o la alteración de su curso, pues tanto ricos como pobres, en general y en particular, se ven perjudicados enormemente a causa de ello...". (ed. Aguilar, Selección, traducción e introducción de BRAVO, Pedro, p. 206).

O sea que así se terminó de concretar uno de las más graves engaños colectivos, pues se violaron las palabras empeñadas y los contratos de depósitos celebrados con los bancos, además de obligarse a una devolución que sin lugar a dudas significa una verdadera confiscación del patrimonio de los ahorristas, pues es más que evidente que un dólar no vale un peso con cuarenta centavos.

Asimismo, y aumentando el daño causado, por el art. 7° del Decreto se dispuso una compensación a los Bancos por devolver los dólares de esa manera, lo que también será pagado por el pueblo argentino y por cierto, por los propios ahorristas.

Además de mantenerse los plazos de devolución antes fijados, por el art. 9° se introdujo la opción para los ahorristas de hasta 30.000 dólares, de recibir un bono en dicha moneda, cuyo plazo después fuera fijado en 10 años.

Por los arts. 3°, 6°, 8° y 11° se dispuso que las deudas y acreencias en dólares quedaban convertidas a razón del valor de un peso por cada dólar. Ello después significaría, con la reforma dispuesta por el art. 1° del Decreto 320, que amplió sin límite alguno la pesificación de las deudas antes fijada en 100.000 dólares, otra enorme licuación de pasivos de los sectores económicamente más poderosos del país, aspecto en el que no podemos detenernos por razones de brevedad.

Por el art. 4° se estableció que a los depósitos y deudas antes referidas se les aplicará un Coeficiente de Estabilización de Referencia, el que será publicado por el Banco Central y que se aplicará una tasa de interés mínima para los depósitos y máxima para los préstamos.

Por el art. 10° se ordenó a las entidades financieras depositar en el Banco Central todos los billetes de dólares estadounidenses.

Este Decreto, cuya inconstitucionalidad sostenemos por las razones antes apuntadas en cuanto al 1570 y las que más adelante agregaremos, sin embargo agregaría otro muestra especial de desvarío en materia institucional. En efecto, el art. 12, textualmente dispuso:

A partir del dictado del presente Decreto, se suspende por el plazo de ciento ochenta (180) días la tramitación de todos los procesos judiciales y medidas cautelares y ejecutorias en los que se demande o accione en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectados por las disposiciones contenidas en el Decreto N° 1570/01, por la Ley N° 25.561, el Decreto N° 71/02, el presente Decreto, las Resoluciones del Ministerio de Economía y del Banco Central de la República Argentina dictadas en consecuencia y toda otra disposición referida a dichas materias.

A su vez, en los fundamentos del Decreto se decía lo siguiente:

Que la preservación de la paz social como el necesario reordenamiento de las relaciones jurídicas, no se compadece con la masiva concurrencia a los tribunales de quienes procuran la resolución de sus pretensiones, cuando ellas son de imposible satisfacción, sin causar daño irreparable a la economía y al derecho de todos aquellos que no podrían ver satisfechos sus propios derechos de propiedad, de producirse el colapso final del sistema financiero.

Que por esta razón, corresponde disponer la suspensión temporaria de la tramitación de todos los procesos judiciales y medidas cautelares y ejecutorias en los que se demande o accione en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectados por las normas y disposiciones dictadas en el marco de la crisis y la emergencia.

Este artículo significó otra gravísima violación del orden constitucional, porque afectó el derecho a acceder a la justicia, al propio art. 43 que regula el amparo y a distintos tratados internacionales de Derechos Humanos de jerarquía constitucional, entre

los que se destaca la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo art. 25 se refiere en particular a este tema. Por ello dicho artículo 12 fue reiteradamente declarado inconstitucional por numerosos Magistrados que honraron el cumplimiento de su alta misión en defensa de la Ley Suprema de la Nación²⁰.

En cuanto a esta cuestión, sólo agregaremos que en el reciente Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional celebrado en el Distrito Federal de Méjico, señaló el Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Dr. Cancado Trindade, que las violaciones más comunes a partir de los 90 son las vinculadas con las garantías judiciales, con el derecho de acceder a la justicia mediante un procedimiento sencillo y eficaz, y con la necesidad de asegurar la independencia del Poder Judicial²¹. Por ello, no podemos dejar de manifestar nuestra honda preocupación por la declinación ocurrida en el país también en este aspecto, tal como lo han manifestado la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires y la Federación Argentina de Colegios de Abogados.

Los artículos posteriores del Decreto introdujeron modificaciones a la Ley de Entidades Financieras y a la Carta Orgánica del Banco Central, de significativa importancia, cuyo análisis no efectuaremos por exceder nuestros propósitos.

En definitiva, para finalizar con la consideración de este Decreto de Necesidad y Urgencia, a las razones anteriormente esgrimidas en cuanto al Decreto 1570, sumamos ahora las siguientes para sostener su inconstitucionalidad:

- a) Desconoció de manera más ostensible y profunda los derechos de propiedad, defensa del valor de la moneda y al desarrollo humano.
- b) Conculcó el derecho de acceder a la justicia.
- c) Lesionó otros derechos como el de trabajar y ejercer toda industria lícita, enseñar y aprender, entrar y salir del país, a la salud, a la vida y a la dignidad. Este menoscabo de derechos producido depende de las distintas situaciones excepcionales que se están observando a través de los amparos presentados en la Justicia²².

VIII. EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA N° 320

Con fecha 15 de febrero de 2002 se dictó un nuevo Decreto de Necesidad y Urgencia, el N° 320, que tal como lo adelantáramos, efectuó modificaciones al N° 214, destinadas a aclarar que la pesificación de todas las obligaciones era a razón de un peso por un dólar, en su art. 1° y que el art. 8° del citado decreto es de aplicación exclusiva a los

20. Entre los que destacamos a los miembros de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata que con fecha 5 de febrero de 2002, al otro día de la publicación del Decreto, en el Caso *A. Aldana S.B. c. P.E.N. y otros-Amparo* se anticiparon con sólidos fundamentos a declarar la inconstitucionalidad del mismo. Y lo propio hicieron otros Jueces Federales de 1ª Instancia en todo el país.

21. Nota periodística del 14 de febrero de 2002, en la p. A6 del Diario *El Universal*, del Distrito Federal de Méjico.

22. Según informaciones periodísticas, se habrían presentado ya más de 200.000 acciones de amparo, lo que nos indica de manera clara, la continuidad de la reacción popular contra el *corralito*. A su vez, en base a los casos que conocemos en virtud del ejercicio profesional de la abogacía -que en modo alguno abarcan la cifra mencionada- hemos podido señalar esos nuevos derechos afectados, que pueden alcanzar a otros más, según las determinadas situaciones comprendidas. Sería muy ilustrativo un análisis de los casos en cuestión, por las conclusiones que seguramente algún día tendremos, sobre las consecuencias y daños producidos en los aspectos no sólo materiales sino también morales por el tema en estudio.

contratos y relaciones jurídicas existentes a la fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 25.561, en su art. 2°. Asimismo sustituyó el art. 12° de aquél Decreto, por el siguiente texto:

A partir del dictado del presente decreto, se suspende por el plazo de ciento ochenta (180) días el cumplimiento de las medidas cautelares en todos los procesos judiciales, en los que se demande o accione contra el Estado Nacional y/o las entidades integrantes del sistema financiero, en razón de los créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras que pudieran considerarse afectados por las disposiciones contenidas en el Decreto N° 1570/01, en la Ley N° 25.561, en el Decreto N° 71/02, en el presente decreto, en el Decreto N° 260/02, en las Resoluciones del Ministerio de Economía y en las Circulares y demás disposiciones del Banco Central de la República Argentina dictadas en consecuencia y toda otra disposición referida a dicha normativa.

Por el mismo lapso se suspende la ejecución de las sentencias dictadas con fundamento en dichas normas contra el Estado Nacional, los Estados Provinciales, los Municipios o la ciudad autónoma de Buenos Aires, sus entidades autárquicas o descentralizadas o empresas o entes estatales, en todos los procesos judiciales referidos a dicha normativa.

La suspensión de las medidas cautelares y la ejecución de sentencias dispuesta precedentemente, no será de aplicación cuando mediaren razones que a criterio los magistrados actuantes, pusieran en riesgo la vida, la salud o la integridad física de las personas. Tampoco será de aplicación respecto de aquellas personas de setenta y cinco (75) o más años de edad.

Este cambio se operó ante las fuertes críticas recibidas por la norma anterior, sin dejar de limitarse al cumplimiento de las medidas cautelares y la ejecución de sentencias vinculadas al *corralito* durante ese lapso de 180 días. Asimismo agregó en su último párrafo la posibilidad de que los Jueces no apliquen dicha limitación, para los casos excepcionales indicados.

En los fundamentos del Decreto se efectuaron continuas citas del fallo de la Corte Suprema en el conocido caso *Peralta* de 1990, además de otras leyes de emergencia que efectuaron suspensiones similares.

Ya caracterizada doctrina que compartimos criticó dicho Fallo en su oportunidad²³, a lo que sumamos la argumentación efectuada a lo largo de este estudio para los anteriores decretos, para concluir que este último tampoco se adecua a la Ley Suprema de la Nación. En definitiva es parte de la pseudo arquitectura jurídica que conformar este llamado *corralito* financiero y bancario, cuya inconstitucionalidad consideramos haber demostrado.

Con fecha 5 de marzo de 2002 se conocieron nuevas decisiones del Gobierno, que a la intención anunciada de permitir la compra de bienes registrables con los depósitos confiscados, agregó la posibilidad de la elección de tres bonos, dos en dólares y el tercero en pesos, a diez años de plazo (como en el Plan Bonex) y que se indicaron como la última posibilidad de abrir este sistema²⁴. Demás está decir que ello ratificó una vez más la continua reiteración de medidas inconstitucionales que se siguieron adoptando a partir de la instauración del *corralito*.

23. V., en tal sentido las obras de PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Decretos de Necesidad y Urgencia*, Depalma, Bs.As. 1995 y MIDÓN, Mario, "Decretos de Necesidad y Urgencia en la Constitución Nacional y los ordenamientos provinciales", *La Ley*, Bs.As. 2001.

24. Según la información periodística de *La Voz del Interior*, del día 5 de marzo de 2002, atribuida a declaraciones del Ministro de Economía Remes LENICOV. Asimismo también se anuncia allí que el bono de compensación a los bancos que el art. 7° del Decreto 214 había previsto, por la devolución de cada dólar a uno con cuarenta pesos, se ha estipulado en 14.000 millones de dólares, terminándose de concretar esta otra lesión no sólo a los ahorristas sino a todo el pueblo argentino, que ahora tiene que pagar dicha suma, que ha engrosado nuestra pesada deuda externa.

IX. LA LEY N° 25.787 Y SU INCONSTITUCIONALIDAD

Con fecha 25 de abril de 2002 se sancionó y promulgó esta ley, denominada popularmente *tapón* o *antigoteo*, cuyo art. 1° dispuso que en los procesos judiciales de cualquier naturaleza vinculados con la ley de emergencia 25.561, "...sólo será admisible la medida cautelar reglada por el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación cuando existiere el peligro de que si se mantuviere o alterare, en su caso, la situación de hecho o derecho la modificación pudiese interferir en la sentencia o convirtiere su ejecución en imposible o ineficaz. En ningún caso las medidas cautelares que se dispongan podrán tener idéntico objeto que el perseguido respecto de lo que debe ser materia del fallo final de la causa, ni consistir en la entrega bajo ningún título al peticionario, de los bienes objeto de la cautela. Quedan exceptuados de lo dispuesto en el párrafo anterior aquellos casos en los que se prueba que existan razones suficientes que pongan en riesgo la vida, la salud o la integridad física de las personas, o cuando la reclamante sea una persona física de setenta y cinco o más años de edad. Esta disposición, de orden público, se aplicará a todas las causas en trámite y alcanzará también a todas las medidas cautelares que se encuentren pendientes de ejecución, cualquiera fuere la fecha de la orden judicial".

En el art. 2° se prohibió la ejecución de las medidas cautelares sobre los fondos del Banco Central de la República Argentina. En el art. 3° se ordenó que a los fines del cumplimiento de toda medida cautelar previamente se oficie al Banco Central a los efectos de que informe sobre la "existencia y legitimidad de la imposición efectuada ante la entidad financiera, los saldos existentes a la fecha del informe en la cuenta de la parte peticionaria, como así también el monto y la moneda de depósito pactada originalmente". En el art. 4° se prescribió la apelación de las medidas cautelares referidas en el art. 1° con efecto suspensivo ante la Cámara Federal de Apelaciones que sea tribunal de alzada del juzgado que las dictó. En el art. 5° se reglamentó el procedimiento de apelación de la medida cautelar ante la Cámara. En el art. 6° se indicó que estos procesos sólo corresponden a la competencia de la Justicia Federal. En el art. 7° se derogó el art. 195 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En el art. 8° se ordenó que en los supuestos en que por aplicación del artículo 195 bis del Código Procesal ahora derogado, se hubiere interpuesto recurso directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la misma remitirá a las respectivas Cámaras de Apelación las citadas actuaciones. Finalmente, por el art. 9° se expresó que la ley comenzaba a regir a partir de su promulgación y tendrá vigencia mientras dure la ley de emergencia 25.561.

Por razones de brevedad, no podemos detenernos en un análisis exhaustivo de los aspectos constitucionales y procesales de esta ley, por lo que sólo efectuaremos algunas consideraciones destinadas a fundamentar nuestra opinión marcadamente negativa sobre la misma, por considerarla groseramente contraria a la Ley Suprema de la Nación.

En efecto, sostenemos dicha inconstitucionalidad por las siguientes razones:

a) Es atentatoria de la división de poderes y del sistema republicano consagrado en los arts. 1 y concordantes de la Constitución Nacional, al invadir competencias propias del Poder Judicial, -que tiene como misión esencial aplicar la Constitución-, para impedir la concesión de medidas cautelares.

b) Es violatoria del art. 43 de la Ley Suprema que constitucionalizó el amparo como garantía genérica frente a la lesión de los derechos individuales.

c) Desconoce los derechos constitucionales de acceso a la justicia y a la tutela judicial eficaz, al intentar prohibir las medidas cautelares, en violación de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales que reconocen estos derechos y que también integran el bloque de constitucionalidad²⁵.

d) En su art. 1º violenta el principio constitucional de la irretroactividad al disponer la aplicación de las normas a las medidas cautelares ya dictadas, que constituyen derechos adquiridos e integran el derecho de propiedad de los demandantes respectivos²⁶.

e) En su art. 6º es atentatoria de los principios federales de la Constitución al disponer obligatoriamente la competencia federal en esta clase de juicios²⁷.

Además no podemos dejar de señalar que este instrumento legal merece también otras objeciones de carácter procesal y de técnica legislativa, ya que:

a) Son marcadamente arbitrarios los arts. 2º que dispusieron la inembargabilidad de los fondos del Banco Central y el 3º en cuanto al previo oficio a dicho Banco antes de la medida cautelar, que sólo tuvo como intención la de demorar la ejecución de las mismas, para beneficiar a los bancos y dificultar la legítima acción de los ahorristas confiscados.

b) Resultan de deficiente técnica legislativa estas modificaciones por leyes especiales -como ésta y la 25.561- que sufriera en distintas oportunidades el art. 195 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, según criterios de notoria arbitrariedad, con la finalidad señalada en el punto anterior²⁸.

Como no podía ser de otra manera, al poco tiempo de vigencia de este instrumento, una elevada cantidad de Jueces Federales de Primera Instancia, además de la Cámara Federal en lo Contencioso administrativo²⁹, declaró su inconstitucionalidad. Ello reveló

25. Al respecto ha sostenido BIDART CAMPOS, Germán J., por supuesto que la legislación procesal es apta para reglamentar las medidas cautelares, pero cabría afirmar que hay un piso constitucional por debajo del cual no puede descender esa reglamentación. Para no incurrir en detallismos, nos limitamos a proponer con más honda convicción personal dos aspectos: a) los jueces están habilitados para deparar una medida cautelar que resulta idónea en un proceso, aunque la ley no la tenga prevista. b) la ley no puede, sin pecar de inconstitucionalidad, impedir o prohibir a los jueces que arbitren cuanta medida cautelar se les torne eficaz para cumplir con su deber constitucional de deparar, según las circunstancias de cada caso, todo lo que demanda la tutela judicial eficaz en cada proceso. Como resumen y apelando a una expresión personal que tenemos muy repetida, nos queda este saldo: *con ley, sin ley o contra ley*, los jueces tienen obligación constitucional de disponer cuanta medida cautelar haga falta en un proceso, según sea la situación y la pretensión del caso. ("La prohibición de las medidas cautelares es inconstitucional", Columna de Opinión, *La Ley*, martes 28 de agosto de 2001, t 2001-E).

26. Cf., BADENI, Gregorio, "Las normas de emergencia y el derecho a la propiedad privada-Los aspectos constitucionales de la ley antigoteo n° 25.587", *Abogados, Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal* n° 56, mayo 2002, p. 18.

27. Si bien consideramos que cuando se demanda al Estado Federal la competencia debe ser federal en razón de la persona, en cambio puede darse el caso que los ahorristas sólo demanden a los Bancos y en este caso ello puede hacerse ante la Justicia Provincial, por imperio de los principios federales de la Constitución Nacional y de la competencia provincial en razón de que las personas o cosas caigan bajo dicha jurisdicción (art. 75 inc. 12). V., a ANDREUCCI, Carlos Alberto, "Emergencia y Federalismo" en la *Revista de Derecho Público*, de Rubinzal-Culzoni Editores, citada, pp. 349/359, donde el autor analiza los avances inconstitucionales que se venían produciendo en esta emergencia.

28. V., los aportes efectuados desde el ámbito procesal por GOZAINI, Osvaldo, en su artículo titulado "Análisis de la Ley 25.587" en la *Revista de Derecho Público*, de Rubinzal-Culzoni Editores, pp. 361-382; por ARAZI, Roland y ROJAS, Jorge A., en "Emergencia y proceso", pp. 383-397 y por COMADIRA, Julio Rodolfo y SANMARTINO Patricio M.E. en "Medidas cautelares e interés público", pp. 327-348.

29. En el Caso *Grinberg Marcelo Pablo c. PEN-Decr. 1570/01 Amparo-Ley 16.986*, fallado el 25 de junio de 2002, donde el Tribunal colegiado declararse con sobrados fundamentos la inconstitucionalidad del art. 1º de este instrumento legal en análisis.

por una parte, el grosero error cometido por los poderes políticos al tratar de impedir la justa reacción de quienes defendieron sus derechos conculcados especialmente mediante amparos, y por la otra, el accionar independiente del Poder Judicial a través de estos Jueces que supieron cumplir con su misión de salvaguardar la supremacía constitucional.

En definitiva, con agudeza ha titulado su análisis sobre esta ley Alberto Bianchi³⁰: “La emergencia desjuridiza. La emergencia absoluta desjuridiza absolutamente”, utilizando la conocida frase de Lord Acton, para señalar la magnitud del despropósito cometido, que amerita bajo nuestro punto de vista, la inmediata derogación de la misma, como única respuesta jurídica posible por parte del Congreso para restablecer el orden constitucional violado.

X. EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA 905 DE REORDENAMIENTO DEL SISTEMA FINANCIERO

Con fecha 31 de mayo de 2002 se dictó este extenso Decreto de Necesidad y Urgencia, suscripto por el Presidente Duhalde y sus Ministros, que fuera publicado en el Boletín Oficial con fecha 1 de junio y que sintetizaremos seguidamente en la parte del mismo más estrechamente vinculada a nuestro estudio.

De sus considerando destacamos estos párrafos: “Que el Poder Ejecutivo Nacional mediante el Decreto 494/02, modificado por su similar N° 620/02, estableció las condiciones generales y el procedimiento a través del cual los titulares podrían ejercer la opción de sustituir sus depósitos, constituidos en moneda extranjera o en pesos, por bonos con cargo al Tesoro Nacional”.

Que el agravamiento ya descrito, de la situación del sistema financiero, al que contribuyó la ejecución de las medidas cautelares autosatisfactivas -dispuestas por magistrados actuantes en la totalidad de las jurisdicciones territoriales- con el consecuente desapoderamiento de activos líquidos y el canje optativo de los depósitos previsto en los decretos mencionados, resultan insuficientes para superarla.

Que a este último efecto se considera que, en las actuales circunstancias, mejorar las condiciones de los títulos a emitir de manera de hacer más atractiva la opción de cancelar los depósitos que existían en el sistema, mediante la entrega de bonos redundará en un doble beneficio: resguardar los derechos de los depositantes sobre sus ahorros preservando al mismo tiempo el funcionamiento del sistema financiero en general.

Más adelante se expresa: “Que las condiciones financieras de los bonos a emitir, se han determinado respetando la moneda de origen de los depósitos, fijando cuotas y plazos para la amortización más pronta posible en el contexto de la antedicha situación de emergencia pública nacional y mediante el pago de una tasa de interés retributiva de la inversión, medidas éstas cuya razonabilidad, limitación en el tiempo y carácter paliativo se enmarcan en el contexto referido de grave crisis económica y de las demás medidas adoptadas por el Estado Nacional para remediar esta última en aras del bien común, todo ello en el marco de razonabilidad que ha definido la Corte Suprema de Justicia de la Nación para este tipo de situaciones de emergencia”.

30. Cf., BIANCHI, Alberto, *La emergencia desjuridiza. La emergencia absoluta, desjuridiza absolutamente. Análisis de la Ley 25.587*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Debates de Actualidad n° 187, Año XVII, abril-mayo 2002, pp. 23/27.

Asimismo se hacen varias citas del caso *Peralta*, que como sabemos, había admitido la constitucionalidad de este tipo de solución con anterioridad en el caso de los Bonex, lo que mereciera opiniones doctrinarias críticas como lo viéramos oportunamente.

Queda entonces en claro que la intención del Gobierno, luego del fallo de la Corte en el caso *Smith*, es tratar de repetir la penosa experiencia referida, cerrando cada vez más el llamado *corralito* y prolongando por años la devolución menguada de los depósitos confiscados.

Aunque no podemos detenernos en la comparación entre ambas situaciones, fácilmente se comprende que en modo alguno se puede asimilarlas, especialmente en su profundidad y magnitud social, económica, política y jurídica.

No obstante ello, en el Decreto se dispone que los ahorristas en general podrán optar entre diferentes bonos:

a) “Bonos del Gobierno Nacional en dólares estadounidenses Libor 2012”, a razón de 100 dólares de valor nominal por cada 140 pesos de depósito reprogramado, debiendo efectuarse deducciones en algunos casos entre los que se destaca el correspondiente a las medidas cautelares. (Art. 2°); y

b) “Bonos del Gobierno Nacional en Pesos 2% 2007”, a razón de un valor nominal neto igual al importe del depósito reprogramado. (Art. 3°).

Y para el caso de ahorristas que sean personas físicas de 75 años de edad o más, o que hubieran recibido sus depósitos como consecuencia de indemnizaciones o pagos de desvinculaciones laborales o que atravesen situaciones en los que estuvieran en riesgo su vida, su salud o su integridad física, se dispone además la opción c) de “Bonos del Gobierno Nacional en dólares estadounidenses Libor 2005”, a razón de 100 dólares de valor nominal por cada 140 pesos de depósito reprogramado. (Art. 4°).

Además, “sin perjuicio de lo establecido en el art. 2° del presente decreto, los titulares de depósitos originalmente en moneda extranjera en entidades financieras que tengan un saldo de depósito reprogramado de hasta Pesos 10.000, tendrán la opción de recibir, a través de la entidad financiera correspondiente, ...“Bonos del Gobierno Nacional en dólares estadounidenses Libor 2005”. (art. 5°)

En el art. 6° se indicó un plazo para ejercer la opción, que luego tuvo que ser ampliada, ante la escasa aceptación de estas ofertas por parte de los ahorristas, -que obviamente han preferido esperar mucho menos tiempo para encontrarse con sus depósitos reprogramados cuya devolución fuera prevista a partir del 2003-, lo que originara como es de público y notorio, una persistente presión por parte de los banqueros ante el gobierno a los fines de que dichos bonos se transformen en compulsivos³¹.

A esta altura del análisis resulta evidente que esta pseudo estructura jurídica del *corralito* cada vez se ha complicado más, ante la decisión de consumir la privación de los derechos conculcados, extendiendo sus efectos a lo largo de los años.

31. La prensa nacional desde hace tiempo hace referencia a un enfrentamiento entre el titular del Banco Central y el Ministro de Economía con respecto a esta cuestión, donde aquél funcionario sostendría -con el apoyo de los Bancos- la idea de transformar la oferta de bonos en compulsiva, frente a la opinión contraria del Ministro. Más allá de esto, ambos funcionarios siempre manifestaron en múltiples declaraciones públicas su opinión contraria al accionar de los amParistas y de los Jueces Federales que hicieron lugar a las medidas cautelares, en consonancia con las posiciones de las dos asociaciones de banqueros, Aba y Abapra.

Por eso y para no incurrir en repeticiones de conceptos y fundamentos antes expresados, también este Decreto es para nosotros manifiestamente inconstitucional. Sólo insistimos en reafirmar ahora que en todo este proceso en que se ha gobernado por Decretos como éste, resulta sorprendente y notoriamente disvalioso el silencio del Congreso, lo que configura el alicaído funcionamiento de nuestro sistema republicano.

Este Decreto fue complementado posteriormente por varias Resoluciones del Ministerio de Economía, entre las que destacamos la N° 92/2002 de fecha 14 de junio de 2002, que en su art. 7° dispuso lo siguiente: “Para el caso de los titulares de depósitos reprogramados que hayan iniciado acciones judiciales que aún se encuentren pendientes, donde se cuestione la normativa vigente aplicable a los depósitos en el sistema financiero, las entidades respectivas emitirán, si fuera el caso, las constancias de depósitos reprogramados a que hace referencia el artículo 6° del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 905, una vez concluido el proceso judicial respectivo y por el monto correspondiente”.

Simplemente mencionamos esta norma para indicar que ha sido una decisión permanente a lo largo de este proceso, la de tratar de impedir que los ahorristas defendieran sus derechos constitucionales mediante los amparos presentados ante el Poder Judicial, ya que incluso esta opción por bonos queda diferida en el tiempo hasta la terminación de los procesos judiciales respectivos.

Ello sin mencionar los cálculos efectuados por los Bancos con respecto a los montos restantes de los depósitos reprogramados, en los casos en que se lograra un retiro parcial por medio de medidas cautelares dispuestas por Jueces en dólares o en pesos al cambio en el mercado libre, ya que para las entidades en cuestión el cambio sigue siendo de un dólar a un peso con cuarenta, lo que intenta convertir a algunos ahorristas amparistas en deudores, lo que demuestra también acabadamente para nosotros, la falta de respeto a las decisiones judiciales, además del desprecio por los derechos constitucionales violados de quienes confiaron en nuestro sistema financiero y bancario.

Finalmente, tampoco podemos dejar de mencionar la persistente campaña de desinformación que sobre la materia efectuara el gobierno a través de algunos medios de prensa, lo que no pudo impedir la permanente reacción popular ante cada una de las medidas tomadas, ni la continuidad de la presentación de acciones de amparo ante el Poder Judicial por parte de los ahorristas.

Débase destacar especialmente en este aspecto, la férrea defensa del Estado de Derecho efectuada en comunicaciones y actos de protesta organizados a lo largo de todo el país por la Federación Argentina de Colegios de Abogados, bajo el lema “Sin respeto a la Constitución no habrá Justicia, ni Libertad ni Paz Social”, además de las especiales declaraciones de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de Córdoba, de fechas 11 de febrero y 9 de abril de 2002, respectivamente.

XI. EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA N° 1326

Tal como lo indicábamos precedentemente, el Gobierno, cediendo a las presiones de los Bancos, -que incluso habrían sumado a su posición al propio Fondo Monetario Internacional que enviara a una Comisión de Expertos al país³²- dictó este último Decreto

32. V., al respecto el diario *Clarín*, en su edición del 8 de julio de 2002, en su p. 12, donde bajo el título “El Fondo volvió a reclamar que se frenen los amparos”, se anunciaba que el titular del mismo KÖHLER, Horst le

de Necesidad y Urgencia, con fecha 23 de julio de 2002 y publicado al día siguiente, destinado a paralizar por 120 días hábiles el pago de las medidas cautelares en los amparos judiciales.

Este Decreto, en su Considerando expresa entre otros conceptos:

Que la magnitud y el agravamiento de la crisis en el sistema financiero no ha podido ser paliada con las medidas legislativas y administrativas tomadas hasta el presente.

Que subsiste una falta absoluta de crédito interno y externo que paraliza e inmoviliza toda la economía nacional.

Que es conveniente y constituye razón de condicionante para entablar las negociaciones de la deuda externa pública Argentina con acreedores privados y con los Organismos Internacionales, alcanzar un sistema de estabilidad, aunque más no fuere provisional, para posibilitar y mejorar las condiciones del país en su posición negociadora con los acreedores externo.

Que es necesario un tiempo mínimo y razonable de tregua procesal para proponer a la Nación Argentina las medidas reales y posibles en efectividad y eficacia para el reordenamiento de su sistema financiero bancario y crediticio.

Que la continuidad de las extracciones de fondos y reservas, aunque satisfagan el interés individual, produce en el presente una lesión grave e irreparable al interés común prevaleciente y superior de todos los sectores sociales y económicos de la Nación.

Que las situaciones de urgencia y extrema necesidad social calificadas como excepciones pueden atenderse en instancia administrativa con celeridad en lo inmediato, y con gratuidad en la tramitación.

Que la medida que se dispone impone sólo una suspensión temporaria, sin afectar los derechos patrimoniales de los ahorristas, y únicamente significa prorrogar con un alcance procesal el tiempo de ejecución de las sentencias que recaigan en los procesos judiciales.

Que el instituto procesal de la suspensión temporal de la ejecución de las sentencias tiene arraigo legal y jurisprudencial en nuestro derecho y no afecta la división de poderes ni la plenitud del ejercicio de las atribuciones judiciales para resolver las causas sujetas a conocimiento de los jueces, con la única limitación administrativa del tiempo de ejecución, y ello por razones absolutas de oportunidad, mérito y conveniencia.

habría planteado el tema al Presidente del Banco Central, Aldo Pignarelli, en una reunión celebrada ese fin de semana en Basilea, Suiza. Asimismo en dicha edición, en la p. 13 se hacía referencia a la llegada al país de una comisión de *notables*, designada por el Fondo y compuesta por importantes banqueros, que tendrían poder de decisión para el acuerdo que se busca con dicha institución. Dicha comisión fue integrada por altos ex funcionarios de Bancos de Suiza, Alemania, Canadá y España que habrían aconsejado a nuestro gobierno una salida dura para el corralito, según lo destaca en primera página *La Voz del Interior* de Córdoba, del 23 de julio de 2003, fecha en que se firmó el Decreto de Necesidad y Urgencia que comentamos. Dicha *salida* consistiría -según lo indica esta publicación- en convertir en compulsiva la oferta de bonos, además de frenar los amparos. Nosotros no hemos podido constatar si dichos expertos han aconsejado lo que indican estos periódicos, pero si ello fuera así, estamos convencidos que sólo la defensa de muy poderosos intereses les podría haber llevado a sugerir algo así, pues un trascendido de estas características en sus respectivos países de origen, los hubiera cubierto de oprobio por el desprecio del derecho de propiedad, entre otros derechos humanos violados. Adviértase que la prensa internacional, al poco tiempo de conocerse este *corralito*, fue difundiendo un reclamo permanente por la seguridad jurídica y el respeto a los derechos conculcados de los ahorristas argentinos. Asimismo, en algunos centros de estudio, revistas especializadas y organismos internacionales, esta crisis fue especialmente analizada pudiendo conocerse distintas opiniones y artículos al respecto. En particular, nos ha impresionado uno de ellos publicado sobre el *corralito* por HANKE, Steve H. Profesor de Economía Aplicada de la John Hopkins University, en Baltimore, Maryland, Estados Unidos, el 4 de marzo pasado, que se titula: "Legalized theft: Argentina's rulers cannot resurrect an economy by ignoring the rule of law and plundering private property", o sea "Robo legalizado: los gobernantes argentinos no pueden resucitar la economía ignorando el estado de derecho y saqueando la propiedad privada". (V., www.cato.org y también la Revista *Forbes Magazine*).

Que ante las condiciones de excepcionalidad que impone la emergencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido la constitucionalidad de leyes que suspenden temporalmente los efectos de las sentencias firmes, siempre que no se altere la sustancia de estas, a fin de proteger el interés público, en presencia de graves perturbaciones (de la doctrina citada en el caso *Videla Cuello v. Provincia de La Rioja*, Fallos 313:1651)".

Transcribimos seguidamente la parte dispositiva del Decreto, que ordena:

Artículo 1. Suspéndase por el plazo de ciento veinte (120) días hábiles el cumplimiento y la ejecución de todas las medidas cautelares y sentencias definitivas dictadas en los procesos judiciales a los que se refiere el Artículo 1º de la Ley Nº 25.587, las que se ejecutarán conforme lo previsto en el presente decreto.

Las resoluciones judiciales que las dispongan deberán ser registradas en las entidades financieras y bancarias en orden cronológico, expidiendo constancia de la toma de razón de la medida o sentencia de que se trate, informando en tal sentido al Juzgado requeriente. Asimismo, las entidades deberán informar semanalmente al Banco Central de la República Argentina de las medidas que registren.

Artículo 2. Las resoluciones judiciales cuya ejecución se suspende por el presente decreto serán cumplimentadas una vez vencido el plazo indicado en el artículo anterior, en el orden de su registración y dentro de los siguientes treinta (30) días hábiles.

Artículo 3. En los casos de excepción previstos en el Artículo 1º de la Ley Nº 25.587, por razones suficientes que pongan en riesgo la vida, la salud o la integridad física de las personas, o cuando la reclamante sea una persona física de setenta y cinco (75) o más años de edad, la ejecución de las medidas cautelares o de las sentencias estimatorias de la pretensión, deberá ser tramitada ante el Banco Central de la República Argentina, que cumplirá los mandatos judiciales con cargo y por cuenta y orden de las entidades financieras obligadas, dentro de los cinco (5) días hábiles de formulado el requerimiento.

Artículo 4. Las personas comprendidas en las excepciones del Artículo 1º de la Ley Nº 25.587 que no hubieren iniciado proceso en sede judicial, podrán optar por requerir la liberación de fondos en sede administrativa, la que deberá ser gestionada por los interesados por ante el Banco Central de la República Argentina, por procedimiento administrativo gratuito, las que serán otorgadas en la estricta medida de las necesidades para las que se ha peticionado su destino. La liberación de los fondos respectivos será resuelta por Banco Central de la República Argentina en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles. En las Provincias en que ello no sea factible la presentación se efectuará ante la Sucursal correspondiente del Banco de la Nación Argentina, que dentro de los DOS (2) días hábiles subsiguientes deberá elevarla a consideración del Banco Central de la República Argentina, que al estimarlo ordenará a la entidad financiera que efectúe el pago que corresponda dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de recibida la comunicación respectiva.

La denegación por parte del Banco Central de la República Argentina será apelable dentro de los cinco (5) días hábiles judiciales, por ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal que corresponda por razón del territorio, la que resolverá en trámite sumarísimo.

El recurso deberá presentarse debidamente fundado y será elevado a la Cámara respectiva dentro de los dos (2) días hábiles de su interposición. En los supuestos en los que se hubiere iniciado demanda en sede judicial que no contaren con resolución cautelar o sentencia definitiva, los interesados también podrán optar por el procedimiento administrativo, previo desistimiento del proceso.

Consideramos groseramente inconstitucional a este Decreto, por los mismos argumentos que utilizamos al calificar de igual modo a los anteriores Decretos de Necesidad y Urgencia 214 y 320 y a la Ley 25.587.

En consecuencia, reiteramos sintéticamente que

- a) Es atentatorio de la división de poderes y del sistema republicano consagrado en los arts. 1 y concordantes de la Constitución Nacional, al invadir competencias propias del Poder Judicial.

b) Es violatorio del art. 43 de la Ley Suprema y de Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, como el Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 25.

c) Desconoce los derechos constitucionales de acceso a la justicia y a la tutela judicial eficaz, al intentar prohibir las medidas cautelares, en violación de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales que reconocen estos derechos y que también integran el bloque de constitucionalidad.

d) En sus arts. 1° y 2° violenta el principio constitucional de la irretroactividad al disponer la aplicación de las normas a las medidas cautelares ya dictadas, que constituyen derechos adquiridos e integran el derecho de propiedad de los demandantes respectivos.

e) En su art. 4° es atentatoria de los principios federales de la Constitución al disponer obligatoriamente la competencia de la Cámara en lo Contencioso Administrativa Federal.

f) Es violatorio del art. 99° inc. 3 de la Constitución Nacional, pues no cumple los requisitos exigidos para los decretos de necesidad y urgencia.

Además no podemos dejar de señalar que este instrumento merece también otras objeciones de carácter procesal y de técnica legislativa, ya que:

a) Son marcadamente arbitrarios las disposiciones que ordenan la intervención del Banco Central por las dificultades incluso operativas que plantea, y

b) Resultan de deficiente técnica legislativa estas modificaciones que disponen cada una distinta y nueva normativa procesal.

Como era de esperar, al escasísimo tiempo de vigencia de este instrumento, cuatro Jueces Federales³³, declararon su inconstitucionalidad. Ello reveló nuevamente por una parte, la insistencia del gobierno en tratar de impedir la defensa de sus derechos por los ahorristas y por otra parte, el accionar independiente del Poder Judicial a través de estos Jueces que han aplicado correctamente la Constitución.

Aquí se observa lo que desde hace tiempo venimos señalando: en este proceso angustiante de sólo siete meses hubo una pseudo estructura jurídica de amplísima extensión, destinada a tratar de justificar medidas que estaban destinadas a cerrar cada vez más el llamado *corralito* en sus sucesivas versiones, con la evidente intención de consumir las lesiones constitucionales y despojos producidos.

33. En las primeras 48 horas de vigencia del Decreto n° 1316, que había comenzado el 24 de julio de 2002, tres Jueces Federales en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal, las Dras. HEILAND, GARCÍA y SARMIENTO y el Dr. RODRÍGUEZ, Juez Federal de Santa Fe, lo declararon inconstitucional. Debe destacarse que en el caso fallado por la Dra. GARCÍA, el planteo fue efectuado por el Defensor del Pueblo de la Nación en defensa del interés colectivo de todos los ahorristas del país. Esta rápida reacción judicial, sobre todo de las Jueces Federales de Buenos Aires, desmintió categóricamente la información que profusamente difundieron algunos medios de prensa como *Clarín* y *La Voz del Interior* en sus ediciones del 25 de julio de 2002, donde se hacía referencia a un adelantamiento de opinión de los magistrados judiciales a favor de la validez del Decreto. En efecto, el diario de Córdoba, en la edición indicada, pp. 5A, decía: "Con el guiño tácito de la Corte Suprema, los 12 jueces federales en lo Contencioso Administrativo analizaron ayer el texto del decreto y aceptaron su validez. *Es jurídicamente válido*, dijo uno de los jueces que intervino en la decisión. Los magistrados resolvieron suspender las medidas en vías de ejecución para *readecuarlas al decreto*. Esto confirma nuestra afirmación sobre la desinformación efectuada en esta materia, al resultar evidente la falta de correspondencia de lo afirmado por dichos medios con lo efectivamente ocurrido en la realidad, además de la confusión que se genera con este tipo de versiones. Por otra parte, al ser consultados sobre dicho Decreto por el *diario La Nación* los Prof. Dres. BADENI, SABSAY y el suscripto, coincidimos en señalar la inconstitucionalidad del mismo, como se observa en la edición del 25 de julio de 2002, p. 2 de la Sección 2, bajo el título "Afirman que el decreto viola la ley" y el subtítulo "Coincidencia en los constitucionalistas".

Asimismo también la prensa difundió que otra de las reacciones judiciales ante el Decreto, fue la denuncia penal que por Abuso de autoridad y Violación de los deberes de funcionario público efectuó el Fiscal Lanusse, Pablo al Presidente Duhalde y sus Ministros por suscribir dicho Decreto.

Este Decreto N° 1316 es una vuelta al ya derogado art. 12° del Decreto N° 214 y por eso también consideramos que debe seguir su misma suerte, pues no impedirá el funcionamiento del Poder Judicial, que por medio de los Jueces Federales especialmente de primera instancia, por un lado permite el ejercicio del amparo y por otro lado, establece cierto control al gobierno por decreto del Poder Ejecutivo, como los aspectos más relevantes de nuestro decadente Estado de Derecho en esta última emergencia.

XII. REFLEXIONES FINALES

1. En el marco teórico que observáramos inicialmente sobre las distintas respuestas a las emergencias en el Estado, debemos concluir en que esta legislación vinculada al *corralito*, en modo alguno puede encuadrarse en la correspondiente al modelo del orden constitucional liberal.

2. Nos parece pertinente citar esta opinión de Bidart Campos, por su aplicación al tema en estudio: "...con las emergencias económicas hay que tomar una precaución inicial, porque generalmente tienen origen -próximo o remoto, mediato o inmediato- en las políticas del Estado. No se desencadenan por arte de magia ni de la naturaleza; tampoco por obra exclusiva de los particulares (a menos que el poder económico haya convertido al gobierno de turno en un rehén que debió adoptar las medidas complacientes para con él)". Y más adelante expresa que "...no es justo ni razonable que la consecuencia para enmendarla y superarla (a la emergencia) se transfiera a los gobernados, que no tuvieron arte ni parte en la equivocación".

Por ende hay que tomar con beneficio de inventario el principio legitimante de las restricciones razonables al ejercicio de los derechos en tiempos de emergencia. Y esto nos hace partir de la presunción de arbitrariedad cuando la limitación al ejercicio de un derecho es muy severa o rigurosa³⁴.

3. En este doloroso proceso debemos destacar especialmente la importancia que alcanzó el amparo, como garantía genérica de los derechos constitucionales consagrados, utilizada masivamente por los ahorristas como su medio más eficiente para enfrentar en los estrados judiciales las dañosas consecuencias de esta emergencia sin precedentes en su magnitud y profundidad³⁵.

34. BIDART CAMPOS, Germán J., "Las reducciones salariales por emergencia económica", *La Ley*, 1998-A, pp. 62 y ss.

35. Según informe publicado por *La Voz del Interior*, en su edición del 25 de julio de 2002, en su pp. 5 A, en el país se habrían presentado aproximadamente 200.000 amparos, de los que en 59.385 casos se habrían ordenado medidas cautelares por parte de los distintos Jueces Federales, o sea en el 19,7% de las acciones iniciadas. A su vez, dichas medidas cautelares fueron: 8.918, de hasta 10.000 pesos; 8827, entre 10.000 y 20.000 pesos; 17.118, entre 20.000 y 50.000 pesos; 11.678, entre 50.000 y 100.000 pesos; 10.712, entre 100.000 y 500.000 pesos; 789, entre 500.000 y 1.000.000 de pesos; 248, entre 1.000.000 y 2.000.000 de pesos; 76, de 2.000.000 a 5.000.000 de pesos y 17 de más de 5.000.000 de pesos.

A su vez, el promedio de pesos por medida cautelar es de 83.145 en el país; de 90.187,3 en la Provincia de Buenos Aires; de 90.717,8 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de 36.191,9 en la Provincia de Córdoba.

Otro dato estadístico indica que de 4.937, 6 millones de pesos salidos del *corralito* por medidas cautelares, 1.596,6 millones correspondieron a la Ciudad de Buenos Aires, 1.366 millones a la Provincia de Buenos Aires, 292,2 millones a la Provincia de Santa Fe y sólo 98,2 millones a la Provincia de Córdoba. Finalmente, otro cuadro indica que las medidas cautelares fueron abonadas en un 18,73 % por el Banco de la Nación; en un 12,14 % por el Bank Boston; en un 11,31 % por el Banco Francés; en un 11,16 % por el Banco Río; en un 8,54 % por el Citibank,

4. Terminamos este trabajo esperando que el Congreso y el Poder Ejecutivo adopten las medidas necesarias para poner fin a este maléfico engendro del *corralito* y que mientras tanto, los distintos Jueces de la Nación sigan adoptando decisiones que impidan la conculcación de los derechos constitucionales afectados, además de las destinadas a profundizar las investigaciones por las responsabilidades pertinentes³⁶.

5. En una frase que pensamos aplicable a la actual hora del país, Séneca decía que “para el navegante que no sabe dónde ir, nunca hay vientos favorables” y por ello, con el compromiso renovado de la lucha por el derecho que reclamaba Von Ihering, insistimos en que el gran norte que debe guiarnos está en el cumplimiento de los fines y normas de la Constitución Nacional.

en un 8,46 % por el Banco Galicia; en un 6,40 % por el HSBC; en un 5,39 % por el Banco de la Provincia de Buenos Aires y en un 2,70 % por el BNL.

De estos datos, que reflejan la extraordinaria diferencia de poder económico existente en el país entre los distritos metropolitanos y el interior del país, además de la concentración en pocos bancos de la mayoría de los depósitos, interesa para nosotros destacar especialmente que la mayor cantidad de medidas cautelares fue dictada en montos de hasta 100.000 pesos.

En efecto, en dicha franja se suman 46.541 medidas, que como se advierte, constituyen casi el 80 % del total dictado y en consecuencia, se confirma un dato sociológico de evidente trascendencia: quienes fueron afectados por el *corralito* pertenecen a la clase económicamente media y media baja de nuestra población, lo que explica también el cambio observado en las movilizaciones populares producidas. Ya sabíamos por otra parte, que los sectores más poderosos habían extraído sus depósitos y los habían llevado al exterior.

Se comprende así cómo se han producido daños incommensurables -especialmente de carácter moral- a millones de argentinos que creyeron en el país y su sistema financiero y bancario.

En cuanto a la importancia del amparo como medio idóneo para defender los derechos individuales conculcados en este proceso, V., la obra *Constitución, emergencia y amparo*, de GIL DOMINGUEZ, Andrés ya citada, pp. 60/66.

Por otra parte, debe valorarse muy especialmente como otro de los grandes aciertos de la reforma constitucional de 1994, el haber constitucionalizado el amparo en el art. 43, pues frente a este accionar del gobierno para impedir la defensa de los derechos por parte de los ahorristas cabe preguntarse qué hubiera pasado si esta garantía sólo hubiese tenido fundamento en la legislación infraconstitucional. Por otra parte, esta cuestión del *corralito* ya está siendo considerada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en virtud de que también el Pacto de San José de Costa Rica tiene rango constitucional, en virtud de la incorporación efectuada en el art. 75 inc. 22 de la Ley Suprema, por la citada reforma.

36. En tal sentido sostiene sobre las responsabilidades ROSATTI, Horacio Daniel: “Que la vigencia del Estado de Derecho reclama -a la par que soluciones concretas para los depositantes- una evaluación jurídico-política de las causas de la emergencia, de modo que se efectivicen las responsabilidades emergentes de todos aquellos que contribuyeron a generarla, mantenerla o agravarla, como también de aquellos que -sin haber participado originariamente en su gestación- se aprovecharon de ella”. (*Revista de Derecho Público* 2002 n° 1, “La emergencia económica”, citada, Actualidad, “Soñar con el dólar, despertar con el peso (corralito, pesificación y después...”, pp. 531)

§ 93. LE FONDAZIONI BANCARIE DERIVANTI DALLE CASSE DI RISPARMIO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

Fabio Roversi-Monaco
Rector de la Universidad de Bologna, Italia

I. PREMESSE STORICHE

1. L'origine

La vicenda delle Fondazioni bancarie in Italia ha origini risalenti, in diretta prosecuzione -con pochissime eccezioni- con quella delle antiche Casse di Risparmio sorte, in Italia, nei primi decenni del secolo XIX:

Il modello di riferimento, proprio dell'Europa centrale (Germania, Austria, Svizzera) e dell'Inghilterra, era caratterizzato dalla funzione di agevolare e raccogliere il risparmio dei ceti medio-piccoli, inserendoli così nell'incipiente processo di sviluppo produttivo, e di sostenere le iniziative locali di questi medesimi ceti, sulla base della concezione del risparmio come *valore-guida*. Tale fenomeno, da un lato, comportò effetti fortemente benefici per strati della popolazione venuti a trovarsi in una situazione di degrado dopo le guerre napoleoniche e la conseguente crisi economica, dall'altro dimostrò una capacità di raccogliere flussi di liquidità non posseduta dalle banche commerciali ma indispensabile per la nascente rivoluzione industriale. Di tale duplice ordine di effetti si trova, ancor oggi, traccia nelle finalità di *utilità sociale* e di *promozione dello sviluppo economico* che l'attuale normativa assegna alle fondazioni bancarie.

In Italia, il fenomeno fu certamente variegato e, in origine, di iniziativa prevalentemente privata. Solo in una minoranza di casi la costituzione delle casse di risparmio è riconducibile ad un'iniziativa mista pubblico-privata o all'iniziativa esclusiva di un pubblico potere.

La dottrina non ha mancato di sottolineare come l'attività delle casse di risparmio fosse diversa sia dall'attività bancaria in senso stretto (la prima fondata su capitali raccolti da iniziali sottoscrittori ma soprattutto accresciuti dal pubblico dei depositanti, attraverso depositi minuti e non certo costituiti per fini speculativi; la seconda con una caratterizzazione marcatamente commerciale, nata su iniziativa di singoli o di gruppi ristretti, appartenenti alle classi più elevate, con impieghi decisamente speculativi) sia dall'attività di assistenza e di beneficenza propriamente detta, consistente nella elargizione di beni indirizzata gratuitamente verso i ceti più umili, mentre nel caso delle casse di risparmio la beneficenza consisteva soprattutto nel fatto di intervenire nel credito, favorendo la formazione e la raccolta del piccolo risparmio popolare formando una garanzia che altrimenti non sarebbe stata possibile per la conservazione e la remunerazione di quel risparmio.

In considerazione di tale contesto storico, è stato sottolineato da più parti che il patrimonio accumulato nel corso dei decenni dalle banche pubbliche -e, in occasione della loro trasformazione in società per azioni controllate dalle fondazioni bancarie, attribuito a queste ultime- appartiene moralmente anche se non giuridicamente, alle collettività dei depositanti-risparmiatori e dei beneficiari del credito, prima ancora e più che agli enti esponenziali delle collettività locali; in altri termini, esso appartiene al "pubblico", intesa l'espressione non in senso strettamente giuridico, ma in senso prevalentemente socio economico, come patrimonio della collettività nel suo insigne.

2. La successiva evoluzione

La successiva trasformazione in senso pubblicistico delle casse di risparmio, a partire dalla legislazione dello stato unitario, è stata efficacemente ricostruita dalla dottrina. Basti qui ricordare che -in un contesto di tradizionale diffidenza della cultura istituzionale dominante verso le istituzioni non lucrative sorte in modo spontaneo dalla società o promosse direttamente o indirettamente dagli ambienti ecclesiastici, contesto cui apparteneva anche la riforma crispiana delle Istituzioni di assistenza e beneficenza (IPAB), che aveva assoggettato le cd. opere pie al regime degli enti pubblici -la prima disciplina dello Stato unitario (legge 15 luglio 1888, n. 5546) optava per la qualificazione come *enti morali* delle istituzioni in esame.

Se si confronta la legislazione speciale con il sistema generale disegnato dal codice civile del 1865, tale qualificazione accostava inevitabilmente tali istituzioni (senza, però, necessariamente identificarle) agli enti pubblici. Ciò era confermato dal forte radicamento delle casse di risparmio nella funzione creditizia, funzione sempre più attratta, dopo la crisi di fine ottocento, verso una disciplina di stampo pubblicistico.

Tale tendenza si accrebbe e si confermò nella legislazione degli anni '20/40 del secolo scorso: la legislazione del 1929 per le casse (t.u. 25 aprile 1929, n. 967) e quella degli anni 1936-1938 per le banche realizzarono anche in questo settore una piena presenza pubblica nell'economia, omogeneizzando le diverse e varie realtà che avevano fino ad allora operato nel settore.

Accanto a questa tendenza verso una pubblicizzazione per motivi *storico-politici*, non si è mancato di individuare elementi più sostanziali di *valenza pubblicistica*, che rendono in ogni caso (e in ogni tempo) necessaria una particolare attenzione del legislatore per la materia.

Tra questi elementi, vi è in primo luogo quello secondo cui il patrimonio delle fondazioni costituisce in qualche modo, come si è detto, "un bene comune che nasce dall'apporto di una moltitudine di persone che, nel tempo, con i loro risparmi e/o con la loro attività finanziata dalle casse hanno consentito agli accorti amministratori di accrescerne la consistenza".

Sotto un secondo profilo, è stato affermato che un dato, non trascurabile per le scelte legislative è la imponente massa finanziaria che tali fondazioni si trovano a gestire: ciò fa sì che "ogni intervento economico sia, per sé stesso un fatto sociale, e ogni intervento sociale possa essere un fenomeno economico".

Inoltre, la valenza pubblicistica di tali attività nasce anche dalla necessità di assicurare adeguata protezione agli interessi antagonistici degli utenti e dei consumatori che, pur avendo portata diffusa, si presentano di intensità notevolmente ridotta se confrontati con il potere economico del titolare dell'iniziativa e richiedono una particolare protezione da parte del legislatore.

Quello che è stato definito uno “sdoppiamento tra la valenza pubblicistica e quella privatistica della medesima attività” -e che in tempi passati ha accelerato, se non determinato, l'attrazione della raccolta. del risparmio e dell'esercizio del credito in un apposito ordinamento pubblicistico di settore- ha fatto anche sì che il processo di privatizzazione avviato verso la fine del XX secolo abbia seguito in senso inverso lo stesso percorso, nel senso che non si è avuto un ritorno alla disciplina civilistica *tout court*: il legislatore ha continuato ad assegnare il dovuto rilievo agli aspetti che sono propri delle attività destinate a soddisfare peculiari interessi collettivi, pur ritenendoli compatibili con l'abbandono del regime pubblicistico in favore di una disciplina di diritto privato.

3. La trasformazione

Il processo ora menzionato è stato avviato sotto la spinta decisiva della Comunità Europea negli anni '80, al fine di attuare una forte liberalizzazione e privatizzazione dell'economia, contraria ad ogni forma di aiuti di Stato e volta a privilegiare un regime di piena concorrenza tra le imprese.

Esso è sfociato, con una progressiva evoluzione del modello iniziale, prima nella cd. “legge Amato-Carli” del 30 luglio 1990, n. 218 e nel decreto legislativo n. 356 del 20 novembre 1990 e, successivamente, nella cd. *legge Ciampi* n. 461 del 23 novembre 1998 e nel decreto legislativo n. 153 del 17 maggio 1999. Su tale impianto legislativo, relativamente recente se si considerano le origini storiche delle fondazioni, si inserisce l'articolo 11 della legge finanziaria n. 448 del 2001 e si posa, per ora, il suggello della norma interpretativa di cui all'articolo 5 della legge n. 112 del 2002.

Non è questa la sede per un'analisi dettagliata di tale complesso intervento, anche perché delle specifiche norme di cui lo schema di regolamento in esame costituisce attuazione si dirà nel corso dell'articolato, alla parte III del parere.

Occorre, invece, tener conto delle caratteristiche di fondo della legislazione, delegante e delegata, degli anni '90, in cui si è inserita la legge n. 448 del 2001, per individuare alcuni punti fermi da cui trarre sostegno per l'interpretazione del sistema legislativo vigente cui il regolamento in esame deve dare attuazione.

Tale legislazione ha, innanzitutto, avuto il ruolo, pur non privo di incertezze e contraddizioni, di scindere le fondazioni dalle banche ex pubbliche conferitarie, operando una netta inversione di tendenza rispetto ai decenni precedenti, coerente con la *privatizzazione* dell'intero settore creditizio italiano e di altri ampi settori delle cd. partecipazioni statali.

Di tale tendenza -che, come si è detto, si inserisce in un più vasto processo di privatizzazione- ha dato atto, tra gli altri, l'OCSE, nel Report on Regulatory Reform in Italy del 2001, raccomandando all'Italia di proseguire nella direzione intrapresa e di incrementare gli sforzi in alcuni settori, fra cui anche quello creditizio, ancora in fase di transizione.

Altro dato di fondo è l'evoluzione, nel corso del decennio, del rapporto tra le fondazioni conferenti e le banche conferitrici: nella prima riforma del 1990 il quadro normativo rimaneva legato all'idea che la funzione principale degli enti conferenti fosse quella di amministrare la partecipazione azionaria nella banca conferitaria più che di agire nel campo dell'utilità sociale.

Il rapporto è stato capovolto con la riforma del 1998-1999: con la legge n. 461 del 1998 l'idea portante era che le fondazioni bancarie dovessero trasformarsi in soggetti operanti nel mondo del non profit.

Ciò non ha implicato una scelta verso una tipologia uniforme di fondazione ed è stata, inoltre, consentita una certa vocazione economica (purché nell'ambito degli scopi non di lucro): l'articolo 2, comma 1, del decreto n. 153 -comma non modificato dalla legge n. 448- afferma che le fondazioni possono perseguire anche scopi "di promozione dello sviluppo economico" secondo quanto previsto dai rispettivi statuti, in coerenza con l'originaria natura delle casse di risparmio; inoltre, esse possono realizzare i propri scopi anche in modo imprenditoriale (attraverso imprese "direttamente strumentali ai fini statutari" ex articolo 3, comma 1, del decreto n. 153, anche in questa parte non modificato dalla legge n. 448).

L'assetto legislativo alla fine del XX secolo non era, tuttavia, del tutto privo di incertezze e lasciava spazio a talune ambiguità, quali il mantenimento di un legame istituzionale ancora saldo con le società bancarie conferitarie (ancorché progressivamente allentatosi); il mantenimento, attraverso accordi strategici tra fondazioni, di un controllo di fatto su alcuni grandi gruppi creditizi; l'impiego dei proventi patrimoniali a scopi di pubblica utilità, che dava luogo, da una parte, a fenomeni di dispersione, con erogazioni *a pioggia* di importi modesti e, dall'altra, alla concentrazione delle erogazioni e degli interventi in alcune aree del Paese.

A correggere alcuni di questi inconvenienti mira, come si è visto, l'articolo 11 della legge finanziaria 2001 n. 448, ad esempio, introducendo un sistema di programmazione triennale dell'attività, disciplinando espressamente il controllo da parte di più fondazioni, favorendo la concentrazione degli interventi nei settori ammessi, allentando il legame fondazioni-banche con un più rigoroso regime di incompatibilità e tramite l'affidamento delle partecipazioni a società di gestione del risparmio scelte con procedura competitiva.

La legge n. 448 ha senz'altro inciso, a volte profondamente, sul regime delle fondazioni e forse anche su alcuni aspetti della loro natura; essa, però, non ha abrogato il regime preesistente, sostituendolo con uno del tutto nuovo e diverso, come pure sarebbe stato possibile. Come si è già osservato, l'articolo 11 della legge n. 448 ha operato con la tecnica della novella, incidendo direttamente sul decreto legislativo n. 153, apportandovi modifiche parziali, seppure significative.

Quanto ai contenuti dell'intervento, appare in particolare mantenuta l'opzione legislativa generale della appartenenza della materia al diritto privato, ancorché *speciale*, non al diritto pubblico. Tale opzione si rinviene espressamente, innanzitutto, nella rubrica dell'articolo 2 della legge di delega n. 461 del 1998, che recita: "*régime civilistico degli enti*", e poi nello stesso articolo 2, comma 1, lett. 1), della legge n. 461 e nell'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo n. 153 del 1999, ove si afferma il principio secondo cui le fondazioni sono "*persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale*", e si rinviene in varie altre norme del decreto legislativo n. 153 lasciate immutate dalla legge n. 448 (ad esempio, l'articolo 3, comma 4 e l'articolo 4, comma 1, lett. d)). La scelta del legislatore del 2001, che costituisce un importante punto di riferimento interpretativo per tutta la disciplina della materia, a livello non solo legislativo ma anche regolamentare, trova conferma anche nei lavori preparatori dell'articolo 11, dove è emersa espressamente la volontà di non intervenire su tale principio.

La *piena autonomia statutaria* delle fondazioni é stata, infine, ribadita anche dalla recente legge n. 112 del 15 giugno 2002, di conversione del decreto legge n. 63 del 2002, che all'articolo 5 ha affermato trattarsi di un *regime giuridico privatistico*, “speciale rispetto a quello delle a tre fondazioni, in quanto ordinato per legge” in funzione di una serie di profili specificati dalla stessa legge (tra cui la particolare operatività, la struttura organizzativa, lo specifico regime di professionalità e di incompatibilità, i criteri obbligatori di gestione del patrimonio, etc.).

È stata, quindi, confermata anche dal legislatore più recente quella *scelta di campo* nei confronti del diritto privato, pur senza trascurare gli elementi di interesse pubblico e sociale prima descritti.

4. Sintesi

In sintesi, gli elementi interpretativi ricavabili dalla rassegna sin qui compiuta possono essere così tratteggiati:

-nascita ad iniziativa prevalentemente privata delle casse di risparmio e loro importante ruolo sociale nella prima metà del XIX secolo;

-progressiva pubblicizzazione di tali soggetti, sia per motivi storico-politici che per motivi sostanziali, in presenza di rilevanti profili di interesse pubblico (questi ultimi non trascurati neppure durante il successivo processo di privatizzazione);

-ruolo propulsivo della Comunità Europea che, negli anni '80, ha spinto verso politiche sia di privatizzazione che di liberalizzazione;

-articolato processo di “ritorno al privato” negli anni '90, con la trasformazione di casse di risparmio e istituti di credito in fondazioni bancarie di diritto privato e l'introduzione del principio del distacco tra banche e fondazioni, anche se con un sistema non esente da limiti e incertezze;

-conferma del regime giuridico privatistico con le ulteriori riforme dei primi anni del XXI secolo, pur senza trascurare gli indubbi profili di rilievo generale della materia.

Sul descritto impianto legislativo di stampo privatistico si è poi inserito fornendo rilevanti elementi interpretativi, l'articolo 118, ultimo comma, della Costituzione, nel testo novellato dalla legge costituzionale n.3 del 2001, che ha introdotto nel nostro ordinamento il cd. principio di “*sussidiarietà orizzontale*” affermando che “Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà”.

II. UNA STORIA LUNGA E GLORIOSA

La descrizione temporale dell'attuale sistema delle Fondazioni bancarie derivanti dalla trasformazione delle Casse di Risparmio, ora effettuata richiede una bave analisi teorica volta a ricostruire sinteticamente la complessiva vicenda di queste istituzioni, caratterizzate da una lunga storia, spesso gloriosa, e dalla peculiarità della loro natura. Occorre, come si è visto, partire da lontano, per collegarsi alla prima metà dell'Ottocento, fase storica nella quale, a fronte delle crescenti esigenze della società, sorsero numerosi

soggetti spinti dall'intento di operare per finalità altruistiche nell'ambito di settori che per tradizione gli Stati continentali e le loro strutture pubbliche non ritenevano di loro pertinenza.

Si svilupparono in quegli anni, come rilevato più sopra, numerose iniziative, definibili privatistiche con riferimento alla natura dei promotori, ma sostanzialmente altruistiche nel senso che miravano a soddisfare finalità collettive nell'ambito della scuola, dell'educazione; dell'assistenza, delle cure sanitarie e dei servizi in genere. Queste iniziative non possono essere condotte a unità, ma certamente le esigenze cui intendevano corrispondere possono considerarsi espressione della comune volontà di molti di contribuire allo sviluppo della società facendo fronte, in assenza dell'intervento degli Stati, a esigenze nuove e nell'intento di migliorare le condizioni di vita dei cittadini più deboli. Le Casse di Risparmio, che appartengono a questo filone di sviluppo della società italiana, cominciarono a intervenire nel settore del credito, senza porsi scopi lucrativi e in odio a ogni forma di usura.

Le tipologie furono fin dall'inizio differenti, pur nell'unità degli intenti ultimi, nel senso che in alcuni casi furono gruppi di cittadini a impegnarsi a vantaggio della loro collettività di riferimento, dando luogo ad associazioni, in altri casi furono enti locali a costituire istituzioni di tipo diverso.

Nel corso dei decenni la situazione ebbe a mutare. Trattando l'argomento con grande semplificazione può osservarsi che, nel momento in cui lo Stato divenne Stato unitario ed emerse l'esigenza, di matrice francese, per un forte accentramento statale, cominciò a farsi strada la diversa idea che lo Stato dovesse assumere via via, in prima persona o attraverso le sue articolazioni, una serie di compiti che, in quanto indirizzati al soddisfacimento di riconosciute esigenze della collettività, diventavano di interesse collettivo e, quindi, pubblici.

In definitiva lo Stato, non più governato da una sola classe sociale ormai Stato pluriclasse, con l'avvento al potere di ceti diversi da quelli che erano stati i soli dominanti, ebbe a individuare in misura crescente come compiti pubblici e dunque statali, quei compiti nuovi volti a migliorare le condizioni di vita dei cittadini e a elevarne lo sviluppo.

In conseguenza di ciò le Casse di Risparmio, Associazioni o Istituzioni chiamate a realizzare una struttura bancaria volta a erogare il credito soprattutto a piccoli artigiani, agricoltori, commercianti a condizioni di favore nonché allo scopo di incentivare il risparmio considerato in sé e per sé come un valore, vennero trasformate in strutture pubbliche rilevanti per l'economia locale, sottoposte all'indirizzo e al controllo dello Stato.

Una sorta di sopraffazione, sancita via via legislativamente e amministrativamente (a tacere dei controlli sull'attività bancaria, il presidente e il vicepresidente venivano nominati dal Ministero del Tesoro e sulla nomina del direttore doveva esserci il gradimento di Banco d'Italia) che, senza per la verità modificare l'assetto istituzionale fondamentale delle Casse di Risparmio, le sottopose allo Stato come Enti pubblici economici aventi una duplice natura; imprenditoriale, in quanto Banche, e, nello stesso tempo, erogativa.

III. L'INVERSIONE DI TENDENZA VERSO LA PRIVATIZZAZIONE

Ora si assiste a una sorta di inversione di tendenza in quanto l'attività bancaria è stata scissa dall'attività erogativa costituendosi separatamente la Società per Azioni-Banca e la Fondazione detentrici delle partecipazioni nella Banca. Le Fondazioni bancarie, che sono fondazioni di diritto privato a ogni effetto, per esplicita volontà del legislatore e per atto ricognitivo e costitutivo del Ministero del Tesoro, sembrano rappresentare una categoria a sé stante nel panorama delle istituzioni italiane.

Concepite dalla Legge Ciampi come fondazioni di diritto privato, faticosamente istituite come tali dalle Casse di Risparmio e dalle Banche del Monte nel corso di qualche anno, a seguito di un procedimento sul quale non può che esprimersi una valutazione positiva -poiché le banche da cui hanno tratto origine le fondazioni hanno saputo adeguarsi a un cambiamento sostanziale in un tempo definibile come congruo in assoluto, ma certamente brevissimo per il sistema amministrativo italiano, ingessato e conservatore- le Fondazioni bancarie sono state oggetto come si è già detto di un intervento, molto incisivo e in più direzioni, del Ministero del Tesoro al momento dell'approvazione della Legge finanziaria.

È sembrato a molti, e sembra tuttora a alcuni, che con la Legge finanziaria si sia voluto incidere, modificandone il regime giuridico, sulla natura stessa delle Fondazioni bancarie: in particolare, creando le premesse per riaffermarne, in piena contraddizione con l'indirizzo legislativo dell'ultimo decennio, la natura e la vocazione pubblica.

Il dibattito che ne è seguito, e che è stato caratterizzato da prese di posizione disparate, spesso ispirate a motivazioni puramente politiche, è stato via via alimentato da numerosi interventi, anche di particolare rilievo sotto il profilo istituzionale, e dalla presentazione di una bozza di regolamento di attuazione -sulla quale il Consiglio di Stato ha espresso il proprio parere cui ha fatto seguito una proposta definitiva adottata all'inizio di agosto dal governo- ora sottoposta al controllo della Corte dei Conti.

Un lungo e controverso procedimento, dunque, che ha trovato divisioni all'interno di forze politiche, sia di maggioranza sia di opposizione; che ha visto un forte coinvolgimento delle Regioni; che è stato segnato principalmente da due problematiche: la prima relativa all'inopportunità di dare eccessivo spazio agli Enti locali e attraverso di essi alle forze politiche nella nomina dei componenti l'organo di indirizzo; la seconda, quella di non vulnerare l'autonomia privata, gestionale e di governo, delle fondazioni, già comprese nella loro operatività da una serie di prescrizioni legislative, regolamentari e amministrative, che conservano al Ministero del Tesoro e alla Banca d'Italia un forte potere di controllo nell'assunzione delle principali decisioni riguardanti l'attività degli enti.

C'è da domandarsi perché questa *privatizzazione* sia stata così difficile e si può rispondere a questa giusta domanda; sottolineando che la soluzione tipica delle privatizzazioni in senso sostanziale, quella cioè di collocare sul mercato le partecipazioni, trasferendo ad altri la proprietà degli enti creditizi, non ha avuto seguito nelle fondazioni. In esse, in conseguenza di oggettive condizioni di mercato, quando si è cercato di separare l'azienda bancaria dall'ente conferente -al quale appartenevano le relative partecipazioni - si sono incontrate gravi difficoltà: oggettive, poiché non era possibile immettere sul mercato pacchetti azionari di grande rilevanza in un breve arco di tempo, senza penalizzare il soggetto alienante, vale a dire le fondazioni; di carattere soggettivo, poiché c'è stata molta riluttanza da parte dei vertici delle fondazioni a mettere a rischio la loro possibilità di conservare cariche presso le banche, ovvero di conservare il potere di nominare amministratori presso le medesime, specie quando si trattava di banche di importanza nazionale.

C'è da dire che la legge Ciampi ha operato opportunamente e con equilibrio proprio per risolvere questo tipo di problemi, vale a dire assegnando una missione alle fondazioni, che hanno assunto la veste di enti privati, ma con finalità di interesse collettivo e imponendo, in tempi che possono definirsi sufficientemente rapidi, la dismissione delle partecipazioni fino portarle a scendere al di sotto della partecipazione di controllo, intesa udendo il concetto in senso lato.

Nello spirito della legge Ciampi le fondazioni bancarie dovevano essere considerate alla stregua di tante altre fondazioni italiane e straniere, di origine non bancaria. In questo contesto, tuttavia, va considerato che forse non si è voluto arrivare fino in fondo, poiché, come è stato rilevato da Fabio Merusi, neppure la legge Ciampi dice che alle fondazioni, pur privatizzate, si applicano integralmente le sole regole del Codice Civile; anzi, esse sono sottoposte a una serie di poteri del Ministero del Tesoro in attesa dell'istituzione di una 'authority' che si occupi di questi particolari soggetti non lucrativi e comunque in attesa di una nuova normativa che modificando il libro I del Codice Civile, definisca le norme applicabili a tutte le fondazioni.

Inoltre è stata individuata una serie di settori di intervento che comuna que definiscono in modo limitativo i campi di attività specifici delle fondazioni, il che appare in contrasto con la loro asserita piena autonomia gestionale.

Queste sono alcune delle carenze e delle incongruità -peraltro non decisive- che si sono concretizzate, anche in conseguenza di un'azione di governo non sempre rispettosa di principi sanciti dalla legge Ciampi.

In realtà, avevo cominciato il precedente ministro Vincenzo Visco a formulare direttive gravemente limitative dell'autonomia delle fondazioni, scatenando una serie di ricorsi sui quali si è pronunciato, sia pure parzialmente, il TAR del Lazio, che, con una articolata ordinanza, ha in sostanza rinviato il tutto alla Corte Costituzionale.

Su tale quesito dovrà pronunciarsi la Corte, ma, come si è detto, il Ministro del Tesoro è intervenuto sulla materia, adottando una prima ipotesi di regolamento attuativo della legge finanziaria, che, per più profili, è sembrato ulteriormente limitativo dell'autonomia privata delle fondazioni, in quanto volto soprattutto a enfatizzarne il ruolo pubblico. Questo è tanto vero che si è subito manifestata una corrente di pensiero volta ad affermare la perdurante natura pubblica dalle fondazioni bancarie.

Va altresì detto, tuttavia, che nell'ultima e definitiva versione della proposta di regolamento approvata dal Governo, che ha recepito le indicazioni del Consiglio di Stato accettate dal Ministero del Tesoro, vengono chiariti alcuni profili a favore dell'autonomia delle fondazioni bancarie e vengono inserite disposizioni, come quelle sulla incompatibilità che appaiono eticamente condivisibili, e che mirano a eliminare alla radice le frequenti situazioni di conflitto di interessi non compiutamente definite nel contesto della normativa precedente.

C'è di più. Proprio perché ha contribuito a meglio definire e attuare nelle Casse di Risparmio la netta separazione fra azienda bancaria e Fondazione, la legge Tremonti e forse la bozza del successivo regolamento hanno contribuito in modo determinante alla pronuncia della Commissione europea che con determinazione del 23 agosto 2002 ha sancito che talune misure fiscali introdotte dall'Italia nel 1998 e nel 1999 a favore delle Fondazioni bancarie non sono soggette alle regole comunitarie in materia di aiuti allo Stato. A giudizio della Commissione, infatti, l'attività di gestione del proprio patrimonio e di utilizzazione dei proventi per le erogazioni di contributi a enti senza scopo di lucro non è un'attività economica. Di conseguenza le fondazioni bancarie non sono qualificabili come imprese ai sensi della normativa comunitaria.

Si tratta di una decisione ben diversa rispetto alla decisione del dicembre 2001 con la quale la Commissione aveva stabilito che altre agevolazioni fiscali a favore delle banche italiane, concesse con la medesima legge, erano illegali e ne aveva disposto il rimborso. E va rilevato che è stato possibile giungere a questa conclusione, a parere della Commissione, anche in seguito al rafforzamento della separazione tra banche e fondazioni, sancito dall'articolo 11 della legge 2001, nr. 448. La nuova normativa, infatti, vieta il controllo congiunto di azierde bancarie da parte di più fondazioni e rende più severe le norme in materia di incompatibilità di incarichi e ciò consente di escludere l'esercizio dell'attività bancaria da parte delle fondazioni per il tramite delle banche controllate.

IV. LA COMPETENZA DELLE REGIONI

Il quadro attuale non sarebbe completo se non ci si soffermasse più a lungo sulla modifica del titolo V e sulla attribuzione alle Regioni di una competenza concorrente in materia di Casse di Risparmio.

E da verificare se questa innovazione possa incidere in qualche misura sul problema delle fondazioni bancarie.

Esiste una prima ipotesi di soluzione contenuta, nella lettera 'L' del secondo comma dell'art. 117 della Costituzione ora modificato. Se le fondazioni, come ha affermato la legge Ciampi, sono veramente fondazioni di diritto privato perché il legislatore le ha trasformate, la competenza regionale sarà inesistente perché la norma sopracitata prevede tra le varie materie che sono attribuite all'esclusiva competenza statale l'ordinamento civile, cioè i rapporti interprivati e la disciplina delle persone giuridiche di diritto privato.

Però questa può essere la piena soluzione da accogliere se le fondazioni risultano privatizzate effettivamente, a ogni effetto, per l'interprete e per gli operatori del diritto, in quanto se la Corte Costituzionale -di cui si attende la pronuncia- dovesse invece affermare che il legislatore, al di là del nome, non ne ha conservato la natura pubblicistica, si porrà certamente il problema di un possibile intervento legislativo regionale. Le Regioni, infatti, potrebbero intervenire sulle fondazioni con leggi ad hoc per disciplinarle a seconda delle attività che esse svolgono, in quanto enti pubblici di interesse locale che svolgono attività di interesse collettivo per lo più rientranti nelle materie attribuite alla competenza regionale residuale.

E evidente, al contrario, che se anche la Corte Costituzionale riconoscesse la personalità giuridica privata, gli enti conferenti, ora fondazioni in senso proprio, saranno sottoposti interamente al regime privatistico e alle stesse non potrà che essere riconosciuta quella piena autonomia che caratterizza gli enti privati.

Se si volessero trarre delle conclusioni dalla complessiva vicenda delle Fondazioni bancarie, potrebbe dirsi che la legge più recente e i provvedimenti di essa attuativi, pur incidendo in modo significativo su alcuni profili del regime giuridico delle stesse, non hanno affatto abrogato il sistema precedente.

Ciò nel senso che è stata in definitiva confermata l'essenziale sottoposizione al diritto privato, e non al diritto pubblico, delle fondazioni, che discende in modo esplicito dalla legge nr. 461/1998, all'art. 2, e che viene confermata sia nel decreto delegato nr.

153/1999, sia nella stessa legge finanziaria nr. 448/2001, che nell'art. 11 evidenzia con chiarezza la volontà del legislatore di non intervenire su questo principio. Possono tratteggiarsi aspetti peculiari di questa categoria di fondazioni rispetto a quelle istituite in base alle disposizioni del Codice Civile, ma certamente non tali da vulnerare il principio dell'appartenenza di questi enti alla materia dell'ordinamento civile.

Tutto ciò è rilevante anche e particolarmente alla luce delle modifiche apportate al titolo V della Costituzione, che amplia il novero delle materie assegnate alla competenza concorrente delle Regioni e prevede una competenza legislativa residuale piena delle s'sse in tutte le materie non enumerate, che delinea significative aperture per le funzioni legislative regionali in materia di credito, ma che non tocca e non potrebbe toccare le fondazioni, a loro volta ulteriormente protette, principalmente per quanto riguarda quelle a base associativa, dalla nuova dizione dell'art. 118, ultimo comma, della Costituzione, ove, in ossequio al cosiddetto principio di sussidiarietà orizzontale, si statuisce che: "Le Regioni, città metropolitane, province e comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà".

V. DUE DIVERSE TIPOLOGIE

Nel contesto più ampio delle Fondazioni bancarie, in effetti, si debbono distinguere due tipologie. La prima è quella delle fondazioni a base associativa; la seconda è quella delle fondazioni di natura istituzionale. Questa distinzione è sempre esistita fra le Casse di Risparmio, ma mentre per il passato atteneva fundamentalmente al momento genetico, vale a dire, alla fase costitutiva dell'originaria Cassa di Risparmio, ora è una distinzione che comporta alcune conseguenze non irrilevanti sul piano della disciplina organizzativa delle singole fondazioni.

In effetti, nelle fondazioni istituzionali, gli Enti locali territoriali (originariamente Comuni e Province, poi anche le Regioni) erano e sono presenti in modo del tutto prevalente negli organi di governo (il Consiglio di amministrazione per il passato, l'Organo di indirizzo attualmente). Mentre nelle fondazioni a base associativa, esiste un organo, vale a dire l'assemblea dei soci, istituita dagli originari fondatori delle Casse di Risparmio e via via autoalimentata e per cooptazione, che ha sempre avuto il potere di nominare gli amministratori e i sindaci. La Legge finanziaria non elimina, anzi, enfatizza questa distinzione, mantenendo all'assemblea il potere di nominare il 50% dei componenti il Collegio di indirizzo nelle fondazioni a base associativa.

La questione non è né teorica, né fine a sé stessa. Il fatto è che nelle fondazioni a base associativa è sempre rappresentata la cosiddetta società civile, pienamente espressiva dell'origine, della storia e della disciplina fondamentale delle fondazioni a base associativa. Il rispetto doveroso di questa presenza della società civile, che almeno inizialmente la nuova normativa sembrava sminuire, è diventato per molti l'elemento principale di valutazione della riforma apportata dalla Legge finanziaria. Può essere, infatti, che non tutte le componenti della società siano presenti nelle assemblee delle fondazioni, ma non vi è dubbio che, pure nella varietà dei singoli statuti, la società sia ampiamente rappresentata in esse, soprattutto per quanto attiene alle; categorie professionali, alle università e accademie, alle associazioni economiche e così via.

E, in effetti, prima la Legge finanziaria, poi lo schema definitivo di regolamento conservano le assemblee, nelle quali le originarie Casse di Risparmio e ora le fondazioni, hanno sempre trovato il principale punto di riferimento, la cui forza è basata su un presupposto originario e perdurante di natura inequivocabile: dalla società civile queste fondazioni sono state costituite; con essa hanno saputo esistere e svilupparsi attraverso gli amministratori che ne sono stati di volta in volta espressione; per essa hanno saputo operare in assoluta autonomia, senza nessun onere per lo Stato, a vantaggio del proprio territorio di riferimento e della nazione.

§ 94. DECRETO CON FUERZA DE LEY DE EMPRESAS DE SEGUROS Y REASEGUROS

Carlos Eduardo Acedo Sucre
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello,
Venezuela

I. ANTECEDENTES

La vieja Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, que fue publicada el 23 de diciembre de 1994 y reimpressa el 8 de marzo de 1995, fue el producto de reformar y reimprimir en un solo texto el decreto-ley publicado el 22 de mayo de 1975 y reimpresso el 8 de agosto de 1975. En su versión reformada, se trató de una ley propiamente dicha, por oposición a un decreto-ley.

Según el número 1 del artículo 187 y el número 32 del artículo 156 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el tema del seguro cae dentro de la reserva legal.

De conformidad con el número 1 del artículo 187, el número 32 del artículo 156 y el tercer aparte del artículo 203 de la misma Constitución, el Poder Ejecutivo puede ser habilitado por el Poder Legislativo para dictar decretos con fuerza de ley o decretos-leyes.

Con base sobre lo anterior, fue promulgada la Ley que Autoriza al Presidente de la República para Dictar Decretos con Fuerza de Ley en las Materias que se Delegan, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.076 del 13 de noviembre de 2000.

Los trabajos preparatorios de los decretos-leyes sobre seguros, preparados durante la vigencia de dicha Ley Habilitante, tuvieron una serie de errores, muchos de los cuales fueron corregidos.

A título ilustrativo, señalamos que, en los artículos 228 y 251 del primer anteproyecto entregado por la Superintendencia de Seguros al Consejo Nacional de Seguros, en febrero de 2001, se había establecido que la póliza de seguros tendría el carácter de título ejecutivo, y, al ser presentada en juicio, aparejaría embargo contra la aseguradora demandada. Lo anterior era absurdo, por cuanto las pólizas de seguros no podrían constituir títulos ejecutivos, en un procedimiento incoado contra una aseguradora, ni tendrían por qué aparejar embargo. En efecto, los títulos ejecutivos son aquellos instrumentos públicos o privados auténticos que prueban “clara y ciertamente la obligación del demandado de pagar alguna cantidad líquida con plazo cumplido” (artículo 630 del Código de Procedimiento Civil).

Pues bien, las pólizas sólo prueban clara y ciertamente la obligación de los tomadores de pagar la prima, que es una suma líquida con plazo vencido; las pólizas no prueban la obligación de las compañías de seguros de pagar una suma líquida con plazo vencido, ya que, para exigir el pago a la aseguradora, es necesario establecer que se produjo un

siniestro, cuantificarlo, conocer sus causas, determinar qué está cubierto, constatar que no se aplica ninguna exclusión y fijar el monto de la indemnización, dependiendo de las circunstancias de cada caso concreto y del articulado de la póliza. En realidad, la póliza sólo demuestra cuáles son los riesgos asumidos por la compañía de seguros, el lapso durante el cual dicha compañía asume tales riesgos y los límites de la cobertura. El siniestro y los daños sufridos por el asegurado deberán ser probados en juicio (artículos 1354 del Código Civil, 506 del Código de Procedimiento Civil). De modo que el embargo al que se referían dichos artículos tendría forzosamente que ser una medida en contra del tomador, y no en contra de la aseguradora. La Superintendencia de Seguros acogió este planteamiento, formulado por el autor del presente trabajo, como socio de Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía., abogados de la Cámara de Aseguradores.

El segundo anteproyecto entregado por la Superintendencia de Seguros al Consejo Nacional de Seguros, en marzo de 2001, también contenía una serie de errores, muchos de los cuales fueron igualmente corregidos:

Primer ejemplo: el artículo 95 del segundo anteproyecto permitía que los asegurados obtuviesen embargos contra las aseguradoras en relación con las reservas. Al respecto, planteamos a la Superintendencia que sería conveniente distinguir los embargos preventivos de los embargos ejecutivos. En efecto, los embargos ejecutivos presuponen que ya se obtuvo una sentencia definitiva. En cambio, los embargos preventivos son una mera medida cautelar, es decir, previa a cualquier sentencia de fondo, que incluso puede ser anterior a la citación de la aseguradora demandada. En consecuencia, esta medida sólo puede ser acordada cuando se requiera de *celeridad* (artículo 1097 del Código de Comercio), es decir, cuando el demandante haya presentado “un medio de prueba que constituya presunción grave” de que existe el “riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo” (artículo 585 del Código de Procedimiento Civil). Los citados artículos 1097 y 585, según la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal, coinciden en exigir que la parte actora evidencie que existe el peligro de que la demandada se insolvente (sentencia dictada el 31 de julio de 1997 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en el caso *Electrospace vs. Banco del Orinoco*). De modo que el requisito de procedencia del embargo preventivo es, también, un supuesto de hecho que justifica una actuación inmediata de la Superintendencia de Seguros (medidas preventivas administrativas, intervención, revocatoria o liquidación, según el caso). En consecuencia, estando las aseguradoras controladas por dicha, respecto de las mismas no se deberían plantear embargos preventivos, porque, tal como ha quedado dicho, esta medida cautelar presupone el riesgo de insolvencia de la empresa de seguros de que se trate. Entonces, cuando una aseguradora corre el riesgo de insolventarse, es la propia Superintendencia, en beneficio de todos los tomadores, asegurados y beneficiarios, quien debería actuar, tomando las medidas preventivas administrativas, de intervención, de revocación o de liquidación, según el caso. El peligro de insolvencia no debería dar lugar a que un demandante cualquiera, en beneficio de sus intereses particulares, pudiera hacer practicar un embargo preventivo, y menos sobre las reservas. Conceptualmente, debería descartarse la posibilidad de embargos preventivos contra las aseguradoras, particularmente sobre sus reservas, que, son para todos los tomadores, asegurados y beneficiarios, y no para uno solo de ellos. Nuevamente, hubo receptividad de la Superintendencia, ya que actualmente se permiten únicamente los embargos ejecutivos sobre reservas.

Segundo ejemplo: en el número 10 del artículo 246 del segundo anteproyecto, se establecía que la póliza de seguros debe contener “*las firmas de la empresa de seguros y del tomador del seguro, las cuales se presumen auténticas*” (las cursivas son nuestras). Al respecto, planteamos a la Superintendencia de Seguros que no existe ninguna razón seria por la cual deban presumirse auténticas la firma de la empresa de seguros y la del tomador del seguro. En efecto, la autenticidad de la firma de un documento otorgado ante un funcionario público se obtiene porque tal documento es autorizado por un Registrador, Juez o Notario, quien da fe de que ante él se suscribió el documento y de quién fue la persona que lo suscribió. La autenticidad de la firma de un documento privado simple -como lo sería la póliza-, si fuere el caso, deriva del hecho de que el autor de dicho documento reconozca que es suya la firma que aparece al pie del documento. Esta autenticidad se obtiene cuando, en el curso de un juicio, el documento privado simple se opone a su autor para su reconocimiento y éste lo acepta. También se obtiene tal autenticidad cuando, a pesar de haber sido desconocido el documento, posteriormente se demuestra, mediante la prueba de cotejo, que la firma es auténtica (artículos 444 y 445 del Código de Procedimiento Civil). La referida presunción de autenticidad de las firmas en la póliza originaría que cualquiera de las partes (la empresa de seguros o el tomador), si la firma no es la suya, tendría que ejercer la acción de tacha de falsedad por vía principal o incidental que prevé el artículo 438 del Código de Procedimiento Civil. La Superintendencia acogió este planteamiento y suprimió la disposición criticada.

Tercer ejemplo: las operaciones de fideicomiso son una actividad independiente de la de seguros, pero que no es incompatible con ésta. En virtud de estas operaciones, las aseguradoras cobran una remuneración por actuar como fiduciarias, manteniendo los bienes fideicometidos separados de sus propios bienes, conforme a la ley. Existen variados tipos de fideicomisos, con propósitos que van desde otorgar una garantía (el fideicomiso en garantía está previsto en la exposición de motivos de la Ley de Fideicomisos), hasta salvaguardar el bienestar de los miembros de una familia protegiendo ciertos activos. Sin embargo, en el segundo anteproyecto se partió de la premisa de que los fideicomisos son una actividad que necesariamente está vinculada a la de seguros. En efecto, su artículo 121 disponía que “...Las empresas de seguros podrán actuar como instituciones fiduciarias solamente para el caso de fideicomisos de administración en que se afecten recursos relacionados con el pago de primas, primas de antigüedad, fondos individuales de pensiones, rentas vitalicias, dividendos y sumas aseguradas, así como administración de reservas para fondos de pensiones o jubilaciones...”. Este artículo podría haber coartado innecesariamente a las aseguradoras y traído como consecuencia la eliminación de una actividad útil y potencialmente muy rentable, la cual no ha presentado problemas en cuanto concierne a la mayoría de ellas. Pues bien, la Superintendencia de Seguros, atenta a nuestro planteamiento, eliminó la limitación anterior.

Cuarto ejemplo: los números 5 y 13 del artículo 8 del segundo anteproyecto preveían que la Superintendencia de Seguros convocase y asistiera a las reuniones de junta directiva y de asamblea de accionistas de los entes regulados “cuando lo estime conveniente”. Planteamos a la Superintendencia que esto nos parecía excesivo, pues se invade la esfera de actuación de directores y propietarios de acciones. En efecto, las reuniones de junta directiva están orientadas a la dirección, supervisión y control de la gestión de la empresa por parte de la alta gerencia de la misma, con la colaboración de sus directores externos, y no es sano que el organismo supervisor se inmiscuya en ella, pues esto refleja plena desconfianza por parte de la Superintendencia de Seguros respecto de las decisiones que toma la junta para gerenciar la empresa bajo su cargo. Asimismo, salvo que

exista un problema grave, no se justifica que la Superintendencia de Seguros se entrometa en la relación entre los administradores y los propietarios de las acciones en la asamblea de accionistas. Dicho Despacho nuevamente mostró receptividad, al establecer, más bien, la facultad de la Superintendencia de Seguros de convocar y asistir a tales reuniones (las de junta directiva y asamblea) cuando existan motivos graves que lo justifiquen.

Quinto ejemplo: el número 15 del artículo 8 y el artículo 53 del segundo anteproyecto preveían que la Superintendencia de Seguros autorizase las adquisiciones de acciones de las sociedades reguladas, cuando las acciones adquiridas representasen el 10% o más del capital de éstas. Además, el citado artículo 53 impedía que las instituciones bancarias y financieras comprasen acciones de aseguradoras o reaseguradoras con recursos de depositantes, asegurados o inversionistas. Planteamos a la Superintendencia que dicho porcentaje era demasiado bajo y no justificaba la obtención de tal autorización. En efecto, el 10% de una empresa de seguros o reaseguros es un porcentaje que no da lugar al control de la misma. Adicionalmente, se planteó a la Superintendencia que no se debería coartar las inversiones de las instituciones bancarias y financieras, las cuales obviamente se realizan con los recursos de los depositantes e inversionistas (dichas instituciones, además, no reciben recursos de los asegurados, sino en la medida en que éstos sean depositantes o inversionistas). Se indicó que este tema debería dejarse al legislador bancario, que establece limitaciones en cuanto a las inversiones de la banca; y que coartar la inversión bancaria en el negocio asegurador y viceversa es contrario a las tendencias modernas mundiales, y debilita innecesariamente ambos sectores. Nuevamente, dicho Despacho fue receptivo, ya que el porcentaje aplicable es 20% y, además, desapareció la restricción a las inversiones bancarias.

Sexto ejemplo: el número 23 del artículo 8 del segundo anteproyecto permitía a la Superintendencia de Seguros suspender el pago de dividendos, si apreciara que existen meros *indicios* de que no corresponden a ganancias reales. Alegamos ante la Superintendencia que los *indicios* no deberían bastar para ordenar tal suspensión, susceptible de causar daños a la sociedad de que se trate y a sus accionistas, sobre la base de vagas apreciaciones del funcionario. Nuevamente, dicho Despacho fue receptivo, ya que desapareció la referencia a tales indicios.

Séptimo ejemplo: el número 3 del artículo 70 del segundo anteproyecto prohibía el financiamiento de las primas realizado directa o indirectamente por parte de las aseguradoras. Ahora bien, en cuanto concierne al financiamiento indirecto de las primas por parte de las aseguradoras, explicamos a la Superintendencia, en primer lugar, que la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros entonces vigente preveía la existencia de sociedades financiadoras de primas, y no prohibía que las mismas pertenecieran a las aseguradoras; y en segundo lugar, dicho anteproyecto también prevé la existencia de tales sociedades financiadoras, siendo difícil concebir la existencia de las mismas de manera independiente de las aseguradoras. Se propuso que no se prohibiera, por lo tanto, el financiamiento indirecto de las primas, a través de tales financiadoras, por las aseguradoras, lo que obligaría a éstas a cambiar sus esquemas operativos y su relación con los tomadores de seguros, quienes, en la práctica, se podrían ver privados de financiamiento, en su propio perjuicio y en el del mercado. Una vez más, la Superintendencia se mostró receptiva a este comentario.

Octavo ejemplo: el número 8 del artículo 70 del segundo anteproyecto tenía el inconveniente de que expresaba que las empresas aseguradoras utilizarían los servicios de los productores de seguros para vender pólizas. Indicamos a la Superintendencia de Seguros

ros que esto podía ser inconsistente con la circunstancia de que los productores son personas naturales o jurídicas que intermedian entre las aseguradoras y los tomadores de seguros, debiendo asesorar a estos últimos (artículo 132 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros vigente). Siendo su deber asesorar a los tomadores de seguros, los productores, estrictamente hablando, no prestan servicios a las aseguradoras, sino a sus contrapartes en los contratos de seguros. Evidentemente, que las gestiones de los productores son indispensables para las aseguradoras, pero aquéllos no actúan para éstas, sino que son profesionales que operan en beneficio propio y de los tomadores de seguros, quienes constituyen su cartera de clientes, susceptible de ser vendida. El plantear que los productores prestan un servicio a las aseguradoras (y el decir, como se decía, en el mismo número 8 del artículo 70, que los trabajadores de las aseguradoras prestan el mismo servicio) crearía una situación confusa. En efecto, se produciría la impresión equivocada de que los productores de seguros son equiparables a los empleados de las aseguradoras, quienes no tienen el deber de asesorar a los tomadores de seguros. Los productores no son empleados de las empresas de seguros, las cuales, además, no serían viables económicamente si se les impusiese tal carga laboral, que no es razonable imponerles, puesto que los productores de seguros son empresarios independientes, que usualmente ganan mucho más que cualquier empleado encargado de ventas. La Superintendencia nuevamente fue receptiva. En el mismo orden de ideas y atendiendo a las críticas recibidas, dicho Despacho eliminó el artículo 217 del segundo anteproyecto, según el cual los agentes de seguros podían ser representantes de las aseguradoras. Efectivamente, tales agentes no son representantes de las aseguradoras, sino que son mediadores entre éstas y los tomadores de seguros, a los cuales tienen el deber de asesorar.

Noveno ejemplo: el artículo 82 del segundo anteproyecto preveía que la Superintendencia de Seguros estableciera a su sola discreción la cuantía y forma de la reserva para prestaciones y siniestros pendientes de pago. Planteamos a dicha Superintendencia que esta discrecionalidad se podría prestar para que se cometieran errores, cuyas consecuencias podrían ser graves, y que, por ello, dicha Superintendencia debería cuanto menos oír a las empresas interesadas antes de ejercer dicha atribución. Nuevamente, hubo receptividad de dicho Despacho. Además, el artículo 84 del segundo anteproyecto ordenaba constituir reservas para riesgos catastróficos, no definidos, por el 40% acumulativo de las primas. Al respecto, se planteó a la Superintendencia de Seguros que podía haberse incurrido en un exceso; se indicó que debería estudiarse la conveniencia definir en dicho artículo lo que son los riesgos catastróficos; y se expuso que debería tomarse en cuenta que las empresas de seguros contratan reaseguros de exceso de pérdidas catastróficas para protegerse de estos riesgos, y que las reaseguradoras han de constituir las reservas correspondientes, conforme a sus propias legislaciones. Nuevamente hubo receptividad de dicha Superintendencia, ya que, atendiendo nuestras críticas, estableció cuáles son esos riesgos catastróficos, redujo el referido porcentaje al 30% y aclaró que este porcentaje se aplica a las primas netas de comisión, respecto de los riesgos transcurridos retenidos (o cedidos a reaseguradores no inscritos).

Décimo ejemplo: el artículo 106 del segundo anteproyecto, que mantenía el régimen de ejercicio anual para las aseguradoras (de enero a diciembre) y las reaseguradoras (de julio a junio), preveía, sin embargo, balances y estados financieros semestrales acompañados de los informes de los auditores. Indicamos a la Superintendencia de Seguros que los balances y estados financieros anuales, que corresponden al cierre del ejercicio, son los que deben estar acompañados de los informes de los auditores externos; y es sólo respecto de los balances y estados financieros anuales que se justifica pagar los honorarios y gastos de tales auditores. Nuevamente, hubo receptividad de la Superintendencia.

Asimismo, el artículo 107 del segundo anteproyecto ordenaba que los balances y estados financieros anuales fuesen presentados a la asamblea de accionistas dentro de los 45 días continuos contados a partir del cierre. Planteamos a la misma Superintendencia que este plazo era demasiado corto, pues se requiere que estén auditados. Como consecuencia de la receptividad de dicha Superintendencia, se estableció un plazo de 60 días continuos.

Undécimo ejemplo: el artículo 110 del segundo anteproyecto preveía que la información financiera se rectificase, y eventualmente se publicase nuevamente, en caso de ser objetada por la Superintendencia de Seguros. Se planteó a dicha Superintendencia que se debería tomar en cuenta que el problema detectado, cualquiera que él sea, pudo ya haber sido subsanado, en información financiera divulgada posteriormente (por ejemplo, los balances y estados financieros del ejercicio siguiente pudieran haber corregido tal situación). En este caso, no se justificaría que la Superintendencia pidiera que se rectificase, y eventualmente se publicase nuevamente, la información defectuosa ya corregida, puesto que se trataría de un problema ya superado. Como consecuencia de la receptividad de dicha Superintendencia, se estableció que la rectificación y nueva publicación se aplicaría si se detectara un problema en la última información financiera de la empresa.

Duodécimo ejemplo: en el artículo 146 del segundo anteproyecto se expresaba, entre otras cosas, que *“No podrán ser objeto de cesión aquellos contratos que mantuvieren siniestros pendientes de pago, salvo autorización expresa del asegurado”* (las cursivas son nuestras). Al respecto, planteamos a la Superintendencia de Seguros que, cuando una empresa en dificultades cede su cartera a una empresa sana, los primeros beneficiarios son los contratantes, asegurados y beneficiarios de las pólizas con siniestros, por cuyos derechos debe velar dicha Superintendencia al autorizar la cesión, sin necesidad de que cada uno de ellos dé su consentimiento. La misma Superintendencia acogió dicho planteamiento.

Decimotercer ejemplo: el número 9 del artículo 163 del segundo anteproyecto preveía que la Superintendencia de Seguros revocase a los entes bajo su control la autorización correspondiente, *“cuando lo juzgue conveniente al interés nacional”* (las cursivas son nuestras). Al respecto, planteamos a la Superintendencia de Seguros que el interés nacional no tiene nada que ver con la revocación o no de la autorización de una empresa sujeta a la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros. La interpretación que pueda tener un Superintendente sobre lo que él considera que es el interés nacional no debería ser una causal de revocación, pues, además de que el concepto de interés nacional es etéreo y pertenece más a la esfera de la política que a la del derecho, se trata de algo subjetivo, discrecional, que no debía tener cabida en dicho anteproyecto. La Superintendencia acogió dicho planteamiento.

Decimocuarto ejemplo: los artículos 199 y 226 del segundo anteproyecto preveían la entrega de dinero en efectivo a los productores, quienes podrían poner la nota de cancelado en los recibos de primas, liberando al tomador del seguro de su obligación de pagar la prima. Al respecto, planteamos a la Superintendencia de Seguros que esto sería riesgoso. En efecto, permitir la entrega a los productores de dinero en efectivo es innecesario y crea peligros y tentaciones, que pueden traer como consecuencia que la prima no ingrese en el patrimonio de las aseguradoras. Adicionalmente, en los casos en que no hay ningún manejo incorrecto, se hace correr a las aseguradoras el riesgo de insolvencia de los productores. En consecuencia, se dijo que dicha norma debería ser ajustada, para evitar tales peligros, tentaciones y riesgo de insolvencia. En este sentido, los product-

res deberían recibir únicamente cheques, preferiblemente a nombre de las aseguradoras. La Superintendencia acogió dicho planteamiento, por lo que ahora los productores sólo pueden recibir cheques, así: los agentes y corredores pueden recibir cheques a nombre de las aseguradoras y las sociedades de corretaje pueden recibir cheques a nombre de ellas mismas o de las aseguradoras.

Decimoquinto ejemplo: Los artículos 24, 28, 29, 30 y 31 del segundo anteproyecto preveían que la Superintendencia de Seguros tuviese aportes del Estado y que además se beneficiase de una contribución pagada por los entes bajo su control. Ahora bien, planteamos a dicho Despacho que esta contribución era excesiva, puesto que, respecto de las aseguradoras, representaba entre el 0,20% y el 2% de las primas de seguros (artículo 30), pudiéndose incrementar hasta en un 50% (artículo 31). Se trataría, pues, de hasta el 3% de las primas. También en esto fue receptiva la Superintendencia. En efecto, la contribución ahora es de entre 0,20 y 1,5%.

Decimosexto y último ejemplo: el número 4, letra a, de los artículos 47 y 48, y el número 6 del artículo 219 del segundo anteproyecto, exigían que al menos la mitad de los directores de una compañía aseguradora o reaseguradora, y el presidente y todos los directores de una compañía de corretaje de seguros o reaseguros, fuesen expertos en seguros, en los términos establecidos en cada una de estas normas. Al respecto, se planteó a la Superintendencia que podría existir una inconsistencia entre la norma anterior y la disposición, contenida en el artículo 71 del mismo anteproyecto, según la cual el presidente, todos los directores y empleados de rango ejecutivo de las empresas de seguros y reaseguros, quienes deben ser expertos en las áreas en las que se desempeñen, en los términos establecidos en esta última norma. Además, se planteó a la Superintendencia que no tiene ningún sentido exigir que la totalidad o la mayoría de los directores de una compañía aseguradora o reaseguradora sean expertos en seguros; y tampoco tiene sentido exigirlo respecto de todos los directores de una sociedad de corretaje de seguros o reaseguros. En efecto, basta que algunas de estas personas lo sean, pudiendo las demás tener otros conocimientos, útiles en la administración de la empresa de que se trate. Una junta directiva tan homogénea no es, en absoluto, garantía de una buena administración; por el contrario, los mejores directorios son aquellos que reúnen personas con diferentes experiencias y especialidades, sin que todos o al menos la mitad de ellos tengan una formación similar.

También en esto fue receptiva la Superintendencia. Efectivamente, la exigencia se redujo a un tercio de los directores de las empresas de seguros y reaseguros, y al presidente y la mitad de los directores de las sociedades de corretaje de seguros y reaseguros.

Sin embargo, hubo muchos asuntos en los cuales la Superintendencia de Seguros no acogió las críticas justificadas que le fueron formuladas, con el agravante de que, entre marzo y noviembre de 2001, no circuló ningún proyecto de decreto-ley sobre seguros, a pesar de que, durante estos ocho meses, el Ejecutivo Nacional añadió, a las equivocaciones contenidas en dicho segundo anteproyecto, numerosísimos errores.

Al término del plazo de un año previsto en la Ley Habilitante, fue publicado el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.553 de fecha 12 de noviembre de 2001, y reimpresso en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.561 de fecha 28 de noviembre de 2001.

Este decreto-ley, por una parte, contradice preceptos constitucionales y legales de mayor jerarquía, y, por otra parte, sobrepasa la habilitación prevista en la Ley Habilitante; así que debería ser declarado nulo por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo

de Justicia, ante quien fue impugnado el 8 de mayo de 2002 por el autor del presente trabajo y otros miembros de Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía., en nuestro carácter de apoderados de la Cámara de Aseguradores y de dieciocho aseguradoras.

En términos generales, dicho decreto-ley, de casi trescientos artículos, presenta un carácter marcadamente intervencionista y contiene disposiciones no razonables, normas de difícil entendimiento y reglas que no toman en cuenta elementos regulados en otras leyes, cuyas instituciones llegan a ser desnaturalizadas; todo lo cual genera serios problemas de interpretación, inseguridad jurídica y consecuencias negativas sobre la actividad aseguradora, con el resultado previsible de paralizar iniciativas, disuadir inversionistas potenciales y debilitar a las empresas que operan en el sector, en perjuicio no sólo de éstas, sino también de los asegurados y de la sociedad en su conjunto. En efecto, existe un exceso de minuciosidad en las regulaciones, restricciones innecesarias al desempeño económico y cuestionamientos a operaciones normales y legítimas; se otorgan poderes casi ilimitados en cabeza de la Superintendencia de Seguros, que pueden dar lugar a actuaciones arbitrarias; hay indefinición y desproporción en las sanciones, así como discrecionalidad en su aplicación; se establecen mecanismos no apropiados para solucionar ciertos problemas que se quiere afrontar o que, debiendo ser de excepción, se aplican a problemas que no lo ameritan; existen reglas incompatibles con las realidades económicas y operativas del negocio asegurador; se plantea una intromisión en las relaciones entre las compañías de seguros y sus clientes, así como ciertas personas ajenas a los contratos de seguros; se consagra un rigor extremo y ciertas exigencias que no pueden ser razonablemente satisfechas por los directores y otras personas relacionadas con el área de seguros; se crean controles e imposiciones respecto de actividades distintas de la actividad aseguradora o de personas ajenas a ésta; y se prevé la regulación de materias que deberían ser objeto de una ley propiamente dicha y no de un decreto-ley.

En razón de todo lo anterior, este decreto-ley tiene graves vicios de inconstitucionalidad, que explicaremos en el presente trabajo.

II. INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO

De acuerdo con lo previsto en la Constitución de 1999, mediante la Ley Habilitante de 2000, el Poder Legislativo habilitó al Poder Ejecutivo para dictar decretos-leyes en relación con el tema del seguro, que cae dentro de la reserva legal.

Estando vigente tal habilitación, la Superintendencia de Seguros entregó al Consejo Nacional de Seguros un texto denominado *Anteproyecto de Decreto Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros*. Este primer anteproyecto indica, en el extremo superior derecho de su primera página, que se trata de una versión con la siguiente fecha: "26-12-00". No obstante, fue entregado por la Superintendencia de Seguros al Consejo Nacional de Seguros en febrero de 2001. Además, en el extremo superior derecho de la misma página, se lee que el Primer Anteproyecto es, en realidad, la *Sexta Versión*.

En todo caso, en marzo de 2001, la Superintendencia de Seguros entregó al Consejo Nacional de Seguros un nuevo *Anteproyecto de Decreto Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros*. Nos referimos al anteproyecto en cuya primera página, en su extremo superior izquierdo, aparece la mención de que se trata del *Segundo Anteproyecto*, con la siguiente fecha: 8-3-01.

El Consejo Nacional de Seguros, a su vez, entregó ambos anteproyectos, sucesivamente, a los gremios allí representados, incluyendo a la Cámara de Aseguradores. A partir de entonces, la Superintendencia de Seguros recibió comentarios escritos y organizó una serie de reuniones con miembros del Consejo Nacional de Seguros, a los efectos de analizar el Segundo Anteproyecto antes mencionado.

En dichas reuniones, la Superintendencia de Seguros estuvo representada por la Superintendente, la Superintendente Adjunta y la Consultora Jurídica de dicha Superintendencia, y la Cámara de Aseguradores estuvo representada por varias personas, asistidas por el autor del presente trabajo. Dichas reuniones fueron documentadas en actas, firmadas por los asistentes, la primera de las cuales corresponde a la reunión de fecha 21 de febrero de 2001, donde se puede leer que tales sesiones tuvieron lugar

...en el marco del proceso de participación ciudadana...

Posteriormente, la Superintendencia de Seguros remitió a la Procuraduría General de la República dos proyectos, en sustitución del que ella misma había denominado Segundo Anteproyecto, a saber: un proyecto relativo a las empresas de seguros y reaseguros, y un proyecto relativo a los contratos de seguro y reaseguro. Dicha Superintendencia no divulgó ninguno de estos dos proyectos. La mencionada Procuraduría, conjuntamente con la Vicepresidencia de la República, continuaron trabajando sobre ambos proyectos, pero no los distribuyeron al Consejo Nacional de Seguros, ni a la referida Cámara, y, por ende, no oyeron las recomendaciones de estos entes, ni la de los demás ciudadanos interesados.

El proyecto que dio lugar al Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, cuya primera versión fue redactada por la Superintendencia de Seguros, luego de que separó en dos el texto del denominado Segundo Anteproyecto, fue objeto de modificaciones importantes por parte de la Procuraduría General de la República y la Vicepresidencia de la República. Pues bien, este proyecto, a diferencia del denominado Segundo Anteproyecto, no recibió ninguna difusión, en absoluto, por lo que ni siquiera los gremios pudieron presentar comentarios al respecto.

De modo que el proyecto de Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, aparentemente redactado por la Superintendencia de Seguros, la Procuraduría General de la República y la Vicepresidencia de la República, no recibió difusión, ni fue abierto ningún plazo para presentar comentarios al respecto. La difusión y comentarios que tuvieron lugar estuvieron limitados a los gremios y restringidos al denominado Segundo Anteproyecto, a pesar de que el proyecto de Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros introdujo cambios importantísimos y figuras novedosas, en relación con temas sumamente controversiales. La Superintendencia, la Procuraduría y la Vicepresidencia no consultaron nada de esto, y tampoco lo hizo, obviamente, la Presidencia de la República.

No habiendo el Poder Ejecutivo cumplido con ningún proceso de consulta respecto del proyecto de Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, consideramos que debió, cuanto menos, entregarlo a la Comisión Especial de la Asamblea Nacional, la cual a su vez debió someterlos a la ciudadanía ávida de participar, cosa que tampoco ocurrió.

En efecto, el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros fue publicado el 12 de noviembre de 2001, sin ninguna divulgación previa, al punto de que ni siquiera dicha Comisión tuvo la oportunidad de presentar observaciones al respecto.

Este decreto-ley es muy diferente de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros cuya reforma fue publicada el 23 de diciembre de 1994 y reimpressa el 8 de marzo de 1995, la cual derogó; y también es muy diferente del Segundo Anteproyecto mencionado.

Por no citar sino un ejemplo, a los fines de ilustrar esta diferencia, nos permitimos señalar que el artículo 12 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros dispone, entre otras cosas, lo siguiente:

El Superintendente o Superintendente de Seguros será de *libre nombramiento y remoción* por el Ministro de Finanzas (las cursivas son nuestras).

En ninguno de los dos anteproyectos sucesivos entregados por la Superintendencia de Seguros al Consejo Nacional de Seguros se planteó que el Superintendente de Seguros fuese de libre remoción. En efecto, ambos anteproyectos establecían taxativamente las causales de destitución de dicho Superintendente, lo que garantizaba su independencia, al no dejarse al libre albedrío del Ministro de Finanzas su remoción. Sin embargo, el artículo 12 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros establece que el cargo de Superintendente es de libre nombramiento y remoción por parte del Ministro de Finanzas, con el riesgo de que aquel cargo, de corte técnico, se convierta en un cargo político.

Otro ejemplo: en ninguno de los dos proyectos sucesivos que fueron entregados por la Superintendencia de Seguros al Consejo Nacional de Seguros, se planteó la existencia de los llamados seguros solidarios. Sin embargo, tal como veremos más adelante, los seguros solidarios están previstos en los artículos 259 a 261 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros.

Un tercer ejemplo: en ninguno de los dos proyectos sucesivos que fueron entregados por la Superintendencia de Seguros al Consejo Nacional de Seguros, se planteó la necesidad de una aprobación previa, por la Superintendencia de Seguros, respecto de los contratos de seguros y las primas correspondientes. Sin embargo, tal como veremos más adelante, esta autorización *a priori* está prevista en los artículos 79 a 84 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros.

Otros asuntos cuestionables, no tratados en el denominado Primer Anteproyecto, ni tampoco en el denominado Segundo Anteproyecto, incluidos, sin embargo, en el proyecto de Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, son los siguientes, que nos permitimos citar, a título ilustrativo, y que también serán comentados más adelante: la revocación de la licencia de las aseguradoras en caso que cometan ocho infracciones en ocho años, el arbitraje de equidad ante la Superintendencia de Seguros al que las aseguradoras están obligadas a someterse, la responsabilidad de los accionistas por las fianzas mal otorgadas por las aseguradoras y la necesidad de que dicha Superintendencia apruebe documentos tales como los avisos de siniestros y los finiquitos.

Podríamos seguir citando ejemplos y llenar muchas páginas relativas a las diferencias de tipo fundamental, que son conceptuales y de contenido, entre los borradores sucesivos de un decreto-ley *único* sobre las empresas de seguros y reaseguros y los correspondientes contratos, y los *dos* (2) decretos-leyes que en definitiva fueron promulgados, uno de los cuales es el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, objeto del presente trabajo.

El Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros tiene graves vicios de inconstitucionalidad, entre otras muchas razones, porque no hubo la debida participación ciudadana. En efecto, el artículo 62 de la Constitución consagra el derecho a tal participación, en los siguientes términos:

Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas...

La primera parte del artículo 70 de la Constitución establece los medios de participación ciudadana en los siguientes términos:

Son *medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía*, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, *la consulta popular*, la revocación del mandato, las iniciativas legislativas, constitucional o constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante... (las cursivas son nuestras).

De modo que el derecho a la participación ciudadana tiene rango constitucional, y uno de los medios para su ejercicio reside precisamente en la consulta popular de los instrumentos normativos.

El artículo 211 de la Constitución, por su parte, ordena la participación ciudadana en el proceso de formación de leyes, así:

La Asamblea Nacional o las Comisiones permanentes, durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes, consultarán... a los ciudadanos... y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos.

Consideramos evidente que la anterior exigencia constitucional es extensiva a los decretos-leyes e impone al Ejecutivo Nacional consultar los proyectos correspondientes.

Sin embargo, tal como narramos anteriormente, el Ejecutivo Nacional no permitió absolutamente ninguna participación ciudadana en relación con los trabajos preparatorios que desembocaron en la promulgación del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros. La labor de divulgación y la receptividad de la Superintendencia de Seguros estuvieron limitadas al referido Segundo Anteproyecto, del mes de *marzo de 2001*, del cual posteriormente resultaron, tanto el Proyecto de Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro, que no fue consultado, como el Proyecto de Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, igualmente inconsulto; los cuales a su vez derivaron, respectivamente, en el Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro y el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, ambos publicados en *noviembre de 2001*; no habiéndose producido, respecto de los trabajos preparatorios de estos dos decretos-leyes, la participación necesaria. En relación con el objeto del presente trabajo, es el caso que, cuando la Superintendencia de Seguros preparó el proyecto de Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, lo remitió directamente a la Procuraduría General de la República, la cual trabajó junto con la Vicepresidencia de la República sobre este texto, para elaborar el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, sin que se diera a nadie la oportunidad de recibir información ni opinar al respecto.

No fue divulgado ningún antecedente legislativo entre *marzo de 2001*, en que la Superintendencia de Seguros entregó el Segundo Anteproyecto mencionado al Consejo Nacional de Seguros, quien a su vez lo hizo llegar a la Cámara de Aseguradores, y *noviembre de 2001*, en que el Ejecutivo Nacional publicó el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros.

En consecuencia, llegó el 12 de noviembre de 2001 sin que nadie hubiera conocido el proyecto de Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, que es el antecedente del decreto-ley con el mismo nombre, ni tuviera la oportunidad de emitir, ante las instancias apropiadas, alguna opinión informada al respecto; salvo un borrador de última hora cuya paternidad no fue reconocida por la Procuraduría General de la República, quien no manifestó ninguna disposición a oír comentario alguno al respecto.

La segunda parte del artículo 70 de la Constitución establece, respecto de la consulta popular y los demás medios de participación ciudadana, lo siguiente:

La Ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo (las cursivas son nuestras).

Mediante la Ley Orgánica de la Administración Pública, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.305 del 17 de octubre de 2001, se establecieron condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación.

De modo que la consulta a la ciudadanía debió ser realizada cumpliendo con las condiciones previstas en la Ley Orgánica de la Administración Pública, que desarrolla la exigencia constitucional de participación.

Habiendo sido habilitado para legislar por la Asamblea Legislativa, el Ejecutivo Nacional omitió someter el proyecto de Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, que desembocó en el decreto-ley con el mismo nombre, a la consulta necesaria para permitir la participación ciudadana requerida; así que, no sólo violó los citados artículos constitucionales, sino que además infringió las disposiciones pertinentes de la Ley Orgánica de la Administración Pública. Esta ley, como su nombre lo indica, es una ley orgánica, de rango superior a cualquier decreto-ley. Su artículo 136 exige, respecto de “los órganos o entes públicos” que, “en su rol de regulación, propongan la adopción de normas legales”, como lo son los decretos-leyes, “la apertura del proceso de consulta indicando su duración”, la divulgación de “los documentos sobre los cuales verse la consulta” y la recepción de “observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto” emitidas por “cualquier persona”.

No hubo ningún tipo de consulta en relación con el Proyecto de Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, ni el decreto-ley con el mismo nombre resultante del mismo. La poca participación ciudadana permitida se refirió a un texto distinto, como lo fue el Segundo Anteproyecto mencionado, y estuvo limitada a las personas invitadas por la Superintendencia de Seguros.

La participación ciudadana es un derecho de rango constitucional, que no fue respetado. Al respecto, hacemos valer la primera parte del artículo 25 de la Constitución, que establece:

Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo.

Por otra parte, el artículo 4 de la Ley Habilitante preveía lo siguiente, respecto de los decretos-leyes a ser promulgados con base sobre la misma:

La Asamblea Nacional designará de su seno una Comisión Especial..., a la que el Ejecutivo Nacional informará por lo menos diez (10) días antes de su publicación en *Gaceta Oficial*, del contenido de los decretos...

Ni la Presidencia de la República, ni la Vicepresidencia de la República, ni la Procuraduría General de la República, ni la Superintendencia de Seguros, ni tampoco la Comisión Especial de la Asamblea Nacional, que no tuvo acceso a él, presentaron el pro-

yecto de Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros al público interesado, ni oyeron comentarios de la ciudadanía respecto del mismo. Por lo tanto, en relación con este decreto-ley, se infringieron los citados artículos 62, 70 y 211 de la Constitución, 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública y 4 de la Ley Habilitante. Efectivamente, lo único difundido fueron los denominados Primer Anteproyecto y Segundo Anteproyecto, en febrero y marzo de 2001, y las reuniones celebradas en la Superintendencia de Seguros, quien recibió comentarios de la Cámara de Aseguradores, así como de otros gremios representados en el Consejo Nacional de Seguros, versaron sobre este último únicamente, tal como consta en las actas correspondientes. Así que estas reuniones y comentarios no bastaron para cumplir el cometido legal y constitucional, puesto que no abarcaron sino a un grupo restringido de personas y no estuvieron referidos al proyecto de Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, que es el antecedente del decreto-ley con el mismo nombre, sino al mencionado Segundo Anteproyecto.

Debieron hacerse las consultas previstas en la Constitución y en la legislación aplicable, respetando las instancias y procedimientos establecidos en la Ley Orgánica de la Administración Pública, que prevé la necesidad de realizar publicaciones por la prensa y por internet, poniendo la normativa consultada a disposición del público y abriendo un plazo para recibir observaciones de éste.

Respecto de este tema, nos permitimos citar íntegramente el artículo 136 de esta ley, antes citado:

Cuando los órganos o entes públicos, en su rol de regulación, propongan la adopción de normas legales, reglamentarias o de otra jerarquía, deberán remitir el anteproyecto para su consulta a las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales inscritas en el registro señalado por el artículo anterior.

En el oficio de remisión del anteproyecto correspondiente se indicará el lapso durante el cual se recibirán por escrito las observaciones, y el cual no comenzará a correr antes de los diez días hábiles siguientes a la entrega del anteproyecto correspondiente.

Paralelamente a ello, el órgano o ente público correspondiente publicará en la prensa nacional la apertura del proceso de consulta indicando su duración. De igual manera lo informará a través de su página en la internet, en la cual se expondrá el o los documentos sobre los cuales verse la consulta.

Durante el proceso de consulta cualquier persona puede presentar por escrito sus observaciones y comentarios sobre el correspondiente anteproyecto, sin necesidad de estar inscrito en el registro a que se refiere el artículo anterior.

Una vez concluido el lapso de recepción de las observaciones, el órgano o ente público fijará una fecha para que sus funcionarios o funcionarias, especialistas en la materia que sean convocados y las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales intercambien opiniones, hagan preguntas, realicen observaciones y propongan adoptar, desechar o modificar el anteproyecto propuesto o considerar un anteproyecto nuevo.

El resultado del proceso de consulta no tendrá carácter vinculante. (Las cursivas son nuestras).

Nada de esto ocurrió respecto del Proyecto de Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, que es el antecedente del decreto-ley con el mismo nombre, a pesar de que es precisamente el citado artículo 136 el que regula las condiciones para el ejercicio del derecho constitucional a la participación ciudadana.

Es más, esto ni siquiera ocurrió respecto del Segundo Anteproyecto mencionado, a pesar de que -en relación con el Segundo Anteproyecto y sólo el Segundo Anteproyecto- la Superintendencia de Seguros atendió a la Cámara de Aseguradores, así como a otros gremios, y recibió sus comentarios, acogiendo algunos.

Luego la Superintendencia de Seguros hizo una serie de cambios en el denominado Segundo Anteproyecto y separó su regulación en dos proyectos, uno de los cuales fue el proyecto de Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, que a su vez fue modificado de manera importante por la Procuraduría General de la República y la Vicepresidencia de la República, lo cual resultó en el decreto-ley con el mismo nombre, que, repetimos, no fue objeto de participación ciudadana. El origen del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros no estuvo verdaderamente en el denominado Segundo Anteproyecto, que en todo caso sólo fue discutido por representantes de los miembros del Consejo Nacional de Seguros, incluida la Superintendencia de Seguros, cuyo titular era miembro del mismo conforme al artículo 36 de la ley derogada.

Al respecto, invocamos la siguiente doctrina (Fernández V., Gerardo: *Los Decretos-Leyes*, Caracas, 1992, p. 83):

Los decretos-leyes... pueden ser impugnados, si los mismos están viciados en su legalidad externa, por estar viciados en su procedimiento de emisión...

Adicionalmente, invocamos la siguiente doctrina (García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo I*, 5^{ta} edición pp. 283 y 285):

...hay que decir que el control judicial de los Decretos legislativos debe alcanzar también a los posibles vicios de competencia y de forma...

...el control constitucional no se agota en la mera comprobación de la regularidad del ejercicio de la delegación legislativa...

De modo que la doctrina reconoce que los problemas de forma objeto del presente trabajo deben dar lugar a la anulación de un decreto-ley como el que nos ocupa.

En relación con este asunto, esgrimimos la siguiente jurisprudencia, invocada por los autores últimamente citados (García de Enterría y Fernández: *op. cit.*, p. 285):

...como ha dicho la Sentencia constitucional de 19 de julio de 1982..., el Tribunal constitucional -ha de resolver, en base a criterios estrictamente jurídico-constitucionales..., si se han respetado los requisitos formales para el ejercicio de la potestad legislativa por vía delegada-.

Al respecto, hacemos valer, por una parte, que no se cumplió con el requisito de presentación a la Comisión Especial de la Asamblea Nacional, contemplado en el artículo 4 de la Ley Habilitante; y, por otra parte, que el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros se dictó en franca violación al derecho a la participación ciudadana, previsto en los artículos 62, 70 y 211 de la Constitución, por lo cual el mismo está viciado de nulidad absoluta, tal y como lo establece el citado artículo 25 de la Constitución.

En consecuencia, se infringió adicionalmente el artículo 49 de la Constitución de 1999, que establece:

El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas...

Por si lo anterior fuera poco, la primera parte del artículo 137 de la Ley Orgánica de la Administración Pública dispone:

El órgano o ente público no podrá aprobar normas para cuya resolución sea competente, ni remitir a otra instancia proyectos normativos que no sean consultados, de conformidad con el artículo anterior. Las normas que sean aprobadas por los órganos o entes públicos o propuestas por éstos a otras instancias serán *nulas de nulidad absoluta si no han sido consultadas* según el procedimiento previsto en el presente Título (las cursivas son nuestras).

Cabe señalar que la segunda parte del mismo artículo 137 es del siguiente tenor:

En caso de *emergencia* manifiesta y por fuerza de la obligación del Estado en la seguridad y protección de la sociedad, el Presidente o Presidenta de la República, gobernador o gobernadora, alcalde o alcaldesa, según corresponda, podrán autorizar la aprobación de normas sin la consulta previa. En este caso, las normas aprobadas serán consultadas seguidamente bajo el mismo procedimiento a las comunidades organizadas y a las organizaciones públicas no estatales; el resultado de la consulta deberá ser considerado por la instancia que aprobó la norma y éstas podrán ratificarla, modificarla o eliminarla (las cursivas son nuestras).

De modo que la violación de la Constitución y de la Ley Orgánica de la Administración Pública, que hemos venido comentando, hacen que el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros sea *nulo de nulidad absoluta por no haber sido consultado debidamente*. En este caso *no hubo ninguna emergencia*, pues el Ejecutivo Nacional tuvo un año completo, desde la Ley Habilitante, para dictar dicho decreto-ley. A todo evento, de haber habido alguna emergencia, este decreto-ley *tampoco fue consultado luego de su publicación y bajo el mismo procedimiento legal y constitucional*, a las comunidades organizadas, ni a las organizaciones públicas no estatales; y, por lo tanto, no se produjo el resultado de ninguna consulta a ser considerado por el Ejecutivo Nacional o la Asamblea Legislativa, *a los fines de ratificar, modificar o eliminar dicho decreto-ley*.

La violación del debido proceso en la cual incurrió el Ejecutivo para dictar el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, constituye además una violación del artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) emanada de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, vigente desde el 18 de julio de 1977, aprobada con reservas por Venezuela mediante la *Gaceta Oficial* N° 31256 del 14 de junio de 1977.

El artículo 30 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos establece que:

...Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, *no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecida* (las cursivas son nuestras).

Respecto al artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la opinión consultiva N° OC-6/86 de fecha 9 de marzo de 1986, Serie A, N° 6, relativa a “La expresión *leyes*” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, refiriéndose al tema de las delegaciones legislativas como medio para limitar el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Convención, expresó que tal delegación era posible

...siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención.

Tanto la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos como la opinión emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tienen rango constitucional, a tenor de lo previsto en los artículos 23 y 31 de la Constitución.

Si bien es cierto que la Constitución establece la posibilidad de que sea delegada en el Presidente de la República la potestad legislativa mediante una ley habilitante, ocurre que, en el caso del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, el Ejecutivo no ejerció la facultad legislativa que le fue delegada dentro de los límites fijados por la Ley Habilitante, puesto que ésta no lo autorizó para legislar sobre muchos de los asuntos a los que nos referiremos más adelante. Por otra parte, no se cumplieron los controles fijados por la propia Constitución para evitar que se desvirtuara el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención y por la Constitución, como lo hubiera sido el proceso de consulta que habría hecho posible la participación ciudadana, o cuanto menos, el haber entregado el Proyecto del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros a la Comisión Especial de la Asamblea Nacional, tal como lo ordena el 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, para que la Asamblea hubiera a su vez sometido dicho proyecto a la ciudadanía, ávida de participar, cosa que tampoco ocurrió.

En virtud de lo anterior, el Presidente de la República estableció restricciones y limitaciones de los derechos y libertades protegidos por la Constitución, sin cumplir con los controles eficaces previstos en ésta ni en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, por lo que *se violó la garantía a la reserva legal*, prevista en el artículo 30 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.

Por lo tanto, el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros está viciado de nulidad absoluta, tal y como lo establece el artículo 25 de la Constitución.

A manera de conclusión del presente capítulo, afirmamos lo siguiente:

1) Debió darse cumplimiento al requisito constitucional de consulta a la ciudadanía, que fue infringido.

2) Dicho requisito fue desarrollado por el legislador en la Ley Orgánica de la Administración Pública, igualmente infringida, que exige la divulgación del texto consultado por internet y la publicación en la prensa de la apertura del plazo para recibir observaciones de cualquier ciudadano interesado.

3) El Presidente de la República también omitió hacer la presentación a la Asamblea Nacional prevista en la Ley Habilitante, previa a la publicación de los correspondientes decretos-leyes; con lo cual dificultó todavía más el acceso de la ciudadanía a los trabajos preparatorios del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, y terminó de frustrar la emisión de opiniones al respecto.

4) Las violaciones mencionadas están referidas, tanto al Segundo Anteproyecto, como al proyecto de Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, que desembocó en el decreto-ley con el mismo nombre.

5) El referido Segundo Anteproyecto, insuficientemente divulgado y comentado, es muy diferente del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, cuyos antecedentes están realmente en el proyecto con el mismo nombre, no divulgado ni comentado.

Las diferencias, especialmente desde el punto de vista conceptual, quedan en evidencia si se toma en cuenta que el referido Segundo Anteproyecto fue concebido para que incluyera, tanto los aspectos que hoy están regulados en el Decreto con Fuerza de Ley

del Contrato de Seguro, como los aspectos que hoy están regulados en el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, y siempre partiendo de la premisa de que los contratos de seguros y demás documentos relacionados no serían objeto de ninguna autorización previa.

6) El Segundo Anteproyecto mencionado es un antecedente demasiado remoto respecto del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros. La presencia de representantes del Consejo Nacional de Seguros en las reuniones en la Superintendencia de Seguros no bastó para satisfacer el imperativo constitucional y legal. Si bien las actas de dichas sesiones expresan que las mismas tuvieron lugar “en el marco del proceso de participación ciudadana”, es el caso que la participación estuvo limitada única y exclusivamente a los asistentes a dichas reuniones, y estuvo referida única y exclusivamente al mismo Segundo Anteproyecto.

7) El proyecto de Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, que es el antecedente legislativo verdadero del decreto-ley con el mismo nombre, fue elaborado con posterioridad a dichas actas y no dio lugar a ninguna consulta.

8) Habiendo el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, íntegramente considerado, sido emitido sin justificación y sin dar cumplimiento a la Ley Orgánica de la Administración Pública, a la Ley Habilitante ni, por ende, a la Constitución, ocurre que:

- a) el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, debería declarar que el referido decreto-ley es íntegramente nulo, tal como le ha sido requerido por el autor de este trabajo y por otras personas en los distintos recursos de nulidad que han sido presentados; y
- b) en caso de que cualquier persona solicite la desaplicación por inconstitucional del referido decreto-ley, el mismo debería ser desaplicado respecto de la persona de que se trate.

En los párrafos que siguen explicaremos las razones adicionales por las cuales una serie de disposiciones concretas del mismo decreto-ley son inconstitucionales y deben ser declaradas nulas o desaplicadas.

III. CONTROL DE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS SOBRE PERSONAS NATURALES QUE NO EJERCEN ACTIVIDADES ASEGURADORAS NI ACTIVIDADES CONEXAS

El artículo 8 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros dispone, entre otras cosas, que la Superintendencia de Seguros deberá supervisar, vigilar, controlar y fiscalizar a las personas que desempeñan cargos de dirección, representación o administración para las empresas aseguradoras o para otros entes o individuos que ejerzan actividades conexas a la correspondiente actividad.

Ahora bien, consideramos que esto es inconstitucional.

Nos explicamos:

El segundo aparte del artículo 1 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros dispone:

Se rigen por este Decreto Ley... las empresas de seguros, de reaseguros, los agentes de seguros, corredores de seguros, las sociedades de corretaje de seguros y de reaseguros, oficinas de representación y sucursales de empresas de reaseguros o sociedades de corretaje de reaseguros del exterior y los peritos evaluadores, inspectores de riesgos y ajustadores de pérdidas, así como las personas naturales o jurídicas que se dediquen al financiamiento de la actividad aseguradora, siempre que no estén regidas por la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (las cursivas son nuestras).

Evidentemente, es respecto de los entes e individuos mencionados en la norma que acabamos de transcribir, y no otros, que se justifica la intervención del Estado en la actividad aseguradora *latu sensu*, la cual incluye, tanto la actividad aseguradora *strictu sensu*, es decir, el seguro, como las actividades conexas a la misma, por ejemplo, el reaseguro y la producción o intermediación de seguros. Tanto bajo el régimen en vigor antes del 12 de noviembre de 2001, como bajo el régimen en vigor a partir de esta última fecha, la intervención del Estado en este sector de la actividad económica se realiza a través de la Superintendencia de Seguros.

Al respecto, el artículo 4 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros establece:

El control, regulación, inspección, fiscalización y vigilancia de la actividad aseguradora, reaseguradora, de producción de seguros y reaseguros y demás actividades conexas se ejerce a través de la Superintendencia de Seguros. La intervención del Estado en esta actividad se realizará para la protección de los tomadores, o los asegurados o los beneficiarios de los contratos de seguros y en salvaguarda de la estabilidad del sector asegurador (las cursivas son nuestras).

De hecho, la intervención del Estado, a través de la Superintendencia de Seguros, en la actividad aseguradora *latu sensu*, limitada a los entes e individuos mencionados en el citado segundo aparte del artículo 1, es un tema estrechamente vinculado a las circunstancias que dieron nacimiento al Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros. En efecto, la Ley Habilitante, en su artículo 1, letra f, expresa que la habilitación del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo para dictar decretos con fuerza de ley en materia de seguros incluye, entre otros asuntos, el siguiente:

Dictar medidas que regulen la actividad aseguradora con la finalidad de conferir al organismo de control los medios adecuados para el ejercicio de sus funciones... (las cursivas son nuestras).

De modo que la norma que acabamos de transcribir previó que se diera a la Superintendencia de Seguros medios adecuados para ejercer sus funciones de control. No previó que se permitiera y ordenara a dicha Superintendencia controlar entes o individuos distintos de los indicados, ni actividades diferentes de las mencionadas.

Ahora bien, a pesar de todo lo anterior, el artículo 8 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros dispone:

La Superintendencia de Seguros tendrá a su cargo la regulación, inspección, vigilancia, supervisión, control y fiscalización de la actividad aseguradora y reaseguradora y en función a éstas, de las personas naturales o jurídicas a las que se refiere el artículo 1 de este Decreto Ley, así como de las personas que desempeñen los cargos de dirección, representación o administración de las entidades sometidas al presente Decreto Ley, y de toda otra persona respecto a la cual este Decreto Ley establezca alguna prohibición o mandato, cuando haya elementos de juicio suficientes para considerar que existen operaciones entre ellas (las cursivas son nuestras).

De modo que el citado artículo 8 contempla, entre otros asuntos, que las funciones de regulación, inspección, vigilancia, supervisión, control y fiscalización, que corresponden a la Superintendencia de Seguros, abarquen a personas distintas de las mencionadas en el también citado segundo aparte del artículo 1. Así que, a partir del 12 de noviembre

de 2001, la intervención del Estado en la actividad aseguradora y las actividades conexas a ésta, se ejerce, tanto sobre las empresas de seguros y los demás entes e individuos que ejecuten dichas actividades, lo cual es ajustado a derecho, como sobre las personas naturales responsables de su dirección, representación o administración, lo cual no es ajustado a derecho.

El citado artículo 8, en cuanto a que las referidas funciones de la mencionada Superintendencia ahora se extienden a los directores, representantes y administradores de las sociedades sujetas al referido decreto-ley, es inconstitucional. Esto es a todas luces excesivo, no teniendo ningún sentido que se amplíen las facultades del órgano de control para que abarquen a personas naturales en su desenvolvimiento particular o en su esfera individual.

El tema que nos ocupa es muy grave, pues el citado artículo 8 no fue dictado de manera regular, sino fuera del ámbito de la habilitación emitida por la Asamblea Nacional. Habiendo ocurrido una invasión de la reserva legal, es nulo el citado artículo 8, porque el Ejecutivo usurpó las funciones del Legislativo. En todo caso, el citado artículo 8 fue promulgado por el Ejecutivo Nacional para fines desconocidos, que son distintos de los determinados por la Ley Habilitante y que justificaron la correspondiente autorización, por lo que hubo desviación de poder.

Efectivamente, dentro del plazo previsto en la Ley Habilitante, se podían dictar decretos-leyes en materia de seguros respecto de ciertas materias y dentro de un cierto marco, siguiendo ciertas directrices y atendiendo a ciertos propósitos, todo ello definido en la Ley Habilitante, conforme a las normas constitucionales aplicables. En tal sentido, esta ley facultó al Ejecutivo para legislar sobre seguros con la finalidad de conferir a la correspondiente Superintendencia los medios adecuados para el ejercicio de sus funciones; o para llenar vacíos normativos en las materias concretas mencionadas en la misma Ley Habilitante o normar la fusión de las empresas de seguros u otras fórmulas tendientes a la redimensión y fortalecimiento del sector asegurador. Son éstos, y no otros, los aspectos contemplados en el artículo 1, letra f, de la Ley Habilitante. Esta ley no mencionó la posibilidad de legislar sobre ningún otro tema, por lo que es contrario a derecho el citado artículo 8, del cual se desprende que la intervención del Estado en la actividad aseguradora *latu sensu* implica que la Superintendencia de Seguros actúe como órgano de control, no sólo respecto de los entes e individuos que ejercen tales actividades, institucionalmente, sino también de sus directores, representantes y administradores, personalmente.

Nos explicamos:

El tema del seguro es materia de reserva legal. En desarrollo de esta posición, por un lado, el número 1 del artículo 187 de la Constitución establece lo escrito seguidamente:

Corresponde a la Asamblea Nacional:...

Legislar en las materias de la competencia nacional...

Y, por otro lado, el número 32 del artículo 156 de la Constitución dispone lo indicado a continuación:

Es de la competencia del Poder Público Nacional:...

La legislación en materia... de seguros....

La Constitución contempla la habilitación al Poder Ejecutivo, por el Poder Legislativo, para dictar decretos con fuerza de ley o decretos-leyes. Efectivamente, su artículo 236, número 8, está redactado en los siguientes términos:

Son atribuciones... del Presidente... de la República:...

Dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley...

Con base sobre lo anterior, fue promulgada la Ley que Autoriza al Presidente de la República para Dictar Decretos con Fuerza de Ley en las Materias que se Delegan publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.076 del 13 de noviembre de 2000.

Dentro del plazo previsto en dicha Ley Habilitante, el Ejecutivo podía dictar decretos-leyes en específicos aspectos de la actividad aseguradora y dentro de un cierto marco, siguiendo las directrices y atendiendo a los propósitos definidos en la misma Ley Habilitante.

Al respecto, invocamos la siguiente doctrina (García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo I*, 5^{ta} edición, p. 273):

Llegados a este punto, conviene hacer una importante observación: como la norma administrativa a asumir por la Ley no existe todavía, la Ley delegante ha de referirse a ella como portando un determinado contenido... Esta indicación de contenido de la futura norma administrativa, que queda anticipadamente elevada de rango, es lo que constituye, en este supuesto específico de delegación (recepticia), los llamados límites de la delegación. La asunción por el legislativo de la futura norma administrativa tiene lugar, pues, siempre y necesariamente, dentro de ciertos límites predeterminados de manera expresa por la Ley de delegación. Más allá de esos límites la asunción por el legislador de la norma administrativa no se produce; dicha norma no adquiere entonces el rango de Ley formal.

Por ello, si bien la Ley Habilitante permitía dictar decretos-leyes en aspectos específicos de la materia del seguro, ello debería hacerse con sujeción a determinadas limitaciones establecidas por la Asamblea Nacional y vinculantes para el Presidente de la República, quien no podía ir más allá de lo previsto en la Ley Habilitante.

En efecto, en primer lugar, los artículos 137 y 138 de la Constitución prevén:

Esta Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.

Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos.

En segundo lugar, el tercer aparte del artículo 203 de la Constitución dispone lo copiado seguidamente:

Son leyes habilitantes las sancionadas por la Asamblea Nacional..., a fin de establecer las *directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan* al Presidente... de la República, con rango y valor de ley... (las cursivas son nuestras).

Y, en tercer lugar, la Ley Habilitante, en su artículo 1, letra f, expresa que la correspondiente habilitación quedó limitada a lo siguiente, en cuanto concierne a la materia de seguros:

Dictar medidas que regulen la actividad aseguradora con la finalidad de conferir al organismo de control los medios adecuados para el ejercicio de sus funciones; llenar los vacíos normativos en materia de supervisión contable, forma de reposición del capital y asunción de pérdidas de capital, adecuación de capitales mínimos, previsión de sanciones aplicables, establecimiento de responsabilidades de los administradores de las empresas de seguros y reaseguros y sus accionistas, modificación de las garantías previstas y la forma en que deben ser presentadas las reservas.

Se establecerá un régimen de *fusión* de las empresas de seguros y se redimensionará el mercado asegurador con el fortalecimiento del sector. (Los resaltados son nuestros).

Fue para ello, y no para otra cosa, que el Poder Ejecutivo fue habilitado para legislar por el Poder Legislativo, en cuanto concierne al tema de seguros, mediante la Ley Habilitante. El Presidente de la República no podía ir más allá de tales específicos cometidos, sin violar los artículos de la Constitución antes citados, y la Ley Habilitante.

Al respecto, invocamos la siguiente doctrina (García de Enterría y Fernández: *op. cit.*, pp. 275, 280, 281, 282 y 285):

Como ya hemos indicado más atrás, la norma emanada por la Administración en virtud de este tipo de delegación no es de libre determinación por la Administración, sino que debe atemperarse a las bases establecidas expresamente en la Ley de delegación. Esta última adopta, pues, la forma de una Ley de Bases, cuya concreta articulación se encomienda al Gobierno. Para que éste pueda ampararse en el encargo del legislativo -o, lo que es igual, para que el Texto articulado aprobado por Decreto del Gobierno tenga valor de Ley formal- resulta obvio que debe atenerse a los límites de dicho encargo, concretados en las bases de la delegación.

Las bases, que no son de aplicación directa como normas, constituyen -ha dicho el Tribunal Supremo en Sentencias de 31 de mayo de 1952 y 15 de octubre de 1954- 'una fijación enunciativa de principios y orientaciones a que debe sujetarse el Gobierno para redactar el Texto articulado'. Son, pues, al propio tiempo, las directivas y los límites de la delegación confiada al Gobierno...

...las Salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo han aceptado la justiciabilidad de los Decretos por los que se aprueban normas adoptadas en virtud de delegaciones recepticias para fiscalizar tanto sus requisitos formales como, de manera especial, los eventuales excesos de la delegación por la vía de los recursos...

Si no hay posible delegación legislativa sin una referencia a una materia y a un contenido más o menos concretamente determinados, resulta totalmente ilógico pretender privar luego de toda significación efectiva a dicha materia y contenido, entendiéndose producido el efecto delegativo aun al margen o en contra de los mismos. La contradicción esencial de esta posición salta a los ojos...

Porque no estando cubierto en este caso el contenido de la norma delegada por la Ley de delegación, el Decreto no puede darse a sí mismo un rango superior, del mismo modo que nadie puede levantarse del suelo tirándose a sí mismo de los pelos...

Esta reducción a la fuerza y eficacia de meras disposiciones administrativas quiere decir que las 'ocurrencias de los funcionarios' valen en cuanto tales, pero que no pueden pretender ampararse bajo la *maiestas e imperium* de la Ley, ni mucho menos aún prevalecer frente a las Leyes y tampoco, claro está, frente a la propia Ley de delegación. En el caso de que infrinjan una Ley cualquiera, su 'fuerza y eficacia' sería la nulidad absoluta, como es común a las disposiciones administrativas que pretenden prevalecer frente a las Leyes.

La cuestión es tan clara que no parece necesario insistir demasiado sobre ella... Lo contrario supondría reconocer a la Administración una facultad absoluta e incondicionada de presentar como Ley cualquier producto de su imaginación, facultad que la Constitución no le reconoce, indudablemente. Si la Ley de delegación vincula a la Administración, los Tribunales pueden, como en todos los casos análogos, fiscalizar si la Administración ha observado o no esa vinculación. Formalmente no hay obstáculo alguno para ello, desde el momento en que el Texto articulado es un simple Decreto, aprobado y promulgado como tal, del que únicamente ha de discutirse su valor efectivo.

El control de los posibles excesos en que pueda incurrir la norma delegada es, pues, una exigencia institucional de la propia figura de la delegación legislativa recepticia, reconocida como tal en todos los países que la admiten...

Una Sentencia... de 27 de enero de 1979, ha afirmado definitivamente esta tesis...: 'el valor de Ley formal del Texto refundido está condicionado evidentemente por la fidelidad con que el precepto básico haya sido desarrollado o refundido o, lo que es lo mismo, si efectivamente se ha hecho uso correcto de la delegación legislativa sin salirse de las bases marcadas en la delegación...?'

...el control constitucional... se extiende también al juicio *intra vires* de la norma delegada, es decir, a la valoración de la conformidad o disconformidad del contenido de ésta con la Constitución, de forma que, como ha dicho la Sentencia constitucional de 19 de julio de 1982..., el Tribunal constitucional 'ha de resolver, en base a criterios estrictamente jurídico-constitucionales..., si el precepto o preceptos cuya constitucionalidad se cuestione es, por razón de su contenido, contrario a la Constitución'.

El Ejecutivo Nacional no fue autorizado, mediante la Ley Habilitante, para legislar a los fines de extender la necesaria intervención del Estado sobre los entes e individuos que ejercen actividades aseguradoras y conexas, para que tal intervención se extienda adicionalmente, a título personal, innecesariamente, a los hombres y mujeres que actúan como directores, representantes o administradores de tales entes e individuos. Ahora bien, extender la intervención del Estado para que abarque también a estos hombres y mujeres es, precisamente, lo previsto en el artículo 8 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, con lo que se excedió la habilitación dada por el Legislativo al Ejecutivo, de donde resulta que este artículo es inconstitucional.

En efecto, hubo usurpación de funciones, ya que el Poder Ejecutivo usurpó la función legislativa, al no tener atribuciones para disponer, en el citado artículo 8, que la Superintendencia de Seguros deberá supervisar, vigilar, controlar y fiscalizar a las personas que desempeñan cargos de dirección, representación o administración para las empresas aseguradoras o para otras personas naturales o jurídicas que ejerzan actividades conexas a la actividad aseguradora. Debió el Ejecutivo sujetarse estrictamente a las normas constitucionales y legales que autorizan su actuación, dentro del principio de legalidad o restrictivo de competencia. El Presidente de la República, con sus Ministros, jamás debió, por ejemplo, extender la intervención del Estado, para que abarcara, no sólo a los agentes y corredores de seguros, sino también a sus representantes legales, es decir, a sus apoderados judiciales y extrajudiciales, los cuales estarán, igualmente, bajo la supervisión, vigilancia, control y fiscalización de la Superintendencia de Seguros, por absurdo que ello parezca.

Además, el Ejecutivo Nacional incurrió en desviación de poder, puesto que utilizó la autorización prevista en la Ley Habilitante para un fin distinto del allí contemplado. Por lo tanto, el artículo 8 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros es nulo, dada la discrepancia entre éste y la habilitación recibida, discrepancia que resulta en una infracción constitucional.

Invocamos, en consecuencia, la siguiente doctrina (Fernández V., Gerardo: *Los Decretos-Leyes*, Caracas, 1992, pp 50 y ss., y p. 83):

...los decretos-leyes, si no se sujetan a los términos de la habilitación o si exceden los límites que le impone la autorización, pueden ser impugnados por usurpación de funciones, ya que invaden la reserva legal.

En lo que se refiere a la interpretación de las normas contenidas en toda ley habilitante, somos del criterio que dicha interpretación debe ser restrictiva, dado el carácter excepcional de las habilitaciones...

Si el decreto-ley se dicta de manera regular, dentro del ámbito de la habilitación, pero para fines distintos a los determinados por el Congreso en la Ley de Habilitación y que justificaron dicha autorización pueden ser impugnados por desviación de poder.

De modo que, para que el Presidente de la República y sus Ministros no incurrieran en usurpación de funciones ni en desviación de poder, se requería que, dentro del plazo previsto en la referida Ley Habilitante, el Ejecutivo Nacional dictase decretos-leyes en específicos aspectos de la actividad aseguradora y dentro de un cierto marco, siguiendo las directrices y atendiendo a los propósitos definidos por el Poder Legislativo. El Presidente de la República y sus Ministros no podían ir más allá de los específicos cometidos establecidos por la Asamblea Nacional, sin violar los artículos de la Constitución antes citados, directamente y a través de la infracción de la Ley Habilitante.

La habilitación del Legislativo no autorizó al Ejecutivo para establecer que corresponderá a la Superintendencia de Seguros supervisar, vigilar, controlar y fiscalizar a las personas que desempeñan cargos de dirección, representación o administración para las empresas aseguradoras o para otros entes o individuos que ejerzan actividades conexas a la correspondiente actividad.

No es necesario, ni razonable, ni ajustado a derecho, que la Superintendencia de Seguros tenga que supervisar, vigilar, controlar y fiscalizar a estas personas, por desempeñar funciones de dirección, representación o administración. Lo que la Superintendencia debe hacer es supervisar a las empresas aseguradoras y a los otros entes o individuos que ejerzan actividades conexas a la correspondiente actividad. La intervención del Estado debe referirse a tales empresas, entes o individuos, en razón de que ejercen una actividad aseguradora o conexas; y no a quienes desempeñan funciones de dirección, representación o administración para tales empresas, entes o individuos. El Estado debe, además, velar por que se cumplan las condiciones requeridas para ejercer dichas funciones. Al supervisar, vigilar, controlar y fiscalizar a las empresas, entes o individuos que ejercen una actividad aseguradora o conexas, la Superintendencia debe cerciorarse de que se ejercen correctamente las referidas funciones. No son las personas que ejercen estas funciones las que deben estar bajo el control de dicho Despacho, sino las empresas, entes o individuos que ejercen las actividades correspondientes; y, por ende, al supervisar, vigilar, controlar y fiscalizar estas empresas, entes o individuos, se controla el ejercicio de aquellas funciones. Constituye, pues, un error grave, sujetar a la Superintendencia, como órgano de intervención del Estado en la actividad aseguradora, a las personas que ejercen dichas funciones, pues las que pueden estar supervisadas, vigiladas, controladas y fiscalizadas son, única y exclusivamente, las personas naturales o jurídicas que se desempeñan como aseguradores, reaseguradores, intermediarios de seguros, etc. Sólo el desempeño profesional, en el ejercicio de tales cargos puede ser escudriñado por la Superintendencia de Seguros, y ello en razón de que corresponde a ésta supervisar, vigilar, controlar y fiscalizar a los aseguradores, reaseguradores, intermediarios de seguros, etc.; no pudiendo el referido decreto-ley extender estas atribuciones para que dicho Despacho se encargue de supervisar, vigilar, controlar y fiscalizar a los individuos que ejercen dichos cargos.

El exceso en que incurre el tantas veces citado artículo 8 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros es tan obvio, que, si el mismo se aplicara, ocurriría que, por la mera circunstancia de que -por ejemplo- un abogado sea apoderado judicial de una empresa de seguros, él debería caer automáticamente bajo la jurisdicción de la correspondiente Superintendencia, la cual tendría que supervisarle, vigilarlo, controlarlo y fiscalizarlo, dado el cargo de representación que dicho jurista ejerce en su condición de mandatario de una aseguradora.

En el mismo orden de ideas, el artículo 189 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, igualmente inconstitucional, dispone:

Los que *hubieran sido* presidentes, administradores, directores, gerentes o empleados de la empresa al tiempo y durante los cinco (5) años anteriores a la intervención o disolución, estarán obligados a *informar* a la Superintendencia de Seguros sobre las operaciones de las que tengan conocimiento realizadas en la época en que ellos hubieran intervenido, así como suministrar información sobre los hechos ocurridos durante el ejercicio de sus funciones (las cursivas son nuestras).

Dicha norma incurre en el mismo error de establecer que son los individuos que actúan o que actuaron para las organizaciones, en vez de estas últimas, quienes están bajo el control del Estado. Dicho error se hace más evidente, si se toma en cuenta que el citado artículo 189 tropieza con una dificultad práctica: si la persona de que se trate ya se separó de la empresa, es un director externo o es un empleado de bajo rango, le puede resultar difícil o imposible acceder a la información que le solicite la Superintendencia de Seguros.

Además, los citados artículos 8 y 189 olvidan que cierto tipo de trabajo realizado por algunas personas, tales como el consultor jurídico o abogado externo de la empresa, que puede ser director, empleado o representante (por ejemplo, apoderado judicial) de ésta, debería estar protegido, pues puede tratarse de un consejo legal impartido confidencialmente.

Por lo tanto, quienes ejercen el cargo de presidente, administrador, director, gerente, empleado o representante, a los que se refieren los citados artículos 8 y 189, no pueden estar supervisados, vigilados, controlados y fiscalizados, a título personal, por dicha Superintendencia. Dicho control no sólo constituye un exceso respecto de la Ley Habilitante, sino que, además, es violatorio de los derechos individuales de estas personas.

Efectivamente, deben respetarse los derechos individuales de tales presidentes, administradores, directores, gerentes, empleados y representantes, cuya intimidad y libre desenvolvimiento están constitucionalmente protegidos. La intimidad y libre desenvolvimiento de estos individuos no pueden verse vulnerados, sometiéndolos, a título personal, a la regulación, inspección, vigilancia, supervisión, control y fiscalización previstos en dichos artículos 8 y 189, como que si ellos ejercieran actividades aseguradoras *latu sensu*. La intervención del Estado en la actividad aseguradora y conexas no debe ejercerse sobre los presidentes, administradores, directores, gerentes, empleados y representantes, siendo únicamente las empresas de seguros, de reaseguros, los intermediarios de seguros y los demás entes o individuos que ejecutan actividades relacionadas, quienes pueden estar sujetos a la Superintendencia de Seguros, precisamente porque ejecutan actividades aseguradoras o conexas. En efecto, los artículos 20 y 60 de la Constitución establecen principalmente lo siguiente:

Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad...

Toda persona tiene derecho a la protección de su... vida privada, intimidad...

Es incompatible con estos derechos y garantías constitucionales, que la intervención del Estado a través de la Superintendencia de Seguros incluya, a título personal, a los presidentes, administradores, directores, gerentes, empleados y representantes de los entes o individuos que ejecutan actividades de seguros o conexas, en lugar de limitarse a estos últimos entes e individuos.

Para colmo, el artículo 268 del mismo decreto-ley establece principalmente lo siguiente, en cuanto a la obligación de informar a que antes hicimos referencia:

Los directores, consejeros, administradores, ejecutivos, auditores internos, comisarios, empleados, auditores externos y actuarios de las empresas de seguros y las de reaseguros, actuarios independientes, así como los interventores y liquidadores delegados, que sin causa justificada se negaren a suministrar a la Superintendencia de Seguros las informaciones y documentos que se encuentren en su poder y que ésta les requiera para el ejercicio de las funciones que le son propias, serán sancionados con multa de hasta *el diez por ciento (10%) del ingreso anual total percibido en el año inmediato anterior* por concepto de remuneración correspondiente a la posición o cargo por el cual debió dar la información... (las cursivas son nuestras).

Esta sanción es evidentemente excesiva, al punto de que es confiscatoria, por lo que entra en conflicto con el derecho de propiedad consagrado por el artículo 115 de la Constitución, sin que existan los “fines de utilidad pública o interés general” a que alude este artículo.

La inconstitucionalidad de las disposiciones del referido decreto-ley anteriormente citadas se pone todavía más de manifiesto, si se toma en cuenta que la circunstancia de que una persona natural -como puede serlo un apoderado de una aseguradora- esté sujeta al control de la Superintendencia de Seguros autoriza a ésta para, por ejemplo, intervenir a distancia la computadora de aquélla y leer la información allí almacenada, incluyendo sus correos electrónicos. Seguidamente, haremos referencia al número 2 del artículo 10 del mismo decreto-ley, que permite a dicha Superintendencia penetrar, desde sistemas remotos, los sistemas de información y equipos de computación de los sujetos controlados por ella.

IV. EXTRACCIÓN A DISTANCIA Y SIN CONTROL DE INFORMACIÓN TOMADA DE LOS SISTEMAS DE COMPUTACIÓN

El número 2 del artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros establece:

Son facultades y funciones de la Superintendencia de Seguros:... Establecer un sistema de regulación, inspección, vigilancia, supervisión, control y fiscalización de la actividad aseguradora, reaseguradora, de producción de seguros y reaseguros y otras actividades conexas, que permita detectar oportunamente los problemas en cualquiera de sus integrantes, bajo los criterios de una supervisión preventiva y consolidada y adoptar las medidas tendentes a corregir la situación. A tales fines la Superintendencia de Seguros contará con las más amplias facultades, pudiendo solicitar a los entes controlados los datos, documentos, informes, libros, normas y cualquier información que considere conveniente. Así mismo, la Superintendencia de Seguros tendrá derecho a revisar *los archivos, expedientes* y oficinas de los *sujetos controlados*, incluyendo *sus sistemas de información y equipos de computación*, tanto en el sitio como a través de *sistemas remotos*, en este último caso dicho acceso será establecido mediante *un Reglamento dictado por el Ejecutivo Nacional, en el cual se garantizará el derecho a la defensa y a la privacidad* (las cursivas son nuestras).

La norma citada prevé, pues, que la Superintendencia de Seguros penetre, desde sistemas remotos, los sistemas de información y equipos de computación de los entes controlados por ella, para leer sus archivos.

Este proceder no toma en cuenta que los administrados tienen que tener conocimiento sobre las investigaciones de que son objeto y pueden reservarse cierta información, como por ejemplo las opiniones que les suministren sus abogados. En consecuencia, debería eliminarse esta disposición, que está en conflicto con el derecho a la privacidad y el derecho de defensa.

No basta decir, como indica la misma norma, que ese Despacho ejercerá tal atribución conforme a un reglamento, que preverá el respeto a ambos derechos. En efecto, la privacidad y el derecho a la defensa son materias que sólo pueden regularse mediante una ley, y no mediante un reglamento. Al respecto, invocamos los artículos 48, 49 (número 1), 60 y 156 (número 32) de la Constitución, cuyas partes relevantes son del siguiente tenor:

Se garantiza el derecho e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas. No podrán ser interferidas sino por orden de un tribunal competente...

El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones... administrativas... Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga...

Toda persona tiene derecho a la protección de su... vida privada, intimidad, confidencialidad...

Es de la competencia del Poder Público Nacional... la legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales...

Por las razones expuestas, el número 2 del artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros infringió la Constitución, al establecer que la Superintendencia de Seguros puede penetrar, desde sistemas remotos, los sistemas de información y equipos de computación de los entes controlados por ella, y al disponer que un mero reglamento, que tiene rango sub-legal, será el que establecerá lo relativo a la garantía del derecho a la defensa y a la privacidad, en relación con dicha penetración.

Tal como señalamos anteriormente, la Ley Habilitante permitió al Ejecutivo dictar decretos con fuerza de ley en materia de seguros para, entre otros asuntos, el siguiente:

Dictar medidas que regulen la actividad aseguradora *con la finalidad de conferir al organismo de control los medios adecuados para el ejercicio de sus funciones...* (las cursivas son nuestras).

Ahora bien, conferir al organismo de control tales medios presupone hacerlo dentro de los parámetros establecidos en la Constitución; pero es el caso que el citado número 2 del artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros infringió los artículos 48, 49 (número 1), 60 y 156 (número 32) constitucionales, antes transcritos.

También infringió la Ley sobre Protección de la Privacidad de las Comunicaciones, dictada en desarrollo de los citados artículos 48 y 60 de la Constitución, lo que pone todavía más de manifiesto la violación de dichas normas constitucionales.

En efecto, mediante la Ley sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 34.863 del 28 de noviembre de 1991, se establecieron ciertas condiciones que protegen del derecho a la privacidad establecido en la Constitución vigente. En este sentido, el artículo 1 de la mencionada Ley señala lo siguiente:

La presente Ley tiene por objeto proteger la privacidad, confidencialidad, inviolabilidad y secreto de las comunicaciones que se produzcan entre dos o más personas.

Dicha protección se extiende, obviamente, a los correos electrónicos y demás documentos confidenciales archivados en los sistemas de computación de las personas naturales y jurídicas que el decreto-ley aquí criticado pretende que la Superintendencia de Seguros penetre desde sistemas remotos.

Dicha protección tiene tanta fuerza, que el artículo 2 de la propia Ley sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones dispone, entre otras cosas, lo escrito seguidamente:

El que arbitraria, clandestina o fraudulentamente grabe o se imponga de una comunicación entre otras personas, la interrumpa o impida, será castigado con prisión de tres (3) a cinco (5) años...

Las normas anteriormente transcritas dan pie para sostener que el número 2 del artículo 10 del decreto-ley en comento es violatorio del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, consagrado tanto en la ley arriba mencionada como en la Constitución.

V. ATRIBUCIONES NORMATIVAS DE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS RELATIVAS A LAS RELACIONES CONTRACTUALES ENTRE LAS ASEGURADORAS Y SUS CLIENTES

La letra f del número 4 del artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros trata sobre lo siguiente:

Son facultades y funciones de la Superintendencia de Seguros:... Dictar *regulaciones* para la actividad aseguradora... tendentes a lograr:... Que en las *relaciones con los tomadores, los asegurados y los beneficiarios* se mantengan condiciones de igualdad y equidad (las cursivas son nuestras).

De modo que se prevé la posibilidad de que la Superintendencia de Seguros dicte regulaciones relativas a las relaciones entre las aseguradoras y sus clientes. Ahora bien, el contrato de seguro, que regula las referidas relaciones, forma parte de la reserva legal, fue regulado en el Código de Comercio y ahora está regulado en el Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro. De modo que la Superintendencia no puede dictar normas, que son de rango sub-legal, en relación con el contrato de seguro. Es por ello que la atribución prevista en la citada letra f del número 4 del artículo 10 es inconstitucional.

Nos explicamos:

Dado que el tema del seguro es materia de reserva legal, los contratos de seguro también son materia de reserva legal, de conformidad con el número 1 del artículo 187 y el número 32 del artículo 156 de la Constitución, antes citados. En consecuencia, hasta el 12 de noviembre de 2001, los contratos de seguro estuvieron regulados por el Código de Comercio, que es una ley propiamente dicha.

Ahora bien, tal como señalamos antes, el artículo 236, número 8, de la Constitución, contempla la habilitación al Poder Ejecutivo, por el Poder Legislativo, para dictar decretos con fuerza de ley o decretos-leyes; habilitación que se materializó en la Ley Habilitante, antes identificada, dentro de cuyo plazo el Ejecutivo podía dictar decretos-leyes en específicos aspectos de la actividad aseguradora y dentro de un cierto marco, siguiendo las directrices y atendiendo a los propósitos definidos por el Legislativo. También señalamos antes, que ningún decreto-ley podía ir más allá de lo previsto en la Ley Habilitante, pues ello implicaría una violación de los artículos 137 y 138 de la Constitución, anteriormente citados, que exigen a los órganos que ejercen el Poder Público sujetar sus actividades a las atribuciones que les corresponden, siendo la autoridad usurpada ineficaz y sus actos nulos. También hicimos referencia al tercer aparte del artículo 203 de la Constitución, del que se desprende que los decretos-leyes dictados conforme a las leyes habilitantes tienen necesariamente que sujetarse a las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan. Por último, mencionamos que la Ley

Habilitante, en su artículo 1, letra f, expresa que la correspondiente habilitación quedó limitada a una serie de materias. Pues bien, entre estas materias no se menciona, ni siquiera de manera indirecta, la regulación del contrato de seguro, y menos la atribución de facultades a la Superintendencia de Seguros para dictar normas respecto de la correspondiente relación contractual.

En efecto, el Poder Ejecutivo no fue autorizado por la Asamblea Nacional para legislar en materia del contrato de seguro, por lo que se excedieron los límites de la Ley Habilitante cuando, mediante un decreto-ley dictado con base sobre la misma, se pretendió delegar en la Superintendencia de Seguros la facultad de emitir normas sobre las relaciones entre las aseguradoras y los tomadores, los asegurados y los beneficiarios, como se pretende en la letra f del número 4 del artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros; con el agravante de que, ni siquiera una ley propiamente dicha, emitida por el Poder Legislativo, podría delegar en dicha Superintendencia tal facultad normativa, ya que el contrato de seguro es un tema que cae dentro de la reserva legal.

Fue así que, habiendo el Poder Legislativo autorizado al Ejecutivo para normar los temas sobre seguros previstos en la Ley Habilitante, que no incluyen el correspondiente contrato, en dicho decreto-ley, no obstante, se facultó al órgano de control para regular las relaciones privadas de seguro, que no sólo son un asunto distinto de los que fueron contemplados por la Asamblea Nacional, sino que, por ser materia de la reserva legal, es inconstitucional atribuir tales facultades normativas a la Superintendencia de Seguros.

En consecuencia, hubo y está previsto que siga habiendo una usurpación de funciones, ya que el Poder Ejecutivo, a nivel del Presidente de la República y sus Ministros, usurpó la función legislativa, y pretende seguir usurpándola a nivel de la Superintendencia de Seguros; ya que, ni los primeros, ni la segunda, tienen atribuciones para dictar normas sobre los contratos de seguro, y menos para que el primero delegue tales atribuciones en la segunda. Debió el Ejecutivo sujetarse estrictamente a las normas constitucionales y legales que autorizan su actuación, dentro del principio de legalidad o restrictivo de competencia. Además, el Ejecutivo Nacional incurrió en desviación de poder, puesto que utilizó la autorización prevista en la Ley Habilitante para un fin distinto del allí contemplado. Por lo tanto, el artículo citado es nulo.

Es más, dada la discrepancia entre la habilitación recibida y el decreto-ley que en definitiva fue dictado, el artículo criticado es, como máximo, una norma de rango sublegal, a pesar de estar contenida en un decreto que dice tener la fuerza de la ley; fuerza que no tiene en realidad, siendo el caso que se pretende invadir la reserva legal, lo que pone todavía más de manifiesto su nulidad.

Invocamos nuevamente los artículos de la Constitución y la doctrina de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, así como la de Gerardo Fernández; artículos y doctrina que citamos en el número 3 del presente trabajo.

El caso que nos ocupa es muy grave, pues la citada letra f del número 4 del artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros no se dictó de manera regular, sino fuera del ámbito de la habilitación emitida por la Asamblea Nacional, habiendo sido promulgada por el Ejecutivo Nacional para fines distintos a los determinados en la Ley Habilitante y que justificaron la correspondiente autorización; y, para colmo, dicha disposición dio a la Superintendencia mencionada una atribución normativa que es privativa del Legislativo, en una muy obvia invasión de la reserva legal; así que es evidente la inconstitucionalidad de la misma por usurpación de funciones y desviación de poder.

VI. APROBACIÓN PREVIA DE LAS PÓLIZAS, AVISOS DE SINIESTRO, FINIQUITOS Y OTROS ELEMENTOS

El número 6 del artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros dispone:

Son facultades y funciones de la Superintendencia de Seguros:... Aprobar los modelos de pólizas, recibos, solicitudes de seguro, finiquitos o recibos de indemnización, notificaciones de siniestros, anexos y demás documentos utilizados en ocasión de los contratos de seguros o las tarifas que usen las empresas de seguros en sus operaciones con el público, así como establecer aquellas que tienen carácter general y uniforme (las cursivas son nuestras).

En dicha norma se establece, pues, que la Superintendencia de Seguros aprobará previamente las pólizas y otros documentos empleados por las aseguradoras, así como las primas y comisiones correspondientes.

En el mismo orden de ideas, la primera parte del artículo 79 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros expresa lo siguiente:

Los modelos de pólizas, recibos, solicitudes de seguro, finiquitos o recibos de indemnización, notificaciones de siniestros, anexos y demás documentos utilizados en ocasión de los contratos de seguros o las tarifas que las empresas de seguros utilicen en sus relaciones con el público deberán ser aprobados previamente por la Superintendencia de Seguros. La solicitud deberá ser presentada a este Organismo con por lo menos treinta (30) días hábiles de anticipación a la fecha en la que pretendan ponerse en uso, el cual tendrá quince (15) días hábiles para decidir (las cursivas son nuestras).

Objetamos el requerimiento de que la Superintendencia de Seguros apruebe previamente las pólizas y otros documentos empleados por las aseguradoras, así como las primas y comisiones correspondientes.

Adicionalmente, en la primera parte del artículo 80 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros se expresa:

Las tarifas aplicables por las empresas de seguros deberán ser aprobadas previamente por la Superintendencia de Seguros, para lo cual serán presentadas con treinta (30) días hábiles de anticipación a la fecha en que las empresas de seguros pretendan utilizarlas...

Allí se ratifica, pues, que la Superintendencia de Seguros aprobará previamente las tarifas de las aseguradoras.

Por último, el artículo 81 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros dispone:

La Superintendencia de Seguros podrá permitir mediante normas de carácter general el uso de pólizas, tarifas y demás documentos indicados en los artículos precedentes, *sin la aprobación previa* de la Superintendencia de Seguros, cuando las condiciones jurídicas y económicas lo justifiquen. Sin embargo, los mismos deberán ser presentados a la Superintendencia de Seguros con por lo menos cinco (5) días hábiles de anticipación a la fecha en la que pretendan ponerse en uso, con todos aquellos soportes y anexos que se exijan en la providencia que se dicte.

Igualmente la Superintendencia de Seguros *podrá dejar sin efecto la liberación* y ordenar que dichos documentos y tarifas les sean sometidos nuevamente a su aprobación. (Las cursivas son nuestras).

De modo que dicho artículo prevé la posibilidad de exoneración del requisito de aprobación previa y que luego tal exoneración sea objeto de revocación.

Esto, francamente, no es serio; y, además, crea problemas de inseguridad jurídica, por ejemplo: ¿qué pasa si una aseguradora emite ciertas pólizas no autorizadas durante el período de liberación y luego de reinstaurada la necesidad de autorización desea continuarlas emitiendo?

El artículo 248 del mismo decreto-ley ordena de manera muy confusa la entrega de lo siguiente:

Los sujetos sometidos al artículo 1 de este Decreto Ley deberán entregar a los tomadores, los asegurados o los beneficiarios *recibos detallados de los servicios prestados* y no podrán obligar a los tomadores, los asegurados o los beneficiarios a reconocer los servicios recibidos o al otorgamiento de finiquitos a través de cualquier medio, sin que los mismos estén debidamente especificados (las cursivas son nuestras).

Ahora bien, en cuanto respecta a las aseguradoras, es el caso que, estrictamente hablando, éstas no prestan servicios a los tomadores, asegurados o beneficiarios, a menos que se considere que la cobertura de seguros es un servicio *latu sensu*. Aún así, no se entiende cómo pueden las aseguradoras emitir recibos por los servicios (sic) de cobertura que prestan. Es posible que lo que se quiso decir es que las aseguradoras deben entregar a los tomadores las facturas por los mismos servicios. Otra posibilidad es que se quisiera decir que las aseguradoras deben emitir recibos por el precio de tales servicios. En este caso, se trataría de los famosos recibos de prima, que se encuentran entre los documentos que requieren aprobación previa de la Superintendencia de Seguros.

Otro de los decretos-leyes dictados supuestamente en ejecución de la Ley Habilitante fue el Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro. Su artículo 2 establece que las normas de este último decreto-ley son imperativas, a menos que en alguna de ellas se disponga lo contrario. Al respecto, este artículo no permite a las partes del contrato de seguro celebrar convenios que contraríen casi ninguna de las disposiciones legales, ya que dispone principalmente que:

Las disposiciones contenidas en el presente Decreto Ley son de carácter imperativo, a no ser que en ellas se disponga expresamente otra cosa...

Ahora bien, la Ley Habilitante, en su artículo 2, exige lo siguiente, como una manera de controlar que se dé cumplimiento al marco, propósito y directriz que ella misma estableció, de conformidad con el citado tercer aparte del artículo 203 de la Constitución:

Todos los Decretos que sean dictados en ejecución de esta Ley, deberán ser acompañados de su respectiva Exposición de Motivos.

En consecuencia, la exposición de motivos del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro fue publicada en la misma gaceta oficial en la que éste se publicó, es decir, en la *Gaceta Oficial* Extraordinaria N° 5.553 de fecha 12 de noviembre de 2001. Esta exposición de motivos expresa textualmente lo siguiente:

...el presente Decreto Ley queda plenamente justificado, ya que está basado en las modernas tendencias de supervisión, que lo orientan hacia un enfoque de supervisión preventiva, el cual *implica la eliminación de controles previos por parte de la Superintendencia de Seguros, dentro de los cuales se ubica la aprobación previa de los contratos de seguros...* hace imprescindible que exista un marco normativo que regule las relaciones contractuales para garantizar un verdadero equilibrio entre las partes contractuales (las cursivas son nuestras).

Sin embargo, el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, en el número 6 del artículo 10, y en los artículos 79, 80 y 81, todos ellos antes citados, establece expresamente que el contrato de seguro y la documentación complementaria del mismo deben ser autorizados por la Superintendencia de Seguros, así como las tarifas correspondientes, contrariamente a lo afirmado en la exposición de motivos del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro, igualmente citada.

Queda claro que se frustró uno de los cometidos alegados respecto del cambio de legislación. En efecto, uno de los propósitos de modificar el régimen legal era supuestamente la eliminación del requisito de someter los contratos de seguro y los documentos y tarifas correspondientes a la aprobación de la Superintendencia de Seguros, antes de ofrecerlos al público; es decir, se quería la supresión del requerimiento de supervisión previa o control *a priori* de las pólizas, contenido en la ley derogada.

La aparición extraña y sorpresiva de dicho control *a priori*, en los artículos antes transcritos, contraría la igualmente transcrita exposición de motivos, que debería ser un elemento importante en la determinación del respeto a los límites establecidos en la Ley Habilitante, que alegamos fueron violados.

En dichos artículos, no obstante lo indicado en la referida exposición de motivos, se mantuvo el tradicional y criticadísimo requisito de autorización *a priori* del precio y del articulado de las pólizas por dicha Superintendencia, que entraba el funcionamiento dinámico del mercado asegurador y afecta la sana competencia. Paradójicamente, la misma exposición de motivos, que tiene apenas una página, emplea las palabras siguientes: *innovaciones, tendencias actuales de los mercados y de las leyes, moderno sistema asegurador que requiere la República, modernas tendencias, modernas tendencias en esta materia, innovación, nuevas modalidades...*

Además, es menester señalar que los citados artículo 10, número 6, y artículos 79, 80 y 81, llegan al exceso de exigir que, en adición a los modelos de pólizas, se obtenga autorización para los anexos y recibos de prima. Pero esto no queda allí, ya que estas mismas disposiciones requieren la aprobación de documentos que son anteriores o posteriores a la póliza, como lo son las solicitudes, avisos de siniestro y finiquitos o recibos de indemnización. La exigencia de dicho control previo es absurda y anacrónica. Tal absurdo se pone en evidencia si se toma en cuenta la difícil situación en que se coloca al asegurado que quiere reportar un siniestro, con toda la urgencia que ello conlleva, y que, no obstante, tiene que hacerlo según un formato aceptable para el órgano regulador.

La discrepancia entre la exposición de motivos mencionada y los artículos citados, aunada a la exigencia contenida en la Ley Habilitante, de que los decretos-leyes tengan la correspondiente exposición de motivos, pone en evidencia que el Ejecutivo excedió la habilitación recibida.

Resultan, pues, aplicables los artículos de la Constitución, así como la doctrina de Gerardo Fernández y de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, citados, todos ellos, en el número 3 del presente trabajo.

El artículo 79 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros también expresa lo siguiente:

Las pólizas, recibos, solicitudes de seguro, finiquitos o recibos de indemnización, notificaciones de siniestros, anexos y demás documentos o tarifas que no hayan sido aprobadas previamente por la Superintendencia de Seguros o la modificación de aquellos que hayan sido aprobados serán nulos en lo que perjudiquen al tomador, al asegurado o al beneficiario, en cuyo caso se aplicarán las condiciones aprobadas (las cursivas son nuestras).

El requisito de aprobación *a priori* de las pólizas y otra documentación utilizada por las aseguradoras y sus clientes, incluyendo los anexos y los recibos de prima, así como ciertos documentos anteriores o posteriores al contrato de seguro, tales como las solicitudes de seguro, los avisos de siniestro y los recibos o finiquitos de indemnizaciones por siniestros, lo mismo que las tarifas, todo ello de conformidad con el artículo 10 número 6 y los artículos 79, 80 y 81, es un exabrupto, con el agravante de que la falta de la autorización previa requerida da lugar a la nulidad del documento de que se trate, en cuanto perjudique a tomador, asegurado o beneficiario. A pesar de esta aparente protección a los clientes de las empresas de seguros, la absurda exigencia de los artículos citados no sólo la sufrirán las aseguradoras, sino que el formalismo excesivo obrará en perjuicio de todos los tomadores, asegurados y beneficiarios de seguros, quienes, por ejemplo, no deberían reportar un siniestro con una simple comunicación escrita, como ha sido siempre, sino que tendrían que dirigirse primero a la aseguradora correspondiente, para que ésta les dé el modelo de aviso de siniestro aprobado por la Superintendencia, llenarlo y entregárselo a la compañía de seguros de que se trate, ya que a las aseguradoras no les quedará más remedio que hacer cumplir la exigencia legal, aún en perjuicio de una relación fluida con sus clientes.

Tal como lo señalamos antes, la Superintendencia de Seguros organizó una serie de reuniones con miembros del Consejo Nacional de Seguros, a los efectos de analizar el Segundo Anteproyecto elaborado por dicho Despacho; reuniones éstas que fueron documentadas en actas, firmadas por los asistentes. Pues bien, la primera de estas actas indica entre otras cosas lo siguiente:

La ciudadana Morelia Corredor (titular de la Superintendencia) indicó que ambos proyectos (la regulación de los contratos y la regulación de las empresas) deben ir conjuntamente (en el denominado Segundo Anteproyecto), no pueden desligarse porque *se pasa de la supervisión previa a la supervisión preventiva y... eliminar el control sobre las pólizas* sólo puede hacerse si se tiene un instrumento que regule claramente el contrato de seguro (los paréntesis y las cursivas son nuestras).

De modo que la Superintendente de Seguros, comentando uno de los antecedentes remotos del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, coincide con la exposición de motivos del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro, en cuanto a que la modernización de la legislación en materia aseguradora, en razón de la cual el Legislativo autorizó al Ejecutivo para que dictara decretos-leyes en esta materia, implica, necesariamente, establecer una supervisión preventiva, eliminando el control previo del Estado sobre las pólizas y elementos relacionados.

También coincide con lo anterior la exposición de motivos del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, aunque la misma es más parca que la exposición de motivos del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro, antes transcrita. En efecto, la exposición de motivos del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros solamente pregona la necesidad de lo siguiente, sin dar más detalles sobre el tema que nos ocupa:

...una supervisión preventiva, que garantice el cumplimiento de los derechos del asegurado...
(las cursivas son nuestras).

Esta coincidencia contrasta con la circunstancia de que, no sólo las pólizas, sino también los documentos que las preceden y los documentos que les siguen, relativos a la relación contractual entre asegurado y asegurador, así como el precio correspondiente, deban, todos ellos, incluyendo los modelos de aviso de siniestro, ser aprobados previamente por la Superintendencia de Seguros, bajo pena de nulidad. Esta exigencia no

tiene nada que ver con los objetivos que se propuso el legislador en la Ley Habilitante, tal como los interpretó el Ejecutivo en las dos exposiciones de motivos antes transcritas, así como la Superintendente de Seguros, en el acta igualmente transcrita. Se quería mejorar el control, que no debía consistir en una aprobación previa, sino en un control preventivo, así como llenar lagunas y facilitar la integración de empresas; pero lo que se hizo fue establecer un requisito de aprobación previa tan exigente, que ponerlo en ejecución es absurdo; además de que va en sentido contrario de las modernas tendencias universales.

VII. FACULTAD DE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE ORDENAR SUSPENDER O REVERTIR OPERACIONES

El número 12 del artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros dispone:

Son facultades y funciones de la Superintendencia de Seguros:... Ordenar la *suspensión o revertir* operaciones determinadas cuando, fueren ilegales, se hubieren ejecutado en fraude a la ley, no hubieren sido debidamente autorizadas, o pudieren afectar el funcionamiento de las empresas y demás sujetos regulados a que se refiere el artículo 1 de este Decreto Ley. En caso de que se afecten los derechos adquiridos por terceros, los mismos deben ser indemnizados por el causante del daño (las cursivas son nuestras).

Así que esta norma faculta a la Superintendencia de Seguros para ordenar suspender o revertir ciertas operaciones por considerarlas ilegales o fraudulentas. Sin embargo, ello debería ser decidido por un juez, y no por dicha Superintendencia. Efectivamente, no corresponde a ese Despacho declarar la ilegalidad o el fraude en relación con ningún contrato, salvo que las partes soliciten del Superintendente que actúe como árbitro. De modo que la determinación a que se refiere la norma citada corresponde a la autoridad judicial o arbitral; la cual, al establecer si hubo fraude o violación de ley, deberá velar por la estabilidad y seguridad de las relaciones jurídicas privadas, respetando a las personas de buena fe, cuyos derechos merecen protección. No basta decir, como lo expresa dicha norma, que, cuando se afecten derechos de terceros, éstos serán indemnizados por el causante del daño. Además, el causante del daño puede ser el propio Superintendente.

La función de administrar justicia está atribuida al Poder Judicial e incluye dilucidar controversias entre particulares respecto de, por ejemplo, los contratos en que éstos son parte. Un órgano del Poder Ejecutivo, como lo es esa Superintendencia, puede ejercer dichas funciones, pero sólo si le corresponde desempeñarse como árbitro. Ahora bien, el mismo Despacho, atendiendo las funciones de control y supervisión que le son propias, como ente del Poder Ejecutivo, no debería suspender o revertir contratos que estima fraudulentos o ilegales. En efecto, para esto se requeriría de un procedimiento en el que interviniesen las partes de cada contrato cuestionado, una de las cuales -en principio- no está sujeta al control y supervisión de la Superintendencia, tiene el derecho a defenderse ante su juez natural y no está obligada a someterse al dictamen de dicho Despacho en cuanto a fraudes e ilegalidades presentes o no en los contratos por ella celebrados, cuyo conocimiento corresponde a las autoridades judiciales o eventualmente arbitrales. Cuando dicha norma expresa que, si se afectasen derechos de terceros, éstos serán indemnizados por el causante del daño, está partiendo de la premisa de que la Superintendencia puede declarar que, por ejemplo, un contrato de compraventa es

ilegal o fraudulento, suspendiéndolo o revirtiéndolo, aunque ello produzca un daño al comprador y sus causahabientes; siendo el caso que dicho Despacho está constitucionalmente impedido de hacer semejante declaratoria.

En consecuencia, el número 12 del artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros infringe el artículo 49 de la Constitución, que consagra el derecho de defensa y al debido proceso, precisando que toda persona tiene derecho a ser enjuiciada por sus jueces naturales.

La Sala Constitucional señaló, en relación con el derecho de la defensa y al debido proceso, lo siguiente (Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia de fecha 24-03-2000, Exp. N° 00-0056):

Como el ser juzgado por el juez natural es una garantía judicial, y un elemento para que pueda existir el debido proceso, la abrogada Constitución de 1961 en su artículo 69, así como la vigente en su artículo 49, consagran el derecho de las personas naturales o jurídicas de ser juzgadas por dicho juez, quien además debe existir como órgano jurisdiccional con anterioridad a los hechos litigiosos sin que pueda crearse un órgano jurisdiccional para conocer únicamente dichos hechos después de ocurridos. El citado artículo 49 de la vigente Constitución es claro al respecto: En su numeral 4, reza:

Artículo 49: El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia: Omissis...

4. Toda persona tiene derecho a ser juzgado por sus jueces naturales...

La comentada garantía judicial, es reconocida como un derecho humano por el artículo 8 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica y por el artículo 14 de la Ley Aprobatoria de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Esta garantía judicial es una de las claves de la convivencia social y por ello confluyen en ella la condición de derecho humano de jerarquía constitucional y de disposición de orden público, entendido el orden público como un valor destinado a mantener la armonía necesaria y básica para el desarrollo e integración de la sociedad.

VIII. INTERVENCIÓN DE LA CASA MATRIZ O DE OTRAS SOCIEDADES RELACIONADAS CON LA EMPRESA EN DIFICULTADES

El número 13 del artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros dispone:

Son facultades y funciones de la Superintendencia de Seguros:... Acordar, en los casos previstos en la ley, la intervención de las empresas de seguros y las de reaseguros, de las sociedades de corretaje de seguros y las de reaseguros, y resolver y decidir sobre su liquidación. Esta facultad podrá ser ejercida también sobre las personas u organizaciones financiadoras de primas o sobre cualquier *compañía matriz*, subsidiaria o *relacionada* de una empresa de seguros o de reaseguros o de un productor de seguros o de reaseguros, cuando ello sea necesario dentro de los procesos de intervención de algunos de los sujetos indicados en el artículo 1 de este Decreto Ley.

De modo que faculta a la Superintendencia de Seguros para intervenir y ordenar la liquidación de cualquier compañía relacionada o incluso de la casa matriz de una sociedad en dificultades. Esto es excesivo. Por un lado, la palabra *relacionada* peca de imprecisión y ambigüedad. Se debió hacer alusión, y no se hizo, a otro concepto legal, a

saber: la noción de grupo económico, referida al sector asegurador, que es una figura jurídica nueva, similar a la de grupo financiero en la legislación bancaria, que fue consagrada y definida en el mismo decreto-ley, pero olvidada en el artículo que comentamos. Tal imprecisión y ambigüedad atentan contra el derecho de la defensa y al debido proceso. Por otro lado, intervenir u ordenar liquidar la casa matriz no tiene mayor sentido. Piénsese, por ejemplo, en una compañía matriz sana entre cuyas muchas filiales se encuentra una aseguradora en dificultades. ¿A cuenta de qué va dicha Superintendencia a intervenir u ordenar la liquidación de dicha compañía matriz? Este Despacho no puede afectar el derecho de propiedad correspondiente a los accionistas de dicha matriz, como inversionistas, ni afectar la operación de una compañía sana, como lo es la matriz, si fuere el caso. A esto se añade la peculiar situación en que se encontraría el mismo Despacho, si las acciones de la compañía de seguros en dificultades son propiedad de una casa matriz constituida y domiciliada en el exterior.

En consecuencia, el número 13 del artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros infringe el artículo 49 de la Constitución, que consagra el derecho de defensa y al debido proceso, y el artículo 115 de la Constitución, que consagra el derecho de propiedad. Este último artículo señala que la ley puede establecer limitaciones a la propiedad, pero sólo “con fines de utilidad pública o interés general”; siendo el caso que las atribuciones establecidas en el citado número 13 del artículo 10 no obedecen a tal utilidad o interés. Estas atribuciones tienen que ver, más bien, en cuanto concierne a la mención de la casa matriz, con una concepción equivocada de lo que debe ser una intervención; y, en cuanto concierne a la mención de las relacionadas, con una mala técnica legislativa, pues se debió utilizar la figura del grupo económico.

IX. DEFENSA EN LOS PROCEDIMIENTOS ANTE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS

El artículo 11 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros dispone, entre otras cosas, lo siguiente:

Practicada la notificación o suscrita el acta especial se abrirá un lapso... de *diez (10) días* hábiles para la presentación de los *alegatos y pruebas* (las cursivas son nuestras).

De modo que se prevé que, en los procedimientos ante la Superintendencia de Seguros, los administrados tengan un plazo de apenas diez (10) días para presentar alegatos y pruebas. Esto es excesivamente breve. Además, contrasta con el plazo de treinta (30) días de que dispone dicho Despacho para decidir.

El encabezado y el número 2 del artículo 267 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, por su parte, disponen lo siguiente:

La empresa de seguros o la de reaseguros que... eluda, retarde o deje de cumplir sin causa justificada, sus obligaciones para con los asegurados o los beneficiarios, incluyendo sus obligaciones con proveedores o prestadores de servicios derivadas de contratos de seguros, dentro de las condiciones y plazos legales o contractuales aplicables, será sancionada con multa de mil quinientas unidades tributarias (1.500 U.T.) a dos mil unidades tributarias (2.000 U.T.), en caso de retardo o rechazo genérico y de dos mil unidades tributarias (2.000 U.T.) a dos mil quinientas unidades tributarias (2.500 U.T.)...

A los fines de este artículo se seguirá el siguiente procedimiento:...

Si en la oportunidad fijada no se lograra un acuerdo entre las partes y siempre que la Superintendencia de Seguros considere que existen indicios de que la empresa se encuentra en los supuestos establecidos en este artículo, iniciará el procedimiento establecido en el artículo 11 del presente Decreto Ley.

Esta última norma está mal concebida, pues parte de la premisa de que las reaseguradoras, que pueden ser sancionadas conforme a la misma, asumen obligaciones mediante contratos de seguro frente a los tomadores, asegurados o beneficiarios; olvidando que, en principio, las reaseguradoras lo que suscriben son contratos de reaseguro y con quien tienen relación es con las aseguradoras. Ahora bien, esta última norma deja claro que, si una aseguradora es denunciada ante la Superintendencia de Seguros por un tomador, asegurado o beneficiario, alegando no haber cumplido un contrato de seguro, aquélla puede defenderse de la denuncia presentada por éste; luego de lo cual dicho Despacho, en caso de que considere procedente tal denuncia, puede imponer una sanción pecuniaria a la aseguradora denunciada. El plazo para la defensa que puede presentar esta última conforme al citado artículo 267, a raíz de la denuncia interpuesta por el tomador, asegurado o beneficiario denunciante, es el mismo lapso previsto en el citado artículo 11, es decir, diez (10) días, que es un período único para los alegatos y las pruebas.

De modo que, en los casos en que quepa aplicar el citado artículo 11, directamente o por remisión del también citado artículo 267, la persona natural o jurídica sujeta al control de la Superintendencia de Seguros dispone de un plazo de apenas diez (10) días para defenderse, dentro del cual ha de presentar sus alegatos y sus pruebas.

Diez (10) días como plazo único para la defensa, tanto en cuanto a los alegatos, como en cuanto a las pruebas, resulta insuficiente, particularmente si se trata de temas que revisten cierta complejidad, sobre todo si existen dos versiones distintas, presentadas por dos personas diferentes, respecto de las cuales la Superintendencia de Seguros deba tomar una decisión. En efecto, dado que el citado artículo 267 remite al también citado artículo 11, dicho plazo único se aplica cuando un tomador, asegurado o beneficiario de una póliza hace valer ante dicha Superintendencia que una empresa de seguros ha eludido, retardado o dejado de cumplir, sin causa justificada, sus obligaciones para con aquél, derivadas del contrato correspondiente; en cuyo caso la Superintendencia, conforme a ambos artículos, deberá emitir una decisión tomando en cuenta la poca información que pueda llevarle la aseguradora en apenas diez (10) días.

Por ejemplo, si ocurre un siniestro en una planta industrial, generalmente se discuten importantes montos de dinero y pueden existir temas complejos que dilucidar, como podría ser todo lo relativo a la causalidad. En un caso como éste, si el beneficiario de la póliza acude a dicha Superintendencia con el alegato de que la aseguradora está retrasando o eludiendo los pagos, la aseguradora tendrá la carga de alegar y demostrar que el siniestro no está cubierto, o que no está cubierto en su totalidad. Semejante carga de alegación y prueba no puede ser satisfecha en tan sólo diez (10) días.

Para determinar si existe una obligación incumplida, los plazos para defenderse deben ser suficientes. Cuando el citado artículo 267 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros remite al artículo 11 del mismo decreto-ley, que prevé que, en los procedimientos ante la Superintendencia de Seguros, los administrados tengan un plazo de diez (10) días para presentar tanto los alegatos como las pruebas, se comete una arbitrariedad. En efecto, este lapso es excesivamente breve, y contrasta con los plazos de veinte (20) días para presentar alegatos y quince (15) días para promover pruebas, previstos en el Código de Procedimiento Civil.

Dichas normas vulneran, pues, el derecho a la defensa sobre la base de la garantía al debido proceso, consagrado en el artículo 49 de la Constitución. En consecuencia, los artículos 11 y 267 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros deberían ser declarados nulos.

En este sentido, invocamos la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual tiene jerarquía constitucional de conformidad con el artículo 23 de la Constitución. Dicha convención establece, en su artículo 8 (*garantías jurídicas*), número 2, letra C, lo siguiente:

Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:...

Concesión al inculpado del *tiempo* y de los medios adecuados para la preparación de su defensa (el resaltado es nuestro).

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, está fuera de toda duda que un elemento de crucial importancia en relación con el derecho de la defensa, sin el cual este derecho, de rango constitucional, es menoscabado, lo constituye disponer del tiempo adecuado para la preparación de la defensa.

Por otra parte, cuando el artículo 267 establece multas para las empresas de seguros que dejen de cumplir sus obligaciones para con sus clientes, es decir, los tomadores, asegurados y beneficiarios, está estableciendo una sanción en relación con las discrepancias que existan entre las partes del contrato de seguro, en relación con el cumplimiento o no cumplimiento del mismo.

Ahora bien, en primer lugar, la Ley Habilitante facultó al Ejecutivo para legislar con la finalidad de conferir a la Superintendencia los medios adecuados para el ejercicio de sus funciones; de llenar vacíos normativos en las materias concretas mencionadas en la misma Ley Habilitante; y de normar la fusión de las empresas de seguros u otras fórmulas tendientes a la redimensión y fortalecimiento del sector asegurador. Son éstos, y no otros, los aspectos contemplados por la Ley Habilitante, en su artículo 1, letra f, que no menciona la posibilidad de legislar sobre el contrato de seguro, ni sobre las relaciones entre las partes de dicho contrato. Así que el citado artículo 267 adicionalmente infringe la Ley Habilitante y, por lo tanto, infringe las disposiciones constitucionales anteriormente citadas, en virtud de las cuales el Legislativo puede autorizar al Ejecutivo para que emita decretos-leyes. Son, por lo tanto, aplicables los artículos de la Constitución y la doctrina de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, así como la de Gerardo Fernández, citados en el número 3 del presente trabajo.

En segundo lugar, las controversias entre las aseguradoras y su contraparte en los contratos de seguro deberían ser resueltas judicialmente, o mediante arbitraje. No se debió establecer un procedimiento sancionatorio ante la Superintendencia. Esto se presta para que la Superintendencia llegue a una conclusión y el juez o árbitro a otra, en relación con la misma obligación alegadamente incumplida. Nuevamente, se infringe el artículo 49 de la Constitución, que no sólo consagra el derecho de defensa y al debido proceso, sino que también precisa que toda persona tiene derecho a ser enjuiciada por sus jueces naturales; así como las numerosas disposiciones constitucionales que establecen la separación de poderes y fijan las funciones del Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. Hay que tomar en cuenta los gravísimos problemas que resultarían de aplicar el citado artículo 267, tal como fue concebido: en primer término, pueden existir contradicciones entre lo decidido judicialmente en los juicios relativos a las relaciones contractuales entre las aseguradoras y sus clientes, y lo decidido administrativamente en

estos procedimientos sancionatorios ante la Superintendencia relativos a las mismas controversias entre las aseguradoras y sus clientes con motivo de obligaciones alegadamente incumplidas entre las partes; y, en segundo término, estos últimos procedimientos están estructurados de manera tal que no se respeta la necesidad de que los plazos para defenderse sean suficientes, siendo evidentemente cuestionable un plazo de apenas diez (10) días para presentar tanto los alegatos como las pruebas, lapso que, repetimos, es mucho más breve que los plazos de veinte (20) días para presentar alegatos y quince (15) días para promover pruebas (sin contar los períodos para su admisión, oposición y evacuación), aplicables en el juicio ordinario.

Finalmente, el artículo 267 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros regula las relaciones de las aseguradoras con, entre otras, las siguientes personas: “proveedores o prestadores de servicios” respecto de “obligaciones... derivadas de contratos de seguros”. Esta norma se refiere a entes tales como centros asistenciales de salud y talleres mecánicos de reparación de vehículos, que atienden a las personas cuya salud o cuyos vehículos están asegurados. Dicho artículo establece multas para las empresas de seguros que dejen de cumplir sus obligaciones para con tales talleres, clínicas u otros proveedores, y se refiere al procedimiento correspondiente, aplicándose el citado plazo de diez (10) días para defenderse. Ahora bien, el interés del Estado de proteger a los tomadores, asegurados y beneficiarios de seguros, por ser considerados un débil jurídico y económico, podría justificar el régimen de favor concedido a éstos, en su relación con las aseguradoras. En consecuencia, no tiene ningún sentido ampliar tal protección para que abarque a otras personas, como los talleres y las clínicas. En efecto, en sana lógica, estos últimos deberían relacionarse con las empresas de seguros de conformidad con las mismas reglas que se aplican a sus relaciones con cualquier otro sujeto de derecho que no tenga la condición de asegurador.

Cuando el artículo 267, antes citado, reguló la relación contractual entre las aseguradoras y las clínicas, los talleres y otros prestadores de servicios, incurrió nuevamente en un exceso respecto de la habilitación dada por el Poder Legislativo al Ejecutivo. En efecto, el Ejecutivo Nacional no fue autorizado, por la Asamblea Nacional, para legislar en relación con la vinculación entre las aseguradoras y los talleres o las clínicas, ni tampoco con respecto a la vinculación entre éstos y los asegurados; no existiendo ni siquiera el más leve nexo entre estos temas y los temas contemplados en la Ley Habilitante, la cual, insistimos, persigue conferir a la Superintendencia los medios adecuados para el ejercicio de sus funciones, llenar vacíos normativos en las materias expresamente mencionadas allí y regular la fusión de las empresas de seguros y otras modalidades para la redimensión y fortalecimiento del sector asegurador. La circunstancia de que exista una disposición nueva, como la citada, que somete a las empresas de seguros a un procedimiento en relación con los reclamos de sus proveedores, pudiendo incluso ser multadas a solicitud de éstos, es otra intromisión normativa de la Presidencia de la República en un área que va mucho más allá de la regulación autorizada por la Asamblea Nacional.

X. INHABILITACIONES CUESTIONABLES

El número 4 del artículo 13 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros establece lo siguiente:

“o podrá ser Superintendente de Seguros:... Quienes hayan sido Presidente, Directores o Administradores de empresas que durante el ejercicio de sus cargos hayan sido objeto de *suspensión, intervención o liquidación* por parte de la Superintendencia de Seguros (las cursivas son nuestras).

Esta inhabilitación debe quedar supeditada, cuanto menos, a una relación causal entre la actuación del aspirante a Superintendente y la referida suspensión, intervención o liquidación. En efecto, no se justifica establecer una limitación respecto de individuos a quienes no se les ha imputado ningún hecho reprochable, si fuere el caso.

Es necesario que la sanción de inhabilitación a que se refiere la norma arriba transcrita sea individualizada, en el sentido de que su aplicación recaiga sobre sujetos concretos a los que se imputan hechos reprochables específicos. Tal individualización, olvidada por la disposición citada, estaría orientada a que dicha sanción fuese impuesta únicamente a quienes resultasen responsables de hechos cuestionables, y no a la generalidad de personas que puedan encontrarse dentro de la situación prevista en dicha norma, aunque no tengan nada que reprocharse. El respeto a la necesidad de individualizar la sanción en cabeza de los responsables sería lo que permitiría que se cumpliera el fin de tal inhabilitación, que es, justamente, evitar que sujetos no idóneos se desempeñen como Superintendente de Seguros.

Cuando a una persona, mediante un decreto-ley, se le pretende inhabilitar para desempeñar una función pública de manera automática, por el mero hecho de haber estado vinculada a una empresa liquidada o intervenida o cuya licencia haya sido suspendida, sin dar a esta persona la oportunidad de defenderse, se infringe la Constitución. Al negar la defensa de esta persona, se está cometiendo una injusticia y un atropello, pues, sin que medie procedimiento alguno, se le está limitando de por vida, sin darle la oportunidad de alegar y probar, por ejemplo, que fue llamada a ayudar a la empresa *in extremis*, justamente para tratar de sanearla y evitar tal suspensión, intervención o liquidación.

Por otra parte, no puede la norma anteriormente transcrita establecer una inhabilitación de por vida, en virtud de la siguiente prohibición constitucional (artículo 44, número 3):

No habrá condenas a penas perpetuas.

La necesidad de que la inhabilitación sea temporal y de que esté precedida por un procedimiento fue parcialmente reconocida por otro artículo del mismo decreto-ley, a saber:

El número 6 del artículo 51 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros establece lo siguiente:

Quedarán impedidos temporalmente para ser promotores, accionistas principales, presidentes, administradores, directores, auditores internos o externos, contables o de sistemas, actuarios independientes, actuarios de empresas de seguros o de reaseguros o de sociedades de corretaje de seguros o de reaseguros, quienes:... Tengan responsabilidad en los hechos que originaron la aplicación de medidas prudenciales, la intervención o liquidación de la empresa en la que se encontraban desempeñando sus funciones, previa demostración de su responsabilidad sobre los hechos que dieron lugar a las situaciones antes referidas, en los cinco (5) años siguientes a la fecha de la decisión (las cursivas son nuestras).

No obstante, en la norma que acabamos de citar se incurrió, también, en excesos, que igualmente la hacen inconstitucional.

En efecto, establecer una causal de inhabilitación por haber tenido responsabilidad, respecto de entes que hayan sido intervenidos o liquidados, o que hayan sido objeto de medidas prudenciales, siempre que haya sido demostrada judicialmente tal responsabilidad, nos lleva a hacer la siguiente afirmación: basta ser, por ejemplo, objetiva y civilmente responsable de algún hecho relacionado con la intervención, liquidación o medida de que se trate, para quedar inhabilitado. Dado que se podría tratar de una responsabilidad civil objetiva, es decir, una responsabilidad patrimonial sin culpa, sostenemos la inconstitucionalidad de esta norma, que establece una limitación respecto de individuos a quienes no se les ha imputado ningún hecho reprochable.

Por otra parte, en los números 2 y 4 del mismo artículo 51 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros se estableció lo siguiente:

Quedarán impedidos temporalmente para ser promotores, accionistas principales, presidentes, administradores, directores, auditores internos o externos, contables o de sistemas independientes, actuarios de empresas de seguros o de reaseguros o de sociedades de corretaje de seguros o de reaseguros, quienes:... Estén sometidas al beneficio de atraso y los fallidos no rehabilitados... Hayan sido objeto de un auto ordenando el inicio de un juicio por hechos relacionados con la actividad financiera, mientras no se dicte sentencia absolutoria o el sobreseimiento de la causa definitivamente firme expedida por los órganos jurisdiccionales (las cursivas son nuestras).

En primer lugar, el mero hecho de que las personas sean “sometidas al beneficio de atraso”, acarrea inhabilitación. Sin embargo, ser sometido al beneficio de atraso significa, simplemente, haber atravesado una dificultad económica, en razón de lo cual se necesitó un plazo para cumplir las obligaciones contraídas. El beneficio de atraso es distinto de la quiebra, pues no existe una situación de insolvencia, ni se plantea la liquidación de la empresa, sino que simplemente existe la necesidad de cierto tiempo (máximo un año, susceptible de prórroga) para organizarse a fin de ponerse al día con los acreedores.

En segundo lugar, una de las causales de inhabilitación es haber “sido objeto de un auto ordenando el inicio de un juicio por hechos relacionados con la actividad financiera”. Esto no es razonable, puesto que la persona debe ser considerada inocente de los hechos que se le imputen hasta que se declare judicialmente lo contrario.

En tercer lugar, una persona que, por ejemplo, se atrasó en sus pagos o está siendo enjuiciada sin haber sido condenada, no tiene por qué ser inhabilitada. En todo caso, la inhabilitación debería venir precedida de un procedimiento previo, respetuoso del derecho de la defensa.

Todo esto nos lleva a sostener que los artículos 13 y 51 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros son, ambos, inconstitucionales; porque limitan el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y a desempeñarse económicamente con libertad de las personas naturales o jurídicas afectados por los mismos, que no pueden ejercer las funciones públicas y privadas allí previstas, aunque no tengan nada que reprocharse, y, en la mayor parte de los casos, sin ni siquiera darles la oportunidad de defenderse. Esta limitación está reñida con el derecho a defenderse, al libre desenvolvimiento de la personalidad y a desempeñarse económicamente con libertad, plasmados en los artículos 49, 20 y 112 de la Constitución.

De los artículos 20 y 112 constitucionales se desprende, respectivamente, que las limitaciones al libre desempeño de la personalidad y de la actividad económica profesional de las personas sólo pueden resultar, respectivamente, en razón “del derecho de las demás y del orden público o social”, o “por razones de desarrollo humano, seguridad,

sanidad, protección del ambiente y otras de interés social”. Ahora bien, las inhabilitaciones de los artículos 13 y 51 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros no tienen nada que ver con razones relacionadas con los derechos de las demás personas, el orden público o social, el desarrollo humano, la seguridad, la sanidad, la protección del ambiente ni otras de interés social. Ello tiene el agravante de que estos dos artículos olvidaron el derecho de defensa contemplado por el artículo 49 de la Constitución, pues se pretende inhabilitar a unos sujetos sin justificación y sin la posibilidad real de defenderse.

Por otra parte, las inhabilitaciones de los artículos 13 y 51 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros tampoco tienen nada que ver con apuntalar y mejorar el control de la Superintendencia de Seguros, llenar vacíos normativos y promover la fusión e integración de las empresas para fortalecerlas. Sin embargo, estos fueron los cometidos asignados por el Legislativo al Ejecutivo; así que, al establecer estas inhabilitaciones, de la manera como se establecieron en los artículos citados, el correspondiente decreto-ley violó, una vez más, la Ley Habilitante y, por lo tanto, la Constitución. Al respecto, invocamos nuevamente los artículos de la Constitución y la doctrina de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, así como la de Gerardo Fernández; artículos y doctrina, todos ellos, citados en el número 3 del presente trabajo.

La modernización que debió verificarse mediante dicho decreto-ley constituyó una mera excusa para legislar en exceso de la habilitación otorgada, promulgando normas intervencionistas y no justificadas. Habiéndose violado la Ley Habilitante y, por ende, la Constitución, son nulas las anteriores inhabilitaciones, que, además, chocan con el derecho a defenderse, las libertades económicas y el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad.

A esto se añade que, en varios artículos del mismo decreto-ley, se habla de las personas que mantengan una relación estable o de hecho con otras. Si se quiere hablar de *amistad íntima* o de *concubinato*, debería decirse con claridad.

XI. CONSEJO NACIONAL DE SEGUROS

El artículo 41 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros prevé principalmente lo siguiente:

El Consejo Nacional de Seguros *es un órgano asesor* y de participación ciudadana. Estará integrado de la siguiente manera:

1. Cuatro (4) representantes de las empresas de seguros.
2. Dos (2) representantes de las empresas de reaseguros.
3. Un (1) representante de las empresas de corretaje de seguros.
4. Un (1) representante de las empresas de corretaje de reaseguros.
5. Tres (3) representantes de los agentes y corredores de seguros.
6. Tres (3) representantes de los asegurados a través de sus asociaciones o agrupaciones, si las hubiere.
7. Un (1) representante de los auxiliares de seguros.

El Superintendente o Superintendente de Seguros deberá ser convocado a todas las reuniones, y podrá asistir a éstas con derecho a voz, cuando así lo estime conveniente, y velará porque se ejecuten sus decisiones... (Las cursivas son nuestras).

Anteriormente, el Superintendente de Seguros era miembro del Consejo Nacional de Seguros. No era que tenía derecho a ser convocado, como una persona externa, tal como sucede ahora, sino que formaba parte de este ente colegiado.

Los cambios introducidos en el artículo que acabamos de transcribir no tienen nada que ver con apuntalar y mejorar el control de la Superintendencia de Seguros, llenar vacíos normativos y promover la fusión e integración de las empresas para fortalecerlas, los cuales, repetimos, fueron los cometidos asignados por el Legislativo al Ejecutivo; así que, al introducir estos cambios, el correspondiente decreto-ley violó, una vez más, la Ley Habilitante y, por lo tanto, la Constitución; en razón de lo cual nuevamente resultan aplicables los artículos de la Constitución, así como la doctrina de Gerardo Fernández y de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, citados en el número 3 del presente trabajo.

Es importante, además, volver a la normativa previa al 12 de noviembre de 2001, pues el artículo que acabamos de transcribir es defectuoso.

Por un lado, dice que el Consejo Nacional de Seguros es un órgano asesor, pero no se dice de quién. Parecería apropiado haber expresado que es un órgano asesor de, por ejemplo, la Superintendencia de Seguros.

Por otro lado, sólo hay cuatro representantes de las empresas de seguros, sobre un total de quince miembros, más el Superintendente, que en realidad ya no es miembro. Los asegurados tienen tres representantes directos; pero, tratándose de un órgano técnico, no parece tener mayor sentido incluir tal representación directa, pues los asegurados disponen de otros mecanismos para interactuar con la Superintendencia de Seguros, sin que se justifique su incorporación al Consejo Nacional de Seguros. En efecto, en este Consejo ya se encuentran presentes cuatro representantes de los productores de seguros, quienes son, por ley, especialistas en seguros y asesores de los asegurados, así que deben velar por los intereses de estos últimos en el seno de dicho Consejo.

Finalmente, el artículo que criticamos indica que el titular de la Superintendencia de Seguros *podrá asistir* a las reuniones de dicho Consejo “cuando así lo estime conveniente”, lo que significa que no está obligado a hacerlo, teniendo sólo derecho a voz; lo cual parece estar en contradicción con la previsión según la cual “velará porque se ejecuten sus decisiones”.

En consecuencia, se debería corregir la imprecisión en cuanto a la asesoría técnica, la representación desbalanceada en el seno de dicho Consejo y la paradoja de velar por la ejecución de decisiones en las que no se interviene; corrección que debería producirse declarando la nulidad de dicho artículo, que constituye un exceso respecto de la Ley Habilitante y, por ende, infringe la Constitución; para que se aplique la normativa derogada, que no tiene estos defectos.

XII. INCREMENTO DE CAPITALS MÍNIMOS

El artículo 53 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros prevé lo siguiente:

La Superintendencia de Seguros, en atención a las condiciones económicas existentes, podrá *aumentar los capitales mínimos* establecidos en los artículos precedentes (las cursivas son nuestras).

Por su parte, el artículo 49 número 2 y el artículo 50 número 2 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros disponen:

Son condiciones indispensables para obtener y mantener la autorización para operar como *empresa de seguros*:... Tener un capital mínimo de:

a. El equivalente a cien mil *unidades tributarias* (100.000 U.T.) si operan en seguros generales o seguros de vida.

b. El equivalente a doscientas mil *unidades tributarias* (200.000 U.T.) si han sido autorizadas para operar en seguros generales y seguros de vida simultáneamente antes de la entrada en vigencia de este Decreto Ley, a los fines de mantener dicha autorización.

Dicho *capital mínimo deberá ser ajustado cada dos (2) años*, antes del 31 de marzo del año que corresponda, con base en la unidad tributaria existente al cierre del año inmediatamente anterior a aquél en que debe realizarse el ajuste.

Son condiciones indispensables para obtener y mantener la autorización para operar como *empresa de reaseguros*:... Tener un capital mínimo equivalente a doscientas cincuenta mil *unidades tributarias* (250.000 U.T.).

Dicho *capital mínimo deberá ser ajustado cada dos (2) años*, antes del 30 de septiembre del año que corresponda, con base en la unidad tributaria existente al cierre del año inmediatamente anterior a aquél en que debe realizarse el ajuste. (Las cursivas son nuestras).

De modo que los artículos 49 y 50, últimamente citados, establecen el capital social mínimo de las compañías de seguros y reaseguros, y prevén que tal capital social sea objeto de incrementos cada dos años, tomando en cuenta el valor de la unidad tributaria. En consecuencia, sobra el artículo 53 del mismo decreto-ley, primeramente citado, que da atribuciones a la Superintendencia de Seguros, en atención a las condiciones económicas existentes, para *aumentar los capitales mínimos*.

Similarmente, el artículo 239 número 4 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros dispone:

Las *sociedades de corretaje de seguros o las de reaseguros* constituidas en Venezuela y las que se propongan obtener y mantener el permiso para operar en el país deberán cumplir con los siguientes requisitos:... Haber enterado en caja, en dinero efectivo, por lo menos el cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito, el cual no podrá ser inferior a mil quinientas *unidades tributarias* (1.500 U.T.). Dicho *capital mínimo deberá ser ajustado cada dos (2) años*, antes del 31 de marzo del año que corresponda, con base en la unidad tributaria existente al cierre del año inmediatamente anterior a aquél en que debe realizarse el ajuste.

Respecto de las sociedades de corretaje de seguros y reaseguros, cuyos capitales mínimos requeridos por ley, conforme al citado artículo 239, también se ajustan automáticamente en forma bianual, tomando en cuenta los incrementos en la unidad tributaria, es el caso que no existe una disposición como la del citado artículo 53, que da atribuciones a la Superintendencia de Seguros, en atención a las condiciones económicas existentes, para *aumentar los capitales mínimos*. Esto pone todavía más en evidencia que sobra el artículo 53, aquí criticado.

Los citados artículos 49, 50 y 239 fueron las disposiciones mediante las cuales el Ejecutivo cumplió con el siguiente encargo del Legislativo, plasmado en la Ley Habilitante, en su artículo 1, letra f:

Dictar medidas que regulen la actividad aseguradora con la finalidad de... llenar los vacíos normativos en materia de... adecuación de capitales mínimos...

Cuando el Ejecutivo cumplió con dicho encargo del Legislativo, mediante los citados artículos 49, 50 y 239, se tomó el trabajo de aclarar que el capital mínimo de las aseguradoras, reaseguradoras y corredoras de seguros y reaseguros deberá ser ajustado cada dos (2) años con base en la unidad tributaria existente al cierre del año inmediatamente anterior a aquél en que debe realizarse el ajuste.

Habiendo el Legislativo, en la citada letra f del artículo 1, autorizado al Ejecutivo para adecuar los capitales mínimos exigidos legalmente de quienes ejercen actividades de seguros o conexas, lo cual fue cumplido en los citados artículos 49, 50 y 239, en los que el Ejecutivo incluso previó ajustar tales capitales mínimos en función del incremento de la unidad tributaria, es el caso que, al decretar adicionalmente el artículo 53 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguro, anteriormente transcrito, el Presidente de la República, con sus Ministros, excedieron la habilitación que recibieron, ya que establecieron, en el citado artículo 53, una nueva facultad en cabeza de la Superintendencia de Seguros, a quien se pretendió autorizar para aumentar los montos correspondientes, respecto de las empresas de seguros y reaseguros. Dicho exceso configura una infracción constitucional, pues el habilitado por la Asamblea Nacional para adecuar los capitales mínimos fue el Presidente, y no el Superintendente.

Este exceso respecto de la habilitación conferida se hace todavía más evidente, si se toma en cuenta lo antes dicho, en cuanto a que, conforme a los artículos 49 y 50, el capital social de las compañías de seguros y reaseguros se ajustará cada dos años, con base sobre la unidad tributaria, lo que hace innecesario, por redundante, que el artículo 53 faculte a la Superintendencia de Seguros para aumentarlos adicionalmente. Es más, existiendo un ajuste automático y bianual del capital mínimo requerido al incrementarse el valor de la unidad tributaria, consideramos que dar atribuciones a la Superintendencia de Seguros, en atención a las condiciones económicas existentes, para aumentar adicionalmente tales capitales mínimos, es una especie de invitación a la arbitrariedad; invitación que ciertamente no fue extendida por la Asamblea al Presidente, y menos al Superintendente, en la Ley Habilitante.

Respecto del exceso de la habilitación prevista en la Ley Habilitante, resultan nuevamente aplicables los artículos de la Constitución y la doctrina de Gerardo Fernández y de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, citados en el número 3 del presente trabajo.

En relación con los capitales mínimos, nos permitimos hacer la siguiente reflexión final: no era necesario y acarrea graves inconvenientes, el que los artículos citados establezcan que el capital social de las compañías de seguros, reaseguros y corretaje de seguros y reaseguros será objeto de incrementos cada dos años, tomando en cuenta el valor de la unidad tributaria, más los aumentos que decida la Superintendencia de Seguros respecto de las aseguradoras y reaseguradoras. Decimos que *no era necesario*, porque existen otras cuentas patrimoniales, distintas del capital, que se pueden ir incrementando; y, en cuanto concierne a las aseguradoras, el control del margen de solvencia es suficiente para lograr que éstas tengan un respaldo patrimonial apropiado. Decimos que acarrea *graves inconvenientes*, porque habrá que pagar cuantiosos derechos de registro mercantil al menos cada dos (2) años, sin justificación verdadera, lo que se pudo haber evitado si a estas normas se les hubiera agregado una exoneración de tales derechos.

En caso de que no se incremente el capital social, conforme a los artículos aquí criticados, o de que una empresa de seguros o reaseguros, o una sociedad de corretaje de seguros o reaseguros, incumpla con cualquier otro requisito para operar, procederá la revocación de la autorización correspondiente, que es el tema que estudiaremos seguidamente.

XIII. REVOCACIÓN DE LA LICENCIA POR INCUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PARA OPERAR

El artículo 52 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros dispone:

Cuando una empresa de seguros o de reaseguros deje de cumplir alguno de los requisitos establecidos en los artículos precedentes la Superintendencia de Seguros, previo el cumplimiento del procedimiento establecido en este Decreto Ley para tomar decisiones, otorgará un plazo que no podrá ser inferior a *treinta (30) días ni exceder de noventa (90) días hábiles* para que la empresa regularice la situación, a objeto de lo cual ordenará la convocatoria a una asamblea de accionistas. Si transcurrido el plazo otorgado la empresa no ha dado cumplimiento a las instrucciones dadas, la Superintendencia de Seguros *revocará la autorización para operar y la empresa entrará en liquidación*, a cuyos efectos se notificará a la compañía y al Registro Mercantil en donde se encuentre inscrita, con excepción del cumplimiento del capital mínimo que se registró por lo establecido en el capítulo de las medidas administrativas (las cursivas son nuestras).

De modo que la norma citada prevé que la Superintendencia de Seguros otorgue un plazo que no excederá de noventa (90) días hábiles para subsanar las violaciones de las normas precedentes, relativas a los requisitos de constitución y funcionamiento de las aseguradoras y reaseguradoras; y ordena revocar la autorización y liquidar la empresa que no las subsane.

Similarmente, el número 2 del artículo 177 del mismo decreto-ley establece lo copiado a continuación:

La Superintendencia de Seguros procederá, previo el cumplimiento del procedimiento, a *revocar la autorización administrativa para funcionar* concedida a las empresas seguros, las de reaseguros, sociedades de corretaje de seguros o las de reaseguros en los siguientes casos:... Cuando la empresa deje de cumplir alguno de los requisitos para su funcionamiento establecidos en este Decreto Ley (las cursivas son nuestras).

O sea que el artículo recién citado prevé que la Superintendencia de Seguros revoque a los entes bajo su control la autorización correspondiente, si la empresa deja de cumplir alguno de los requisitos legales para funcionar.

El aparte del mismo artículo 177 prevé la posibilidad de otorgar un plazo de hasta tres (3) meses para subsanar, en los siguientes términos:

En los casos previstos en los numerales 2 y 3 de este artículo la Superintendencia de Seguros, antes de revocar la autorización para funcionar, podrá conceder un *plazo que no excederá de tres (3) meses*, para que la empresa proceda a subsanar la situación (las cursivas son nuestras).

Por último, el número 9 del artículo 181 del mismo decreto-ley establece lo escrito aquí:

Las empresas de seguros, las de reaseguros y las sociedades de corretaje de seguros y las de reaseguros *se disolverán*:... Cuando la empresa deje de cumplir uno de los requisitos necesarios para constituirse y funcionar como empresa de seguros o de reaseguros (las cursivas son nuestras).

De modo que esta última norma prevé que los entes bajo el control de la Superintendencia de Seguros se disuelvan, si la empresa deja de cumplir uno de los requisitos necesarios para constituirse y funcionar.

La parte final del mismo artículo 181 prevé un plazo de hasta noventa (90) días hábiles para subsanar, en los siguientes términos:

Si la causa es susceptible de ser subsanada, la empresa podrá solicitar un plazo para ello. La Superintendencia de Seguros decidirá la solicitud en quince (15) días hábiles y otorgará un *plazo que no podrá ser inferior a treinta (30) días ni superior de noventa (90) días hábiles*, dentro del cual la empresa deberá demostrar que ha cesado el hecho que dio lugar a la disolución. Durante dicho plazo la empresa estará sujeta a las medidas administrativas que dicte la Superintendencia de Seguros. Si transcurrido el plazo la situación no ha sido subsanada la Superintendencia de Seguros *revocará la autorización para operar y la empresa entrará en liquidación* a cuyos efectos se notificará a la empresa y al Registro Mercantil en donde ésta se encuentre inscrita (las cursivas son nuestras).

Resumiendo, los artículos 52, 177 y 181 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros establecen que, si un ente sujeto a dicho decreto-ley deja de cumplir los requisitos legales para su funcionamiento y esta situación no es subsanada dentro de un plazo de tres (3) meses o de noventa (90) días, dicho ente tiene que ser disuelto, o liquidado, o pierde su licencia para operar. Ahora bien, esto es inconstitucional. En efecto, estos tres artículos están tan mal concebidos y redactados que, aplicarlos, equivale a privar a tales entes y a sus accionistas de su derecho de defensa.

Por una parte, se ignoró la circunstancia de que noventa (90) días, que son hábiles, y tres (3) meses, no es lo mismo, ni se escribe igual. Un plazo para subsanar, que es equiparable a un plazo para defenderse, debería ser claro, sin el elemento de confusión que resulta de las disposiciones citadas, que deberían establecer, todas ellas, o bien un lapso de noventa (90) días hábiles, o bien un lapso de tres (3) meses.

Por otra parte, se ignoró la circunstancia de que disolver, liquidar o revocar la licencia de una compañía sujeta a dicho decreto-ley, tampoco es lo mismo, ni se escribe igual. Una consecuencia jurídica de semejante magnitud, aplicada la cual se hace imposible cualquier defensa seria, debería estar claramente establecida, sin el elemento de confusión que resulta de las disposiciones citadas, las cuales deberían establecer, todas ellas, como máximo, es decir, como medida de último recurso, la posibilidad de que se revocase la licencia para operar. Tal revocación no necesariamente implica que la empresa o sociedad de que se trate tenga que ser disuelta y, por ende, que entrar en liquidación; ya que podría continuar existiendo, con un cambio de objeto social, o sea, desempeñándose en un área distinta de negocios.

Es más, el supuesto de hecho mencionado debería dar lugar, más bien, a que, vencido el plazo para subsanar, o incluso antes, se dicte una medida preventiva administrativa. Posteriormente se podría intervenir la empresa. Todo ello sería antes de una medida tan extrema como la revocación, disolución o liquidación planteadas, que, en muchos casos, pueden no estar justificadas, pues se puede tratar de una empresa o sociedad económicamente viable.

La consecuencia jurídica impuesta por el Ejecutivo coloca a la Superintendencia de Seguros en una posición innecesariamente rígida, pues puede ser que haga falta un plazo superior o que baste con intervenir provisionalmente la empresa o sociedad de que se trate para solucionar el problema, salvándola. La Superintendencia debería tener cierta flexibilidad para solucionar los problemas, siendo la revocación, disolución o liquidación medidas extremas, que deberían aplicarse sólo a las empresas respecto de las cuales se hayan hecho todos los esfuerzos necesarios, con la conclusión de que no son viables económicamente. Por lo tanto, lejos de fortalecerse al órgano de control, se le está colocando una camisa de fuerza, lo que resulta en una violación de la Ley Habilitante, que nos permitimos transcribir de nuevo parcialmente:

Dictar medidas que regulen la actividad aseguradora con la finalidad de conferir al organismo de control los medios adecuados para el ejercicio de sus funciones.

En lugar de ofrecer a la Superintendencia los medios adecuados para ejercer sus funciones de control, el Presidente, con sus Ministros, la ha colocado en una situación insostenible, en la cual, o se hace la vista gorda respecto de una violación legal, o destruye a la compañía infractora, no pudiendo intervenirla para rescatarla.

En conclusión, por una parte, se excedieron los parámetros de la Ley Habilitante, en violación de los artículos correspondientes de la Constitución. Invocamos de nuevo los preceptos constitucionales y la doctrina de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, así como la de Gerardo Fernández; preceptos y doctrina que fueron citados en el número 3 del presente trabajo.

Por otra parte, los artículos 52, 177 y 181 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, aquí criticados, vulneran los artículos 49, 112 y 115 de la Constitución. En efecto, aquellos artículos contrarían estos artículos, al establecer, como única consecuencia jurídica posible, respecto de las compañías aseguradoras, reaseguradoras y corredoras de seguros y reaseguros, que, en caso de que, según la Superintendencia de Seguros, hayan transcurrido tres (3) meses o noventa (90) días, que no es lo mismo, sin llenar los requisitos legales para funcionar, procede su liquidación, disolución o revocación, que tampoco es lo mismo, sin abrirse otras vías para solucionar el problema que las afecta, como podría serlo la intervención o el cambio de objeto social.

El derecho de defensa de las compañías sujetas al Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros y de los accionistas de éstas, presupone que exista un procedimiento claro y razonable; lo que contrasta con las deficiencias que anotamos respecto de sus artículos 52, 177 y 181, antes citados. Este derecho está consagrado en el artículo 49 de la Constitución, que es categórico y ya ha sido comentado en el presente artículo.

El derecho de propiedad de los accionistas de tales compañías, en especial de los minoritarios, está consagrado en el artículo 115 de la Constitución, igualmente citado. Este artículo se ve vulnerado por la circunstancia de que estos accionistas pueden perder su inversión como consecuencia de las acciones u omisiones de los administradores o, eventualmente, de los accionistas mayoritarios, de las mismas compañías, sin que, en los artículos 52, 177 y 181, se haya ni siquiera planteado la posibilidad de salvarlas mediante una intervención oportuna. En cuanto a tal derecho de propiedad, nos permitimos aclarar que el artículo 115 constitucional señala que la ley puede establecer limitaciones al mismo “con fines de utilidad pública o interés general”, fines éstos que están totalmente reñidos con no permitir a estas compañías y a sus accionistas, sobre todo los minoritarios, preservar su patrimonio, en aquellos casos en que la intervención sea la mejor manera de rescatar a tales compañías.

Por último, destruir una sociedad, sin permitirle modificar su objeto, viola el artículo 112 constitucional, que señala que la ley puede establecer limitaciones al libre desempeño de la actividad económica de las personas, pero sólo “por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente y otras de interés social”. Estas razones no conllevan ningún impedimento a que, en lugar de la disolución y consecuente liquidación, la compañía de que se trate siga operando, con un objeto distinto del seguro, reaseguro o correspondiente corretaje, según el caso, que serían las únicas áreas en las cuales no se podría desempeñar, si se produjese la revocación.

XIV. OBJETO SOCIAL ÚNICO, LISTA DE ACTIVIDADES PERMITIDAS, NECESIDAD DE AUTORIZACIÓN PARA ACTIVIDADES CONEXAS Y PROHIBICIÓN DE ACTIVIDADES NO CONEXAS

Los artículos 73 y 74 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros establecen las limitaciones transcritas a continuación:

Las *empresas de seguros* deberán realizar de manera principal las operaciones de *seguros* a que se refiere la autorización que exige este Decreto Ley. Igualmente, podrán realizar operaciones de *reaseguros, fianzas, reafianzamientos, fondos administrados y fideicomiso, mandatos, comisiones y otros encargos de confianza*. Se requerirá *autorización previa* para todas aquellas que sean *análogas o conexas* con esas actividades.

Las *empresas de reaseguros* deberán realizar de manera principal las operaciones de *reaseguros y reafianzamiento* a que se refiere la autorización que exige este Decreto Ley. Igualmente, podrán realizar otras operaciones *análogas o conexas* que *autorice la Superintendencia de Seguros*. (Las cursivas son nuestras).

Estos dos artículos, aunados a las disposiciones que citaremos seguidamente, establecen una prohibición absoluta, en cabeza de las aseguradoras y reaseguradoras, de realizar operaciones que no sean análogas o conexas con las allí mencionadas, no pudiendo la Superintendencia aprobar sino operaciones análogas o conexas con las allí mencionadas.

Para entender el alcance verdadero de estos dos artículos, es necesario hacer referencia al artículo 49 número 3 y al artículo 50 número 3 del mismo decreto-ley, que establecen:

Son condiciones indispensables para obtener y mantener la autorización para operar como *empresa de seguros*:... Tener como *objeto exclusivo* la realización de *operaciones permitidas* por este Decreto Ley para dichas empresas. A tales fines la Superintendencia de Seguros dictará las normas para determinar los parámetros por los cuales se verificará el cumplimiento de este requisito.

Son condiciones indispensables para obtener y mantener la autorización para operar como *empresa de reaseguros*:... Tener como *objeto exclusivo* la realización de las *operaciones permitidas* por este Decreto Ley a las empresas de reaseguros. A tales fines, la Superintendencia de Seguros dictará las normas para determinar los parámetros por los cuales se verificará el cumplimiento de este requisito. (Las cursivas son nuestras).

O sea que los dos artículos últimamente transcritos prevén que el objeto estatutario de las empresas de seguros y reaseguros sea un objeto único o exclusivo, consistente en las operaciones permitidas por dicho decreto-ley respecto de tales empresas. De modo que no se previó un objeto estatutario principal o fundamental, sino único o exclusivo; y

tales empresas sólo pueden realizar las actividades expresamente autorizadas por el legislador. Dichas disposiciones no permiten que las empresas de seguros y reaseguros realicen ninguna operación adicional, que sea ajena a su objeto primigenio o incompatible con éste.

El texto de la parte final del artículo 5 de dicho decreto-ley confirma lo anterior, así:

...queda prohibido el ejercicio por las empresas de seguros o de reaseguros o por las sociedades de corretaje de seguros o de reaseguros de cualquier industria o actividad *ajena a su objeto* (las cursivas son nuestras).

Aclarado esto, se impone ver nuevamente los artículos 73 y 74 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, primeramente transcritos. El citado artículo 73 menciona las siguientes operaciones autorizadas para las empresas de seguros, que no podrán realizar ninguna otra: *seguros, reaseguros, fianzas, reafianzamientos, fondos administrados, fideicomisos, mandatos, comisiones, encargos de confianza y aquellas operaciones análogas y conexas que hayan sido autorizadas por la Superintendencia*. Similarmente, el citado artículo 74 se limita a mencionar las siguientes operaciones autorizadas para las empresas de reaseguros: *reaseguros, reafianzamientos y aquellas operaciones análogas y conexas que hayan sido autorizadas por la Superintendencia*.

De modo que, según estas dos normas, las aseguradoras y reaseguradoras no pueden realizar operaciones que no sean análogas y conexas con las anteriormente mencionadas, ni siquiera con autorización de dicho Despacho. Entonces, de conformidad con los artículos 73 y 74, en concordancia con el artículo 5, el artículo 49 número 3 y el artículo 50 número 3, todos ellos antes transcritos, es el caso que, estando el objeto estatutario de las aseguradoras y reaseguradoras limitado al seguro y reaseguro, según el caso, y a las demás actividades autorizadas expresamente por el legislador, éste les prohibió expresamente realizar operaciones que no sean análogas o conexas; actividades que ni siquiera pueden realizar con autorización de la Superintendencia de Seguros, la cual sólo puede aprobar operaciones análogas o conexas.

La lista no escrita de cosas que ya no pueden hacer las aseguradoras y reaseguradoras es infinita, y, en teoría, ninguna de ellas puede realizar las actuaciones que la legislación derogada les permitía realizar y que, de hecho, realizaban antes y siguen realizando ahora, en su giro normal. Por ejemplo, en teoría, ahora una aseguradora no puede otorgar préstamos no garantizados, ni adquirir inmuebles para arrendarlos, ni comprar un terreno para utilizarlo como estacionamiento cobrando este servicio, ni tampoco realizar ninguna otra actividad en relación con los bienes mobiliarios o inmobiliarios que adquiriera. El carácter infinito de la lista no escrita de cosas que no pueden hacer las aseguradoras y reaseguradoras contrasta con la circunstancia siguiente:

La lista del citado artículo 73 es tan corta, que de la misma resulta que las aseguradoras ni siquiera pueden dar préstamos garantizados; pero esto es desmentido por el artículo 96 del mismo decreto-ley, relativo a las reservas técnicas.

Las restricciones resultantes de los citados artículos 73 y 74, para las empresas de seguros y reaseguros, son tan absurdas, que nadie las aplica y que pareciera que la propia Superintendencia de Seguros ni siquiera aspirase que se aplicasen; pues ello resultaría en la casi paralización de las aseguradoras y reaseguradoras.

Concluimos afirmando que las limitaciones resultantes de los artículos 73 y 74 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros son innecesariamente restrictivas, contrarias a la libertad económica, limitativas del derecho de propiedad y no tienen nada que ver con los temas previstos en la Ley Habilitante.

En efecto, por una parte, el seguro es un tema que cae dentro de la reserva legal y el Ejecutivo Nacional no fue autorizado, mediante la Ley Habilitante, para legislar estableciendo limitaciones de orden general, hasta entonces inexistentes, en cuanto a las actividades que las empresas de seguros y reaseguros pueden o no realizar. De modo que se infringió, por un lado, la Constitución, en el número 1 de su artículo 187, el número 32 de su artículo 156, el número 8 de su artículo 236 y el tercer aparte de su artículo 203, así como su artículo 137, debiéndose aplicar su artículo 138, y, por el otro lado, la Ley Habilitante, en la letra f de su artículo 1; normas todas éstas que ya transcribimos en el número 3 del presente trabajo. Los citados artículos 73 y 74, que limitan las actividades de los entes sujetos al Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, exceden los parámetros establecidos por la Asamblea Nacional, los cuales eran vinculantes para el Ejecutivo Nacional, quien estableció limitaciones que no existían en la ley derogada, por lo demás no justificadas, las cuales no tienen nada que ver con lo contemplado en la Ley Habilitante, que previó modernizar la regulación de la actividad aseguradora en los términos allí establecidos. Se restringió así, de manera poco razonable, la actuación de las aseguradoras y reaseguradoras, violando la Constitución, tanto en las normas relativas a las atribuciones de los órganos del Estado y al ejercicio del Poder Público, como en las previsiones que sirvieron de base a la Ley Habilitante, la cual, cuando autorizó que se legislara sobre seguros para fortalecer a la correspondiente Superintendencia, llenar vacíos normativos y redimensionar el sector asegurador, no contempló, en absoluto, la posibilidad de colocar una camisa de fuerza a las empresas de seguros y reaseguros. Se trata de normas intervencionistas y no justificadas, que sólo permiten a tales empresas realizar las actividades mencionadas en los artículos 73 y 74, los cuales son sumamente restrictivos. Son tan restrictivos, que habiendo el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros establecido un objeto único para las aseguradoras y reaseguradoras, estos dos artículos crearon una lista muy corta y totalmente irracional de actividades permitidas a tales empresas, requirieron autorización previa para las actividades conexas o análogas, es decir, ni siquiera permitieron realizar estas actividades, a pesar de tal conexión o analogía, a menos que mediara un permiso oficial, y formularon una prohibición absoluta de realizar otras actividades. De esta manera, el Ejecutivo se apartó totalmente de la habilitación recibida del Legislativo. Es por esto que los artículos 73 y 74, aquí criticados, son, como máximo, normas de rango sub-legal, a pesar de estar contenidas en un decreto que dice tener la fuerza de la ley; fuerza que estos artículos no tienen en realidad, ya que regulan temas que son materia de la reserva legal, sin base ninguna en la Ley Habilitante, de manera por lo demás absurda. Por lo tanto, ambos artículos son nulos, conforme a la doctrina de Gerardo Fernández y de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, citada en el número 3 del presente trabajo.

Por otra parte, al establecerse todas estas limitaciones, en exceso de lo previsto en la Ley Habilitante y en violación de los artículos de la Constitución antes citados, adicionalmente se contrarió el derecho al desarrollo libre de la personalidad, fue vulnerada la libertad económica y se restringió el derecho de propiedad, todos protegidos constitucionalmente.

Efectivamente, tal como señalamos anteriormente, el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y a desempeñarse económicamente con libertad están plasmados en los artículos 20 y 112 de la Constitución, de los que se desprende, respectivamente, que las limitaciones al libre desempeño de la personalidad y de la actividad económica de las personas naturales y jurídicas sólo pueden resultar, respectivamente, en razón “del derecho de las demás y del orden público o social”, o “por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente y otras de interés social”. Ahora bien, las aludidas razones relacionadas con los derechos de las demás personas, el orden público o social, el desarrollo humano, la seguridad, la sanidad, la protección del ambiente u otras de interés social, a las que se refieren ambos preceptos constitucionales, están totalmente ausentes de las dos disposiciones promulgadas por el Ejecutivo aquí criticadas, ya que una mera lectura de los artículos 73 y 74 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros evidencia que las limitaciones allí establecidas no guardan ninguna relación con tales razones de rango constitucional. En efecto, ninguna de estas razones está, en absoluto, relacionada con el que se haya establecido un listado absurdamente corto e irracional de las actividades que pueden realizar las empresas de seguros y reaseguros.

Además, pretender limitar la actividad productiva de las aseguradoras y reaseguradoras incide, en la medida en que se cumpla esta limitación, sobre su patrimonio y el de sus accionistas; por lo que se está infringiendo igualmente el artículo 115 constitucional, que garantiza el derecho de propiedad. Este último artículo señala que la ley puede establecer limitaciones a la propiedad, pero sólo “con fines de utilidad pública o interés general”; siendo el caso que, nuevamente, una mera lectura de los tantas veces citados artículos 73 y 74 evidencia que las limitaciones allí establecidas no obedecen a tal utilidad o interés.

Las restricciones contenidas en estos dos artículos tienen que ver, más bien, con errores de técnica legislativa, así como con el desconocimiento del complejo mundo de los negocios, en general, y del sector asegurador, en particular.

En consecuencia, sostenemos la nulidad de los citados artículos 73 y 74. De anularse estos artículos, se haría necesario dejar igualmente sin efectos los citados artículo 49 número 3 y artículo 50 número 3, pues, al desaparecer aquéllos del mundo jurídico, éstos quedarían sin sentido y ya no se podrían aplicar. En efecto, el artículo 49 número 3, el artículo 50 número 3 y los artículos 73 y 74 disponen, en su conjunto, que el objeto estatutario de las aseguradoras y reaseguradoras está limitado al seguro y reaseguro, según el caso, y a las demás actividades autorizadas expresamente por el legislador, quien les prohibió realizar operaciones que no sean análogas o conexas, ni siquiera con autorización de la Superintendencia de Seguros, la cual sólo puede aprobar operaciones análogas o conexas. Son contrarias a derecho todas las normas legales mencionadas, y no sólo los artículos 73 y 74, ya que todas esas disposiciones, en su conjunto, limitan el objeto y las actividades de los entes sujetos al Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, violando los artículos 20, 112 y 115 de la Constitución, así como los demás artículos constitucionales citados, lo mismo que la Ley Habilitante.

Concluimos en que fue inconstitucional haber establecido, en el artículo 49 número 3, el artículo 50 número 3 y los artículos 73 y 74, vistos conjuntamente, un objeto único para las aseguradoras y para las reaseguradoras, una lista incompleta de actividades permitidas a tales empresas, la necesidad de autorización para actividades conexas o análogas, y una prohibición de realizar otras actividades.

XV. CONFUSIÓN ENTRE EL PAPEL DEL INVERSIONISTA Y EL PAPEL DEL ADMINISTRADOR

Los artículos 49 número 6 y 50 número 6 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros establecen:

Son condiciones indispensables para obtener y mantener la autorización para operar como *empresa de seguros*:... Tener no menos de *cinco (5) accionistas*, los cuales deberán ser personas de comprobada solvencia económica y reconocida solvencia moral y que tengan *conocimiento o estén representados por personas con experiencia en seguros*.

Son condiciones indispensables para obtener y mantener la autorización para operar como *empresa de reaseguros*:... Tener no menos de *cinco (5) accionistas*, los cuales deberán ser personas de comprobada solvencia económica y reconocida solvencia moral. Los accionistas mayoritarios o quienes detentan el control de la empresa deberán tener *comprobada y reconocida experiencia en materia de seguros o reaseguros*. *Si los accionistas fuesen personas Jurídicas los administradores de los mismos deberán cumplir los requisitos aquí establecidos*. (Las cursivas son nuestras).

Por su parte, el artículo 63 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros establece:

Los promotores de una empresa de seguros no podrán ser menos de cinco (5) y deberán ser personas de comprobada solvencia económica y reconocida solvencia moral y experiencia en la actividad aseguradora o reaseguradora derivada del ejercicio de altos cargos públicos o privados por lo menos durante cinco (5) años (las cursivas son nuestras).

Finalmente, el artículo 239, en su número 5 y su parte final, del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, establece:

Las sociedades de corretaje de seguros o las de reaseguros constituidas en Venezuela y las que se propongan obtener y mantener el permiso para operar en el país deberán cumplir con los siguientes requisitos:... Que los accionistas sean corredores o agentes de seguros en todos los ramos, con experiencia de más de cinco (5) años.

No se aplicará a las sociedades de corretaje de seguros lo dispuesto... No obstante, sus accionistas... deberán tener experiencia en materia de reaseguros de por lo menos cinco (5) años. (Las cursivas son nuestras).

Las normas transcritas exigen, pues, que los promotores y accionistas de las aseguradoras, reaseguradoras y sociedades de corretaje de seguros y reaseguros sean expertos en seguros, en los términos establecidos en cada una de estas normas: en primer lugar, los promotores y luego los accionistas de las aseguradoras, todos los cuales deben ser al menos cinco, deben ser expertos en seguros (número 6 del artículo 49 y artículo 63); en segundo lugar, los promotores, que deben ser al menos cinco, y, luego, los accionistas principales de las reaseguradoras, deben ser expertos en seguros (número 6 del artículo 50 y artículo 63); y, en tercer lugar, todos los accionistas de las sociedades de corretaje de seguros y reaseguros deben ser expertos en seguros (número 5 y parte final del artículo 239). Respecto de los accionistas de las aseguradoras y reaseguradoras, se precisó que basta con que se trate de *personas jurídicas representadas por expertos en seguros* (artículo 49 número 6 y artículo 50 número 6); precisión que no se hizo en relación con las siguientes personas: los promotores de las aseguradoras y reaseguradoras (artículo 63), y los accionistas de las sociedades de corretaje de seguros y reaseguros (número 5 del artículo 239).

Sostenemos que exigir que tales promotores y accionistas sean expertos en seguros, o personas jurídicas representadas por expertos en seguros, es inconstitucional.

Se trata de una exigencia absurda, sin base en la Ley Habilitante. En efecto, no tiene sentido exigir que tales promotores y accionistas sean expertos en seguros o personas jurídicas representadas por expertos en seguros; por cuanto los promotores y accionistas son inversionistas, que simplemente ponen el capital. Lo importante que la empresa de seguros o reaseguros, ella, esté bien administrada, así como la sociedad de corretaje de seguros o reaseguros de que se trate. Dentro de los parámetros establecidos en la Ley Habilitante, el Ejecutivo hubiera podido establecer normas tendientes a velar por que la Superintendencia de Seguros controlase que las aseguradoras, reaseguradoras y sociedades de corretaje estuviesen bien administradas; pero el Ejecutivo se apartó de tales parámetros, cuando confundió el tema de la propiedad accionaria con el tema de la administración, estableciendo condiciones para ser inversionistas, en perjuicio de la capacidad de captación de fondos provenientes de accionistas potenciales, a los cuales lo único que se debe exigir es que nombren, en la asamblea de la compañía de que se trate, a administradores serios. Realmente, establecer requisitos de conocimiento o experiencia, que deban cumplir los accionistas de una compañía anónima, cualquiera que ella sea, es un contrasentido; pues se limita la posibilidad de atraer inversiones para la sociedad correspondiente, y ello sin justificación alguna, pues se ignora la realidad legal y de hecho, en cuanto a que no es la asamblea de accionistas la que administra la sociedad. Requisitos de honorabilidad y solvencia, referidos a los principales accionistas, pueden tener lógica; pero es excesivo requerir, de todos o algunos de los inversionistas, conocimiento y experiencia en materia de seguros, pues los promotores y demás accionistas pueden hacer que la empresa en que invirtieron sea administrada por personas que tengan tal conocimiento y experiencia, de los que quizás ellos carezcan, sin que esto tenga ninguna importancia.

En virtud de lo dicho, sostenemos, en primer lugar, que esta exigencia legal, establecida mediante el referido decreto-ley, no tiene ningún fundamento en la Ley Habilitante, que no habilitó al Ejecutivo para que requiriese que los accionistas de los entes sujetos al control de la correspondiente Superintendencia tuviesen conocimientos y experiencia en seguros. A lo más, las disposiciones de la Ley Habilitante podrían entenderse como reglas autorizatorias de normas contentivas de requisitos de profesionalidad que han de ser cumplidos por los directores, administradores o ejecutivos de las sociedades aseguradoras, reaseguradoras y corredoras, pero no por sus accionistas. A estos últimos se les puede exigir probidad, así como solvencia; y puede incluso exigírseles que designen directores, administradores o ejecutivos que dominen la teoría y la práctica de las áreas en que deben desempeñarse. Si los accionistas hacen contratar, como deben hacerlo, a administradores familiarizados con la materia de seguros y el sector asegurador, a fin de que éstos administren la sociedad anónima donde aquéllos han invertido, es innecesario pedirles, a los mismos accionistas, que tengan el conocimiento y experiencia ahora exigidos.

Adicionalmente es, por decir lo menos, redundante, que se pida que estos accionistas contraten, además de administradores familiarizados con la materia de seguros y el sector asegurador, a otras personas con similares conocimientos y experiencia, para que los representen en la asamblea correspondiente.

Son, pues, contrarias a derecho, las normas legales mencionadas, que limitan en sus inversiones a las personas sin conocimiento y experiencia en seguros; limitación que, según el caso, consiste en una prohibición absoluta de invertir o en una obligación de contratar a expertos para que los representen en las asambleas, a pesar de que ya contrataron a expertos para que gestionen la administración.

Tal como señalamos antes, el seguro está comprendido en la reserva legal; y, hasta el 12 de noviembre de 2001, la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros derogada, que era una ley propiamente dicha, reguló la estructura, funcionamiento y autorizaciones relativas a las aseguradoras, reaseguradoras y los productores o intermediarios de seguros, así como sus relaciones con la Superintendencia. Mediante la Ley Habilitante, el Poder Ejecutivo fue habilitado por el Poder Legislativo para dictar decretos leyes en materia de seguros, sin delegarse de manera general atribuciones normativas, sino dentro de los siguientes parámetros: la finalidad de otorgar a la Superintendencia los medios adecuados para el ejercicio de sus funciones de control; la necesidad de llenar los vacíos normativos en las áreas mencionadas en la Ley Habilitante, las cuales tienen que ver con contabilidad, capital, pérdidas y reservas de las aseguradoras y reaseguradoras, y con sanciones, garantías y responsabilidades aplicables a aseguradoras y reaseguradoras, y a administradores y accionistas; y el establecimiento de normas sobre fusión y otros mecanismos tendientes a redimensionar y fortalecer el sector asegurador. Por lo tanto, la Ley Habilitante autorizó una modificación del régimen establecido en la ley derogada, respecto de los temas mencionados, sin que el Ejecutivo Nacional hubiera sido habilitado para establecer exigencias en cuanto a conocimientos y experiencia de quienes quieran invertir en aseguradoras, reaseguradoras y corredoras de seguros; exigencias que, por lo demás, no se justifican. Los límites de la Ley Habilitante fueron excedidos cuando se establecieron dichas exigencias, que son anacrónicas y absurdas, a pesar de que esta ley previó modernizar la regulación de la actividad aseguradora, y que resultan en una reducción poco razonable de la capacidad de captación de inversiones de las aseguradoras, reaseguradoras y corredoras de seguros. Cuando esta ley autorizó que se legislara sobre seguros para fortalecer a la Superintendencia, llenar vacíos normativos y redimensionar el sector asegurador, no contempló impedir o dificultar a los accionistas potenciales invertir en empresas de seguros y reaseguros, ni en sociedades de corretaje de seguros y reaseguros. En consecuencia, son nuevamente aplicables los artículos de la Constitución y la doctrina de Gerardo Fernández y de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, citados en el número 3 del presente trabajo.

Sostenemos, en segundo lugar, que la exigencia del artículo 49 número 6, el artículo 50 número 6 y el artículo 239 número 5 y parte final, aquí criticados, viola los artículos 112 y 115 de la Constitución, antes citados. Al establecerse limitaciones no razonables para ser inversionista en una sociedad aseguradora, reaseguradora o corredora, confundiendo el papel de la asamblea de accionistas con el papel de la junta directiva, del comité ejecutivo y de la gerencia, es contrario a la libertad económica (artículo 112 constitucional) y restringe el derecho de propiedad (artículo 115 constitucional). Efectivamente, por un lado, tal como señalamos anteriormente, el artículo 112 constitucional señala que la ley puede establecer limitaciones al libre desempeño de la actividad económica de las personas, pero sólo “por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente y otras de interés social”, las cuales están ausentes de aquellos artículos del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros que establecen limitaciones para invertir en las compañías sujetas al mismo. Por otro lado, pretender limitar la inversión en las aseguradoras, reaseguradoras y corredoras, frustrando su capacidad de captar inversiones, incide sobre su patrimonio, y afecta así-

mismo el patrimonio de los inversionistas potenciales; por lo que se está infringiendo el artículo 115 constitucional, que garantiza el derecho de propiedad, señalando que la ley puede establecer limitaciones “con fines de utilidad pública o interés general”, igualmente ausentes. Insistimos en que las restricciones contenidas en estos artículos no tienen nada que ver con las razones y fines contemplados en los artículos 112 y 115 de la Constitución.

Adicionalmente, las normas legales antes mencionadas, que frustran las iniciativas de inversión de las personas que no sean expertas en seguros, son violatorias del artículo 299 de la Constitución, de acuerdo con el cual:

El Estado, conjuntamente con la iniciativa privada, promoverá el desarrollo económico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo...

De modo que existe una confusión entre el papel del inversionista y el papel del administrador, que a su vez repercute sobre la forma, a nuestro juicio equivocada, como el referido decreto-ley concibe las responsabilidades civiles y penales de los accionistas, de los miembros de la junta directiva y de quienes tengan a su cargo la dirección efectiva y la gestión diaria de las empresas de seguros y reaseguros, que es el tema que trataremos seguidamente.

XVI. RESPONSABILIDAD DE LOS ACCIONISTAS, DE LOS MIEMBROS DE LA JUNTA DIRECTIVA Y DE QUIENES TENGAN A SU CARGO LA DIRECCIÓN EFECTIVA Y LA GESTIÓN DIARIA

Mediante normas referidas a las reservas técnicas, a las fianzas y a los aportes de capital, el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros asigna, de manera confusa y arbitraria, responsabilidades civiles y penales en cabeza de los accionistas de las empresas de seguros y reaseguros, de los miembros de sus juntas directivas y de quienes tengan a su cargo la dirección efectiva y la gestión diaria de tales empresas, sin tomar debidamente en cuenta las importantes diferencias que existen entre estas tres categorías de personas e ignorando conceptos básicos de derecho civil de obligaciones y de derecho mercantil. Consideramos que estas normas son inconstitucionales, por las razones que señalaremos de seguidas.

En cuanto a las reservas técnicas, el artículo 99 del referido decreto-ley prevé las siguientes obligaciones y responsabilidades de los miembros de la junta directiva de las empresas de seguros:

La junta directiva de cada empresa garantizará por la adecuada diversificación de las reservas técnicas, su representación, grado de liquidez y seguridad de los bienes que la representan, y determinará los mecanismos para el control y custodia de los títulos afectos a la representación de las reservas, de acuerdo con las normas que dicte la Superintendencia de Seguros. *La junta directiva será responsable* de seleccionar los valores que serán adquiridos por la empresa con el régimen de inversión previsto en este Decreto Ley y demás normas generales que al efecto emita la Superintendencia de Seguros. La junta directiva de cada empresa podrá delegar dicha función en un Comité de Inversiones.

Corresponderá a la junta directiva de cada empresa hacer la designación y remoción de los integrantes del Comité de Inversiones. El Comité de Inversiones informará, a través de su presidente, a la junta directiva, de las decisiones tomadas. La junta directiva podrá modificar o revocar las resoluciones del Comité. El Comité deberá sesionar por lo menos una vez al mes y todas las se-

siones y acuerdos deberán hacerse constar en actas debidamente motivadas y suscritas por todos y cada uno de sus integrantes, a efecto de dar cumplimiento al régimen de inversión previsto en este Decreto Ley y demás normas generales que al efecto emita la Superintendencia de Seguros.

Las actas y acuerdos del Comité deberán estar disponibles en caso de que la Superintendencia de Seguros las solicite para el desempeño de sus funciones de supervisión, inspección, vigilancia, fiscalización y control.

Los miembros de la junta directiva serán *solidariamente responsables* del cumplimiento de lo establecido en este artículo. (Las cursivas son nuestras).

Adicionalmente, el artículo 101 del mismo decreto-ley establece principalmente lo siguiente, en relación con el mismo tema:

Si en algún momento existiera déficit en las reservas técnicas o en su representación, la junta directiva de la empresa aseguradora o reaseguradora deberá informarle inmediatamente a la Superintendencia de Seguros. El incumplimiento de esta obligación *los hace responsables civil y penalmente* conforme al ordenamiento jurídico (las cursivas son nuestras).

Para entender mejor los dos artículos que acabamos de transcribir y las razones por las cuales los mismos son inconstitucionales, se hace necesario hacer las consideraciones expuestas seguidamente:

El artículo 268 del Código de Comercio establece lo siguiente, en relación con los miembros de las juntas directivas de las sociedades anónimas:

La responsabilidad de los administradores por actos u omisiones, no se extiende a aquellos que estando exentos de culpa *hayan hecho constar en el acta respectiva su no conformidad*, dando noticia inmediata a los comisarios (las cursivas son nuestras).

Dicho en otras palabras, si un director no asiste a la sesión de junta directiva donde se toma una decisión generadora de responsabilidades civiles o penales, o si salva su voto y notifica a los comisarios, este director no asume ninguna responsabilidad respecto de tal decisión. Esto es importante, pues es usual que los directorios de las compañías incluyan miembros suplentes, así como directores externos, todos los cuales sólo están involucrados en los asuntos sociales en la medida en que tales asuntos les sean sometidos. La necesidad de directores suplentes y las limitaciones de éstos son evidentes, ya que tiene que haber alguien que tome decisiones por un director principal impedido de asistir a una sesión de directorio. Respecto de la importancia de los directores externos, nos permitimos citar un artículo de la revista *The Economist*, cuya traducción fue transcrita en la página 2-8 del diario El Universal del 18 de febrero de 2001, que expone:

Hace diez años, 66% de todos los directores de compañías estadounidenses eran externos. En 2000 la cifra aumentó a 78%. En el resto del mundo la situación es bastante similar... El deseo de contar con más líderes independientes se ha extendido incluso en los países en vías de industrialización. Y por buenas razones... una compañía bien administrada... se define como una empresa donde la mayoría de los miembros de la junta directiva no tiene vínculos con la gerencia.

Ahora bien, es inconveniente responsabilizar a los directores de las empresas de seguros y reaseguros en relación con temas que están vinculados a la *dirección efectiva o gestión diaria* de estas empresas, que usualmente no les corresponde.

En consecuencia, varios artículos del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros incluyen referencias a la circunstancia de que, quienes deben responder de estos temas, son los individuos que tengan a su cargo tal *gestión diaria o dirección efectiva*, y no los directores, que pueden ser suplentes o externos.

Por ejemplo, en relación con la solicitud que puede formular la Superintendencia de Seguros de que se le presente una *declaración jurada*, según la cual las reservas técnicas se ajustan a la ley, el artículo 100 del Decreto-Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros impone dicha obligación a quienes tengan a su cargo tal *gestión diaria o dirección efectiva*.

En éste y muchos otros artículos del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, quedó claro, por un lado, que los que deben responder de los temas relacionados con la *gestión diaria o dirección efectiva* de las aseguradoras y reaseguradoras, son quienes la tengan a su cargo; y, por el otro lado, que los directores sólo responden de las decisiones que tomen, sin que pueda atribuírseles responsabilidad por asuntos ajenos a ellos.

Esto lo confirma el número 5 del artículo 49 del mismo decreto-ley, que ordena que los estatutos de las aseguradoras señalen quiénes tienen a su cargo tal *gestión diaria o dirección efectiva*.

A pesar de que, en términos generales, el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros asigna ciertos deberes y responsabilidades a las personas que tengan a su cargo la *dirección efectiva o gestión diaria* de una compañía aseguradora, es el caso que existen artículos en los cuales el Ejecutivo Nacional se olvidó de quienes ejercen la *dirección efectiva o gestión diaria* y asignó los deberes y responsabilidades que deberían corresponderles a los directores, es decir, a los miembros de la junta directiva. En estos artículos, el Ejecutivo Nacional también olvidó el principio básico según el cual, si un director no asiste a la sesión de junta directiva donde se toma una decisión generadora de responsabilidades civiles o penales, o si salva su voto y notifica a los comisarios, se debe considerar que este director no asume ninguna responsabilidad respecto de tal decisión; principio que reviste particular importancia en cuanto concierne a los directores suplentes y los directores externos. Nos referimos a los artículos 99 y 101 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, antes transcritos. En efecto, estos artículos, al prever las obligaciones y responsabilidades de los miembros de la junta directiva de las empresas de seguros, en cuanto concierne a la inversión de reservas, incluyeron las siguientes afirmaciones:

La junta directiva de cada empresa garantizará... La junta directiva será responsable...

Los miembros de la junta directiva serán solidariamente responsables...

...El incumplimiento de esta obligación (de los miembros de la junta directiva) los hace responsables... (el paréntesis es nuestro).

Entonces, a pesar de la consagración legal del concepto de *dirección efectiva o gestión diaria*, a pesar de la circunstancia de que no es lo mismo un director externo o suplente que un director principal que asista a las sesiones del directorio y a pesar de que el citado artículo 99 prevé que la junta directiva delegue en un comité de inversiones funciones relativas a la inversión y control de las reservas técnicas de las aseguradoras y reaseguradoras, es el caso que, en este mismo artículo y en el igualmente citado artículo 101, se responsabiliza personal y solidariamente, civil y penalmente, a los directores, por el incumplimiento de la normativa aplicable a tales reservas. Esto tiene el agravante de que los directores, sobre todo los externos y suplentes, pueden no tener conocimiento sobre la verdadera situación de reservas de la compañía de que se trate.

Además, si quienes deben prestar juramento sobre las reservas son quienes tienen la dirección efectiva y la gestión diaria, no tiene sentido asignar la responsabilidad correspondiente a los directores, ignorando la doble circunstancia de que éstos pueden ser externos o suplentes y pueden haber designado a un comité de inversiones en relación con las mismas reservas.

Consideramos que debería respetarse el principio de que los miembros de un órgano colegiado sólo responden de las decisiones tomadas por ellos mismos, no siendo razonable imponerles responsabilidades adicionales; es decir, los directores sólo deben ser cuestionados civil o penalmente en relación con las resoluciones de la junta directiva en las que participaron sin salvar su voto e informar al comisario. Hay que tener presente, por un lado, que los directores con frecuencia no son empleados de las sociedades, sino colaboradores externos, los cuales sólo disponen de la información que reciben en las sesiones de la junta; y, por otro lado, que los directorios usualmente tienen miembros principales y suplentes. Al respecto, no se debe olvidar que los directores externos no están vinculados a la compañía y los directores suplentes pueden no ser convocados. Una asignación irracional de responsabilidad, como la resultante de los dos artículos antes transcritos, puede ocasionar que individuos de reconocida seriedad y trayectoria tomen la decisión de retirarse de la dirección de las empresas sujetas a dicho decreto-ley, para ser sustituidos por miembros de inferiores credenciales; o que, para retener a aquellos individuos, estas empresas creen nuevos órganos estatutarios, tales como juntas de asesores o consejeros, las cuales, en la práctica, generan ineficiencias, pues se diluyen los deberes y responsabilidades.

Como consecuencia de todo lo dicho, consideramos que los citados artículos 99 y 101 son inconstitucionales.

En efecto, estos artículos contrarían el artículo 49 de la Constitución, ya que no reconocen a los directores su derecho a defenderse alegando y probando, o bien que no participaron en la decisión de directorio respecto de la cual se les achaca responsabilidad, o bien que salvaron su voto en relación con la misma e informaron al comisario. Negar una defensa razonable es la peor manera de infringir el derecho a defenderse, consagrado en el citado artículo 49; a lo que se añade que se contraviene la presunción de inocencia contemplada en el número 2 del mismo artículo constitucional.

A esto se añade que, cuando los citados artículos 99 y 101 establecen responsabilidades civiles que no son razonables, afectan adversamente el patrimonio de los responsables; por lo que infringen el artículo 115 de la Constitución, que garantiza el derecho de propiedad, no existiendo ninguna razón de utilidad pública o interés general que lo justifique.

Por otra parte, el artículo 134 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros establece:

Quienes tengan la dirección efectiva o la gestión diaria de una empresa de seguros así como los accionistas responderán solidariamente con su patrimonio por todas las operaciones de afianzamiento realizadas en contravención a lo dispuesto en este Decreto Ley, a menos que hayan dejado constancia expresa en acta de su voto negativo a la celebración de la operación (las cursivas son nuestras).

De modo que, tanto los encargados de la dirección efectiva o la gestión diaria de las empresas de seguros, como los accionistas de tales empresas, responderán solidariamente, con su patrimonio personal, por todas las operaciones de afianzamiento realizadas respecto de las cuales se haya incumplido algún requisito legal.

Ahora bien, las fianzas presentan similitudes importantes con las pólizas de responsabilidad civil, porque en ambos casos se garantiza o asegura el cumplimiento de obligaciones. De hecho, las compañías aseguradoras otorgan gran cantidad de fianzas cada semana, igual que emiten muchísimas pólizas de responsabilidad civil. Se trata de dos ramas del negocio asegurador, que son explotadas masivamente, respecto de ninguna de las cuales se justifica la severidad contemplada en el citado artículo 134, referido a las fianzas únicamente, que hace a ciertas personas naturales responder de riesgos propios de la operación de una persona jurídica. En ambas ramas del negocio asegurador, el riesgo correspondiente a cada caso debe ser evaluado desde el punto de vista técnico, por empleados dedicados a ello, sin que una mera equivocación, constitutiva de una infracción legal, deba dar lugar a semejante responsabilidad personal y solidaria. Ni respecto de las pólizas de responsabilidad civil, no contempladas por el citado artículo 134, ni tampoco respecto de las fianzas, penalizadas de la manera indicada, se justifica que, cuando exista una infracción, quienes tengan la dirección efectiva o la gestión diaria de la empresa de seguros respondan solidariamente con su patrimonio por todos los daños sufridos por las víctimas de hechos ilícitos o violaciones contractuales, o por la propia empresa de seguros, y menos aún se justifica extender tal responsabilidad a los accionistas.

En efecto, es particularmente excesivo y chocante que el citado artículo 134, además de señalar que las fianzas sean aprobadas por quienes tengan la dirección efectiva o la gestión diaria, bajo su responsabilidad personal y solidaria, haya establecido que tal responsabilidad se extiende a los accionistas. La parte de este artículo que establece que los accionistas responden junto con los encargados de la dirección efectiva o la gestión diaria, solidariamente y con su patrimonio, en caso de que las fianzas no cumplan los requisitos legales, es absurda, puesto que parece partir de la premisa equivocada de que las fianzas son aprobadas por la asamblea de las aseguradoras.

Similarmente, el artículo 172 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros establece una responsabilidad personal y solidaria de los accionistas de, entre otras, las empresas de seguros, en el siguiente caso:

Los accionistas de las empresas indicadas en el artículo 1 del presente Decreto Ley serán solidariamente responsables por el total de las obligaciones de dicha empresa *cuando hayan suscrito acciones y no las hayan pagado a la fecha de su intervención o liquidación* (las cursivas son nuestras).

Esto no es razonable. La inclusión del artículo transcrito en dicho decreto-ley obliga a las aseguradoras, en la práctica, a recibir el dinero correspondiente a cada aumento del capital social en la misma asamblea en la que se decida dicho aumento, para así evitar que sus accionistas incurran en semejante responsabilidad. La simultaneidad entre la decisión de los accionistas y el pago del incremento de capital, que se torna en una necesidad, añade una complicación innecesaria y arbitraria a cualquier proceso de capitalización. Lo lógico es que cada uno de los accionistas asuma su propia responsabilidad, es decir, responda por lo que se comprometió a aportar, y no más.

En consecuencia, dichos artículos 134 y 172 son inconstitucionales, ya que, al establecer una responsabilidad patrimonial ridícula y ruinosa en cabeza de quienes tengan la dirección efectiva y gestión diaria, y, sobre todo, en cabeza de los accionistas, constituyen normas confiscatorias, contrarias al artículo 115 constitucional, que consagra el derecho de propiedad. Este último artículo señala que la ley puede establecer limitaciones a la propiedad, pero sólo “con fines de utilidad pública o interés general”; siendo el caso que la ridícula y ruinosa responsabilidad patrimonial establecida en los citados

artículos no obedecen a tal utilidad o interés, sino al desconocimiento de conceptos elementales de derecho civil de las obligaciones y de derecho mercantil de las sociedades anónimas.

Además, estos artículos contrarían el artículo 49 de la Constitución, ya que no reconocen a los accionistas su derecho a defenderse, alegando y probando, en el caso del citado artículo 134, que no fueron ellos quienes aprobaron una fianza violatoria de algún requisito legal, y, en el caso del citado artículo 172, que no fueron ellos quienes dejaron de pagar el capital que prometieron suscribir. Tal como señalamos antes, negar una defensa razonable es la peor manera de infringir el derecho a defenderse, consagrado en el citado artículo 49; a lo que se añade que se contraviene la presunción de inocencia contemplada en el número 2 del mismo artículo constitucional.

En conclusión, si bien se innovó estableciendo el concepto de dirección efectiva y gestión diaria, no se extrajeron todas las consecuencias que se debieron haber sacado de allí, en cuanto concierne a la responsabilidad civil y penal de los personeros de las empresas de seguros. En efecto, en primer lugar, las responsabilidades de los directores o administradores parecen haber sido consagradas sin tener dicho concepto presente, ni tampoco el que tales responsabilidades deberían presuponer la asistencia a la reunión de junta directiva en la que se resuelva sobre el asunto de que se trate, sin salvar el voto, ni advertir al comisario; a lo que se añade que la condición de responsables o garantes atribuida a los miembros del directorio respecto de las reservas técnicas está en conflicto con la existencia del comité de inversiones y la circunstancia de que la juramentación respecto de las mismas reservas corresponde a quien tenga la dirección efectiva o gestión diaria. En segundo lugar, en cuanto concierne a los miembros de la asamblea de las aseguradoras, se establece que los accionistas principales deben ser expertos en seguros o estar representados por expertos en seguros, con lo que se confunde invertir con administrar y se limita la posibilidad de captar inversiones, con el agravante de se asigna a todos los accionistas responsabilidades solidarias absurdas, tanto por las fianzas mal otorgadas, como por las acciones suscritas y no pagadas todavía.

XVII. RESTRICCIONES INNECESARIAS EN LA INVERSIÓN DE BIENES NO APTOS PARA REPRESENTAR LAS RESERVAS TÉCNICAS

En el artículo 75 número 1 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, se estableció lo copiado seguidamente:

La actividad que las empresas de seguros y reaseguros pueden realizar de conformidad con los artículos precedentes, estará sujeta a lo siguiente:... La suma del capital pagado, reservas de capital y los demás rubros de capital que determine el Manual de Contabilidad y Código de Cuentas que dicte la Superintendencia de Seguros, formen parte o no del patrimonio propio no comprometido, así como este último, *deberán mantenerse invertidos en bienes rentables y seguros de acuerdo con los lineamientos que establezca dicha Superintendencia* (las cursivas son nuestras).

De modo que este último artículo dejó al solo juicio de la Superintendencia de Seguros (a ser expresado en los lineamientos que deberá establecer) en qué bienes estarán representadas las inversiones de las empresas de seguros y reaseguros, distintas de las reservas técnicas. Esto se debió dejar a la discreción de tales empresas.

Las inversiones representativas de las reservas son las únicas respecto de las cuales se justifica una limitación como la establecida en el número 1 del artículo 75, antes trans-

crito. Respecto de las inversiones no representativas de las reservas, esta limitación es arbitraria, inconveniente y hasta nula, pues se trata de una limitación al libre desempeño de la actividad económica de las aseguradoras y reaseguradoras, totalmente divorciada de las “razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente y otras de interés social”, a las que se refiere el artículo 112 constitucional. Además, al limitarse injustificadamente las inversiones no representativas de las reservas, se afecta el patrimonio de las aseguradoras y reaseguradoras, en contradicción con el artículo 115 de la Constitución, que consagra el derecho de propiedad; estando igualmente ausentes los “fines de utilidad pública o interés general” a que se refiere este artículo.

En efecto, las inversiones no representativas de las reservas deberían ser decididas libremente por las aseguradoras y reaseguradoras. Por tanto, consideramos que la norma citada es innecesariamente restrictiva, contraria a la libertad económica y limitativa del derecho de propiedad.

Además, esta norma no tiene nada que ver con los temas previstos en la Ley Habilitante. Al respecto, invocamos de nuevo los preceptos constitucionales y la doctrina de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, así como la de Gerardo Fernández; preceptos y doctrina que fueron citados en el número 3 del presente trabajo.

XVIII. INSUFICIENCIA DE LAS RESERVAS TÉCNICAS

El encabezado y los números 1 y 2 del artículo 102 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros expresan lo siguiente:

Cuando los bienes que representen las reservas técnicas no sean suficientes para cubrir las reservas técnicas de la empresa de seguros o reaseguros, la junta directiva de la empresa de seguros o reaseguros, deberá notificarlo a la Superintendencia de Seguros, en un *plazo que no podrá exceder de diez (10) días hábiles*, contados a partir de la fecha en que se haya determinado dicha insuficiencia, presentándole además, la información financiera de la cual se evidencia la misma, conjuntamente, con el compromiso de un *plan de regularización* en forma expresa y suscrito por la junta directiva o por quienes tengan la dirección efectiva o gestión diaria de la empresa, así como también copia del acta de la asamblea extraordinaria de accionistas certificada, celebrada para tratar como único orden del día: ‘la insuficiencia de los bienes que representan las reservas técnicas’ y, señalando la forma, en que han de cumplir con la obligación de subsanar la insuficiencia que presentan dichas reservas técnicas. Durante este tiempo quien ejerza el cargo de Superintendente de Seguros designará a un funcionario que será el único facultado para autorizar cualquier operación que se realice sobre los bienes que representan las reservas.

En estos casos la Superintendencia de Seguros, con independencia de las sanciones previstas en este Decreto Ley, adoptará las medidas siguientes:

1. Si los bienes aptos para representar las reservas técnicas fueran inferiores a éstas hasta en un veinte por ciento (20%), y la situación no hubiese sido subsanada en el *plazo de quince (15) días hábiles* contados desde la fecha en que fue remitido el plan de regularización, la Superintendencia de Seguros dictará las medidas administrativas que estime convenientes para subsanar la situación y evitar perjuicios a los tomadores, los asegurados y los beneficiarios, y otorgará un plazo prudencial adicional, que no podrá exceder de quince (15) días hábiles. Transcurrido ese plazo sin que se haya corregido la situación, la Superintendencia de Seguros *intervendrá a la empresa*.

2. Si los bienes aptos para representar las reservas fueran inferiores a éstas en más de un veinte por ciento (20%) y hasta alcanzar una insuficiencia que no supere un cincuenta por ciento (50%), y la situación no hubiese sido subsanada en el *plazo de quince (15) días hábiles* contados desde la fecha en que fue remitido el plan de regularización, la Superintendencia de Seguros dic-

tará las medidas administrativas que estime conveniente para subsanar la situación y evitar perjuicios a los tomadores, los asegurados y los beneficiarios y otorgará un plazo prudencial adicional, que no podrá exceder de quince (15) días hábiles. Transcurrido ese plazo sin que se haya corregido la situación, la Superintendencia de Seguros *intervendrá a la empresa*. (Las cursivas son nuestras).

De modo que este artículo da un plazo de apenas diez (10) días hábiles a los directores para presentar un plan a la Superintendencia de Seguros, a fin de regularizar cualquier insuficiencia de reservas que haya sido detectada y que no supere un 50%; y un plazo de apenas quince (15) días hábiles adicionales para ejecutar tal regularización, subsanando dicha insuficiencia. Transcurrido este último plazo, prorrogable por un plazo adicional de quince (15) días hábiles, la Superintendencia de Seguros tiene que intervenir a la empresa. Los plazos son tan cortos que, en la práctica, resulta difícil que se solucionen estas carencias, con el agravante de que, si no se subsana la insuficiencia detectada, el resultado será necesariamente la intervención. Esta regulación restringe demasiado a la Superintendencia de Seguros. En efecto, es preferible que se permita a la Superintendencia de Seguros otorgar lapsos más largos, dependiendo de las circunstancias, y, además, decidir, al vencimiento de éstos, cuál o cuáles serán las medidas que conviene dictar, según lo que considere apropiado, se trate o no de la intervención de la empresa cuestionada.

Por lo tanto, el Ejecutivo Nacional, en lugar de fortalecer al órgano de control, que fue lo que le encomendó la Asamblea Nacional, le puso una camisa de fuerza, lo cual resulta en una violación de la Ley Habilitante, cuya parte relevante nos permitimos transcribir de nuevo:

Dictar medidas que regulen la actividad aseguradora con la finalidad de conferir al organismo de control los medios adecuados para el ejercicio de sus funciones.

Lejos de dar a la Superintendencia los medios adecuados para ejercer sus funciones de control, el Presidente, con sus Ministros, la ha colocado en una situación insostenible, en la cual sólo puede otorgar los plazos de diez (10) y quince (15) días previstos en la disposición transcrita, que son demasiado breves, vencidos los cuales tiene necesariamente que intervenir la compañía, sin poder dictar otra medida más apropiada para rescatarla.

Por otro lado, el encabezado y el número 3 del mismo artículo 102 expresa lo copiado seguidamente:

...la Superintendencia de Seguros, con independencia de las sanciones previstas en este Decreto Ley, adoptará las medidas siguientes:... Si los bienes aptos para representar las reservas fueren inferiores a éstas en más de un cincuenta por ciento (50%), la Superintendencia de Seguros procederá a la intervención de la empresa, y dictará las medidas tendentes a corregir la situación para lo cual otorgará un *plazo, que no excederá de sesenta (60) días continuos* contados desde la fecha de la intervención. Si la situación no es superada, la Superintendencia de Seguros *revocará la autorización* de constitución y funcionamiento (las cursivas son nuestras).

Entonces, el número 3 del mismo artículo da un plazo de apenas sesenta (60) días continuos a la Superintendencia de Seguros, como interventora, para regularizar cualquier insuficiencia de reservas que haya sido detectada y que supere un 50%; y establece que, vencido dicho plazo, a la empresa necesariamente se le revocará su autorización de constitución y funcionamiento. Esto también coloca en una posición difícil de manejar a la Superintendencia de Seguros, pues le priva la posibilidad de solucionar cierto tipo de problemas, que pueden requerir más tiempo, ordenándole tomar una resolución que resultará en la disolución y liquidación, o cambio de objeto, de una empresa de

seguros o reaseguros que puede ser viable económicamente. Nuevamente alegamos que se violó la Ley Habilitante, al restringirse de tal modo la actuación del órgano de control, que se le entorpece en el ejercicio de sus funciones, privándosele de efectividad innecesariamente.

El encargo del Legislativo al Ejecutivo fue dar a la Superintendencia los medios adecuados para ejercer sus funciones de control, y no colocarla entre la espada y la pared, quitándole la necesaria flexibilidad y eficacia.

Respecto de la discrepancia entre la Ley Habilitante y el citado artículo 102, nuevamente son aplicables los preceptos constitucionales y la doctrina de Gerardo Fernández y de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, preceptos y doctrina que fueron citados en el número 3 del presente trabajo.

XIX. ENAJENACIÓN O GRAVAMEN DE LOS BIENES REPRESENTATIVOS DE LAS RESERVAS TÉCNICAS

El artículo 108 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros establece lo siguiente:

Quando se pretenda hacer cualquier enajenación o constituir gravamen de los bienes que representan las reservas técnicas, la empresa estará obligada a sustituir previa o simultáneamente los valores correspondientes por dinero u otros bienes de los aceptados por este Decreto Ley para la representación de reservas técnicas. Igual sucederá en los supuestos en que por la naturaleza del bien afecto a reserva o por mandato legal o judicial, fuera necesario rescatarlo o cancelarlo.

Quienes tengan la dirección efectiva o la gestión diaria y enajenaren sin la *autorización requerida*, los bienes que representan las reservas técnicas o los utilicen para el pago de compromisos con los beneficiarios de contratos de seguros y no los sustituyan por otros, ocasionando una insuficiencia en la representación de las reservas, serán *responsables civil y penalmente* de los perjuicios que puedan ocasionar a los tomadores, los asegurados o los beneficiarios (las cursivas son nuestras).

De modo que se establece una responsabilidad civil y penal en cabeza de las personas a cuyo cargo está la dirección efectiva o la gestión diaria, para el caso de que enajenen, *sin la autorización requerida*, los bienes que representan las reservas técnicas, creando una situación de insuficiencia.

Ahora bien, establecer esta responsabilidad constituyó una equivocación, ya que dicho decreto-ley no requiere ninguna autorización para enajenar los bienes que representan las reservas técnicas. Es más, es lógico que no haya que pedir permiso para sustituir unos bienes aptos para representar reservas por otros bienes igualmente aptos.

Es evidente, pues, la equivocación cometida por el Ejecutivo, en uso de la habilitación conferida por el Legislativo. En efecto, sobre la base del error de pensar que alguno de los artículos del referido decreto-ley requiere tal autorización, el Presidente y sus Ministros, con una supuesta fundamentación en la Ley Habilitante, pretendieron establecer una responsabilidad, tanto civil, como penal.

En consecuencia, el citado artículo 108 viola el principio de la legalidad, según el cual no puede haber ninguna falta ni sanción sin que exista una ley que las establezca. Este principio está consagrado en el artículo 49 número 6 de la Constitución, que fue infringido.

La violación del principio de la legalidad y la falta de técnica legislativa se ponen aún más de manifiesto si se toma en cuenta que ninguna norma del decreto-ley define dicha responsabilidad penal, que supuestamente está relacionada con los perjuicios causados, lo cual es típico de la responsabilidad civil y atípico de la penal.

XX. LOS AUDITORES EXTERNOS

En los artículos 127, 128 y 129 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros se establece:

La Superintendencia de Seguros en sus funciones de regulación, inspección, vigilancia, supervisión, control y fiscalización de los sujetos a que se refiere el artículo 1 del presente Decreto Ley podrá:

1. Celebrar reuniones con los auditores externos contables, de sistemas o con los actuarios independientes de las empresas de seguros o de reaseguros, *sin la presencia de los representantes de la empresa auditada*.

2. Ordenar informes de auditorías externas contables, de sistemas o actuariales de revisión limitada sobre determinadas cuentas de los estados financieros o sobre determinadas operaciones.

3. Ordenar a la empresa de seguros o la de reaseguros el cambio de auditores externos contables o de sistemas o de los actuarios independientes cuando la Superintendencia de Seguros presumiere con fundados indicios que los informes presentados no revelen la verdadera situación de dichas empresas.

4. Solicitar a los auditores externos contables, de sistemas y actuarios independientes la presentación a la Superintendencia de Seguros de los informes sobre la actividades realizadas, de los papeles de trabajos que los sustentan o sobre cualquier otro aspecto que considere conveniente.

Estas actividades serán a costa de la respectiva empresa de seguros o de reaseguros.

La falta de cumplimiento de las instrucciones dictadas de conformidad con el artículo anterior o la indebida ejecución de éstas por parte de los auditores externos contables o de sistemas o actuarios independientes, da derecho a la Superintendencia de Seguros a *contratar a otros auditores externos o actuarios independientes a costa de la respectiva empresa*, sin perjuicio de las sanciones que les sean aplicables.

Las empresas de seguros y las de reaseguros deberán ordenar la realización de auditorías externas contables y actuariales a los balances y estados financieros, por profesionales en el ejercicio independiente de su profesión y presentarlos a la Superintendencia de Seguros, en los casos establecidos en este Decreto Ley. Las demás personas jurídicas y naturales a que se refiere el artículo 1 del presente Decreto Ley, deberán efectuar tales auditorías a requerimiento de la Superintendencia de Seguros.

La Superintendencia de Seguros establecerá mediante normas de carácter general, para los profesionales que realicen dicha auditorías, requisitos de elegibilidad con base en la formación académica y la experiencia profesional en el ramo, así como otras condiciones, entre ellas, las inherentes a la independencia y número de ejercicios consecutivos de actuación en una misma empresa. Asimismo la Superintendencia de Seguros podrá ordenar que se realicen auditorías de sistemas en los término que indique en la respectiva Providencia.

Los resultados de estas auditorías, así como *la carta a la gerencia, los informes sobre control interno*, los de análisis especiales de cuentas, los informes y certificaciones dirigidos a quienes formen parte del grupo económico y cualesquiera otros informes complementarios o adicionales suscritos por los auditores externos y actuarios independientes, deberán ser remitidos por las em-

presas de seguros o las de reaseguros a la Superintendencia de Seguros. Los papeles de trabajo estarán a disposición de la Superintendencia de Seguros durante un período de por lo menos tres (3) años contados a partir de la correspondiente auditoría. (Las cursivas son nuestras).

De modo que en estos artículos se prevé que la Superintendencia de Seguros interfiera en la relación entre las empresas de seguros o reaseguros y sus auditores externos, pudiendo tener reuniones con éstos a espaldas de dichas empresas, revocarlos y contratar otros, así como pedirles nuevos informes de auditoría y otros recaudos, todo ello a costa de la empresa de que se trate.

Ahora bien, la Superintendencia de Seguros debería utilizar sus propios recursos para ejercer sus funciones de supervisión respecto de las aseguradoras y reaseguradoras, funciones que son personalísimas y de orden público; respetando las relaciones entre ellas y sus auditores, así como el derecho de defensa de tales empresas.

En consecuencia, los artículos 127, 128 y 129 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros son violatorios del derecho de la defensa, consagrado en el artículo 49 de la Constitución.

XXI. FACULTAD DE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE CREAR APARTADOS GENÉRICOS O ESPECIALES

En el artículo 165 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros se expresa, entre otras cosas, que:

El Superintendente de Seguros podrá ordenar por razones de riesgo la constitución de *apartados genéricos o especiales, distintos de las reservas técnicas* a que se refiere esta Ley, y señalará los ajustes a efectuar contra tales apartados o directamente contra los resultados del ejercicio (las cursivas son nuestras).

Ahora bien, no se debe dejar a criterio de la Superintendencia de Seguros ordenar la creación de tales apartados, puesto que ya existen dichas reservas, establecidas por las mismas razones de riesgo. El exceso de apartados o reservas no es sano para este tipo de empresas, que necesitan dar dinamismo a sus flujos de caja para poder obtener los recursos necesarios para garantizar a los asegurados los compromisos asumidos, poder cumplir con los gastos propios de operaciones y obtener resultados que permitan dar beneficios a sus accionistas y trabajadores.

Dar al órgano de control la facultad de crear tales apartados excede la habilitación prevista en la Ley Habilitante y, por tanto, viola nuestra Carta Magna. Si el Ejecutivo quería crear tales apartados, debió crearlos en el decreto-ley, y no dar a la Superintendencia atribuciones para ello. Invocamos nuevamente los artículos de la Constitución y la doctrina de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, así como la de Gerardo Fernández; artículos y doctrina que citamos en el número 3 del presente trabajo.

XXII. DISOLUCIÓN POR INACTIVIDAD DE LA ASAMBLEA DE ACCIONISTAS

El Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros expresa, en el número 3 del artículo 166, que los entes bajo el control de la Superintendencia de Seguros se disuelvan en el caso siguiente:

Por la *inactividad* de su asamblea de accionistas (las cursivas son nuestras).

Pero esta norma debió ser precisa. ¿Qué inactividad? ¿La inactividad en qué? La falta de precisión es muy grave, pues la consecuencia jurídica de tal inactividad es la disolución de la empresa.

Semejante ambigüedad con una consecuencia jurídica tan grave es de tal magnitud que se vulnera el derecho de defensa de las sociedades y el derecho de propiedad correspondiente a sus accionistas.

En consecuencia, el artículo citado infringe el artículo 49 de la Constitución, que consagra el derecho de defensa y al debido proceso, y el artículo 115 de la Constitución, que consagra el derecho de propiedad. Este último artículo señala que la ley puede establecer limitaciones a la propiedad, pero sólo “con fines de utilidad pública o interés general”; siendo el caso que las atribuciones establecidas en el citado número 12 del artículo 10 no obedecen a tal utilidad o interés. Estas atribuciones tienen que ver, más bien, con una concepción equivocada de lo que debe ser el control del Estado sobre la actividad aseguradora y con una mala técnica legislativa, pues se debió legislar de manera clara y razonable.

XXIII. PÉRDIDAS PATRIMONIALES

En la primera parte del artículo 168 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros se expresa:

Cuando conforme al análisis realizado por la Superintendencia de Seguros se determinen pérdidas en el capital pagado y reservas del superávit *distintas del superávit no realizado de una empresa de seguros o de reaseguros o de corretaje de seguros o de reaseguros*, equivalentes a un porcentaje *mayor de veinticinco por ciento (25%) pero menor de cincuenta por ciento (50%)*, la Superintendencia de Seguros solicitará la reposición de las cuentas de capital en la forma y plazo previstos en este Decreto Ley o su limitación al capital existente. A tal efecto, los administradores deberán convocar una asamblea la cual deberá reunirse dentro de los quince (15) días continuos siguientes a la fecha en que la Superintendencia de Seguros dicte la decisión (las cursivas son nuestras).

Así, se establece un régimen en relación con las pérdidas en cuentas patrimoniales, que es distinto del régimen relativo a las pérdidas de capital establecido en el artículo 264 del Código de Comercio, sin aclararse si el artículo 168 sería aplicado adicionalmente al artículo 264 o en lugar del mismo.

Por otro lado, el citado artículo 168 se refiere a las pérdidas en el capital pagado y reservas de superávit distintas del superávit no realizado. No se entiende por qué se impide tomar en cuenta las reservas para revalorización de valores y de inmuebles, que forman parte del patrimonio y que, en épocas de inflación, constituyen partidas importantes, plenamente justificadas. Decimos que se trata de partidas importantes y plenamente

justificadas, porque, en épocas de inflación, los viejos precios de adquisición son muy inferiores a los nuevos precios por los que se pudieran vender los mismos activos. Esta realidad económica no se debió desconocer.

En consecuencia, por su falta de claridad y su carencia de lógica económica, el artículo citado, susceptible de afectar gravemente a las empresas y a sus accionistas, infringe el artículo 49 de la Constitución, que consagra el derecho de defensa y al debido proceso, y el artículo 115 de la Constitución, que consagra el derecho de propiedad. Este último artículo señala que la ley puede establecer limitaciones a la propiedad, pero sólo “con fines de utilidad pública o interés general”; siendo el caso que las atribuciones establecidas en el citado artículo no obedecen a tal utilidad o interés, sino que tienen que ver, más bien, con no entender perfectamente la realidad económica y con errores de técnica legislativa, pues se debió legislar de manera clara y razonable.

Hay que tener presente que la aplicación del citado artículo 168 puede resultar en que se destruya la capacidad de recuperación de la compañía afectada, en virtud de la disposición contenida en la parte final del mismo artículo 168, que es del siguiente tenor:

La empresa no podrá asumir nuevas obligaciones o realizar nuevas operaciones hasta normalizar la situación.

XXIV. CUENTA ESPECIAL PARA LAS PRIMAS

El artículo 170 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros expresa:

En el caso de una empresa sometida a medidas administrativas, la Superintendencia de Seguros si lo estima *conveniente* podrá ordenar *que las primas recaudadas sean depositadas en una cuenta especial* abierta en la institución financiera que la Superintendencia de Seguros determine, la cual podrá estar representada en los títulos que indique dicho Organismo. Dicha cuenta sólo podrá ser *movilizada previa autorización* de la Superintendencia de Seguros (las cursivas son nuestras).

De modo que se prevé que se ordene que las primas se depositen en una cuenta especial, que no se puede movilizar sin autorización de la Superintendencia de Seguros, lo que, por sí solo, no se justifica. En efecto, si una compañía llega a un punto tal, que se hace necesaria semejante medida, lo más procedente parece ser intervenirla, en cuyo caso la norma que acabamos de transcribir sobra.

En todo caso, dicho artículo debió precisar los casos de extrema gravedad en que el mismo es aplicable, en vez de quedar a la sola consideración por la Superintendencia de Seguros aplicarlo cuando considere que ello es *conveniente*.

En consecuencia, por su falta de claridad, su carencia de lógica y la excesiva discrecionalidad dada al órgano de control, y por afectar las cuentas propiedad de las empresas, el artículo citado infringe el artículo 49 de la Constitución, que consagra el derecho de defensa y al debido proceso, y el artículo 115 de la Constitución, que consagra el derecho de propiedad. Este último artículo señala que la ley puede establecer limitaciones a la propiedad, pero sólo “con fines de utilidad pública o interés general”; siendo el caso que las atribuciones establecidas en el citado artículo no obedecen a tal utilidad o interés, sino que tienen que ver, más bien, con una concepción equivocada de lo que debe ser una medida preventiva, por oposición a la intervención.

XXV. LIMITACIONES AL PRODUCTOR DE SEGUROS QUE CEDE SU CARTERA

En el artículo 233 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros se expresa:

El productor de seguros que haya cedido totalmente su cartera de seguros pierde su condición de tal y no podrá obtener de nuevo autorización para actuar como productor, ni ser empleado o tener participación de ninguna especie en sociedades de corretaje de seguros, hasta haber transcurrido por lo menos *tres (3) años* contados a partir de la fecha del documento respectivo. Además quedará obligado a no realizar, directa o indirectamente, ningún acto que pueda dar lugar a la desaparición total o parcial de la cartera, sin perjuicio de las acciones que le correspondan al cesionario (las cursivas son nuestras).

Así, se establecen una serie de limitaciones respecto de la actividad profesional y mercantil del productor de seguros que ha cedido su cartera; limitaciones que se aplican por un plazo de tres años.

Estas limitaciones son muy rígidas y no debieron ser materia del referido decreto-ley, ya que el lugar apropiado para regular la posible competencia desleal del productor cedente contra el productor cesionario es el contrato de cesión de cartera celebrado entre ambos.

Estas limitaciones, que pretenden restringir, contra la voluntad de agentes y corredores, su actuación profesional y su desempeño económico, contrarían los artículos 20 y 112 constitucionales. De estos artículos se desprende, respectivamente, que las limitaciones al libre desempeño de la personalidad y de la actividad económica profesional de las personas sólo pueden resultar, respectivamente, en razón “del derecho de las demás y del orden público o social”, o “por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente y otras de interés social”. Ahora bien, las limitaciones del artículo 233 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros no resultan, sino que más bien se oponen, a las razones relacionadas con los derechos de las demás personas, el orden público o social, el desarrollo humano y otras de interés social; a lo que se añade que, evidentemente, tales limitaciones no guardan relación alguna con la seguridad, la sanidad y la protección del ambiente. El mencionado decreto-ley debería dejar la cedente y cesionario establecer las limitaciones que les parezca apropiado a la actividad de éste luego de la cesión de su cartera.

XXVI. ARBITRAJE

Los artículos 256 y 257 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros disponen, entre otros asuntos, lo siguiente:

Los sujetos sometidos a este Decreto Ley y éstos con los tomadores, los asegurados o los beneficiarios del seguro..., podrán someter a procedimiento de *arbitraje* las divergencias que se susciten en la interpretación, aplicación y ejecución de los contratos que tengan suscritos. La tramitación del arbitraje se ajustará a lo dispuesto en la ley que regule la materia de arbitraje y supletoriamente al Código de Procedimiento Civil.

El Superintendente o Superintendente de Seguros deberá actuar directamente o a través de los funcionarios que designe, como *árbitro arbitrador* en aquellos casos en que sea designado de mutuo acuerdo entre ambas partes. Las partes fijarán el procedimiento a seguir, caso contrario se

aplicará el procedimiento previsto en la ley que rige la materia de arbitraje. Las decisiones del Superintendente o Superintendente de Seguros deberán ser adoptadas en un plazo que no exceda de treinta (30) días hábiles una vez finalizada la actuación de las partes...

El laudo arbitral será de obligatorio cumplimiento. (Las cursivas son nuestras).

De modo que los dos artículos que acabamos de transcribir se refieren a la función arbitral del Superintendente de Seguros, o de quien éste designe, como árbitro arbitrador.

Ahora bien, aunque el desempeño como árbitro de la correspondiente Superintendencia es algo que viene de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros derogada, en la misma no era obligatorio para las partes someterse a tal arbitraje.

Consideramos que es inconstitucional dar a la Superintendencia dicha atribución jurisdiccional. En efecto, actuar como árbitro implica sustanciar y decidir, como juzgador imparcial e independiente, las controversias entre las partes, con base sobre los alegatos y pruebas presentados por ellas, lo cual constituye una atribución típica de los entes del Poder Judicial, que no es compatible con la función de controlar y fiscalizar la actividad aseguradora, que corresponde a la Superintendencia, como órgano del Poder Ejecutivo. Dicha función jurisdiccional tampoco es compatible con el deber que tiene la Superintendencia de evacuar las consultas que le formulen los tomadores, asegurados o beneficiarios de seguros, que son la contraparte de las aseguradoras, y de atender las reclamaciones de aquéllos contra éstas (artículo 10 número 30 y artículo 267 del mismo decreto-ley). Lo anterior se hace más evidente si se toma en cuenta que, en ciertos casos, corresponde a la Superintendencia de Seguros asumir la representación de los tomadores, asegurados o beneficiarios de seguros, que, repetimos, son la contraparte de las aseguradoras (artículo 255 del mismo decreto-ley).

Desde hace tiempo, la Superintendencia de Seguros ha estado muy pendiente de asesorar a los tomadores, asegurados y beneficiarios de seguros, en sus relaciones con las aseguradoras. Esta función estaba consagrada en el artículo 175 de la ley derogada, cuyo párrafo primero ordenaba a dicha Superintendencia orientar *-orientará-* a tales tomadores, asegurados y beneficiarios *en la presentación de sus reclamos* contra las empresas de seguros. El nuevo decreto-ley, en el número 30 de su artículo 10, en concordancia con su artículo 267, parece consagrar tal función. Ahora bien, esta nueva consagración legal deja mucho que desear, puesto que el referido decreto-ley no aclara que tal asesoría incluye lo relativo a los reclamos contra las aseguradoras; así que la normativa actual es menos precisa que la de antes, a lo que se añaden las inconsistencias y peligros resultantes del gran cúmulo de poderes que fueron asignados al Organismo mencionado. Bajo el nuevo régimen legal, dicha Superintendencia, naturalmente, ha seguido colaborando con los clientes de las empresas de seguros, suministrándoles tal orientación. En apoyo de la afirmación anterior, nos permitimos invocar el aviso publicado en la prensa nacional por esta Superintendencia el 4 de mayo de 2002, informando a los tomadores, asegurados y beneficiarios lo siguiente:

...que pueden comparecer a... la Superintendencia... a presentar copia de sus reclamos ante las empresas de seguros, a los fines de que este Organismo *les asesore* en la presentación de sus reclamaciones, realice los respectivos trámites para buscar una solución satisfactoria de los conflictos o para que se dé inicio a los procedimientos administrativos *sancionatorios* que fueren procedentes en los casos de retardo, rechazo genérico o elusión sin ninguna causa justificada (las cursivas son nuestras).

Este aviso se refiere a la función asesora y la atribución sancionatoria del mismo Organismo, que son difícilmente compatibles.

Ahora bien, el citado artículo 257, relativo a la función arbitral de la Superintendencia de Seguros, dispone, entre otras cosas, lo copiado a continuación:

En los casos cuya cuantía no exceda de doscientas cincuenta unidades tributarias (250 U.T.), el arbitraje será obligatorio. En caso de negativa de alguna de las partes a formalizar el compromiso, la Superintendencia de Seguros ordenará la citación de la parte renuente para que conteste acerca del compromiso dentro de los cinco (5) días siguientes a la citación. Si el citado no compareciere, se tendrán por válidas las cuestiones sometidas por la parte compareciente y la Superintendencia de Seguros así lo resolverá. Si la parte citada compareciere, se le oirán sus alegatos, se abrirá el lapso probatorio que fije la Superintendencia y se dictará el laudo arbitral en el plazo establecido en este artículo (las cursivas son nuestras).

De modo que, por una parte, el citado artículo 257 establece el *arbitraje obligatorio*, en la Superintendencia de Seguros, de todos los casos por menos de doscientas cincuenta (250) unidades tributarias; y, por otra parte, el aviso antes transcrito, publicado por la misma Superintendencia, reconoce que corresponde a este Despacho asesorar a las contrapartes de las aseguradoras en sus reclamaciones contra éstas.

La función asesora a la que se refiere este aviso se ve perjudicada y distorsionada, no sólo por la atribución sancionatoria del mismo Organismo, a la que también alude el citado aviso, sino además, de manera muy especial, por el carácter de árbitro obligatorio asignado a dicho Despacho, que no aparece mencionado en el aviso antes transcrito, a pesar de estar consagrado en el citado artículo 257.

Es obvio que la concentración de poderes en la Superintendencia de Seguros, que se comprueba leyendo todo el articulado del nuevo decreto-ley, no es conveniente, ni es correcto que se convierta a dicha Superintendencia en juez y parte, o mejor dicho, asesora de una de las partes, ya que se le crea un obvio conflicto de intereses.

El citado artículo 257 convierte a dicho Despacho prácticamente en un tribunal, pero con la peculiaridad de que no se decidirá en función del derecho, sino de la equidad. Este artículo es inconstitucional, ya que impide a las partes obtener decisiones con base en la ley, emitidas por funcionarios judiciales; obligándolas a conformarse con decisiones de equidad, emitidas por funcionarios gubernamentales, que no son sus jueces naturales y tienen un conflicto de intereses.

Al respecto, cabe citar la siguiente doctrina (Faúndez Ledesma, Héctor: *Administración de Justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, pp. 221 y ss.):

...el derecho a un juicio justo no implica únicamente el derecho a que se observen determinadas garantías en un proceso ya iniciado; este derecho comprende, también, un derecho de acceso a los tribunales que... puede ser decisivo en la determinación de los derechos u obligaciones civiles de una persona... En realidad, cerrar o impedir el acceso a los órganos jurisdiccionales es la forma más extrema de negar a una persona el derecho a un proceso equitativo.

De modo que existe el derecho de acceso a los tribunales; al que se añade el derecho a que los asuntos controvertidos sean materia de una decisión basada en el derecho, y no en la equidad. Respecto de estos dos derechos, la única salvedad que se puede hacer es la necesidad de respetar el acuerdo de las partes de someterse a arbitraje, si fuere el caso; pudiendo éstas nombrar un árbitro arbitrador, si lo desean. Ciertamente, no se puede imponer a los contratantes que no lo quieran así, que sus controversias por debajo de ciertos montos sean resueltas por la Superintendencia de Seguros en base a la equidad, sin tomar en cuenta la ley, ni la exigencia de que los asuntos sean decididos por los jueces naturales que correspondan.

Asimismo, el artículo 257 citado es violatorio de los artículos 20 y 26 de la Constitución, los cuales sirven de fundamento para sostener que en Venezuela el procedimiento arbitral está regido por el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Por lo tanto, mal puede un decreto-ley establecer un procedimiento de arbitraje obligatorio sin incurrir en una violación de dichas normas constitucionales.

De modo que la aplicación de dicho decreto-ley tiene como consecuencia la sustitución del régimen legal por un régimen de equidad, para las controversias de doscientas cincuenta unidades tributarias (250 U.T.) o menos, y el reemplazo de los jueces naturales por el órgano de control para decidir las mismas controversias con fundamento en la equidad y no la ley.

El citado artículo 256, sobre la función arbitral de la Superintendencia de Seguros, dispone, entre otros asuntos, lo siguiente:

Los sujetos sometidos a este Decreto Ley y... los prestadores o proveedores de servicios, tales como centros asistenciales de salud o talleres mecánicos de reparación de vehículos, podrán someter a procedimiento de arbitraje las divergencias que se susciten en la interpretación, aplicación y ejecución de los contratos que tengan suscritos (las cursivas son nuestras).

De modo que el citado artículo 256 prevé, entre otros asuntos, que los *talleres mecánicos de reparación de vehículos*, los *centros asistenciales de salud* y otros proveedores acuerden someterse a *arbitraje* respecto de sus contratos con las aseguradoras. Se extendió así a personas que no son parte en la relación aseguradora la función arbitral de la Superintendencia, que ni siquiera debió existir respecto de la vinculación de las empresas de seguros con los tomadores, asegurados y beneficiarios. En efecto, las sociedades aseguradoras y los talleres, clínicas y proveedores, si lo desean, pueden celebrar acuerdos arbitrales conforme a la Ley de Arbitraje Comercial, sin necesidad de prever esto en el referido decreto-ley, el cual debe tratar las relaciones entre los tomadores, asegurados y beneficiarios, por una parte, y las aseguradoras, por la otra. No se justifica legislar sobre la relación entre éstas y los talleres, clínicas y otros proveedores, y mucho menos proteger a éstos, como si se tratase de débiles jurídicos.

En consecuencia, alegamos la violación de todos los artículos constitucionales relativos a la separación de poderes, así como del artículo 49 de la Constitución, que consagra el derecho de la defensa, incluyendo el derecho de toda persona a ser juzgada por sus jueces naturales (número 4).

A lo anterior se añade que el tema del arbitraje en general, del arbitraje obligatorio y del arbitraje en relación con clínicas, talleres y otros proveedores, son temas que carecen de la más mínima relación con lo previsto en la Ley Habilitante. En consecuencia, estos artículos son nulos.

Respecto de la inconstitucionalidad de dicha norma, por exceder los parámetros establecidos en la Ley Habilitante, invocamos una vez más los artículos de la Constitución y la doctrina de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, así como la de Gerardo Fernández; artículos y doctrina que citamos en el número 3 del presente trabajo.

XXVII. SEGUROS SOLIDARIOS

Los llamados *seguros solidarios* son una innovación del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros; están previstos en sus artículos 259, 260 y 261, agregados a última hora; y están en contra de los principios generales que rigen la actividad aseguradora.

La discrepancia entre los llamados *seguros solidarios* y los principios generales que rigen la actividad aseguradora se pone en evidencia leyendo el número 5 del artículo 10 y el artículo 132 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, que comentaremos a continuación:

Por una parte, el número 5 del artículo 10 de dicho decreto-ley expresa lo siguiente:

Son facultades y funciones de la Superintendencia... Establecer los mecanismos para que quienes deban tomar un seguro obligatorio tengan acceso al mismo y para que las empresas de seguros suscriban dichos riesgos. Estos mecanismos deberán tener en cuenta *las condiciones de asegurabilidad y la suficiencia de las coberturas y de las primas* (las cursivas son nuestras).

Sin embargo, las condiciones de asegurabilidad y la suficiencia de las coberturas y de las primas fueron totalmente ignoradas en los citados artículos 259 a 261 del mismo decreto-ley. En efecto, el artículo 259 establece que las empresas de seguros destinarán un porcentaje de su cartera para ofrecer contratos de seguros a las personas naturales que tengan ingresos hasta dos (2) salarios mínimos, y que las primas anuales de estos contratos no serán superiores al cincuenta por ciento (50%) de un salario mínimo. Esta cantidad es irrisoria comparada con, por un lado, el incremento en los gastos administrativos de los aseguradores que representaría emitir tales pólizas, y, por otro lado, los riesgos que tendrían que asumir las empresas aseguradoras, los cuales serían, según el mismo artículo, “riesgos tales como gastos odontológicos, servicios funerarios y accidentes personales”, respecto de muchísimas personas de muy bajos ingresos.

Por otra parte, el artículo 132 del mismo decreto-ley establece lo copiado seguidamente:

Las empresas de seguros... podrán realizar operaciones de fianzas *siempre que no sean garantías financieras*. Se entiende por garantías financieras aquellas operaciones que presenten, entre otras, una de las siguientes características: a. Que la obligación principal afianzada consista únicamente en el pago de una suma de dinero a plazo fijo. b. Que el contrato que dé lugar a la fianza tenga una finalidad crediticia (las cursivas son nuestras).

El principio de que las garantías financieras constituyen una operación incompatible con la actividad aseguradora también fue totalmente ignorado en los citados artículos 259 a 261. Efectivamente, el artículo 261 obliga a las empresas de seguros al “otorgamiento de pólizas (sic) para cubrir los riesgos de insolvencia del deudor”, referidas al *sistema microfinanciero*. Esta clase de seguro desvirtúa la naturaleza tanto de la actividad aseguradora, como de la propia institución del seguro, tal como fue concebida por el legislador venezolano.

De modo que los llamados seguros solidarios son incompatibles con los principios generales del seguro, cuya respeto exige el propio decreto-ley. En general, no se debería obligar a las aseguradoras a prestar un servicio asimilable a la seguridad social, más aún, cuando el Estado es el responsable de la seguridad social. Así mismo, este tipo de seguro solidario no parece ser económicamente viable. Pero lo más grave es que los seguros obligatorios carecen de la más mínima relación con lo previsto en la Ley Habilitante. En consecuencia, estos artículos deberían ser anulados. Resultan aplicables nue-

vamente los artículos de la Constitución y la doctrina de Gerardo Fernández y de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, artículos y doctrina que citamos en el número 3 del presente trabajo.

XXVIII. SUSPENSIÓN TEMPORAL POR CINCO INFRACCIONES Y REVOCACIÓN DEFINITIVA POR TRES INFRACCIONES ADICIONALES

El artículo 271 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros establece que más de cinco sanciones en tres años acarrea la suspensión de la autorización para operar por hasta seis meses. Si luego ocurren apenas tres sanciones en tres años, procederá la revocación de dicha licencia. En efecto, la primera parte de este artículo establece lo siguiente:

Cuando cualquiera de las personas señaladas en el artículo 1 de este Decreto Ley sea sancionada más de *cinco (5) veces* por la Superintendencia de Seguros en el lapso de *tres (3) años*, será *suspendida la autorización para operar* hasta por seis (6) meses. La Superintendencia de Seguros *revocará la autorización para operar* de los sujetos que luego de suspendidos hayan sido sancionados *tres (3) veces* en un período de *tres (3) años* contados a partir de la fecha en que quedó sin efecto la suspensión. El Reglamento del presente Decreto Ley establecerá los efectos de la suspensión de la autorización para operar (los resaltados son nuestros).

El citado artículo 271 es de aplicación inmediata desde el 12 de noviembre de 2002, en que fue por primera vez dado a conocer al público, mediante la publicación del correspondiente decreto-ley en la Gaceta Oficial.

Dicho texto legal está redactado en términos muy amplios, ya que se refiere a cualquier sanción, sin que resulte ninguna diferencia de la gravedad o nimiedad de la infracción.

Ocho (8) sanciones o más, cualquiera que sea su importancia, en ocho (8) años, es muy poco, para una consecuencia jurídica tan radical como revocar la licencia de una aseguradora.

Además, el supuesto de hecho de la norma citada es que dicha Superintendencia imponga sanciones, sin que sea relevante cuál es el texto infringido. En efecto, la disposición transcrita no está referida de manera específica a violaciones del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros. En todo caso, el control de la referida Superintendencia, según varios artículos de este decreto-ley, se extiende a la relación contractual entre las aseguradoras y los tomadores, asegurados y beneficiarios, regulada en el Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro. En tal sentido, el artículo 267 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, por no citar sino un ejemplo, establece multas para las empresas de seguros que dejen de cumplir sus obligaciones respecto de sus clientes, lo que da atribuciones a dicha Superintendencia para analizar las pólizas a la luz del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro, a fin de determinar si procede o no sancionar a las aseguradoras conforme al Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, a solicitud de los clientes de las aseguradoras.

Respecto de decretos-leyes como el Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro y el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, que contienen aproximadamente cuatrocientos (400) artículos, que a su vez contemplan una regulación minuciosísima respecto de los aspectos más ínfimos de la actividad de los entes

controlados, la disposición sancionatoria del artículo 271, anteriormente transcrito, simplemente, no puede ser aplicada. Al cabo de un tiempo, si se aplicara con rigor este artículo, en contra de quienes infrinjan cualesquiera de las disposiciones de los referidos decretos-leyes, no quedarán aseguradoras en el país.

El citado artículo 271, además de tal suspensión y revocación, contempla una inhabilitación. En efecto, dicho artículo, que quizás es una de las disposiciones más criticables del nuevo régimen legal, adicionalmente establece lo siguiente:

En los casos previstos en este artículo, el miembro de la junta directiva, ejecutivo o empleado de las empresas sometidas al presente Decreto Ley, que hubiere incurrido en los supuestos de hecho para que proceda la sanción será sancionado con *inhabilitación* para el ejercicio de la actividad aseguradora o reaseguradora por el plazo de hasta diez (10) años (las cursivas son nuestras).

El citado artículo 271 es inconstitucional. En efecto, al establecer, sin requerir una causa muy grave que lo justifique, una sanción de suspensión seguida de una de revocación e inhabilitación, se limita el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de las personas naturales y jurídicas afectadas, así como su derecho a desempeñarse económicamente con libertad, lo mismo que su derecho de propiedad y el de sus accionistas.

En efecto, esta limitación está reñida con el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y a desenvolverse económicamente con libertad, plasmados en los artículos 20 y 112 de la Constitución, respectivamente. Además, tal suspensión, revocación e inhabilitación, no basadas en motivos de extrema gravedad, inciden negativamente sobre el patrimonio de las personas naturales y jurídicas afectadas, lo que constituye una violación de su derecho de propiedad, consagrado en el artículo 115 de la Constitución.

De los artículos 20 y 112 y 115 constitucionales, antes citados, se desprende, respectivamente, que las limitaciones al libre desempeño de la personalidad y de la actividad económica profesional de las personas naturales y jurídicas sujetas a dichos decretos-leyes, así como del derecho de propiedad de éstas y de los accionistas de las sociedades aseguradoras, reaseguradoras y corredoras de seguros y reaseguros, sólo pueden resultar, respectivamente, en razón “del derecho de las demás y del orden público o social”, “por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente y otras de interés social” o “con fines de utilidad pública o interés general”. Ahora bien, las referidas sanciones, tal como éstas fueron establecidas por el artículo 271 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, no tienen nada que ver con razones relacionadas con los derechos de las demás personas, ni con el orden, interés o utilidad públicos, sociales o generales, ni con el desarrollo humano, la seguridad, la sanidad, la protección del ambiente, ni ninguna otra razón de interés social. Este artículo es, simplemente, el resultado de no entender la misión que corresponde a los órganos de control del Estado, que en vez de verse fortalecidos, se ven debilitados, al pretenderse darles una atribución sancionatoria desmedida e irracional, que los coloca en una situación tal, que no van a poder aplicar plenamente la nueva legislación, pues las consecuencias de aplicarla serán terribles.

XXIX. SANCIONES PENALES

Los artículos 288 a 295 del Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros establecen responsabilidades penales en cabeza de las personas allí mencionadas. Con anterioridad al 12 de noviembre de 2001, tales responsabilidades estaban

establecidas en la vieja Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros. Esta última, a raíz de la reforma efectuada por el Congreso Nacional, que fue publicada el 23 de diciembre de 1994 y reimpressa el 8 de marzo de 1995, era una ley propiamente dicha. Esta ley fue derogada por aquel decreto-ley, que pretende tipificar delitos y establecer las correspondientes penas.

Cuando el Poder Ejecutivo, en el referido decreto-ley, estableció responsabilidades penales, excedió la Ley Habilitante. Al respecto, invocamos nuevamente los artículos de la Constitución y la doctrina de Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, así como la de Gerardo Fernández; artículos y doctrina que citamos en el número 3 del presente trabajo.

En efecto, la Ley Habilitante permite al Ejecutivo Nacional establecer responsabilidades y sanciones mediante los correspondientes decretos con rango y fuerza de ley en materia de seguros. Ahora bien, la Ley Habilitante no prevé que, mediante tales decretos-leyes, se impongan responsabilidades y sanciones que tengan carácter *penal*. Esta limitación tiene su razón de ser en que el artículo 49, número 6, de la Constitución prevé lo siguiente:

Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en *leyes* preexistentes (las cursivas son nuestras).

Sostenemos que un decreto, aunque tenga rango y fuerza de ley, no es el instrumento idóneo para legislar en materia criminal; sino que se requiere de una ley propiamente dicha. De hecho, la ley derogada, que trata la materia criminal, es una ley propiamente dicha, y no un decreto con rango y fuerza de ley. En consecuencia, alegamos que, además de infringirse la Ley Habilitante y, por ende, los preceptos constitucionales relativos a la correspondiente habilitación, se violó el artículo 49, número 6, de la Constitución, que acabamos de transcribir.

Invocamos la siguiente doctrina (Arteaga Sánchez, Alberto: *Derecho Penal Venezolano*, Quinta Edición, Caracas, 1990, p. 56):

Las normas penales sólo pueden emanar de una ley propia... Debe observarse que no cabe la posibilidad de establecer normas penales a través de otro medio que no sean las leyes propias..., emanadas del Poder Legislativo. De esta manera, no podría el Ejecutivo en ningún caso dictar normas penales, ni aun a través de los denominados decretos-leyes (actos emanados del Poder Ejecutivo a través de los cuales se establecen disposiciones sobre materias propias de la ley formal)... Y ello, por cuanto... corresponde exclusivamente al Congreso legislar sobre... la materia penal

En el mismo orden de ideas, hacemos valer la cita doctrinal copiada a continuación (Sosa Chacín, Jorge: *Teoría General de la Ley Penal*, Caracas, 1993, pp. 121 y 122):

El Estado venezolano reconoce sólo la ley escrita como única fuente productora de las normas penales *stricto sensu*. ... Podemos entonces decir que en nuestro Derecho la ley estatal escrita es la única fuente válida para crear la ley penal... Al hablar de ley escrita nos estamos refiriendo a la ley jurídica estatal nacida como acto de las Cámaras del Congreso Nacional actuando como cuerpos colegisladores... Sólo las leyes propiamente dichas... pueden crear la norma penal *strictu sensu*, cuya elaboración es reserva del Poder Nacional.

...En razón de lo dicho, no se pueden crear válidamente, en un régimen de *iure*, normas penales por medio de Decretos-Leyes del Poder Ejecutivo... Por tanto, son nulas por inconstitucionales...

La doctrina más reciente (Avellaneda Sisto, Eloísa: *El Régimen de los Decretos-Leyes, con especial referencia a la Constitución de 1999*, Caracas, 2001, p. 99) también enseña que los decretos-leyes pueden regular la materia económica, financiera, social o administrativa, sin mencionar la materia penal, cuya regulación corresponde exclusivamente a las leyes propiamente dichas:

El Presidente puede emitir decretos con fuerza de ley en las materias contempladas en la ley de habilitación, sean materia económica, financiera, social o administrativa.

En consecuencia, afirmamos que las responsabilidades y sanciones que pueden establecerse mediante dicho decreto-ley son, única y exclusivamente, aquellas que no tengan carácter penal. Así que es inconstitucional que el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros trate la responsabilidad penal de sus infractores; materia que sólo puede ser objeto de una ley dictada por la Asamblea Nacional.

XXX. CONSIDERACIONES FINALES

En el presente trabajo hemos tratado de dejar claro que la nueva legislación representó un cambio total de enfoque en relación con el régimen derogado, pues el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros es muy detallado, muy rígido y muy severo, al punto de que consideramos que *todos* los artículos que comentamos en los capítulos anteriores son contrarios a la Constitución.

Es más, a todo lo largo de su articulado, el referido decreto-ley contiene numerosísimas disposiciones sumamente minuciosas, detallistas y hasta absurdas, en cuanto a cómo deben actuar las empresas de seguros y cómo deben relacionarse con sus accionistas, sus administradores, sus filiales, sus clientes, sus distribuidores, sus proveedores, sus reaseguradores, sus asesores, sus auditores y, sobre todo, su órgano de supervisión, al cual, además de las funciones de control que le son propias, que son exacerbadas en la nueva legislación, se le asignan facultades jurisdiccionales y normativas.

En los capítulos anteriores nos referimos, entre otros asuntos, a las nuevas imposiciones legales, en nuestro criterio inconstitucionales, relativas a cómo deben interactuar las empresas de seguros y *sus accionistas, sus clientes, sus auditores y su órgano de supervisión*. En los párrafos siguientes trataremos brevemente algunos aspectos cuestionables, aunque no necesariamente inconstitucionales, de la regulación de la relación entre las empresas de seguros y *sus administradores, sus filiales, sus distribuidores, sus reaseguradores, sus proveedores y sus asesores*. A tal efecto, nos permitimos hacer referencia seguidamente a varios textos del artículo 77 de dicho decreto-ley, así como a sus artículos 104, 114 y 166.

En lo que respecta a la interacción entre los directores y las aseguradoras, el citado artículo 77, en su número 2, dispone:

Las empresas de seguros y las de reaseguros no podrán:... Otorgar, directa o indirectamente, préstamos a sus directores, consejeros, asesores, empleados y obreros, a menos que se trate de préstamos concedidos dentro de programas de incentivos laborales, tales como préstamos con garantía hipotecaria para la adquisición de su vivienda principal, préstamos garantizados con sus prestaciones sociales o préstamos documentados o automáticos sobre pólizas de vida. Tampoco podrán otorgar préstamos a *empresas filiales, afiliadas o relacionadas con sus directores* en los términos de este Decreto Ley (las cursivas son nuestras).

La norma que acabamos de transcribir, que contiene una prohibición absoluta de préstamos a empresas relacionadas con los directores de las aseguradoras o reaseguradoras, hace caso omiso de la circunstancia de que la palabra *relacionadas* es demasiado amplia. El legislador debió ser más preciso, limitando la discrecionalidad que la vaguedad de esta norma dará a la Superintendencia de Seguros. Además, la referencia a las empresas *filiales* de tales administradores es defectuosa, pues los directores son personas naturales. En realidad, bastaba con establecer que no se puede otorgar préstamos a los directores, *ni directa ni indirectamente*, lo cual ya está escrito al inicio de la misma norma.

En cuanto concierne a la relación entre las empresas de seguros y sus filiales, el número 3 del mismo artículo 77 establece:

Las empresas de seguros y las de reaseguros no podrán... Otorgar préstamos a quienes formen parte de su mismo *grupo económico* (las cursivas son nuestras).

O sea que esta última disposición prohíbe a las aseguradoras y reaseguradoras dar préstamos a quienes formen parte del correspondiente grupo económico, el cual es un concepto nuevo en la legislación sobre seguros, similar al concepto de grupo financiero en la legislación bancaria. Ahora bien, al respecto observamos: dentro de una relación matriz-filial (siendo la *matriz* una empresa de seguros o reaseguros y la *filial* una sociedad en la que tal empresa invierte), es aconsejable que el apoyo de la matriz a la filial no esté limitado a inversiones de capital. Era prudente dejar abierta la posibilidad de que la primera pudiera otorgar financiamiento a la segunda, que podría ser reembolsado o capitalizado, de acuerdo con las circunstancias. El citado número 3 del artículo 77, en la práctica, obliga a las empresas de seguros y reaseguros a hacer aportes de capital a sus filiales, en lugar de dar a aquéllas la posibilidad de respaldar a éstas mediante préstamos, cuyos riesgos el legislador pudiera haber minimizado estableciendo límites cuantitativos razonables, así como un plazo legal máximo para el correspondiente reembolso o capitalización.

En cuanto concierne a la relación entre las empresas de seguros y sus distribuidores, el número 9 del mismo artículo 77 reza así:

Las empresas de seguros y las de reaseguros no podrán... Colocar pólizas de seguros a través de personas que no sean *productores* ni *trabajadores* de la empresa de seguros. Se exceptúan de esta prohibición *otros canales de comercialización*, previa *autorización* de la Superintendencia de Seguros, entendiéndose por este tipo de operación las de celebración de contratos de seguros colocándolos a través de otras personas jurídicas (las cursivas son nuestras).

De modo que se prevé la posibilidad de abrir canales de distribución alternativos, incluyendo banca-seguros; pero se requiere una autorización expresa de la Superintendencia de Seguros, que no se justifica, al menos en el caso de banca-seguros. Cuanto menos, se debió establecer un sistema de silencio positivo o autorización tácita, para evitar que la demora de la Superintendencia de Seguros, de ser el caso, detenga las operaciones de banca-seguros.

La norma que acabamos de transcribir deja claro que la distribución ordinaria de los productos de seguros se realiza a través de los trabajadores de las aseguradoras y de los productores que intermedian entre éstas y sus clientes. También deja claro que existen canales de distribución alternativos, como el de banca-seguros. Ahora bien, no sólo es criticable el requisito de autorización previa y expresa por esta Superintendencia para banca-seguros y los demás canales de distribución alternativos, sino que a ello se añade que el artículo 88 del mismo decreto-ley exige una notificación de los contratos corres-

pendientes a dicha Superintendencia y que tal distribución se realice conforme a un plan aprobado por junta directiva. Además, el citado artículo 88 impone que la apertura de oficinas, sucursales o agencias sea objeto de una notificación al mismo Organismo y de un plan aprobado por junta directiva, igualmente notificado. Efectivamente, el citado artículo 88 dice:

La apertura de oficinas, sucursales o agencias de empresas de seguros o de reaseguros en el país o en el exterior, así como cualquier contrato para colocar sus productos deberá realizarse dentro del marco de planes previamente definidos y aprobados por la junta directiva de la empresa. Dichos planes, así como la apertura, traslado o cierre de los locales, oficinas, sucursales o agencias serán notificados a la Superintendencia de Seguros con por lo menos cinco (5) días hábiles de anticipación a su ejecución.

Cuando la empresa se encuentre sometida a un régimen de medidas administrativas, la apertura, traslado o cierre de oficinas, sucursales o agencias requerirá autorización previa de la Superintendencia de Seguros.

La apertura de oficinas, sucursales o agencias en el exterior y siempre que se adquiera el control de empresas en el exterior, requerirá autorización previa de la Superintendencia de Seguros.

El que la apertura de oficinas, sucursales o agencias de las aseguradoras y reaseguradoras en el país, así como los contratos que ellas celebren para colocar sus productos en Venezuela, deban formar parte de un plan aprobado por la junta directiva y deban ser notificados -la apertura, los contratos y el plan- a la Superintendencia de Seguros, con la antelación establecida en el artículo que acabamos de transcribir, crea una situación en la cual dicha Superintendencia puede sentirse autorizada para formular objeciones, lo que limitaría demasiado y sin justificación alguna la operación de las aseguradoras, que tiene que ser dinámica. Además, el plan estratégico de cualquier empresa es un documento confidencial donde ésta establece objetivos para buscar ser más competitiva y generar valor para la organización; por lo tanto, es un documento que sólo concierne a la empresa que lo elabora, salvo que ésta esté en dificultades económicas que justifiquen un examen por dicha Superintendencia, que no es lo previsto en el citado artículo 88.

En cuanto concierne a la relación entre las empresas de seguros y sus reaseguradores, el artículo 104 del referido decreto-ley dispone:

En caso de reaseguros proporcionales, incluyendo los facultativos, las empresas de seguros y las de reaseguros podrán deducir de sus reservas técnicas la proporción que hayan cedido o retrocedido a empresas de seguros o de reaseguros inscritas en el Registro que a tal efecto llevará la Superintendencia de Seguros. Cuando se trate de reaseguros no proporcionales tal deducción sólo podrá hacerse en relación con las reservas para siniestros pendientes de pago y para siniestros ocurridos y no avisados.

Las empresas de seguros o las de reaseguros en caso de ceder riesgos a *reaseguradores no inscritos* en el Registro que lleva la Superintendencia de Seguros deberán *constituir la totalidad de las reservas* técnicas, incluyendo la parte correspondiente a riesgos cedidos o retrocedidos. (Las cursivas son nuestras).

Así que las aseguradoras deberán constituir reservas por la porción del riesgo reasegurada, si la reaseguradora de que se trate no está inscrita en un registro de la Superintendencia de Seguros, quien podría negar tal inscripción. Al respecto, cabe preguntarse si, a estas alturas, se justifica realmente sancionar a las aseguradoras, obligándolas a constituir reservas sobre la parte del riesgo cedido en reaseguro, por el mero hecho de que la reaseguradora correspondiente no esté inscrita en el registro de esta Superinten-

dencia. Entendemos que hay compañías internacionales de reaseguro muy grandes, serias y solventes, que no están inscritas en dicho registro, lo que no les quita credibilidad, ni afecta adversamente su respaldo.

En cuanto concierne a la relación entre las empresas de seguros y sus proveedores, el artículo 114 del mismo decreto-ley establece que las empresas de seguros deben cumplir con los seguros de hospitalización, cirugía y maternidad, así:

...mediante el reembolso de los gastos en que el asegurado hubiera incurrido o mediante la prestación del servicio de salud que éste requiera a través de un profesional de la medicina o de un centro médico asistencial.

Esta disposición olvida que las empresas de seguros no prestan servicios de salud, sino que los pagan. El mismo artículo señala que, si tales empresas prestan dicho servicio a través de los aludidos profesionales o centros, deben decirlo en la póliza e indicar, “mediante avisos colocados en cada una de sus oficinas de atención al público y en los medios de información electrónicos, los centros asistenciales proveedores”. La disposición citada agrega:

En estos casos podrá preverse que la empresa de seguros otorgue carta aval... claves de acceso... Si la póliza sólo prevé que las indemnizaciones se realizarán mediante reembolso, no podrán ofrecerse cartas avales o claves de ingreso...

De la manera indicada, la nueva legislación limita innecesariamente a las aseguradoras, colocándolas en una situación de rigidez absolutamente injustificada, en perjuicio de los asegurados. En el mismo sentido, el citado artículo dispone:

...la empresa de seguros... (y) ...los centros asistenciales proveedores... deben haber suscrito los contratos que aseguren dicha prestación durante el trimestre en referencia (el paréntesis es nuestro).

La norma que acabamos de citar señala que, si las empresas de seguros no se comprometen a prestar dicho servicio, entonces no pueden ofrecerlo.

Por lo tanto, es posible para las aseguradoras no ofrecer dichos servicios, sino prestarlos sin obligación previa y sólo a quienes los soliciten. En efecto, usualmente son los asegurados quienes piden a las aseguradoras que otorguen tales cartas avales o claves de acceso, en ambos casos para poder ingresar a las clínicas, sin que estas últimas les soliciten un depósito o la firma de una letra de cambio o un *voucher* de tarjeta de crédito *en blanco*. De modo que, en nuestra opinión, las aseguradoras pueden, sin asumir la obligación de suministrar dichos servicios, ni darles ninguna difusión, prestárselos a quienes los soliciten. Esto es compatible con el texto del artículo citado, del siguiente tenor:

Si la póliza sólo prevé que las indemnizaciones se realizarán mediante reembolso, no podrán ofrecerse cartas avales o claves de ingreso o cualquier otra modalidad o servicio en las publicidades u ofertas que sobre el producto se realicen. Cualquier anuncio u oferta en este sentido obliga a la empresa de seguros a otorgar estos servicios en los términos ofrecidos dentro de los límites de cobertura señalados en la póliza (las cursivas son nuestras).

Ahora bien, ¿qué necesidad tenía el legislador de regular, en tal grado de detalle, la relación entre clínicas y aseguradoras? ¿No es esto en perjuicio del asegurado?

En el mismo orden de ideas, pero en lo que concierne a la relación entre las empresas de seguros y sus asesores, el número 14 del artículo 166 del mismo decreto-ley expresa que la Superintendencia de Seguros podrá decidir lo siguiente, como medida preventiva:

Prohibir la contratación de asesores sin autorización de la Superintendencia de Seguros (las cursivas son nuestras).

Sin embargo, no se entiende en qué puede ayudar el no contratar asesores no autorizados por la Superintendencia de Seguros, tratándose de personas que simplemente van a prestar su asesoría, de manera no vinculante.

El establecer disposiciones sumamente minuciosas, detallistas y hasta absurdas, en cuanto a cómo deben actuar las empresas de seguros, tiene el agravante de que, bajo el régimen del referido decreto-ley, se llega al resultado de que las personas naturales y jurídicas sometidas al mismo, en especial las aseguradoras y reaseguradoras, sólo pueden realizar lo expresamente permitido, con lo que se acaba con la tradición venezolana -y casi universal- de que las personas de derecho privado pueden hacer todo lo que no les esté prohibido. Dicho resultado es la consecuencia de que la nueva legislación establece, respecto de las empresas de seguros y reaseguros, un objeto social único, una lista de actividades permitidas, la necesidad de autorización para actividades conexas y la prohibición de actividades no conexas (artículo 49 número 3, artículo 50 número 3 y artículos 73 y 74).

Además, el referido decreto-ley no solamente estableció unas reglas muy exigentes en relación con las reservas técnicas (artículos 89 y siguientes), sino que también consagró restricciones innecesarias en la inversión de bienes no aptos para representar dichas reservas (artículo 75 número 1), lo que constituye, una vez más, una clara manifestación del carácter intervencionista de la nueva legislación.

Por si todo lo anterior fuera poco, el referido decreto-ley confundió el papel del inversionista con el papel del administrador, lo que ocasiona una concepción equivocada de las responsabilidades civiles y penales de los accionistas, los miembros de la junta directiva y quienes tengan a su cargo la dirección efectiva y la gestión diaria de las empresas de seguros y reaseguros (artículos 99, 101, 134 y 172); responsabilidades que son contrarias a los conceptos básicos del derecho civil de las obligaciones y del derecho mercantil de las sociedades.

A pesar del cambio dramático que representó la nueva legislación y de la circunstancia de que el último anteproyecto difundido fue el del 8 de marzo de 2001, la totalidad de los artículos de dicho decreto-ley es de aplicación inmediata a partir del 12 de noviembre de 2001, que es la fecha en que el mismo fue publicado en la Gaceta Oficial. Así que las personas naturales y jurídicas sujetas a dicho decreto-ley no tuvieron la oportunidad de tomar previsiones para cumplir las disposiciones sumamente minuciosas, detallistas y hasta absurdas allí contenidas. En efecto, por un lado, no hubo un verdadero proceso de consultas y transcurrieron ocho (8) meses, entre marzo y noviembre de 2001, sin que se distribuyera ningún proyecto; y, por otro lado, la disposición final única del mismo decreto-ley dispone:

El presente Decreto Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela.

La Superintendencia de Seguros se enfrenta a la paradoja de que, por un lado, goza de una enorme discrecionalidad en algunos asuntos, la cual se presta para que se cometan arbitrariedades; y, por otro lado, en otros asuntos está sujeta a una serie de restricciones que no tienen mayor sentido, en desmedro de su propia eficiencia, especialmente en cuanto a plazos y mecanismos para ejecutar soluciones (artículos 52, 102, 177, 168, 181 y 271). Esto tiene el agravante de que dicho Despacho debe aplicar el referido decreto-ley, que regula tanto a las personas naturales y jurídicas que ejecutan actividades de

seguros y actividades relacionadas, cuyas actuaciones se ven severamente restringidas, como a los apoderados y otros individuos que prestan servicios a tales personas, los cuales no deberían ser supervisados a título personal (artículo 8); pretendiendo normar, tanto los aspectos trascendentes relativos a tales personas y actividades, como sus aspectos irrelevantes o intrascendentes.

Dado el carácter tan minucioso, detallista y hasta absurdo de muchas disposiciones del referido decreto-ley, las cuales abarcan, sorpresiva e indiscriminadamente, casi todos los aspectos imaginables del negocio asegurador y de las actividades relacionadas directa o indirectamente con éste, resulta muy fácil violar tales disposiciones, o bien por inadvertencia, o bien porque su articulado contiene muchas normas insólitas, difíciles de entender y divorciadas de la realidad económica.

El extenso articulado de dicho decreto-ley evidencia la dificultad, onerosidad y, en ocasiones, hasta imposibilidad de cumplir con todas sus disposiciones, por cuyo respeto, sin embargo, debe velar la Superintendencia de Seguros. Uno podría pensar que un decreto-ley tan extenso como éste debería tener, al menos, la ventaja de que incluyera una regulación clara y completa de la actividad por él regulada. Pero éste no es el caso, lo que genera inseguridad jurídica.

Nos permitimos citar cuatro ejemplos, a título ilustrativo, de lo oscuro e incompleto de la nueva legislación. Nos referiremos, en primer término, a los temas de procompetencia, respecto de los cuales mencionaremos los artículos 3 y 4; en segundo lugar, a la necesidad de asegurar en el país los riesgos ubicados en Venezuela, en relación con lo cual haremos alusión al artículo 6; en tercer lugar, al artículo 244, sobre los derechos de los tomadores, asegurados y beneficiarios de seguros; y, finalmente, al artículo 162, relativo a la escisión:

Primeramente, los artículos 3 y 4 del referido decreto-ley establecen lo que copiamos de seguidas:

El Estado protegerá la *libre competencia en la actividad aseguradora*, y velará por el funcionamiento del mercado asegurador, de sus integrantes, productores, auxiliares y los profesionales que sean utilizados de forma frecuente por las empresas de seguros, así como los derechos de los tomadores, los asegurados y los beneficiarios.

El control, regulación, inspección, fiscalización y vigilancia de la actividad aseguradora, reaseguradora, de producción de seguros y reaseguros y demás actividades conexas se ejerce a través de la *Superintendencia de Seguros*. La intervención del Estado en esta actividad se realizará para la protección de los tomadores, o los asegurados o los beneficiarios de los contratos de seguros y en salvaguarda de la estabilidad del sector asegurador. (Las cursivas son nuestras).

Ahora bien, de la lectura de los citados artículos 3 y 4, no queda claro quién es el órgano competente para los temas de protección a la competencia en los que se encuentren involucradas empresas de seguros, si lo es la Superintendencia de Seguros o la Superintendencia Procompetencia. Por lo tanto, estos dos artículos crean confusión innecesariamente.

En segundo término, el artículo 6 del referido decreto-ley establece, en su primera parte, lo copiado seguidamente:

Salvo las operaciones de reaseguro, queda prohibido celebrar operaciones de seguros con entidades extranjeras no autorizadas para desarrollar la actividad aseguradora en Venezuela, *cuando el riesgo esté ubicado en el territorio nacional* (las cursivas son nuestras).

Así que se prohíbe la celebración de determinados seguros con aseguradoras del exterior, siendo el lugar de ubicación del riesgo el elemento determinante. Ahora bien, esta disposición tampoco es nada clara. En efecto, si bien el primer párrafo del citado artículo 6 establece que el criterio para determinar si la operación está prohibida o no es el lugar de ubicación del riesgo, se omite incluir algún elemento definitorio. El artículo 4 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros derogada, aunque tenía defectos, era más preciso, pues establecía ciertos parámetros para determinar si el riesgo estaba o no en Venezuela, a saber: en el seguro de personas, el domicilio de la persona de que se trate; en el seguro sobre bienes, la situación de éstos; y, en el seguro sobre vehículos, su lugar de matriculación. Si se va a mantener la prohibición (cosa que por lo demás quizás no se justifica), debería establecerse una definición precisa en el citado artículo 6, y más tratándose de una prohibición, para que el público sepa a qué atenerse. Además, se debería consagrar una sanción, pues una prohibición sin penalidad es un saludo a la bandera.

En tercer término, el artículo 244 del referido decreto-ley establece lo copiado seguidamente:

Son derechos de los tomadores, los asegurados o los beneficiarios de los seguros los siguientes:

1. Información adecuada sobre las diferentes pólizas y servicios que les permitan elegir conforme a sus deseos y necesidades.
2. Redacción de los contratos de seguros de manera tal que se facilite su comprensión.
3. Promoción y protección de sus intereses económicos, en reconocimiento de su condición de débil jurídico en las transacciones del mercado asegurador.
4. Educación, instrucción y orientación sobre la adquisición y utilización de las pólizas y servicios.
5. Protección de los intereses colectivos o difusos.
6. Protección contra la publicidad engañosa o abusiva, los métodos comerciales coercitivos o desleales que distorsionen la libertad de elegir y las prácticas o cláusulas abusivas impuestas por los sujetos regulados por el artículo 1 del presente Decreto Ley.
7. Constitución de asociaciones para la representación y defensa de sus derechos e intereses.

Este tipo de declaraciones no tienen mayor utilidad para las personas que se busca proteger, si no son redactadas en términos mucho más precisos y dentro del contexto correcto. Allí se consagra, entre otras cosas, el derecho del asegurado a conocer las pólizas, a la promoción y protección de sus intereses, y a la educación, instrucción y orientación sobre estos temas; pero no se dice quién es el obligado. ¿Será el Estado? Obviamente, las aseguradoras deben redactar pólizas claras, dentro de los límites de lo posible, y que sean equitativas; además, deben ponerlas a disposición de los tomadores de seguros, quienes pueden leerlas y hacer preguntas al respecto antes de dar su consentimiento. Sin embargo, por una parte, nada de esto es materia del referido decreto-ley, sino del Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguro; y, por otra parte, no es razonable decir, por ejemplo, lo siguiente: que las aseguradoras están obligada a educar a sus clientes, pues no se trata de centros educativos; ni a orientarlos en sus reclamos, pues son sus contrapartes; debiendo los agentes, corredores o sociedades de corretaje de seguros cumplir con las funciones de asesoría que el Decreto con Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros atribuye a los productores o intermediarios (artículo 204).

En cuarto lugar, en el artículo 162 de este decreto-ley se expresa, entre otras cosas, lo siguiente:

La *escisión* de empresas se llevará a cabo conforme al procedimiento que se establece en esta Ley para la *fusión* de las empresas de seguros y las de reaseguros en lo que sea aplicable (las cursivas son nuestras).

Ahora bien, se debió regular la escisión, que es una figura jurídica muy útil y de gran importancia. Este único artículo es absolutamente insuficiente. La escisión es lo contrario de la fusión, igualmente útil e importante, por lo que tendría sentido que cada una tuviera sus propias normas, tanto procedimentales, como de fondo.

De modo que existen carencias graves. Esto es paradójico, dado lo extenso y detallado del referido decreto-ley.

Pero la paradoja no termina allí. En efecto, con lo extenso y detallado que es este decreto-ley, el mismo debería ser un texto normativo tan completo, que no fuese necesaria mayor regulación de rango sub-legal; pero es el caso que allí se prevé complementarlo mediante un reglamento general y mediante numerosas resoluciones de la Superintendencia de Seguros. Tan es así, que la facultad normativa de esta Superintendencia tiene relativamente pocos límites y cubre muchísimas áreas. Al respecto, nos permitimos citar, a título ilustrativo, el número 4 del artículo 254 *eiusdem*, que establece:

El tomador se liberará de la obligación de pago de la prima:... A través de cargos en tarjetas de crédito, de débito, transferencias bancarias u otros medios de pago electrónicos, de conformidad con las *normas que al efecto dicte la Superintendencia de Seguros* (las cursivas son nuestras).

De modo que se prevé que la Superintendencia de Seguros dicte normas en relación con los pagos a las aseguradoras mediante transferencia bancaria, tarjeta de crédito o medios electrónicos. Ahora bien, tales normas son innecesarias, no teniendo ningún sentido que esta Superintendencia tenga que regular cosas tan sencillas como los pagos directos a las empresas de seguros. Tal regulación excesiva evidencia, una vez más, los excesos en que incurrió el legislador.

A pesar de lo oscuro y hasta incompleto que puede ser dicho decreto-ley, lo que resulta irónico dada su gran extensión, y no obstante la dificultad, onerosidad y hasta imposibilidad de cumplimiento de algunas de sus disposiciones, es el caso que el artículo 271 *eiusdem* establece lo siguiente: más de cinco (5) sanciones en tres (3) años, impuestas por la Superintendencia de Seguros, acarrearán la suspensión de la autorización para operar de los infractores, por hasta seis (6) meses; y, si luego dicha Superintendencia impone tres (3) sanciones en tres (3) años, procederá la revocación de tal autorización. Además de dicha suspensión y eventual revocación, este mismo artículo contempla una inhabilitación de los personeros de las empresas afectadas por la revocatoria.

Las limitaciones a las empresas de seguros y reaseguros, y los poderes de la Superintendencia sobre éstas, según la generalidad de los artículos del referido decreto-ley, constituyen limitaciones y poderes excesivos, los cuales se erigen en una especie de Espada de Damocles sobre el negocio de seguros, en su más amplia acepción, dado el citado artículo 271, de aplicación inmediata desde el 12 de noviembre de 2002, en que dicho decreto-ley fue por primera vez dado a conocer, mediante su publicación en la *Gaceta Oficial*. Este artículo está redactado en términos muy amplios, ya que se refiere a cualquier sanción, sin importar la ausencia de gravedad de la infracción cometida; así que la atribución legal de suspender y revocar autorizaciones, lo mismo que las correspondientes inhabilitaciones, no están supeditadas a que exista motivo serio para ello.

Por no citar sino un ejemplo adicional de tales poderes excesivos, nos limitaremos a llamar la atención sobre el tema relativo a *las relaciones entre las aseguradoras y sus clientes*, respecto del cual la Superintendencia de Seguros, conforme al referido decreto-ley, concentra atribuciones propias del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo y del Poder Judicial.

En efecto, esta Superintendencia tiene, en primer lugar, las funciones de control que le son propias, como ente gubernamental; pero el artículo 267 del mismo decreto-ley establece que el mismo Despacho impondrá multas a las empresas de seguros y reaseguros que dejen de cumplir sus obligaciones respecto de sus clientes y proveedores, lo que da atribuciones a dicha Superintendencia para inmiscuirse en las relaciones correspondientes. En segundo lugar, la letra f del número 4 del artículo 10 del referido decreto-ley menciona, entre las “facultades y funciones de la Superintendencia de Seguros”, la de “Dictar *regulaciones* para la actividad aseguradora”, para lograr “Que en las relaciones con los tomadores, los asegurados y los beneficiarios se mantengan condiciones de igualdad y equidad”. En tercer lugar, el artículo 257 del mismo decreto-ley trata las funciones arbitrales del mismo Despacho, incurriendo en el exceso de eliminar la posibilidad de obtener decisiones judiciales respecto de todos “los casos cuya cuantía no exceda de doscientas cincuenta unidades tributarias (250 U.T.)”, así como la posibilidad de que las decisiones obtenidas respecto de tales casos sean de derecho y no de equidad.

Es así que el referido decreto-ley asigna un poder normativo a la mencionada Superintendencia con respecto a la relación entre las partes del contrato de seguro, y ordena a dicho Organismo asesorar a las contrapartes de las aseguradoras, imponer sanciones administrativas a las aseguradoras a solicitud de tales contrapartes y actuar como juez privado en las controversias entre ambas que hayan de ser resueltas mediante arbitraje obligatorio.

A lo anterior se añade la inseguridad jurídica resultante de la poca claridad y las inconsistencias de la nueva normativa, las cuales se erigen en una suerte de mezcla explosiva, conjuntamente con las sanciones excesivas y destructoras previstas en el referido decreto-ley, y las facultades casi ilimitadas y contrarias al sentido común que el mismo le atribuye a la Superintendencia de Seguros.

La suspensión, revocación e inhabilitación previstas en el citado artículo 271, aunadas a las demás disposiciones citadas en el presente trabajo, que limitan demasiado a los entes sujetos al referido decreto-ley y dan poderes excesivos al órgano de control, hacen de la nueva legislación un instrumento que es susceptible de causar gravísimos daños, que van más allá de las personas naturales y jurídicas afectadas directamente.

En efecto, de la aplicación del citado artículo 271, puede derivar la suspensión de la autorización de, prácticamente, cualquier empresa de seguros, en razón de infracciones al referido decreto-ley cometidas a partir del 12 de noviembre de 2001; fecha en la que las aseguradoras pudieron leer por primera vez dicho decreto-ley, el cual, por la manera tan sorpresiva como fue promulgado y la forma tan minuciosa, detallista y hasta absurda como está concebido, puede dar lugar a que cualquier empresa de seguros, por inadvertencia y hasta por necesidad, cometa más de cinco (5) violaciones en tres (3) años. Entonces, de aplicarse el referido decreto-ley, sucede que, para muchas empresas, las infracciones conducentes a su futura suspensión comenzaron el 12 de noviembre de 2001, ya que, en el mejor de los casos, fue este día que conocieron el nuevo régimen legal. Según el mismo artículo 271, procede la revocación de la licencia, si ocurren tres (3) violaciones en los tres (3) años subsiguientes; así que, de aplicarse el referido decreto-ley, las muchas empresas afectadas tendrán que cambiar de objeto o que ser disueltas

y entrar en liquidación, quedando además sus personeros inhabilitados. Son inimaginables todos los daños que eso acarrearía, a nivel de individuos sin trabajo y empresas destruidas, con lo cual la economía y el país entero saldrían perjudicados.

Estos daños potenciales son susceptibles, o bien de inhibir a la Superintendencia de Seguros en cuanto concierne a la aplicación de dicho decreto-ley, o bien de provocar una situación en la cual dicho decreto-ley sólo se aplicará a algunas personas naturales o jurídicas, de manera similar a lo que ocurre actualmente con la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. En cualquiera de estas dos hipótesis, sería necesario llegar a la conclusión de que el nuevo régimen legal nació muerto, salvo su eventual utilización para fines políticos.

Todo ello repercute negativamente, no solamente sobre la eficacia de la Superintendencia, como órgano de control, sino también sobre el patrimonio y hasta la supervivencia de las aseguradoras y sus clientes, proveedores y accionistas, indefensos ante el nuevo régimen legal.

VIII. EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

§ 95. LA ACTIVIDAD CONTROLADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN COSTA RICA

Enrique Rojas Franco
Profesor de la Universidad de Costa Rica

El hombre es por naturaleza un ser social: imposible sería la conservación de la vida humana si los hombres permanecen aislados. El Estado es un producto social, lo que significa que ha nacido o se ha creado por los diferentes componentes de una Sociedad para que satisfaga las diferentes necesidades de sus componentes. Más claro, el Estado no puede interpretarse más que en su función teleológica, por cuanto los actos cognoscitivos del ser humano, tienden inexorablemente a buscar siempre un fin, un objeto. Este objeto o finalidad sería satisfacer una necesidad pública, la suma de las necesidades individuales¹. De modo que, bajo esa premisa, el Estado crea una serie de normas jurídicas de carácter formal e informal, que viene a constituir el ordenamiento jurídico o bloque de legalidad, el cual lo que pretende es regular la actividad *in toto* de los componentes de la Sociedad.

No obstante, el Estado al emitir esas normas jurídicas, de carácter obligatorio, coactivo y coercitivo, las aplica y se somete a ellas. De forma que, esas normas que autolimitan la actividad pública, son la piedra angular o fundamental del denominado *derecho público*, en el sentido que el Estado sólo puede realizar aquellos actos, tanto materiales como formales, que le autoriza, le permite ese ordenamiento jurídico expresa o implícitamente. De modo tal que el principio de legalidad aplicado a la Administración expresa la regla según la cual la Administración debe actuar conforme a Derecho².

Lo anterior se cierra en la existencia de un principio jurídico general básico del Derecho Público en general, que es un derecho jerarquizado. “Hablar de jerarquía de fuentes implica establecer el orden de aplicabilidad de las normas jurídicas al caso concreto y el criterio para solucionar las contradictorias prescripciones que se encuentren en normas de distinto rango”³. En términos tales que, normas superiores se imponen a normas inferiores o a la inversa. Estas normas inferiores no pueden contrariar los preceptos de las normas superiores.

Esos dos aspectos, principio de legalidad⁴ y jerarquía normativa⁵, son la base fundamental para entender todo el Derecho Público en general del Derecho Comparado.

1. GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, t II, Parte General, 5ta. Edición, Buenos Aires 1998, pp. VI-34.

2. VEDEL Georges, *Derecho Administrativo*, Aguilar S.A., traducción de la 6ta. Edición francesa, Madrid 1980, p. 220.

3. MARIENHOFF Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t I, 1966, p. 204.

4. El principio de legalidad administrativa se encuentra consagrado en el artículo 11 de la Constitución Política y el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública, transcritos a continuación:
Constitución Política.

Artículo 11.

A pesar de la consagración de esos principios, la realidad es que tienen que existir también medios de impugnación, fórmulas procesales, garantías, procedimientos, acciones, para lograr que si la potestad pública rebasa los límites normativos, el ciudadano pueda hacer uso de aquellos remedios para que se pueda enmendar la injusticia; en otras palabras, sin existir remedios de tipo procesal, no es posible hablar de un verdadero y eficaz Estado de Derecho.

I. CONTROL INTERNO. EL SISTEMA PRESIDENCIALISTA HÍBRIDO COSTARRICENSE

El Estado costarricense posee un sistema presidencialista, aunque se habla de que es híbrido, en razón de tener algunos elementos de corte parlamentario. En efecto, la Constitución se basa en la existencia de tres Poderes distintos e independientes entre sí, entre los cuales y a lo largo de su normativa, ella misma genera o produce relaciones de control y cooperación, dentro de lo que podemos denominar un sistema presidencialista atenuado, ya que también contiene normas propias de un sistema parlamentario, como es el caso de lo dispuesto en el artículo 145 de la Carta Política: “Los Ministros de Gobierno podrán concurrir en cualquier momento, con voz pero sin voto, a las sesiones de la Asamblea Legislativa, y deberán hacerlo cuando ésta así lo disponga⁶”.

No obstante, el superior jerarca de la Administración Pública, lo constituye el Presidente de la República. Los Ministros son obligados colaboradores del Presidente y pueden ser libremente nombrados y removidos por el primer mandatario de la República, el

Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública.

La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas.

Ley General de la Administración Pública

Artículo 11.

1. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.

2. Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa.

5. El principio de jerarquía normativa se encuentra en la Ley General de la Administración Pública,

Artículo 6.

1. La jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo se sujetará al siguiente orden:

a) La Constitución Política;

b) Los tratados internacionales y las normas de la Comunidad Centroamericana;

c) Las leyes y los demás actos con valor de ley;

d) Los decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes los de los otros Supremos Poderes en la materia de su competencia;

e) Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y los reglamentos de los entes descentralizados; y

f) Las demás normas subordinadas a los reglamentos, centrales y descentralizadas.

2. Los reglamentos autónomos del Poder Ejecutivo y los de los entes descentralizados están subordinados entre sí dentro de sus respectivos campos de vigencia.

3. En lo no dispuesto expresamente, los reglamentos estarán sujetos a las reglas y principios que regulan los actos administrativos”.

6. *Sala Constitucional*, Voto n° 6252-96 de 15 H. de 18 de noviembre de 1996. Consulta Legislativa.

cual es electo cada cuatro años mediante voto universal, secreto, libre y directo⁷, por todos los ciudadanos inscritos en el padrón electoral, los cuales son propuestos por los diferentes partidos políticos inscritos ante el Tribunal Supremo de Elecciones. El Presidente es el jerarca supremo de la Administración civil⁸. Por otra parte, nuestro Estado es un Estado en el que existe la división de poderes, no en el sentido clásico, sino de división de atribuciones o competencias establecidas por la Constitución Política.

Los órganos superiores de la Administración del Estado son el Presidente de la República, los Ministros el Poder Ejecutivo y el Consejo de Gobierno⁹. El Presidente junto al Ministro de ramo forman lo que se conoce como el Poder Ejecutivo. El Consejo de Gobierno se define como la reunión de el Presidente de la República y los Ministros de Estado, o en su caso, los Viceministros en ejercicio.

La Constitución Política de la República de Costa Rica fija a este órgano las siguientes atribuciones:

1. Solicitar de la Asamblea Legislativa la declaratoria del estado de defensa nacional y la autorización para decretar el reclutamiento militar, organizar el ejército y negociar la paz;
2. Ejercer el derecho de gracia en la forma que indique la ley;
3. Nombrar y remover a los Representantes Diplomáticos de la República;
4. Nombrar a los directores de las instituciones autónomas cuya designación corresponda al Poder Ejecutivo;
5. Resolver los demás negocios que le someta el Presidente de la República quien, si la gravedad de algún asunto lo exige, podrá invitar a otras personas para que, con carácter consultivo, participen en las deliberaciones del Consejo¹⁰.

Sin embargo, en la práctica, el Presidente tiene un gran poder y un gran liderazgo político administrativo. Rara vez, en alguna decisión de alta política en Costa Rica, puede ser ignorado el señor Presidente de la República, al tener éste el carácter de máximo jerarca de la Administración Pública con carácter de funcionario público, el cual debe jurar respetar la Constitución y las Leyes de la República¹¹.

II. JERARQUÍA PROPIA Y JERARQUÍA IMPROPIA

La jerarquía propia es definida en nuestra Ley General de la Administración Pública, en su artículo 102, donde se indica que “habrá relación jerárquica entre superior e inferior cuando ambos desempeñen funciones de la misma naturaleza y la competencia del primero abarque la del segundo por razón del territorio y de la materia”.

7. HERNANDEZ VALLE Rubén, *El Derecho de la Constitución*, Editorial Juricentro, Volumen II, San José 1994, pp. 548-552.

8. Recuérdese que en Costa Rica fue abolido el Ejército desde el año 1949 como institución permanente. Al efecto dice el artículo 12 de la Constitución Política que dice:

“Se proscribe el Ejército como institución permanente. Para la vigilancia y la conservación del orden público, habrá las fuerzas de policía necesarias. Sólo por convenio continental o para la defensa nacional podrán organizarse fuerzas militares; unos y otras estarán siempre subordinadas al poder civil; no podrán deliberar, ni hacer manifestaciones o declaraciones en forma individual o colectiva”.

9. *Ley General de la Administración Pública*, n° 6227 de 2 de mayo 1978, art. 21.

10. *Constitución Política de la República de Costa Rica*, de 7 de diciembre de 1949, art. 147.

11. *Constitución Política*, art. 147.

Esta relación jerárquica le da al superior jerárquico, de conformidad con el artículo 102 *ibídem*, las potestades que se enumeran a continuación:

- a. Dar órdenes particulares, instrucciones o circulares sobre el modo de ejercicio de las funciones por parte del inferior, tanto en aspectos de oportunidad y conveniencia como de legalidad, sin otras restricciones que las que se establezcan expresamente;
- b. Vigilar la acción del inferior para constatar su legalidad y conveniencia, y utilizar todos los medios necesarios o útiles para ese fin que no estén jurídicamente prohibidos;
- c. Ejercer la potestad disciplinaria;
- d. Adoptar las medidas necesarias para ajustar la conducta del inferior a la ley y a la buena administración, revocándola, anulándola o reformándola de oficio, o en virtud de recurso administrativo;
- e. Delegar sus funciones y avocar las del inmediato inferior, así como sustituirlo en casos de inercia culpable, o subrogarse a él ocupando temporalmente su plaza mientras no regrese o no sea nombrado un nuevo titular, todo dentro de los límites y condiciones señalados por esta ley; y
- f. Resolver los conflictos de competencia o de cualquier otra índole que se produzcan entre órganos inferiores.

De igual manera, se faculta al jerarca para nombrar, disciplinar y remover a todos los servidores del ente. Como consecuencia de la relación jerárquica y en los términos de la Ley General de Administración Pública, habrá recurso jerárquico contra todo acto del inferior. Este se define como la reclamación que se promueve para que el superior jerárquico del autor del acto que se cuestiona, examinando este acto, lo modifique o lo extinga, siguiendo para ello el procedimiento expresamente establecido en las normas¹². Bajo esa premisa, el jerarca tiene poder de revocar, de anular o reformar de oficio o en virtud de Recurso Administrativo, la conducta indebida, ilegítima, inconveniente, inoportuna e ilegal del inferior.

Es importante mencionar la relación de dirección. En efecto la jerarquía implica la potestad de dirección pero no a la inversa. De modo tal que, el jerarca propio tiene la potestad de dirección, pero el hecho o la circunstancia que se tenga potestad de dirección, no significa que exista jerarquía. Por otra parte, la delegación, sustitución, subrogación o avocación, solamente pueden darse por una Ley que lo habilite. En todo caso no pueden transferirse las competencias de los órganos constitucionales de la Administración que estén regulados únicamente en la Constitución.

Por último, esa relación de jerarquía implica varios poderes que mantienen la unidad de la Administración a pesar de la diversidad de los órganos que la forman. Esos poderes son los de decisión y de mando que conserva la autoridad superior aparejado con el deber de obediencia del inferior¹³.

Entonces se produce la posibilidad para el lesionado o interesado de impugnar el acto ante el propio órgano que lo dictó por la vía de la Revocatoria. Bajo esos términos, si no es aceptada la revocatoria, el afectado puede, subsidiariamente, o en su defecto, acudir al superior jerárquico por la vía de la Apelación. El órgano superior jerarca puede, eventualmente, establecer aspectos de control, también de carácter discrecional o de legalidad. En este caso, el superior jerarca propio podría, eventualmente anular, reformar, revocar, sustituir, la conducta del inferior.

12. V., MARIENHOFF, *op.cit.*, p. 689.

13. FRAGA Gabino, *Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa S.A., 23era. Edición, México 1984, p. 166.

Por otro lado, la jerarquía impropia, es, como su nombre lo indica, una fórmula simple y llanamente de control por un ente público, que no es el superior directo del órgano que dicta el acto. En Costa Rica, se da el caso de la Contraloría General de la República, con respecto a la impugnación de Carteles de Licitación Pública, de actos adjudicatorios en una Licitación, en un Concurso Público, o el Tribunal Superior Contencioso Administrativo en relación a los acuerdos municipales.

El Recurso Jerárquico Impropio, también denominado recurso de tutela, puede ser definido como el recurso administrativo dirigido a persona pública que ejerce un control de tutela de los actos y disposiciones que emanan de una autoridad desconcentrada o desligada de la organización a que pertenece¹⁴. Únicamente se da por recurso o por razones de legalidad. No obstante, en mi criterio, la discrecionalidad forma parte de la legalidad administrativa.

III. SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS

Tanto el órgano que dictó el acto, como su superior jerarca propio o impropio, tienen la potestad, en el caso que se puedan producir daños de imposible o difícil reparación, de suspender los efectos en el tanto se resuelve la acción recursoria. Esta es una de las medidas cautelares que se han establecido con el objeto de no hacer nugatorio el presentar un Recurso Revocatoria y de Apelación en Subsidio ante un mismo órgano o ante el jerarca y evitar la ejecución del mismo. En ese sentido recordemos que la Administración tiene el privilegio procesal de la ejecutoriedad y la ejecutividad del acto, en el sentido de que a pesar de que se establezcan acciones impugnatorias, éstos no suspenden los efectos jurídico materiales¹⁵.

Para paliar este privilegio procesal, se ha establecido la garantía procesal de solicitar la suspensión del acto, porque si eventualmente se llega a establecer que efectivamente el acto es inválido y por ende debe anularse, ya se han producido las consecuencias lesivas. Lo anterior toma como fundamento los Principios del *Fumus Boni Iuris*, y del *Periculum in Mora*, que buscan establecer garantías que eviten daños a un tercero o perjuicios al interés público¹⁶.

IV. EL RECURSO DE QUEJA

La queja consiste en la posibilidad de reclamar, de conformidad con el artículo 358 de la Ley General de la Administración Pública, “contra los defectos de tramitación y, en especial, los que supongan paralización, infracción de plazos preceptivamente señalados u omisión de trámites que puedan subsanarse antes de la resolución definitiva del asunto”.

14. ROJAS FRANCO Enrique, *La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Costa Rica*, San José, Imprenta Nacional, tomo II.

15. *Ley General de la Administración Pública*, art. 148.

16. En la Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, la cual regula los Recursos de Amparo ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, se establece la posibilidad de suspender los efectos de la conducta de la Administración que se impugna vía amparo, desde el momento en que se le dé curso. Para que la continuidad de la ejecución del acto impugnado proceda, en términos del artículo 41 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se requiere que la suspensión “cause o amenace causar daños o perjuicios ciertos o inminentes a los intereses públicos, mayores que los que la ejecución causaría al agraviado”.

Explica García de Enterría “no persigue la revocación de acto administrativo alguno, sino solamente que se corrijan en el curso mismo del procedimiento en que se producen los defectos de tramitación a que se refieren y, en especial, los que supongan paralización de los plazos señalados u omisión de los trámites que puedan subsanarse antes de la resolución definitiva del asunto”¹⁷. La queja se presenta ante el superior jerárquico de la autoridad o funcionario que se presume responsable de la infracción o falta, fundamentando las razones o motivos que la justifican. El procedimiento administrativo nunca deberá suspenderse y la resolución que resuelva la queja no tendrá recurso alguno.

V. TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS

En Costa Rica se han creado diferentes Tribunales con el objeto de controlar internamente la actividad de la Administración Pública. Bajo esa premisa, se han creado órganos objetivos, neutrales, independientes del poder central, con competencia exclusiva para agotar la vía administrativa, previa a la judicial. En estos términos, en ciertas materias no se agota la vía administrativa, en su examen de legalidad y oportunidad, sino hasta que esos Tribunales dicten su última decisión.

Al efecto se han creado, entre otros, los siguientes:

- Tribunal Administrativo de Transportes, órgano de desconcentración máxima, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transportes. Tiene independencia funcional, administrativa y financiera y sus fallos, de acatamiento obligatorio, agotan la vía administrativa.
- Tribunal Aduanero, creado por el Código Aduanero Uniforme Centroamericano. Está integrado por funcionarios aduaneros con el grado académico mínimo de Licenciatura.
- Tribunal Registral Administrativo, órgano de desconcentración máxima, adscrito al Ministerio de Justicia y Gracia, con personalidad jurídica instrumental para el ejercicio de sus atribuciones y competencias. Cuenta con independencia administrativa y funcional, y sus fallos agotan la vía administrativa.
- Tribunal Administrativo de Conflictos Deportivos, órgano de desconcentración máxima, adscrito al Instituto Costarricense y la Recreación. Cuenta con independencia plena en sus funciones y resoluciones y sus fallos agotan la vía administrativa.
- Tribunal de Servicio Civil, de nombramiento del Consejo de Gobierno e integrado por tres miembros propietarios y tres miembros suplentes; cuenta con independencia funcional y de criterio.
- Tribunal Ambiental Administrativo, órgano desconcentrado del Ministerio del Ambiente y Energía con independencia funcional. Sus fallos agotan la vía administrativa y sus resoluciones son de acatamiento obligatorio.
- Tribunal Fiscal Administrativo, órgano de plena jurisdicción e independiente en su organización, funcionamiento y competencia, del Poder Ejecutivo. Sus fallos agotan la vía administrativa.
- Tribunal de Carrera Docente, encargado de conocer todos los conflictos que se originen dentro del Ministerio de Educación Pública, del incumplimiento de sus obligaciones, como el no reconocimiento de los derechos del personal docente. Sus fallos son de acatamiento obligatorio.

17 GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, t II, 2da. Edición, Madrid 1988, p. 436.

VI. LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS

Por Ley N° 7727, de fecha 09 de Diciembre de 1997, se creó la Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, publicada en La Gaceta N° 9 del Miércoles 14 de Enero de 1998, tomando como base el Artículo 43 de la Constitución Política, que establece, que aún estando pendiente de litigio, pueden las partes en conflicto proponer o concertar una solución arbitral. Se reconoce el derecho que tiene toda persona de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y técnicas similares, para poner solución a diferencias patrimoniales de naturaleza disponible¹⁸.

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos se han desarrollado en dos tendencias:

1. Los procesos de informalización de la justicia que constituyen verdaderas formas de administración de justicia cuasi-estatales, realizadas en organizaciones de la sociedad civil para la solución de sus conflictos. La informalización ha estado acompañada, del necesario reconocimiento del pluralismo jurídico en la sociedad y del desarrollo de programas de acceso a la justicia en instituciones u organizaciones que promueven la negociación, la conciliación y el arbitraje.

2. El fortalecimiento de la participación social y comunitaria y el desarrollo de la negociación social en la cual actores de la organizaciones de la sociedad civil usan la negociación para lograr sus objetivos¹⁹.

La situación tiene consecuencias favorables a pesar de que el Estado dejará de conocer o de resolver conflictos relevantes como lo es el hecho de que la población ha adoptado una posición más responsable y protagónica en cuanto a la solución de conflictos y a la organización para que los mismos se resuelvan.

Ha habido casos en que se ha resuelto, ya sea a través de la Cámara de Comercio, u otros Tribunales, por ejemplo en conflictos ante el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos.

VII. LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS QUE ESTABLECE LA LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Ley General de la Administración Pública fue promulgado en el año 1978. Esta ley se divide en dos títulos: uno de *régimen jurídico general* y otro sobre *Procedimiento Administrativo*. Básicamente la Ley pretende establecer los principios de oralidad, informalismo, inmediatez de la prueba y búsqueda de la verdad real. De modo que, cuando un acto de la administración pueda producir daños y perjuicios, sea de actos ablativos, porque cercenan, se modifican derechos subjetivos, el administrado tiene derecho a un procedimiento ordinario, que se realiza en la sede de la Administración. Debe entenderse que el procedimiento ordinario debe terminarse en dos meses, y, si queda más de seis en inactividad, éste se declare caduco.

18. *Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social*, n° 7727 de 14 de enero de 1998, art. 2.

19. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Memorias. Taller sobre Mecanismos Alternativos para la Resolución de Conflictos*, San José, IIDH, 1996, p. 18.

VIII. ACCIONES Y RECURSOS JURISDICCIONALES EN COSTA RICA

Hablando sobre procedimiento ordinario, éste se realiza mediante un verdadero trámite de audiencia, con amplitud de defensa del administrado, que se establece entre otros, la posibilidad de los procedimientos de excusa y recusación. Se regulan las formas cómo deben ser notificados los actos administrativos, las citaciones, los términos y los plazos, del tiempo y lugar del Procedimiento, así como las actas y las anotaciones, el acceso a los expedientes y sus piezas. Por otra parte, se estipula quiénes pueden estar legitimados, los problemas de la capacidad, representación y postulación, los documentos a acompañar y las diferentes clases de procedimiento. Existe un procedimiento ordinario que es cuando se aplica el 308 de la Ley General de la Administración Pública:

1. El procedimiento que se establece en este Título será de observancia obligatoria en cualquiera de los siguientes casos:
 - a. Si el acto final puede causar perjuicio grave al administrado, sea imponiéndole obligaciones, suprimiéndoles o denegándole derechos subjetivos, o por cualquier otra forma de lesión grave y directa a sus derechos o intereses legítimos; y
 - b. Si hay contradicción o concurso de interesados frente a la Administración dentro del expediente.
2. Serán aplicables las reglas de este Título a los procedimientos disciplinarios cuando éstos conduzcan a la aplicación de sanciones de suspensión o destitución, o cualesquiera otras de similar gravedad²⁰.

Asimismo, se regulan los recursos ordinarios, respectivos (revocatoria, contra el órgano que dictó el acto, apelación, para que sea revisado por el superior, y la reposición, que es la revisión del acto, cuando éste es emitido por el superior jerárquico) contra los actos administrativos finales.

IX. EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN COSTA RICA

Nuestro sistema de control jurisdiccional tiene origen y rango en la Constitución Política, específicamente en los artículos 11, 33, 39, 41, 48 y 49 de dicha norma. El rango constitucional se desarrolla por medio de normas y reglamentos y demás instrumentos que posibilitan verdaderamente una justicia pronta y cumplida. En Costa Rica propiamente el Poder Judicial está establecido como órgano independiente, al cual se le otorga el 6% del presupuesto nacional y se le otorga su independencia.

El artículo 49 de la Constitución Política establece “la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público. La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos. La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados²¹”.

20. *Ley General de la Administración Pública*, art. 308.

21. *Constitución Política*, art. 49.

Es importante establecer que básicamente existen en el Derecho Comparado, grandes sistemas de control de los actos y disposiciones de la Administración Pública.

En primer término, el control dentro de la Administración, el cual fue el originario, en el sentido de que, los propios órganos de la Administración, tienen potestades, facultades, de resolver los conflictos que se susciten con carácter de cosa juzgada material.

En Francia el esquema es doble. Lo que es materia de Contratos y de Propiedad básicamente lo resuelven los Tribunales de Casación; o sea los órganos judiciales. En cambio la impugnación de actos y disposiciones propiamente de la Administración por contener vicios de exceso, desviación de poder, violación de ley, incompetencia, corresponde al Consejo de Estado. Hay, asimismo, un Tribunal de Conflictos para establecer cuándo determinados actos, corresponden a cualquiera de las jurisdicciones: la civil o la Administrativa.

En Costa Rica, el sistema es centralizado, pues los Tribunales de lo Contencioso Administrativo dependen del Poder Judicial, y los Tribunales Administrativos no tienen la virtud sus decisiones de producir cosa juzgada material, solamente formal, en el sentido que agotan la vía administrativa. Son controles como se dijo, fuera de la Administración, no dentro de ésta. La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Ley N° 3667 del 12 de marzo de 1966, es la que establece y regula todos lo que corresponde a la Jurisdicción Contenciosa.

La jurisdicción contencioso administrativo tiene como objeto adecuar la conducta administrativa al ordenamiento jurídico; propiamente la anulación de un acto o disposición, la declaratoria y el restablecimiento de la situación jurídica consolidada, junto con el pago de los daños y perjuicios. La diversidad de procedimientos se debe a la gran variedad de intereses protegidos, de ahí que el contenido jurídico-material está en relación con la acción jurisdiccional establecida.

En derecho contencioso administrativo se ha podido establecer diversos tipos de acciones. La clasificación corresponde a los poderes del juez y a la naturaleza del derecho controvertido. Estas acciones son: Contencioso Administrativo de Anulación, Pleno Contencioso o de plena jurisdicción, Contencioso de Interpretación, Apreciación de Legalidad y Contencioso de Apreciación; de las cuales son admitidas por la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa las dos señaladas primeramente²². Hay Juzgados de Primera Instancia, Tribunales Superiores, y la Casación Contenciosa Administrativa.

X. LA DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES

El Defensor de los Habitantes de la República, es un órgano unipersonal adscrito a la Asamblea Legislativa. Está concebido para brindar tutela al habitante más desprotegido utilizando una vía gratuita, antiformalista y eficiente, que le permite plantear reclamaciones contra el Estado, sus instituciones y los funcionarios públicos²³.

22. V., ROJAS FRANCO, *op.cit.*, p. 555.

23. VEGA ROBERT Rolando, *Ombudsman, El Defensor de los Habitantes*, Investigaciones Jurídicas S.A., San José 1993, p. 17.

Proviene del un personaje nacido en los países escandinavos en 1713 denominado Ombudsman; palabra de la lengua inglesa: *Ombuds* o *Imbid*, que significa protector, y *man* que significa hombre, es decir el protector de los hombres²⁴ y más concretamente de los administrados frente a la Administración Pública.

En Costa Rica adquiere el nombre de *Defensor de los Habitantes* y no Defensor del Pueblo, por cuanto se pretende que proteja a todo aquel que se encuentra en el territorio nacional, tal y como lo define el artículo 5 de la Constitución Política, de ahí que la acepción en cuanto al ámbito o extensión de la protección va más allá de los términos de ciudadano, pueblo, administrado; concretamente *habitante*, lo que consecuentemente incluye tanto a nacionales como a extranjeros.

Hernández Valle la define como “un medio concreto para la realización de una democracia sustancial, en la cual la vigencia de los principios de legalidad, imparcialidad y del buen funcionamiento de la Administración Pública, deben ser realidades cotidianas y no simples aspiraciones de los gobernados”²⁵.

En general y acorde a su Ley de creación, el Defensor de los Habitantes de la República es el órgano encargado de proteger los derechos e intereses de los habitantes. Velará porque el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, la justicia, la Constitución Política, las leyes, los convenios, los tratados, los pactos suscritos por el Gobierno y los principios generales del Derecho. Además, deberá de promocionar y divulgar los derechos de los habitantes²⁶.

Las decisiones finales del Defensor de los Habitantes no tienen carácter coercitivo sino que operan como una sanción moral; una sanción pública del funcionario denunciado. El Defensor no es un Juzgador, no resuelve conflictos; sus decisiones no son vinculantes, calificaría de inconstitucional el que fuera de otra manera debido a la existencia de un órgano constitucional creado al efecto.

A la fecha han habido dos Defensores y el cargo tiene mucha reputación y distinción entre el pueblo costarricense, a pesar de que en el aspecto de control ético, no ha tenido la efectividad que se pretendió darle al momento de su creación.

XI. LA SALA CONSTITUCIONAL

La Jurisdicción Constitucional fue creada por Ley Orgánica N° 7135 de 11 de octubre de 1989 y tiene como funciones esenciales la protección de los derechos y garantías constitucionales que establece la Constitución Política, tanto de primer orden como de segundo orden, o sea, las libertades individuales y los derechos sociales. Esto se refleja en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, cuando en su primer artículo se indica que “la presente Ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica”.

24. ROJAS FRANCO, Enrique, “El Ombudsman”, *Revista de Ciencias Jurídicas* n° 30, San José 1976, p. 149.

25. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *El Defensor de los Habitantes*, Editorial Juricentro, San José 1992, p. 11.

26. *Ley del Defensor de los Habitantes*, n° 7319 de 17 de noviembre de 1992, art.1.

De igual manera, el artículo 2 indica que “le corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional garantizar, mediante los recursos de *habeas corpus* y de amparo, los derechos y libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica; ejercer el control de la constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público, así como la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o Comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad; resolver los conflictos de competencia entre los Poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, y los de competencia constitucional entre éstos y la Contraloría General de la República, las municipalidades, los entes descentralizados y las demás personas de Derecho Público; Conocer de los demás asuntos que la Constitución o la presente Ley le atribuyan”.

Por otra parte, el artículo 4 detalla su integración, al indicar que “la jurisdicción constitucional se ejerce por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia establecida en el artículo 10 de la Constitución Política. La Sala Constitucional está formada por siete magistrados propietarios y doce suplentes, todos elegidos por la Asamblea Legislativa en la forma prevista por la Constitución. Su régimen orgánico y disciplinario es el que se establece en la presente y la Ley Orgánica del Poder Judicial. La Sala Constitucional no está sometida al plan de vacaciones establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial y, en consecuencia, fijará las fechas en que sus miembros tomarán vacaciones, de manera que haya siempre una mayoría de magistrados propietarios. Si la ausencia de propietarios fuere por licencia, se aplicará la regla anterior, excepto en los casos de enfermedad o de otro motivo justo”.

La justicia constitucional está constituida por el conjunto de medios técnico-jurídicos, orientados a proteger las disposiciones constitucionales cuando éstas han sido infringidas, reintegrando el orden jurídico violado. En Costa Rica, los medios de garantía de las normas constitucionales comprende los recursos de *habeas corpus*, el amparo contra servidores públicos y contra particulares, el control de constitucionalidad de las leyes en sus tres modalidades: la acción de inconstitucionalidad, la consulta legislativa y la consulta judicial de constitucionalidad. Se incluye además la resolución de conflictos de competencia entre los órganos fundamentales del Estado²⁷.

El Recurso de *Habeas Corpus* es a la vez un derecho fundamental con el que cuentan los ciudadanos para solicitar la tutela judicial contra las privaciones y restricciones ilegítimas de su libertad personal y de movimiento²⁸. En sí, el recurso es informal y su tramitación ágil y rápida debido al interés que reviste y los derechos que tutela, cuales son específicamente el derecho a la libertad e integridad personal, y la libertad de tránsito consagrados en la Constitución Política. Este instrumento procesal se regula en el artículo 15 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que estipula “que procede el *habeas corpus* para garantizar la libertad e integridad personales, contra los actos u omisiones que provengan de una autoridad de cualquier orden, incluso judicial, contra las amenazas a esa libertad y las perturbaciones o restricciones que respecto de ella establezcan indebidamente las autoridades, lo mismo que contra las restricciones ilegítimas del derecho de trasladarse de un lugar a otro de la República, y de libre permanencia, salida e ingreso en su territorio”.

27. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *El Derecho de la Constitución*, Editorial Juricentro, vol. II, San José 1994, pp. 655-656.

28. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Juricentro, San José 1995, pp. 142-145.

El Recurso de Amparo es un instrumento específico para la tutela de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes en la República, exceptuando aquellos que son objeto de protección del Hábeas Corpus. Este recurso, en sus dos modalidades, reviste ciertas formalidades. El libelo debe expresar claramente el hecho o la omisión que lo motiva, el derecho que se considera violado o amenazado, el servidor público o el órgano autor de la amenaza o agravio, y las pruebas de cargo²⁹. En lo que respecta al Amparo contra particulares requiere la existencia de tres presupuestos procesales: el sujeto pasivo debe actuar en el ejercicio de funciones o potestades públicas o encontrarse, o encontrarse de hecho o de derecho, en una situación de poder respecto del amparado; los remedios jurisdiccionales ordinarios deben resultar claramente insuficientes o tardíos para garantizar la plena eficacia de los derechos fundamentales; y el particular recurrido no debe actuar en el ejercicio de conductas legítimas. Deben darse al mismo tiempo los tres presupuestos, de lo contrario será improcedente³⁰. Sin embargo, el artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, prohíbe el Recurso de Amparo “contra las leyes u otras disposiciones normativas, salvo cuando se impugnen conjuntamente con actos de aplicación individual de aquéllas, o cuando se trate de normas de acción automática, de manera que sus preceptos resulten obligatorios inmediatamente por su sola promulgación, sin necesidad de otras normas o actos que los desarrollen o los hagan aplicables al perjudicado; contra las resoluciones y actuaciones jurisdiccionales del Poder Judicial; contra los actos que realicen las autoridades administrativas al ejecutar resoluciones judiciales, siempre que esos actos se efectúen con sujeción a lo que fue encomendado por la respectiva autoridad judicial; cuando la acción u omisión hubiere sido legítimamente consentida por la persona agraviada; contra los actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral”.

Finalmente están los remedios internacionales, en los cuales está la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tiene su origen en la Convención Americana de Derechos Humanos. Estos tienen como objetivo velar porque los Estados no violen estos derechos.

XII. REFORMAS PROCESALES URGENTES

En materia Procesal Constitucional, se han establecido otros tipos de Amparo, como el de Legalidad y el Electoral.

El Amparo Electoral se refiere a actos y decisiones cuyo contenido es estrictamente electoral y que corresponden a un órgano que es el Tribunal Supremo de Elecciones en Costa Rica, que es un poder más y que tiene rango constitucional. Ahora bien, cuando exista algún tipo de violación a alguna Ley electoral, cualquiera que esté legitimado, puede impugnar mediante un denominado Amparo de Legalidad.

El Amparo de legalidad fue incipiente, y en razón de que existe a veces discrepancia en qué es materia de control de legalidad y qué es materia de control de constitucionalidad, no ha podido definirse cuándo es uno y cuándo es otro, lo cual ha sido casuístico y sumamente criticada la decisión de la Sala, por cuanto eso produce inseguridad jurídica.

29. *Ibid.*, p. 227.

30. *Ibid.*, p. 263.

En el nuevo Proyecto de Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativo se establece la eliminación del agotamiento de la vía administrativa, para que sea de carácter facultativo acudir a dicha tramitación. Hemos de manifestar que en la actual Ley, no es necesario agotar la vía en tratándose de vía de hecho, reglamentos de alcance general y actos no manifestados por escrito. Asimismo se piensa crear verdaderos Tribunales Administrativos, con una organización muy autónoma, muy independiente, con jueces de tiempo completo y dedicación exclusiva. Asimismo se pretende que los procedimientos de apremio, embargo y remate de bienes, sea realizado por los mismos órganos, bajo un control por parte órganos jurisdiccionales. Y finalmente, hay un nuevo Código Procesal General, que pretende la oralidad y establecer nuevas medidas cautelares, para hacer una eficiente y real administración de Justicia.

Como hemos visto somera y brevemente, hemos hecho una pequeña radiografía, sobre las diversas formas de control que existen en Costa Rica, y que deben ser comunes a todos los países iberoamericanos, de acuerdo obviamente con la idiosincrasia, con el historial y con la cultura jurídica de cada pueblo. De ahí que, en un país como el nuestro, que ha abolido el Ejército como institución permanente, que la Educación es el norte o guía de sus gobernantes y que el respeto al ordenamiento jurídico debe ser el fin de los sujetos públicos y privados, se han posibilitado un sistema vasto de control, que tiene sus problemas, como lo es su lentitud y la vocación de los jueces a favor de la Administración Pública. En términos tales que, de acuerdo con el Informe de Labores de la Procuraduría General de la República, el 86% de los casos los gana el Estado.

Más claro, deben pesar siempre los principios generales de Derecho, la jurisprudencia y la costumbre, como principios generales, ante la norma fría, estricta formal, que muchas veces es total y absolutamente desactualizada, y que no guarda proporción con la situación que regula, lo cual lo hace injusta; y eso va en contra verdaderamente de los grandes valores a que aspira el Derecho, que son el valor justicia y la seguridad. Obviamente que entre esos dos, debe resolverse a favor de la justicia. La justicia entendida desde la época del Derecho Romano, de dar a cada uno lo que le corresponde en derecho.

§ 96. LOS PODERES DEL JUEZ ADMINISTRATIVO TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y CONTROL INTEGRAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

José Antonio Muci Borjas
Profesor de la Universidad Católica Andrés Bello,
Venezuela

I. LOS PODERES (DE FONDO) DEL JUEZ ADMINISTRATIVO EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE ANULACIÓN

1. Introducción

Se ha dicho que el juez contencioso-administrativo no puede ocupar el lugar de la administración emisora del acto¹, porque su función no es ni gobernar ni administrar. Con base en el principio de separación de poderes, se ha afirmado que al juez contencioso-administrativo lo que le corresponde es controlar, *sólo* a la luz de la *ley*, la conformidad de las actividades de la administración con el Derecho². De acuerdo a esta tesis, modelada sobre el sistema contencioso-administrativo francés, en su decisión el juez únicamente debe determinar si el acto administrativo cuya revisión ha sido solicitada se ajusta o no al ordenamiento jurídico. El proceso, por su *naturaleza objetiva*, versa sobre la validez de la decisión administrativa. Ese, y no otro, es su verdadero *objeto*. La jurisdicción contencioso-administrativa se crea, pues, para defender o salvaguardar a la Administración de sí misma³, asegurando que sometiese toda su actuación a la ley.

A la luz de esta concepción tradicional, el análisis que de la legalidad debía hacerse era, valga la redundancia, un análisis de carácter o naturaleza esencialmente "*formal*". Bastaba con anular el acto estatal para que el particular que interpuso el recurso -al menos en el plano teórico- viese satisfecha su pretensión y, por consiguiente, tutelado su derecho subjetivo o interés legítimo.

1. Entre otros fallos judiciales, cabe mencionar los siguientes: i) Corte Suprema de Justicia en Pleno, 29 de abril de 1965 (Caso *Tito Alfaro Gutiérrez*); ii) Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, 2 de Noviembre de 1982 (asunto Depositaria Judicial La RC, C.A); y, iii) Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, 21 de Noviembre de 1988 (Caso *Jorge Olavarria*).

2. ODENT, R. citado por AUBY, Jean Marie y DRAGO, Roland; *Traité de Contentieux Administratif*; t I; 3ª edición; Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence; 1984; p. 20).

3. BENVENUTI, Feliciano; "Giustizia amministrativa", en *Enciclopedia del Diritto*, t XIX; Giuffrè Editore; Milán 1970, p. 604.

Comoquiera que el proceso contencioso-administrativo era juicio que *sólo* tenía por objeto la *demolición* del acto⁴, al juez no le estaba permitido revisar la *relación jurídica* (*sustantiva*) *subyacente* que mediaba entre la Administración y el particular⁵.

En resumidas cuentas, se dice que la Ley no le reconoce al Juez poder para resolver, de manera *positiva y sustancial*, el conflicto, entre interés general e interés individual, que la Administración pretendió regular a través del acto administrativo impugnado en vía judicial. El Juez no podía revisar, *de manera íntegra*, la decisión adoptada por la Administración Pública⁶.

2. La nueva legalidad administrativa

Sin descuidar el respeto a esa legalidad formal, en el Estado contemporáneo la Administración Pública debe ajustar sus actos a una legalidad que, para diferenciarla de la anterior, denominaremos legalidad *sustantiva*⁷. Amén de formalmente correcta, la actividad de la Administración debe ser también *idónea* para tutelar, de manera *satisfactoria* o *efectiva*, los intereses generales cuya tutela le ha sido encomendada a aquélla en virtud de norma de ley. La Administración Pública se halla, pues, en la obligación de observar un comportamiento que debe ser *formalmente correcto*, por una parte, y por la otra, *sustancialmente justo*. La juridicidad de la actuación administrativa no depende única y exclusivamente de su apego a la letra de la ley.

Se afirma, con razón, que la idea de un *Estado-Reloj*, en el cual lo único importante era que el aparato administrativo funcionase mecánicamente -o, para decirlo de otra manera, que se tomaran decisiones formalmente apegadas a la ley-, abre paso a una nueva y más moderna representación del Estado, que cabría denominar *Estado-Empresa*⁸. Conforme a la nueva idea de ese *Estado-Empresa*, amén de la legalidad formal, el *costo de las decisiones* estatales y el efectivo *logro de las metas* u objetivos trazados es también *jurídicamente relevante*.

3. La nueva justicia administrativa

Según la Constitución, la tutela jurídica que el juez contencioso-administrativo debe brindarle al particular debe ser, valga la redundancia, una tutela *efectiva*. Habida consi-

4. La Constitución venezolana de 1961, es bueno subrayarlo, le reconocía poderes mucho más amplios al juez contencioso-administrativo, porque le confería poder ...para anular los actos administrativo generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y *disponer lo necesario* para el *restablecimiento* de la situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

5. BENVENUTI, Feliciano; *op. cit.*, p.605.

6. Los limitados poderes concedidos al juez encontraban su razón de ser, según Benvenuti, en el hecho de que el Consejo de Estado no fue creado como juez *de la administración* y, por consiguiente, de la relación entre ésta y el particular, sino como juez *en la administración -id est, dentro de la administración-* (BENVENUTI, Feliciano; "Giudicato (diritto amministrativo)", publicado en *Enciclopedia del Diritto*, t XVIII; Giuffrè Editore; Milán 1969; p. 898).

7. GIACCHETTI, Salvatore; "*Morte e Trasfigurazione del Diritto Amministrativo*", publicado en la obra intitulada *Evoluzione della Giustizia Amministrativa (Integrazione Europea e Prospettive di Riforma) -Atti del Convegno, Lecce, 21-22 novembre 1997-*; Giuffrè Editore; Milán 1998; pp. 145 y ss.

8. GIACCHETTI, Salvatore, *op. cit.*, p. 150.

deración que la justicia es un *valor superior*⁹ del ordenamiento jurídico venezolano, el fallo judicial que decida la *controversia* contencioso-administrativa de *anulación* debe reparar, *de manera integral*, la ilegalidad. Para ello, en el proceso contencioso-administrativo de anulación el acento, que tradicionalmente se ha colocado sobre el acto, debe *desplazarse* hacia la *relación jurídica sustantiva subyacente -id est*, la relación que la Administración pretendió disciplinar mediante el acto administrativo impugnado¹⁰. Después de todo, en el proceso contencioso-administrativo se ventila -y debe decidirse- una *controversia entre partes*.

Dicho en otras palabras, al juez contencioso-administrativo debe reconocérsele poder suficiente para enjuiciar la *bondad* del acto administrativo, vale decir, poder para enjuiciar tanto la *legalidad* formal como la *legalidad* sustancial de la actividad administrativa. Si la tutela judicial, por mandato constitucional, ha de ser *idónea*, en aquellos casos en que la anulación del acto no remedie, *de manera plena*, la lesión irrogada al particular, al juez no se le puede desconocer poder para adoptar otras decisiones, sin las cuales no se impartiría *justicia sustantiva*, vale decir, *justicia verdadera*, de fondo, que resuelve de manera definitiva la controversia¹¹.

En este sentido, conviene subrayar que la doctrina comparada enseña que en el Derecho alemán se le reconoce al juez contencioso poder para ...condenar a la Administración a dictar un acto o a realizar una determinada actividad..., para -de esa manera- superar un estado antijurídico¹². En otras palabras, con el objeto de poderle concederle ..una eficaz garantía... -a- los derechos de los particulares..., se supera *-id est*, se abandona o deja de lado- la teoría de separación (rígida) de poderes, y se considera ..perfectamente legítimo que el Tribunal ordene a la Administración que actúe en el sentido por él determinado¹³.

Pero los poderes del juez contencioso-administrativo no se acaban allí: La doctrina comparada enseña, además, que la ley habilita al juez para ...dictar una sentencia concediendo -él- la prestación solicitada por el particular, cuando para conceder la prestación negada u omitida por la Administración, no deban ejercerse poderes discrecionales¹⁴.

En sentido coincidente, en Venezuela la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo ha dejado sentado que para restablecer la situación jurídica-subjetiva lesionada por la actuación administrativa, el juez puede ...ordenar a la Administración la adopción de un acto y en caso de que la Administración omisa no cumpla voluntaria-

9. De acuerdo al Artículo 2º de la Constitución de 1999, Venezuela es un Estado ...que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación... la justicia..., entre otros. Es a la luz de esa previsión que debe interpretarse el Artículo 259 *eiusdem*, según el cual: Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y *disponer lo necesario* para el *restablecimiento* de las *situaciones jurídicas subjetivas lesionadas* por la actividad administrativa.

10. BENVENUTI, Feliciano, *op. cit.*; p. 609.

11. En idéntico sentido se pronuncia en España LÓPEZ GONZÁLEZ, para quien la *justicia*, entendida como valor superior del ordenamiento, obliga a la autoridad a ...*trascender la legalidad formal* y optar por la justicia material que es la meta más noble de un Estado de Derecho, en sentido material y no meramente formal (LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio; *El Principio de Proporcionalidad en Derecho Administrativo*; Ediciones del Instituto GARCÍA OVIEDO (Universidad de Sevilla); Sevilla 1988; p. 108).

12. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, "*La Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Alemania*", Editorial Civitas, S.A., España 1993, pp. 220 y ss.

13. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *op. cit.*; pp. 224 y 225.

14. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *op. cit.*; p. 238.

mente con lo acordado por el juez, éste, haciendo uso de los *poderes ejecutivos* de los que está investido... puede -directamente- dictar el acto sustituyendo a la Administración¹⁵.

El criterio mencionado *supra* fue ratificado por la misma Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo mediante fallo del 26 de Julio de 2.001¹⁶. Este fallo judicial es digno de mención porque en él se subraya que el *control* que sobre la Administración debe ejercer el juez contencioso-administrativo, es -valga la redundancia- un control *pleno*. Se afirma en él, además, que aun cuando en diversas oportunidades el juez contencioso-administrativo ha sustituido a la Administración sin hacer mayores consideraciones sobre el fundamento de ese ingente poder, de la competencia del juez no puede dudarse, porque la Constitución autoriza al juez para *restablecer* la situación jurídica subjetiva vulnerada¹⁷. Por su trascendencia y elocuencia, permítasenos copiar tres (3) breves extractos del Fallo invocado:

- i. El ...juez podrá sustituir (sic.) [a la Administración] en la medida en que las partes suministren elementos de juicio suficientes...;
- ii. La ...situación jurídica debe ser restablecida directamente por el juzgador..., si las partes, a lo largo del proceso, le suministraron elementos de juicio suficientes para que aquél adoptase una determinación de fondo, que de manera definitiva dirima la controversia; y,
- iii. Si el juez, por el contrario, no cuenta con elementos de juicio necesarios para restablecer directamente el derecho subjetivo o el interés legítimo vulnerado, debe entonces restablecer la situación jurídico-subjetiva ...indirectamente, sentando en la propia sentencia las bases para -la-... ulterior ejecución -de lo decidido por la Administración- porque así lo exige la efectividad de la tutela judicial que la Constitución garantiza.

4. La nueva justicia administrativa (continuación)

A la luz de las decisiones judiciales invocadas con precedencia, no puede dudarse del poder que la Constitución le reconoce al juez-administrativo para adoptar medidas que la Administración debió haber dictado con base en normas cuyos *supuestos de hecho* se hallan *agotadoramente descritos*. Si de lo que se trata, en otras palabras, es de ejercer *poderes reglados*, no puede dudarse del poder del juez para *sustituir* a la Administración Pública. No existe obstáculo que le impida al juez ocupar el lugar de la Administración para aplicar la ley al caso concreto.

Análogas consideraciones cabe realizar respecto de aquellos supuestos en que la Administración, por mandato de la ley, debe *aplicar el Derecho* para decidir o resolver, *como lo haría un juez*, una disputa o controversia entre particulares. Aludimos, es evidente, a las decisiones adoptadas por la Administración en el marco de procedimientos cuasi-jurisdiccionales¹⁸.

15. Caso *Luis Enrique Pagés*. El fallo fue pronunciado por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo el 29 de Enero de 1997.

16. Caso *Hernán Gutiérrez*.

17. El juez contencioso-administrativo puede imponer *obligaciones de hacer* para tutelar al particular frente a abstenciones o negativas. Además, puede el juez imponerle a la Administración *obligaciones de no hacer*.

18. RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard; *Los actos cuasi-jurisdiccionales*; Ediciones Centauro; Caracas 1990; p. 11 y ss.

En la hipótesis a la cual hacemos referencia ahora, no existe óbice para que el juez ocupe el lugar de la Administración Pública, porque de lo que se trata es de *subsumir* un determinado supuesto de hecho en normas de Derecho Administrativo, a los efectos de aplicar la consecuencia jurídica que las reglas aplicadas prevén¹⁹.

En apariencia -*sólo en apariencia*- la conclusión a la cual debe arribarse es otra cuando la Administración, para dictar su decisión, ejerce *poderes discrecionales*. En este caso, se dice, el juez no puede sustituir a la Administración, porque es a ésta -y sólo a ésta- a quien incumbe *ponderar los intereses públicos* en juego. La ponderación en referencia sería, pues, materia *ajena* a la función encomendada al juez contencioso-administrativo.

Analicemos en detalle el tema de los poderes discrecionales²⁰ y la *prohibida* sustitución de la Administración Pública por el juez contencioso-administrativo.

i. La *justicia*, ya lo hemos dicho, es un *valor superior* del ordenamiento jurídico venezolano. Así lo dispone la Constitución política de 1.999 en su Artículo 2°. A la luz de esta previsión, ubicada en el Título I de la Constitución, intitulado “Principios Fundamentales”, debe interpretarse el Artículo 26 *eiusdem*, que reconoce el derecho fundamental a una *justicia contencioso-administrativa* que, como toda justicia, debe ser *idónea*. A esa justicia, asegurada por el Artículo 26 constitucional, le repugnan las *dilaciones indebidas*, los *formalismos* y también las *reposiciones inútiles*²¹.

19. Elocuentes son las consideraciones que sobre la materia realizara la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en reciente fallo, distinguido con el número 361, pronunciado el 26 de Febrero de 2002 (Caso *Ibms, LLC vs. bbo Financial Services Inc*). Veámos:

i) A la Administración se le había solicitado que *declarase* que, para ser legal, la oferta pública en virtud de la cual se tomaba el control de una sociedad inscrita en el Registro Nacional de Valores *debía ajustarse* a las “Normas sobre Ofertas Públicas de Adquisición, de Intercambio y de Toma de Control de Sociedades que hacen Oferta Pública de Acciones y otros Derechos sobre las Mismas” (G.O. n° 37.039, del 19 de septiembre de 2000). Se le había solicitado, además, que tutelase los derechos de los accionistas minoritarios que habían sido excluidos de la oferta pública de toma de control. En síntesis, se le había pedido a la Administración que ordenase, previa sustanciación del procedimiento administrativo aplicable, que se le *extendiera la oferta* pública de toma de control a todos los accionistas, sin discriminaciones. La Administración *-id est*, la Comisión Nacional de Valores- resolvió cerrar su investigación ...sin pronunciarse sobre los hechos.

ii) Contra la (*irrazonable*) negativa a investigar, uno de los accionistas minoritarios excluidos o marginados de la oferta propuso demanda ante la jurisdicción contencioso-administrativa. *Los pedimentos de fondo* eran *esencialmente idénticos* a los formulados previamente en vía administrativa.

iii) En una de las incidencias del proceso sustanciado por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia dictó la sentencia a la cual se alude en esta nota a pie de página. De acuerdo a la Sentencia, el juez contencioso-administrativo *se halla facultado* para *analizar la legalidad* de los *negocios jurídicos*, celebrados *entre particulares*, en virtud de los cuales se tomó el control de una sociedad sometida a vigilancia y supervisión administrativas.

En su sentencia del 26 de Febrero de 2002 la Sala afirmó textualmente lo siguiente: ...aún cuando... la actividad controlada mediante [la] actividad de policía administrativa... [sea la] de una entidad privada... ello no priva -siempre que sea de conformidad con la ley- tanto al ente administrativo como al órgano judicial (que revise las decisiones del primero), de conocer y decidir los aspectos vinculados con la actividad [privada], aun y cuando éstos excedan de un contenido público.

20. El ejercicio de poderes discrecionales se encuentra disciplinado por el Artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (G.O. n° 2.818 *Extraordinario*, del 1° de julio de 1981), que dispone textualmente: Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia *a juicio de la autoridad* competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y *adecuación* con el *supuesto de hecho* y con los *finés de la norma*, y cumplir los trámites y formalidades necesarios para su validez y eficacia.

21. El Artículo 26 de la Constitución dispone textualmente lo siguiente: Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la *tutela efectiva* de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. A renglón seguido, en términos por así decirlo *barrosos*, la norma agrega textualmente lo siguiente: “El Estado garantizará una justicia

En propósito, merece ser subrayado el criterio sentado por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en fallo del 23 de Mayo de 2.000²². De acuerdo a la decisión judicial invocada, en sus decisiones los órganos judiciales deben favorecer la ... *justicia material* por sobre las formas y tecnicismos, propios de una legalidad [meramente] formal... Esa justicia *verdadera -id est, de fondo-*, que resuelve, tanto en la forma como en la *sustancia*, las necesidades del particular que demandó tutela judicial, es la *única* que puede ser reconciliada con el Estado de Derecho y de Justicia en el cual, conforme al Artículo 2º de la Constitución venezolana, tienen preeminencia los *derechos fundamentales*.

A la luz de esas previsiones constitucionales, en el proceso contencioso-administrativo de anulación deben reconocérsele al juez poderes que le permitan ir más allá de la mera *casación* o anulación del *acto administrativo* impugnado.

ii. En sentido coincidente, en España los profesores García De Enterría y Fernández observaron tiempo atrás que el *principio de separación de poderes*, entendido como la causa o el motivo que impide al juez contencioso-administrativo ejercer un *control judicial pleno* sobre la actuación administrativa, ha ...saltado espectacularmente por los aires²³. Afirmen los catedráticos españoles que ...todo el contencioso-administrativo, y en particular el famoso recurso de anulación... es y no puede dejar de ser un recurso subjetivo, esto es, [un proceso] en que se tutelan derechos subjetivos y que, por esa razón, si la *tutela* ha de ser *efectiva*, la *jurisdicción* ha de ser, en consecuencia, también *plena*²⁴.

En resumidas cuentas, hoy por hoy el principio de separación de poderes no sería más que un *inadmisible pretexto*, porque si el juez -en la teoría y en la práctica- no satisface la pretensión del actor, la tutela judicial no es efectiva²⁵. La tutela meramente formal es sólo un *espejismo* de justicia.

iii. De acuerdo a la tesis tradicional, ya lo hemos dicho, el juez contencioso-administrativo no puede ponderar los intereses en juego, porque esa es materia *reservada* a la Administración. Empero:

a) Son muchos los fallos judiciales, pronunciados por tribunales venezolanos, que ponen en entredicho esa afirmación. *Gratia argüendi*, permítasenos citar el fallo dictado por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 27 de Julio de 2.000²⁶, conforme al cual el juez contencioso-administrativo, antes de dictar una medida preventiva, debe hacer ...una *ponderación de intereses* entre el bien jurídico tutelado con la providencia cautelar [que ha de *sustituir* el *acto administrativo* impugnado, hasta tanto se dirima la controversia] y los intereses públicos o colectivos.... De acuerdo al Fallo, esa ponderación debe ser realizada con el objeto de asegurar que los intereses públicos ... no resulten afectados [a juicio del juzgador] *de manera relevante*.

gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismo o reposiciones inútiles²⁷.

Para comprender la correcta inteligencia de las expresiones *idónea, sin formalismos y reposiciones inútiles*, empleadas por el Constituyente venezolano, permítasenos invocar el voto salvado por la Magistrada SOSA GÓMEZ, Cecilia al fallo dictado por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia el 24 de enero de 1996 (Caso *Pintal Pinturas Eliseau Limitada*). En el Voto Salvado se sostiene que la orden, girada a la Administración en el fallo judicial definitivo, para que ésta procediese a decidir un recurso administrativo jerárquico que no había sido decidido en su oportunidad, constituía *denegación de justicia*, porque el juez contencioso-administrativo faltaba a su deber cuando, existiendo ...elementos (de juicio)... suficientes... para resolver *de manera definitiva* la controversia, sólo consideraba razones de mera forma.

22. Caso *Santi Zambrano León*.

23. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, S.A., Madrid 1991, pp. 554 y 555.

24. *Ibid.*

25. BELTRÁN DE FELIPE, Miguel; *El Poder de Sustitución en la Ejecución de Sentencias Condenatorias de la Administración*; Editorial Civitas, S.A., Madrid 1995, p. 235.

26. Caso *Sol Arias Fernández*.

El juez contencioso-administrativo sí puede, pues, *sopesar* los intereses en juego²⁷. En con base en esa ponderación que el juez fija o establece en su decisión cautelar una *disciplina o régimen* provisorio, de Derecho Administrativo, que *sustituye* y *desplaza*, mientras dure el proceso judicial, la norma, regla o medida contenida en el acto administrativo impugnado.

Si la ponderación resulta posible al momento de decretar una medida preventiva, ¿cuáles son las razones que niegan ese poder de ponderación cuando llega el momento de decidir el fondo de la controversia?

b) En 1.971 el Consejo de Estado francés decidió que una obra podía ser declarada como de utilidad pública *sólo si una ponderación* de i) las limitaciones a la propiedad privada, ii) los costos financieros y iii) los eventuales inconvenientes de orden social que la ejecución de la misma comportaba, permitía concluir que los *sacrificios* impuestos a los *intereses* en juego *no resultaban excesivos*²⁸. El exceso, es evidente, viciaría de nulidad la decisión administrativa.

La *teoría del balance* (“*théorie du bilan*”), denominada así porque permite *sopesar* tanto los *costos* como los *beneficios* de una medida administrativa, autoriza un control que, sin lugar a duda alguna, va mucho más allá de la legalidad formal. El análisis de los *costos* y las *ventajas* del acto administrativo -vale decir, de su *conveniencia*-, supone el reconocimiento de poderes que le permitan al juez *ponderar* y *jerarquizar* los *intereses públicos* en juego. De otra manera, no hubiera resultado posible determinar, como lo hizo el el Consejo de Estado, si el *sacrificio* impuesto ...a uno cualquiera de los *intereses en juego*... es o no *excesivo*²⁹.

c) La doctrina comparada entiende que el *principio de proporcionalidad* constituye ...un *instrumento* de ponderación de bienes e *intereses* en el “caso concreto”...³⁰. Por ello, al juez contencioso-administrativo, que puede declarar la nulidad de los actos administrativos que vulneran o contradicen el principio de proporcionalidad, *no* se le puede negar poder para *ponderar* los intereses públicos y privados en juego.

iv. Desde hace ya algún tiempo, la jurisprudencia ha venido censurando los actos administrativos sobre la base del *principio de racionalidad*, también conocido como *principio de razonabilidad*.

Con base en el aludido principio, el juez contencioso-administrativo puede anular *-exempli gratia-* los actos que no son aptos para alcanzar los objetivos *-id est*, las metas- que justificaron su expedición. La *falta de idoneidad* del acto para lograr los propósitos que la Administración Pública tuvo en mente al dictarlos, vicia al acto administrativo de nulidad.

27. En propósito, consúltese a PUGLIESE, quien enseña que el juez contencioso-administrativo puede *ponderar* los *intereses* -particulares y generales- en conflicto, en términos análogos a como lo hace la Administración en el procedimiento administrativo (PUGLIESE, Francesco; “Le ragioni del controinteressato nell’evoluzione della tutela cautelare” en *Rivista di Diritto Processuale Amministrativo* n° 3, Giuffrè Editore, Milán 1988, p. 396).

28. *Ministre de l’Équipement et du Logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé ‘Ville nouvelle Est’*, comentado por LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., DEVOLVE, P. y GENEVOIS, B., en *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*; Editions Sirey; París 1993, p. 162.

29. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., DEVOLVÉ, P. y GENEVOIS, B., *op. cit.*, p. 674.

30. LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *op. cit.*, p. 108. Que con base en el principio de proporcionalidad puede el juez contencioso-administrativo censurar los actos adoptados por la Administración, no existe hoy en día duda alguna.

Con agudeza, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO observa que mientras para la Administración ...la eventual imposición del deber de ponderar... se traduce en una *limitación del poder* por la exigencia de una motivación detallada y racional de sus decisiones..., para el juez administrativo, por el contrario, el método de la ponderación luce como una ... vía de *ensanchamiento de sus poderes* (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La Ponderación de Bienes e Intereses en el Derecho Administrativo*; Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid 2000, p. 102).

Análogas reflexiones formula la doctrina comparada cuando, para alcanzar el objeto perseguido, la Administración podía adoptar otras medidas o decisiones que suponían o comportaban lesiones o *gravámenes menores* a los intereses individuales que se contraponían al interés general³¹.

Con fundamento en el principio de razonabilidad, se afirma, finalmente, que, para ser válida, la medida administrativa debe ser *necesaria*.

El principio de racionalidad, es obvio, confiere al juez contencioso-administrativo *incisivos poderes de control*³². Esos poderes, así lo entiende la jurisprudencia comparada, permiten censurar cualquier acto que no responda a *criterios lógicos*³³. La actividad administrativa queda sometida a un *control judicial integral*, que autoriza al juez, ni más ni menos, para juzgar o evaluar la *justicia* de la decisión adoptada por la Administración³⁴. Trátase, permítasenos subrayarlo, de una *evaluación judicial* que puede descansar en *apreciaciones* respecto de los *costos* y los *rendimientos -lato et improprio sensu-* de la decisión administrativa³⁵.

Se admite, en otras palabras, que la actividad de la Administración puede ser evaluada no sólo a la luz de las *reglas* de Derecho, entendiendo aquí por “reglas” las *normas jurídicas* que cuentan con un *supuesto de hecho preciso* o concreto, sino también con base en *principios*, vale decir, en normas o enunciados que *carecen* de un supuesto de hecho *definido*³⁶. Por la *falta* o *ausencia* de un supuesto de hecho determinado, que es usual sobre todo a nivel de normas constitucionales, el juez contencioso-administrativo ya no se limita a la *literal* o *automática* aplicación de la ley. Para decidir una controversia con base en el principio de razonabilidad, el juez contencioso-administrativo se ve en la necesidad de definir o precisar, *caso por caso*, el supuesto de hecho.

Para algunos, el *incisivo control* que sobre la actuación administrativa puede hacerse con base en el principio de razonabilidad sigue siendo un control de “legalidad”³⁷. Empero, ¿es realmente así? Dicho en otras palabras, ¿puede el juez contencioso-administrativo, a la luz del principio de razonabilidad, analizar el *mérito* de la decisión administrativa impugnada? En síntesis, ¿permite la invocación del Principio constitucional ponderar, en vía judicial, tanto la *conveniencia* como la *oportunidad* de la medida administrativa? A fin de cuentas, nadie puede poner en duda que el acto administrativo inconveniente o inoportuno no responde, parafraseando a Vipiana, a *criterios lógicos*.

Veámos:

a) Según la doctrina, de poder discrecional puede hablarse cuando a la Administración se le permiten *apreciar* las circunstancias de hecho con base en las cuales, para tutelar el interés general, ha de dictarse una medida. En virtud de esa *margen de apreciación*, la Administración, que

31. SUAY RINCÓN, José; “El Principio de Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García De Enterría*, t II, Editorial Civitas, Madrid 1991, pp. 856, 857 y 863.

32. En palabras de Vipiana, la racionalidad confiere al juez una *penetrante técnica* de control judicial sobre los actos expedidos por las autoridades (VIPIANA, Piera María, “*Introduzione allo Studio del Principio di Ragionevolezza nel Diritto Pubblico*”, Casa Editrice Dott, Antonio Milani (CEDAM), Pádova 1993, p. 4).

33. VIPIANA, Piera María, *op. cit.*, p. 30.

34. FOIS, Sergio, “*Ragionevolezza e Valor: Interrogazioni Progressive verso la Concezione sulla Forma di Stato e sul Diritto*”; publicado en la obra (colectiva) intitulada “*Il Principio di Ragionevolezza nella Giurisprudenza della Corte Costituzionale*”, que recoge las Conferencias dictadas en el *Palazzo della Consulta* (Roma) los días 13 y 14 de octubre de 1992; Giuffrè Editore, Milán 1994, p. 104. Según Fois, al permitir que se valore, con base en el principio de racionalidad, la *justicia* de la decisión, se abren las compuertas a un juicio que parece de *equidad*.

35. CERRI, Augusto, “I Modi Argomentativi del Giudizio di Ragionevolezza delle Leggi: Cenni di Diritto Comparato”, publicado en la obra (colectiva) intitulada “*Il Principio di Ragionevolezza nella Giurisprudenza della Corte Costituzionale*”, citada en la nota a pie de p. precedente, p. 157.

Consúltese la decisión del Consejo de Estado francés citada *supra* en la nota pie de página número 28.

36. ZAGREBELSKY, Gustavo, “Su Tre Aspetti della Ragionevolezza”, publicado en la obra (colectiva) intitulada “*Il Principio di Ragionevolezza nella Giurisprudenza della Corte Costituzionale*”, citada en la nota a pie de página número 34, pp. 185 y 186.

37. VIPIANA, Piera María, *op. cit.*, pp. 110 y ss.

tiene frente a sí un abanico de medidas o decisiones posibles, *todas ellas lícitas*, elige o escoge la que, a su entender, mejor atiende el interés general³⁸. Con base en ese poder discrecional, la Administración, insistimos, no hace más que elegir la medida que considera más *adecuada* para tutelar el interés general. El objeto del acto se diseña para hacerlo *conveniente y oportuno*.

b) En virtud del principio de racionalidad, ya lo hemos dicho, se le reconoce al juez contencioso-administrativo poder para *censurar* las decisiones administrativas que, a pesar de su *formal licitud*, no debieron ser adoptadas, porque existían *otras medidas más idóneas* para alcanzar el fin perseguido. El principio de razonabilidad, también ha sido dicho precedentemente, le permite al juez anular los actos administrativos *formalmente lícitos*, en aquellos casos en que a la Administración le resultaba posible adoptar otras decisiones, igualmente idóneas, que causaban *menor gravamen* o perjuicio al interés individual en juego.

c) Ya en 1973 enseñaba Lavagna³⁹ cuáles eran los *elementos* que, a su entender, componían o integraban la *razonabilidad*. De los siete (7) elementos mencionados por Lavagna, interesa destacar aquí, los juicios sobre la *pertinencia del acto* y la *congruencia de la norma*, que procuran determinar si las medidas adoptadas por la autoridad para alcanzar el fin perseguido, amén de ser *instrumentales* o *funcionales*, constituyen, además, medio *idóneo* para el logro del objetivo o finalidad perseguida.

Si el juez, como dice Lavagna, sólo puede pronunciarse en torno a la razonabilidad de un acto una vez que ha constatado, entre otras cosas, que la medida *-id est*, la norma dictada por la Administración- es *pertinente* -y tanto *conveniencia* como *oportunidad* son, ambos, sinónimos de *pertinencia*-, pareciera que el pronunciamiento judicial sobre la racionalidad *no gira* única y exclusivamente en torno a la *legalidad -lato et improprio sensu-* del acto impugnado.

d) La Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo ha dejado sentado, ya lo hemos subrayado antes, que si las partes le suministran al juez contencioso-administrativo *elementos de juicio suficientes* para adoptar una determinación de fondo, ... la situación jurídica debe ser restablecida *directamente por el juzgador*...⁴⁰. Si el juez, por el contrario, no cuenta con elementos de juicio necesarios para restablecer directamente el derecho subjetivo o el interés legítimo vulnerado, se debe entonces restablecer -dice la Corte- la situación jurídico-subjetiva *...indirectamente*, sentando en la propia sentencia las *bases* para su ulterior *ejecución*, porque así lo exige la efectividad de la tutela judicial que la Constitución garantiza.

En el fallo citado con anterioridad, es bueno subrayarlo, sólo se condiciona el *control integral* del acto a la existencia de elementos de juicio suficientes.

El principio de racionalidad, para nosotros es evidente, permite un control que va más allá de la legalidad formal del acto. La supervivencia al escrutinio judicial, por consiguiente, dependerá de la *bondad* del acto administrativo impugnado. Por obra del principio de razonabilidad, ese juicio sobre la *bondad* del acto debe tomar en consideración el *mérito* de la actuación administrativa.

38. Parfraseando a GARCÍA DE ENTERRÍA y a FERNÁNDEZ, la discrecionalidad es esencialmente *libertad de elección* entre *alternativas igualmente justas* o, si se prefiere, entre *indiferentes jurídicos*, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.) no incluidos en la Ley y remitidos al *juicio subjetivo* de la Administración (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *op. cit.*, p. 456). Libertad, pues, en la *escogencia* de los *medios*, del *contenido*, del *tiempo* o las *modalidades* de la acción administrativa (BENVENUTI, Luigi, *La Discrezionalità Amministrativa*, Casa Editrice Dott, Antonio Milani (CEDAM), 1986, p. 327).

39. LAVAGNA, Carlo, "Ragionevolezza e Legittimità Costituzionale", citado por BARILE, Paolo, "*Il Principio di Ragionevolezza nella Giurisprudenza della Corte Costituzionale*", publicado en la obra (colectiva) homónima citada en la nota a pie de p. 34, pp. 30 y 31.

40. Caso *Hernán Gutiérrez* (consúltese la cita a pie de página número 16).

II. LOS PODERES (CAUTELARES) DEL JUEZ ADMINISTRATIVO EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE ANULACIÓN

En virtud de los privilegios de *ejecutividad* y *ejecutoriedad*, la ley dispone expresamente que la interposición de un recurso contencioso-administrativo no suspende los efectos de la decisión administrativa impugnada. Empero, la ley le reconoce al juez contencioso-administrativo poder para *disciplinar*, de manera transitoria, *la relación jurídica controvertida*⁴¹.

Esa disciplina *provisional*, ya lo hemos dicho, sólo se decreta, en ejercicio de los poderes cautelares concedidos al juez, previa valoración de los intereses jurídicos en juego.

1. Los poderes clásicos. La suspensión de efectos del acto administrativo

Esa disciplina provisional puede ser decretada, en primer término, con base en el Artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que autoriza al juez contencioso-administrativo ...para suspender los efectos de un acto administrativo de efectos particulares, cuya nulidad haya sido solicitada, cuando así lo permita la Ley o la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso...

Pero los *límites* de la tradicional medida de suspensión de efectos son bien conocidos. Su *finalidad* es meramente *conservativa* y, por ello, la medida de suspensión *no es idónea* para brindar tutela judicial efectiva frente a los *actos administrativos negativos*. Frente a esta categoría de decisiones denegatorias, el particular no puede solicitar la suspensión, por falta de interés procesal⁴², ya que una decisión judicial favorable no puede por sí sola reportarle ventaja o beneficio alguno. La medida, se afirma, sólo puede ser decretada para *conservar un bien*⁴³ o, lo que es lo mismo, para evitar que sufra modificaciones el *status quo* existente para el momento de la decisión administrativa.

Análogos problemas plantea la suspensión de los actos administrativos que la Administración ya hubiere ejecutado de manera íntegra, porque la medida sólo procura *paralizar una acción administrativa*⁴⁴. En estos casos, la suspensión de efectos no puede brindar tutela efectiva por sí sola.

41. D'AMICO CERVETTI, Annamaria, "La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato tra riflessioni teoriche e applicazioni giurisprudenziali" en *Rivista di Diritto Processuale Amministrativo*, número 2, Giuffrè Editore, Milán 1988, p. 215.

42. GARGIULO, Ugo, "La sospensione dell'atto amministrativo da parte del Consiglio di Stato", Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles 1948, p. 103).

43. En contra de esta postura permítasenos citar, *gratia argüendi*, el fallo pronunciado por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en fecha 21 de noviembre de 1980 (Caso *J. Delgado vs. el Colegio Nacional de Periodistas*), publicada *Jurisprudencia Venezolana Ramírez & Garay, Ramírez & Garay, S.A.*, t LXXI, 1980, p. 388). En la Sentencia, además de suspender los efectos del acto en virtud del cual al recurrente se le había negado su inscripción en el Colegio de Periodistas, la Corte le ordenó al aludido Colegio que *inscribiese* al particular a *título provisional*, vale decir, hasta tanto se dictase el fallo definitivo. En el caso bajo análisis, la medida decretada por el juez le permitió al recurrente *adquirir* un bien jurídico.

44. En torno al tema de la *parálisis* de la *acción administrativa*, consúltense las decisiones dictadas por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo y la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en fechas 12 de abril y 23 de mayo de 1983, respectivamente, publicadas en la *Revista de Derecho Público* n° 14 y 15, Editorial Jurídica Venezolana, pp. 178 y 177, respectivamente. En esas decisiones se reconoce que la suspensión de efectos *priva de competencia* a la autoridad administrativa mientras se decide el proceso.

2. Los nuevos poderes (cautelares) del juez contencioso-administrativo. Introducción

Para poder brindar tutela judicial *efectiva*, el juez contencioso-administrativo se ha visto en la necesidad de decretar medidas cautelares que brindan una protección que excede, y con creces, la clásica suspensión de efectos.

Como órgano del Poder Judicial, el juez contencioso-administrativo está investido de un *poder cautelar general*, que lo habilita -y obliga- a asegurar la eficacia del fallo de fondo⁴⁵. Por ello, ha asentado la jurisprudencia, sólo se brinda tutela judicial *integral -id est, efectiva-*, en la medida en que al juez se le reconocen *mecanismos cautelares idóneos y suficientes*⁴⁶. Los alcances de ese ingente poder cautelar quedaron delineados, en los siguientes términos, en reciente decisión dictada por la Sala Política-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia⁴⁷:

i) En virtud del derecho a la tutela judicial efectiva, el juez contencioso-administrativo se halla ... *habilitado* para emitir *todo tipo de medida cautelar*... ;

ii) Dicho en otras palabras, con base en un juicio de mera probabilidad o verosimilitud, el juez contencioso-administrativo ... *puede decretar todo tipo de mandamientos*.... A la (clásica) medida de suspensión se suman, pues, las ...medidas [cautelares] positivas e incluso anticipativas... que resulten necesarias para brindar tutela provisional frente a la acción o inacción administrativa que dio lugar a la proposición de la demanda contencioso-administrativa; y,

iii). En síntesis, ...el Juez, por el hecho de tener la potestad de ejecutar o hacer ejecutar lo juzgado, ostenta un *poder cautelar general* que le permite tomar *cualquier medida cautelar* que resulte *necesaria* para la eficaz ejecución de lo juzgado. Para adoptar esas medidas y, por vía de consecuencia, ... garantizar el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.... ...el único criterio que debe ser siempre valorado por el juez contencioso... es la concurrencia del *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*.

La jurisprudencia citada con precedencia coincide con las enseñanzas de la doctrina comparada, conforme a la cual la *efectividad* de la tutela impone... en términos constitucionales, la adopción de *cuantas medidas cautelares sean necesarias para asegurar la eficacia de la resolución final*⁴⁸.

Los límites de ese poder dependen, es evidente, de los términos en que haya sido planteada la controversia, por el carácter *instrumental, subordinado o dependiente* que las medidas cautelares guardan respecto a la pretensión que constituye el objeto del proceso principal⁴⁹.

45. Consúltense en propósito la sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo el 5 de mayo de 1997 (Caso *Pepsicola Panamericana S.A. vs. Procompetencia*), en la que, textualmente, se le reconoce al juez contencioso-administrativo ...una potestad cautelar general... para asegurar la efectividad... del proceso. Consúltense también el fallo pronunciado, en idéntico sentido, por la Sala Política-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia el 17 de diciembre de 1998 (Caso *Carmen Teresa Brea*).

46. Fallo pronunciado por la Sala Política-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia el 15 de noviembre de 1995 (Caso *Lucía Hernández y Arnoldo Echegaray*).

47. Sentencia del 17 de abril de 2001 (Caso *Sociedad de Corretaje de Seguros CASBU, C.A.*).

48. BARNES, Javier, *op. cit.*, p. 197.

49. PASTOR BORGONÓN, Blanca y VAN GINDERACHTER, Eric, *El Procedimiento de Medidas Cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, Editorial Civitas, S.A., Madrid 1993, p. 24.

Cuando la jurisprudencia venezolana ha tenido oportunidad de analizar la relación que debe existir entre el *the-ma decidendum* del procedimiento principal y la protección cautelar solicitada, ha entendido que las medidas y el fondo de la controversia deben ser *homogéneos* (en propósito, consúltense el fallo dictado por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo el 9 de marzo de 2000 (Caso *Ismael Segundo Domínguez*)).

3. Los nuevos poderes (cautelares) del juez contencioso-administrativo, el amparo constitucional y las medidas cautelares innominadas

De acuerdo al Artículo 27 de la Constitución política de 1.999, la autoridad judicial que conoce de un recurso de amparo puede *...restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida...* o, en su defecto, *...la situación que más se asemeje a ella.*

Esa previsión constitucional es digna de mención porque el Artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales autoriza de manera expresa la proposición del recurso contencioso-administrativo de anulación conjuntamente con solicitud (*cautelar*) de amparo constitucional⁵⁰.

Con base en las dos disposiciones invocadas con precedencia, la jurisprudencia ha dejado establecido que para salvaguardar derechos fundamentales mientras se tramita y decide la controversia, el juez contencioso-administrativo puede decretar medidas que *anticipen los efectos del fallo definitivo favorable*⁵¹. Dicho en otras palabras, su poder cautelar *no se agota* en la clásica suspensión de efectos, con la cual sólo se congela el *status quo*, sino que, por el contrario, pueden *reconocer derechos* que la Administración de manera ilegítima ha desconocido, y, complementariamente, puede también *autorizar su ejercicio* mientras se decide la controversia⁵².

A instancia de parte, con base en sus poderes cautelares el juez, *a título provisional*, puede *disciplinar* la relación jurídica (sustantiva) subyacente. Es en ese sentido y no en otro que debe interpretarse la afirmación, hecha por nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa, conforme a la cual incumbe al juez garantizarle a los ciudadanos *...el goce efectivo de sus derechos constitucionales...*⁵³.

El juez contencioso-administrativo también ha hecho uso de la previsión contenida en el Parágrafo Primero del Artículo 588 del Código de Procedimiento Civil para brindar tutela cautelar *efectiva* en aquellos supuestos en los cuales la protección *no encuentra su justificación* en la violación de un derecho o garantía constitucionales.

La norma legal citada dispone que en adición a las *medidas nominadas*, *...el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas..., cualesquiera que ellas fueren, ...cuando exista el fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra.* Como se observa, las cautelares *innominadas* procuran evitar que se torne ilusoria la ejecución del fallo definitivo.

4. Los poderes (cautelares) del juez contencioso-administrativo y las medidas preventivas contra particulares

La jurisprudencia contencioso-administrativa venezolana ha dejado sentado que el poder cautelar concedido al juez lo habilita, en determinadas circunstancias, para dictar *medidas dirigidas contra particulares*.

50. G.O. de la República n° 33.891, del 22 de enero de 1988.

51. Consúltese, nuevamente, el fallo dictado por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo el 9 de marzo de 2000 (Caso *Ismael Segundo Domínguez*).

52. En propósito, consúltese a ORTIZ ÁLVAREZ, Luis, "La Protección Cautelar en el Contencioso-Administrativo", Editorial Sherwood, Caracas 1999, pp. 652 y ss.

53. V., la sentencia pronunciada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia el 16 de marzo de 2000 (Caso *Constructora Pedeca C.A. vs. el Gobernador del Estado Anzoátegui*).

En resumidas cuentas, *la Administración Pública no es la única destinataria de las medidas cautelares* que el juez contencioso-administrativo puede decretar para brindar tutela judicial efectiva en controversias de Derecho Administrativo.

¿Cuáles son los supuestos en los cuales puede el juez dictar medidas preventivas contra particulares? ¿Cuál es el alcance de las medidas preventivas que el juez contencioso-administrativo puede adoptar? *Gratia argüendi*, permítasenos mencionar sólo algunos ejemplos:

i) Si la Administración, en el marco de un *procedimiento administrativo* en el cual se ventilan *controversias entre partes* enfrentadas, no tutela adecuadamente al particular que denuncia la infracción, por otro particular, de una *norma administrativa*, el juez puede decretar las medidas preventivas que resulten necesarias para reparar las lesiones, causadas por un particular, a las cuales la Administración no le puso coto.

En otras palabras, si la lesión denunciada ante la Administración no cesa, bien porque operó el silencio administrativo (negativo), bien porque la decisión administrativa expresa no satisface todas las pretensiones del particular, el juez contencioso-administrativo puede ejercer su *poder cautelar general* frente al particular al cual se le imputa la infracción de una norma administrativa y, por consiguiente, la lesión de los derechos de la parte actora⁵⁴.

ii) Para garantizar los derechos e intereses de los accionistas minoritarios, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo *modificó* los términos y condiciones de los *negocios jurídicos* de “recompra de acciones” y “oferta pública de adquisición”, *celebrados por particulares*, disciplinados por la Ley de Mercado de Capitales. En los fallos citados, el juez, por vía de mandamiento provisional de amparo constitucional, amplió los plazos a los cuales habían sido sometidos esos dos negocios privados⁵⁵, para de esa manera asegurar los derechos a la información y a la participación de quienes invierten en el mercado de capitales.

iii) Mediante mandamiento provisional de amparo constitucional del 26 de Octubre de 2.001, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, también en materia de mercado de capitales, decretó *incisivas* medidas cautelares, que procuraron salvaguardar los derechos de accionistas minoritarios⁵⁶.

De ese Fallo es digna de mención, *exempli gratia*, la orden, girada a sociedades mercantiles de carácter o naturaleza privada, para que exhibiesen los contratos “confidenciales”, en virtud de los cuales se había tomado el control de una empresa *al margen* de las “Normas sobre Ofertas Públicas de Adquisición, de Intercambio y de Toma de Control de Sociedades que hacen Oferta Pública de Acciones y otros Derechos sobre las Mismas” dictadas por la Comisión Nacional de Valores.

De ese Fallo judicial también es digna de mención, *gratia argüendi*, la medida en virtud de la cual se le *suspendieron* los *derechos políticos* que se derivan de la condición de *accionista* de una sociedad anónima, al accionista (mayoritario) que tomó el control de la sociedad anónima *al margen* de las Normas en referencia⁵⁷.

54. Consúltense el fallo dictado por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo el 5 de mayo de 1997 (Caso *Pepsicola Panamericana S.A. contra Procompetencia*). La *declaración de principios* contenida en la sentencia invocada, es retomada años después por la jurisprudencia contencioso-administrativa en el caso asunto *bbo Financial Services Inc. vs. la Comisión Nacional de Valores* (consúltense *infra* la nota a pie de página número 55).

55. Fallos de fecha 6 de junio de 2000 (Casos *Manolo Domínguez Mena vs. Comisión Nacional de Valores* e *Inversora DS 2000 vs. Comisión Nacional de Valores*”).

56. Consúltense el fallo de fecha 26 de octubre de 2001 (Caso *bbo Financial Services Inc. vs. la Comisión Nacional de Valores*).

57. Las *medidas cautelares -contra particulares-* apenas reseñadas fueron *ratificadas* por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia del 7 de noviembre de 2001 (Caso *TIM International B.V. vs. la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo*).

En resumen, con la ampliación de los poderes (de fondo) reconocidos al juez contencioso-administrativo, han aumentado también, es evidente, los poderes (cautelares) que el juez emplea para evitar que el tiempo requerido para sustanciar el proceso cause daños irreparables o de difícil reparación por la sentencia definitiva, a quien acude a los órganos judiciales para exigir que se le brinde tutela judicial *efectiva*.

Esa, si se quiere, no es más que una consecuencia del carácter *instrumental* de las medidas cautelares que el juez puede decretar para asegurar la *eficacia* de la sentencia definitiva que imparta *justicia sustantiva -id est, de fondo-* y resuelva la controversia.

En torno al ingente poder, concedido al juez contencioso-administrativo para, con base en los Artículos 2º y 259 de la Constitución política de 1.999, *disciplinar la relación jurídica (sustantiva) subyacente*, no debe dudarse.

§ 97. EL PROCESO DE LESIVIDAD: ¿UNA VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN MANOS DE LA ADMINISTRACIÓN?

Aurilivi Linares Martínez
Abogado Universidad Central de Venezuela

I. INTRODUCCIÓN

El principio de legalidad obliga a la Administración a reaccionar frente a cualquiera de sus actos o actuaciones que contradigan el ordenamiento, acomodándolos a aquél.

Este deber de ajuste permanente a la legalidad no crea problemas jurídicos graves cuando se pretende sobre actos que inciden en el ámbito doméstico de la Administración, en su estructura, organización o funcionamiento, sin afectar los derechos de los administrados. Tampoco, cuando el acto es perjudicial o gravoso para un particular, como puede ser la imposición de una sanción indebida o la negativa injustificada al reconocimiento de un derecho. En estos casos la Administración -a diferencia del Juez que no puede anular o revocar sus propias sentencias infundadas o inválidas-, puede y debe volver sobre sus actuaciones con independencia de que el vicio que origina la invalidez sea la nulidad o la simple anulabilidad.

El panorama cambia, sin embargo, cuando se trata de la revisión o anulación de los actos administrativos inválidos que han creado o reconocido derechos en favor de terceros, que se encuentran además en posesión y disfrute de los mismos. Admitir en este caso que la Administración tiene la potestad de declarar la nulidad de tales actos, supone, en definitiva, reconocerle la fuerza de extinguir por sí misma aquellos derechos y de alterar las situaciones posesorias, si el particular interesado se resiste a cumplir las consecuencias de dicho acto anulatorio.

En efecto, tal como está regulado en nuestra Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, la Administración tiene la potestad de revisar y corregir sus actuaciones administrativas. Esta potestad de autotutela se encuentra desdoblada en tres potestades fundamentales: la potestad revocatoria, la potestad convalidatoria y la potestad correctiva¹.

La más importante manifestación de la autotutela es, obviamente, la potestad revocatoria de la Administración, es decir, la potestad de extinción de sus actos administrativos en vía administrativa. Esta potestad está regulada en el artículo 82 de la referida Ley Orgánica, el cual establece que los actos administrativos pueden ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, sea por la misma autoridad administrativa que dictó el acto, sea por el superior jerárquico, siempre que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular. Por tanto, con base a esta formulación, la potestad revocatoria tiene limitaciones y, particularmente, respecto

1. Cf., BREWER-CARÍAS Allan R., *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1990, pp. 66 y ss.

a los actos que originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos a favor de un particular (vid. artículo 106 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común española, y artículos 19.2º y 82 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos venezolana)².

Por otra parte, como consecuencia de las prerrogativas de autotutela de que goza la Administración Pública, se observa, por lo general, que en el proceso contencioso administrativo la iniciativa para la impugnación del acto administrativo parte, como es natural, del particular administrado. En otras palabras, será demandante una persona distinta del ente público al que sea imputable el acto o actuación frente a los que se demande justicia, bien sea un particular o una entidad pública.

Ahora bien, por la influencia de la tradición española, en algunos ordenamientos jurídicos hispanoamericanos³, como algunas provincias de Argentina (Corrientes, Córdoba, Mendoza), en Cuba, México, Costa Rica, entre otros países, se prevé la posibilidad de que sea demandante la propia entidad pública de la que emane el acto administrativo, cuando le está vedado el ejercicio de la autotutela para privarle de efectos, por derivar de él situaciones jurídicas subjetivas.

No obstante, si bien la Administración Pública está investida de la prerrogativa de revisar sus propios actos a fin de privarles de efectos, bien por razones de legalidad o de simple oportunidad, o por así exigirlo el interés público, no parece tener sentido, en principio, la existencia de un proceso por ella invocado, a fin de verificar si un acto es o no conforme a Derecho y al interés público, para declarar su nulidad o anularlo. Empero, como es sabido, aquella prerrogativa no es ilimitada, pues, como se ha señalado, el ordenamiento jurídico establece límites a la posibilidad de volver sobre sus propios actos, específicamente, cuando de ellos deriven situaciones jurídicas subjetivas.

En definitiva, una de las peculiaridades del Derecho procesal administrativo español e hispanoamericano es la existencia de un proceso especial, en el que adopta la posición de demandante la misma entidad pública que dictó el acto que constituye el objeto de la pretensión, esto es, que dicho proceso está reservado para los casos en que la misma Administración autora de algún acto pretendiere demandar, ante la jurisdicción contencioso administrativa, su anulación. Este proceso contencioso administrativo ha sido calificado, tradicionalmente, con el nombre de *lesividad*⁴.

El presente estudio se concentra en el análisis del proceso de lesividad, como vía de anulación de los actos administrativos declarativos de derechos en manos de la Administración. En tal sentido, se estudian, en primer lugar, los aspectos generales del sistema del proceso de lesividad, esto es, lo relativo a su concepto, naturaleza y fundamentación jurídica.

En segundo lugar, se examina el proceso de lesividad en los sistemas contencioso administrativos de España y Argentina, a través de un estudio comparativo de los mismos, el cual servirá de instrumento potencial para la subsiguiente evaluación del sistema contencioso administrativo venezolano.

2. Cf., GONZÁLEZ PÉREZ, J., "Las partes en el proceso, terceros intervinientes, coadyuvantes", en *Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Brewer Carías*, Funeda, Caracas 1995, pp. 181-182.

3. _____. *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*. Editorial Temis, S.A., Bogotá 1985, p. 118.

4. HERNÁNDEZ, Gascón, "La interposición del recurso contencioso administrativo por la propia Administración" en *Revista de Estudios Políticos* nº 7, Madrid, p. 125.

Expuestos los conceptos en referencia, y como reflexión final, se efectúan algunas consideraciones sobre la existencia o inexistencia del proceso de lesividad en nuestro ordenamiento jurídico, a fin de destacar en este sentido, sus virtudes o debilidades como elementos de juicio susceptibles de ser incorporados en una eventual regulación legislativa de la jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela.

II. ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO DE LESIVIDAD

1. Concepto

Siguiendo a González Pérez⁵ y a Dromi⁶, el proceso de lesividad es aquel proceso contencioso administrativo especial que tiene por objeto la pretensión deducida por una entidad pública, con relación a un acto de la misma que no puede revocar *per se*, por lo que solicita del órgano jurisdiccional sea declarada su nulidad por ser lesivo al interés público.

Ciertamente, la acción o recurso de lesividad aparece como un medio de orden procesal, de naturaleza contencioso-administrativa, encaminado a obtener del juez la anulación por lesividad de un acto emanado de la propia entidad administrativa demandante que creó derechos en favor de los administrados.

En este proceso administrativo especial, la iniciativa corresponde a una persona jurídica administrativa, pero ello no quiere decir, que exista proceso de lesividad siempre que una entidad pública adopta la posición de demandante⁷. Por tanto, tal como se desprende de la frase *actos de la misma*, empleada por los autores antes citados, en el proceso de lesividad lo decisivo es que la demanda proceda del mismo sujeto público que dictó el acto impugnado, lo cual excluye la acción de lesividad cuando una entidad administrativa interpone una acción contra un acto de otra autoridad, toda vez que, cuando lo que se deduce es una pretensión cuyo objeto es el acto de otra entidad pública, la misma será examinada y actuada a través del proceso ordinario o especial que corresponda, según la fundamentación de la pretensión, y no por el proceso de lesividad.

En definitiva, el proceso de lesividad se define como un proceso administrativo especial, promovido por una entidad pública administrativa en demanda de que sea anulado por el juez contencioso administrativo, un acto administrativo dictado por aquélla por considerarlo lesivo para ella misma o para la colectividad a quien representa⁸.

5. GONZÁLEZ PÉREZ, J., "El proceso de lesividad" en *Revista de Administración Pública* n° 25, Madrid, pp. 127-128.

6. DROMI, J. R., "Acción de Lesividad" en *Revista de Administración Pública* n° 88, Madrid 1979, p. 209.

7. RONDÓN DE SANSÓ, H., "Las vías jurisdiccionales para dirimir los conflictos entre entes y autoridades públicas", en *Peculiaridades del Contencioso Administrativo*, Funeda, Caracas 2001, pp. 29-134.

8. BRICEÑO G., "¿Es posible la inserción del recurso de lesividad en el contencioso administrativo venezolano?" en *Revista de la Facultad de Derecho* n° 43, UCAB, Caracas 1991, p. 65.

2. Naturaleza Jurídica

El recurso de lesividad se nos presenta con unas características peculiares, las cuales le dan cierta especialidad al mismo con relación a los demás recursos contencioso administrativos.

En efecto, el recurso de lesividad se caracteriza, en primer lugar, por ser un proceso contencioso administrativo, en el cual es necesaria la participación en el iter procesal de dos partes: una, la Administración como entidad administrativa propia; y la otra, el particular beneficiado y defensor del acto administrativo que fue favorecido con un derecho subjetivo. Así, ciertamente, según lo afirma González Pérez⁹, se trata de un verdadero proceso, porque en él interviene un órgano jurisdiccional como tal, ejerciendo funciones jurisdiccionales al examinar y actuar, en su caso, la pretensión deducida por un sujeto de derecho frente a otro. Es por ello, que el proceso de lesividad implica, necesariamente, una demanda, una contestación, un período de promoción y evacuación de pruebas, y por último, el pronunciamiento judicial, el cual estaría en principio delimitado a anular o no la decisión administrativa.

En cuanto al objeto del recurso, esto es, la declaración de voluntad por medio de la cual se solicita del juez un pronunciamiento sobre la nulidad o no del acto administrativo, parece idéntica al proceso contencioso administrativo de anulación, sólo que se advierte una inversión de orden procesal administrativo no común en éste. En el recurso de lesividad, la pretensión procesal es aquella que se intenta contra el titular del acto administrativo, es decir, contra el sujeto a quien el acto administrativo le concedió un derecho público subjetivo a su favor. De ahí, la clara y evidente naturaleza jurídica de orden público del proceso de lesividad.

En el citado proceso, una de las partes interesadas es la Administración Pública, actuando en función administrativa, esto es, en consideración y satisfacción de los servicios públicos a ella encomendados por el Ordenamiento Jurídico Positivo. Este proceso deberá, en todo caso, estar sometido al principio de legalidad, en el sentido de que tanto las partes (Administración-administrado), como el juez que se encuentra frente al proceso, deberán estar ordenados y encuadrados para sus actuaciones por la ley procesal administrativa.

Por otra parte, cuando el ordenamiento jurídico impide a la Administración Pública hacer uso de las prerrogativas de poder (autotutela), para revocar actos administrativos que han creado derechos en favor de los particulares, aquélla debe acudir al juez para solicitar la revocación de ese específico acto administrativo. Ello sin duda, es una muestra de evidente debilidad administrativa ordenada por el orden jurídico, por cuanto en el recurso de lesividad la Administración actúa sin prerrogativas de Poder Público. Empero, esa situación tan peculiar de la posición administrativa, no disminuye en absoluto el fin público que persigue el proceso de lesividad, principalmente porque el objeto del mismo es lograr la anulación de un acto administrativo que lesiona el interés público, más cuando lo efectúa y pretende una entidad pública administrativa.

Pues bien, frente al recurso de lesividad, el juez sufre una excepción importante en su relación con la Administración, puesto que el poder revocatorio, que normalmente lo tiene la entidad administrativa (en sede administrativa), es trasladado al juez administrativo por efecto del orden jurídico; esto es, la potestad de autotutela pasa de la Administración al juez.

9. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El proceso de...*, p. 128.

Por último, el recurso de lesividad es considerado un proceso especial, por cuanto la aparición de una entidad pública como demandante frente a uno de sus propios actos, supone derogaciones tan importantes de las normas procesales comunes, que da lugar a un proceso especial, claramente diferenciado del ordinario; y como tal proceso especial, se regirá en lo no previsto por las disposiciones específicas que lo regulan, por las del proceso ordinario. La especialidad de este proceso se debe a razones jurídico materiales, y se equilibra con la estabilidad de los actos administrativos, toda vez que la Administración no puede revocar libremente sus decisiones, cuando han producido un derecho subjetivo incorporado al patrimonio de un tercero por vía de la llamada "estabilidad del acto administrativo" y, en su caso, debe declararlas lesivas. Así, obviamente, el privilegio justificado de la acción de lesividad es más razonable, que el injustificado de la libre y arbitraria revocación de los actos declaratorios de derechos.

3. Fundamento

El proceso de lesividad constituye, por un lado, una excepción a los principios característicos del régimen administrativo, dentro del cual la Administración goza del privilegio de actuar por sí las pretensiones, y por otro, una excepción a otro principio tradicional del Derecho Administrativo, cuál es, la irrevocabilidad de los actos administrativos declaratorios de derechos. Como ejemplo de cada una de estas direcciones, pueden citarse la posición de Fernández Mourillo y la de García de Enterría.

Para Fernández Mourillo¹⁰, la consideración moderna de la Administración con un criterio igualitario y enemigo de privilegios injustificados, hace imposible que aquélla pueda volver sobre sus propios actos, porque siendo en todo caso emanación de su autoridad y debiendo acatarlos los administrados, que pueden hacer de ellos base de sus actividades, sería no solo un contrasentido, sino una injusticia que se admitiese la imposibilidad de deshacer lo hecho, quedando así en el aire la seguridad de los que al amparo de una resolución administrativa procedieren.

Desde la postura opuesta, García de Enterría censura la necesidad de que la Administración tenga que acudir a la vía procesal para lograr la anulación de sus actos declaratorios de derechos. En este sentido, estima que el proceso de lesividad sólo ha podido llegarse a establecer, por un falseamiento del proceso administrativo¹¹ y por una interpretación equivocada del principio de los actos propios¹²; porque el principio *venire contra factum proprium non valet* únicamente tiene aplicación cuando se trata de actos jurídicamente eficaces, que tienen eficacia obligatoria, y el llamado recurso de lesividad presupone actos administrativos ineficaces, por lo que la posibilidad de que su autor reaccione contra los mismos, está definida por el concepto mismo de la ineficacia. De allí se concluye, que "...el principio de los actos propios no puede ser invocado, ni como fundamento, ni siquiera como motivo lejano que justifique de alguna manera la institución del recurso de lesividad, el régimen de revocación de los actos administrativos que lleva parejo, o cualquiera de sus particularidades dogmáticas o positivas"¹³.

10. FERNÁNDEZ MOURILLO, *Lo contencioso administrativo*. Madrid 1926, p. 55. Citado por GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El proceso de...*, p. 129.

11. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La configuración del recurso de lesividad" en *Revista de Administración Pública* n° 15, pp. 109-151.

12. _____, "La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad" en *Revista de Administración Pública* n° 20, Madrid, pp. 69 y ss.

13. *Ibid.*, p. 77.

Frente a las posturas anteriores, otros autores españoles e hispanoamericanos, aducen argumentos análogos para justificar la institución de la lesividad, y en ellos, más o menos expresamente, late el principio de los actos propios. No obstante, considera González Pérez que, desde perspectivas tan distintas como las señaladas, nada tiene de extraño que se abogue por la supresión del proceso de lesividad, al estimarle carente de fundamento¹⁴.

Por último, la postura intermedia, que no está con ni en contra de la acción de lesividad, ha admitido que los actos administrativos generadores de derechos subjetivos a favor de los administrados gozan de estabilidad o inmutabilidad, característica esta, que los torna irreversibles por la propia autoridad administrativa. Si bien la Administración no puede volver *per se* contra sus propios actos, sería absurdo, sin embargo, mantener una situación ilegal o lesiva al interés público; por ello, tan pronto como la Administración descubra sus propios yerros, debe estar facultada para someter a revisión judicial aquellos actos que resulten perjudiciales a sus intereses¹⁵.

En otras palabras, para equilibrar los intereses públicos con los particulares, dado que éstos no pueden quedar siempre a merced de las variedades de la Administración -que en un momento dado, pudiera desconocer derechos reconocidos o creados con anterioridad por ella misma-, el ordenamiento jurídico ha arbitrado el mecanismo del proceso de lesividad para que, con la máxima garantía para el particular, pueda privarse de efectos a los actos administrativos que fueren lesivos al interés público e irrevocables en sede administrativa¹⁶.

III. EL PROCESO DE LESIVIDAD EN EL DERECHO COMPARADO: ESPAÑA Y ARGENTINA

1. Antecedentes legislativos

Analizando el Derecho comparado, se observa que el recurso de lesividad es regulado en forma aislada y no realmente sistemática.

En España, el origen de esta técnica se halla en el diseño establecido para el proceso contencioso-administrativo por el legislador de 1845, que al regular el modo de proceder del Consejo Real (Ley de 6 de julio y Reales Decretos de 22 de septiembre de 1845 y 30 de diciembre de 1846) y de los Consejos Provinciales (Ley de 2 de abril y Real Decreto de 1º de octubre de 1845), contemplaba la posibilidad de que el recurso se iniciara también por memoria de la Administración. La condición de accionante habría lógicamente de asumirla ésta, igual que ocurre en los procesos civiles, cuando un particular se resistiera a la ejecución de un acuerdo de la Administración que pretendiera desconocer su derecho y situación posesoria, o anular un acto declarativo de derecho, resistencia o negativa que forzaba a la Administración a accionar ante la jurisdicción administrativa.

14. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El proceso de...*, pp. 128-129.

15. ÁLVAREZ TABIO, F., *El proceso contencioso-administrativo*, La Habana 1954, pp. 52-56.

16. GUAITA, A., *El proceso administrativo de lesividad*, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1953, pp. 20-29.

Asimismo, la Administración podía, en las diversas instancias de la vía gubernativa previa a la contenciosa, recurrir sus propios actos cuando los considerara lesivos al Tesoro por un sistema de autorrecursos a cargo de los Interventores de Hacienda.

La lesividad, como remedio judicial para ir contra actos firmes del propio demandante, surge en España precisamente dentro del ramo específico de la Hacienda Pública.

Desde esta premisa, como advirtió García de Enterría¹⁷, el sistema de autoimpugnación, tanto en vía administrativa como contenciosa, aparece plenamente regulado en el Derecho español para los negocios de la Hacienda por el Real Decreto de 21 de mayo de 1853, donde se establece que causarán estado las resoluciones que adopte el Ministro de Hacienda, y sean revocables por la vía contenciosa, ya que podrán recurrir contra ellas tanto el Gobierno como los particulares, si creyesen perjudicados sus derechos.

Luego, la doctrina de este Real Decreto, formulada únicamente para la Hacienda, se generalizó a todos los Ministerios por el Real Decreto de 20 de junio de 1858, haciéndose de este modo general. Hasta las leyes de 1881 y 1888, éste es el régimen vigente en la materia.

La configuración histórica del proceso de lesividad como única vía de anulación de los actos administrativos declarativos de derechos, llega hasta la Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 26 de diciembre de 1956, y la Ley de la Regulación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998, cuando la Administración autora de un acto pretendiere demandar ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa su anulación, previa su declaración de lesividad para el interés público...” (artículo 19.2).

Así pues, la Administración no puede apartarse de sus propios actos declarativos de autotutela, del recurso de lesividad. Era, pues, necesario que la Administración acudiera como demandante ante los Tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa solicitando la retirada de sus propios actos, para lo cual se entendía necesario el llamado requisito de la doble lesión, es decir, que el acto cuya revocación se postulaba infringiera el Ordenamiento Jurídico Positivo (lesión jurídica) y, además, fuera económicamente perjudicial para el interés público (lesión económica).

El sistema del proceso de lesividad ha sido criticado porque su éxito judicial se subordinó a la doble exigencia de que el acto cuya nulidad se pretendía implicase una lesión económica y otra jurídica o infracción legal, pues, sobre la base de estas ideas, fácilmente se comprende que la Administración quedaba constreñida a soportar, en la inmensa mayoría de los casos, sus propios actos declarativos de derechos aunque incurrieran en las más graves infracciones jurídicas. En este sentido, García de Enterría y Fernández expresan que, el requisito de la doble lesión constituía de hecho, una barrera prácticamente insalvable que defendía enérgicamente los derechos adquiridos por el simple hecho de ser tales, abstracción hecha de la forma, buena o mala, en que lo hubieran sido, y dejaba inerte, en muchos casos, el interés público¹⁸.

17. GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La configuración del...*, pp. 115 y ss.

18. GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, S.A., Madrid 1992, vol. I, p. 629.

Sin embargo, Parada¹⁹ considera que, este condicionamiento no era tan desacertado porque con el requisito de la lesión económica se pretendía justificar la existencia de un interés, una legitimación en suma para el proceso, lo que era congruente, por otra parte, con sus orígenes fiscales, es decir, con la necesidad de anular liquidaciones tributarias que resultaban a la par que contrarias a la legislación de los receptivos tributos, lesivas para el Tesoro. La anulación no tenía sentido sino en función de la lesión.

Frente a la situación anterior, en la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ya no se exige el viejo requisito de la doble lesión, jurídica y económica. Basta que el acto incurra en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico para que pueda ser declarado lesivo para el interés general y eventualmente anulado por los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa a instancias de la propia Administración²⁰. Aunada a la circunstancia de que la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992, ha flexibilizado acertadamente este riguroso sistema, habilitando en sus artículos 109 y siguientes nuevas vías distintas del recurso de lesividad, para la revocación por la propia Administración de sus propios actos declarativos de derechos cuando éstos sean radicalmente nulos o cuando, aun sin tener tal carácter, infrinjan manifiestamente la Ley²¹.

El Derecho vigente en España que regula el proceso de lesividad está contenido fundamentalmente en la Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, artículos 19.2, 45.4, 46.5 y 49.6. Dicho proceso, no aparece regulado entre los procedimientos especiales en la Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sino dentro del procedimiento de primera o única instancia, con sus peculiaridades propias, lo cual más aconsejaría su tratamiento separadamente de este procedimiento ordinario contencioso administrativo.

Por otra parte, a diferencia del sistema español, en la legislación de Argentina impera, hoy día, la unidad de acciones procesales administrativas sobre la base de un trámite común -donde la llamada lesividad pasa a ser una acción procesal más- habilitadas en todos los casos para la defensa de un derecho subjetivo o interés legítimo, y basados en la pretensión procesal y la prueba sustanciada que serán los efectos y alcances de la sentencia. Es decir, se tramitan en un único proceso las distintas pretensiones que puedan ser el objeto material de la acción.

En cuanto a los antecedentes legislativos de la Argentina, en el ámbito nacional, ya contiene y reglamenta la acción de lesividad el Anteproyecto Nacional de 1965, el cual establece en su artículo 41, que: “cuando un acto administrativo sea irrevocable en sede administrativa, la Administración podrá impugnarlo por razones de ilegalidad ante el tribunal dentro de los dos años de haberlo dictado. En el trámite de este proceso se aplicarán las reglas de la acción de plena jurisdicción, excepto las que sean incompatibles con su naturaleza”.

19. Cf., PARADA, R., *Derecho Administrativo*. Parte General. 12ª ed., Marcial Pons, Madrid 2000, p. 208.

20. Cf., COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo*, 12ª ed., Editorial Civitas, S.A., Madrid 2001, pp. 467-468.

21. La nueva Ley de Procedimientos Administrativos española, reconoce a la Administración poderes de anulación directa para los casos de nulidad de pleno derecho y de infracción manifiesta de la Ley, reservando para el proceso de lesividad la anulación de los actos declarativos de derechos con infracciones de menor gravedad: “en los demás casos [dice ahora el artículo 110.1] la anulación de los actos declarativos de derechos requerirá la declaración previa de lesividad para el interés público y la ulterior impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”.

El Anteproyecto Nacional del Código Contencioso Administrativo de 974-75, (artículos 72 a 74), prevé, también, el proceso de lesividad como uno de los procesos administrativos especiales. Y la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo N° 19549 (artículo 27), en cuanto a la impugnación de actos por el Estado o sus entes autárquicos, establece que: “no habrá plazo para accionar en los casos en que el Estado o sus entes autárquicos fueren actores, sin perjuicio de lo que corresponda en materia de prescripción”.

Por otra parte, en el Derecho procesal administrativo del ámbito provincial, se encuentran:

El Código de Corrientes (Ley 2943/71) dedica tres artículos a la acción de lesividad, los cuales disponen: “artículo 59: Cuando un acto administrativo sea irrevocable en sede administrativa, la Administración podrá impugnarlo ante el superior tribunal de justicia dentro de los plazos establecidos para la prescripción de vicio”; “artículo 60: Se considerará falta grave por parte de los funcionarios la omisión de la denuncia de los hechos que hayan llegado a su conocimiento y que puedan dar lugar a la acción a que se refiere el artículo anterior ante la autoridad con competencia para plantearla”; y “artículo 123: la acción de lesividad se tramitará en la forma prevista para las demandas contencioso-administrativas de plana jurisdicción con todo lo que no sea compatible en su naturaleza”.

- El Código de Mendoza (Ley 3918/73), recepta la acción comentada en sus artículos 3º, 21 y 43, inc. “d”.

- El Código de Córdoba, por su parte, sin alterar el sistema, incorpora la acción de lesividad dentro del procedimiento administrativo (Decreto-ley 5350/72), aunque ello no afecta la cuestión desde que ambos sistemas, procedimientos y proceso administrativo se integran y armonizan.

- El Código de Formosa (Ley 584/78, artículos 1º y 17, inc. “e”), admite expresamente la acción al prever como contenido de la pretensión, lo siguiente: “el demandante podrá pretender: a) La anulación total o parcial de la disposición administrativa impugnada; b) El restablecimiento o reconocimiento del derecho vulnerado, desconocido o incumplido; c) El resarcimiento de daños y perjuicios sufridos; d) La interpretación que corresponde a la norma que se trate; e) La anulación de los actos irrevocables administrativamente, previamente declarados lesivos a los intereses públicos por razones de ilegitimidad”.

En suma, en el sistema argentino, la acción de lesividad está prevista, fundamentalmente, en la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo (artículo 27) y en diversos Códigos Procesales Provinciales (Corriente, Mendoza, Formosa, Córdoba).

2. Requisitos subjetivos

En el proceso administrativo de lesividad existen, como en todo proceso, dos partes (demandante y demandado) y un tercero imparcial (órgano jurisdiccional).

A. El Órgano Jurisdiccional

En el sistema español, se aplican las reglas generales sobre jurisdicción y competencia, entendiéndose que el proceso de lesividad el órgano jurisdiccional competente será aquel competente en lo procesal administrativo. En consecuencia, la Jurisdicción Contencioso Administrativa que es la única competente para resolver la anulación del acto declarado lesivo para el interés general, conocerá de este proceso especial.

Sin embargo, la aplicación de estas reglas generales al proceso de lesividad, requieren alguna precisión, dado que lo que hay que tener en cuenta para determinar la competencia es el acto cuya anulación se pretende, con independencia de a quien corresponde la declaración de lesividad; pues la declaración de lesividad corresponde a los órganos superiores de la jerarquía de la entidad que se trate, sin que ello suponga una modificación de las normas generales sobre competencia.

En Argentina, el órgano jurisdiccional competente será aquel a quien corresponda según las normas generales sobre jurisdicción y competencia. En efecto, en el orden nacional, los órganos judiciales competentes en lo procesal administrativo son los Juzgados Federales (artículos 116 y 117 Constitución Nacional argentina); y en el orden provincial, los Códigos locales han atribuido la materia a las Cortes Supremas o Superiores Tribunales de Provincia.

B. Legitimación activa

Tanto en el proceso de lesividad español como en el argentino, el sujeto legitimado para impugnar el acto administrativo, es decir, la parte demandante, será el ente público que lo dictó y que, en virtud de lo dispuesto en las leyes, no puede revocarlo directamente. Este tendrá legitimación para pretender la anulación del acto, o incluso, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada.

La entidad pública demandante, por tanto, según el tipo de pretensión que deduzca, deberá tener interés directo o ser titular de un derecho derivado del Ordenamiento jurídico que considere infringido por el acto que dictó.

En España, el artículo 19.2 de la Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, admite expresamente, dentro del proceso de lesividad, deducir la pretensión por quien alegue un simple interés directo, cuando se limite a demandar la anulación del acto. No obstante, la jurisprudencia basada en la normativa anterior, había exigido, además, que la demandante alegara la lesión de intereses económicos. Pero este requisito ha desaparecido en la nueva Ley, que no exige aquella doble lesión, jurídica y económica, aunque como advierte Parada²², lo normal es que concorra esa doble circunstancia y que la lesión económica sea la que más frecuentemente motive a la Administración, constituyendo su interés legítimo para intentar la anulación del acto contrario al ordenamiento jurídico.

Basta ahora, según la jurisprudencia española, con el requisito de la “lesión al interés público”, entendiéndose por tal no solamente los intereses de naturaleza económica, sino de otro carácter, como los urbanísticos o incluso los políticos (sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1978, 4 de enero de 1983 y 31 de enero de 1984).

22. PARADA, R., *ob. cit.*, p. 208.

En otras palabras, para que una entidad pública tenga legitimación en un proceso de lesividad, se requiere que el acto incurra en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico para que pueda ser declarado lesivo y, eventualmente, anulado por los Tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa, a instancia de la propia Administración. Con ello, ciertamente se está desdibujando el carácter del proceso de lesividad como proceso de anulación ante el Juez por vicios de ilegitimidad en favor de un proceso en que se actúa una acción revocatoria. Cuando así sea, por no darse vicio alguno de legalidad, deberá lógicamente condicionarse la estimación judicial de la lesividad, a la previsión de las correspondientes indemnizaciones sustitutorias de los derechos que el acto reconocía a los interesados en la forma que corresponda.

Por otra parte, la representación y defensa de la Administración General del Estado ante la jurisdicción contencioso-administrativa española, corresponderá a los Abogados del Estado, bajo la dependencia de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (artículos 24 de la Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 447 de la Ley Orgánica del Poder Judicial); y además, podrá intervenir como coadyuvante de la Administración, quien tuviere interés directo en dicha pretensión.

En el sistema argentino, los Códigos provinciales que regulan la acción de lesividad, establecen que es el fiscal el encargado de promover dicha acción para demandar la anulación judicial del acto contrario a derecho.

C. Legitimación Pasiva

En el proceso de lesividad, ¿quién está legitimado para ser demandado?: ¿la Administración?, ¿el Fiscal del Estado?, ¿la persona que dictó la resolución?, ¿un particular cualquiera?, ¿un particular concreto y determinado?

En efecto, las legislaciones analizadas que reglamentan esta acción, no han visto con la debida claridad y explicitéz la figura del demandado en el proceso de lesividad. Por ejemplo, en el Ordenamiento jurídico español, según la regla general del artículo 21 de la Ley de regulación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, serán parte demandada en el proceso de lesividad: la Administración de que proviene el acto y las personas a cuyo favor deriven derechos del propio acto. Sin embargo, esta regla no es aplicable en todas sus partes, al proceso de lesividad.

Es cierto que, en alguna ocasión, la doctrina y la jurisprudencia españolas, han admitido que en los procesos de lesividad sean parte demandada, bien la Administración autora del acto, o bien su representante legal. Pero tal posición resulta insostenible, porque si es la entidad autora del acto la que comparece ante el Tribunal como demandante, es imposible que, al mismo tiempo, actúe como demandada, oponiéndose a sus propias pretensiones. De allí que, la doctrina jurisprudencial dominante haya abandonado aquella ilógica posición y buscado otra solución al problema de la legitimación pasiva, que en algún momento, creyó encontrarla en las personas físicas titulares del órgano que adoptó el acto; pero, si no puede ser demandada la Administración de que proviene el acto, una sola posición es admisible, a tenor del artículo 21 de la Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española, esto es, que sean demandadas las personas a cuyo favor derivaren derechos del propio acto.

En Argentina, algunos Códigos provinciales nada dicen respecto del legitimado pasivo en el proceso de lesividad. No obstante, opina Dromi²³, que el demandado es siempre una persona distinta a la Administración demandante, por consiguiente, no puede ser más que un particular-administrado o un ente administrativo no demandante a los que beneficia la estabilidad e irrevocabilidad del acto administrativo en sede administrativa. Tal es el criterio seguido por el Código de Mendoza, en el artículo 43, inc. "d", al tratar del traslado de la demanda, y en el artículo 29, ap. "B", de la Ley española de lo contencioso administrativo.

De manera que, el favorecido por la resolución recurrida es el interesado en que ésta subsista y, por ende, él ha de ser la parte demandada en el proceso de lesividad. Así pues, la contienda se entabla entre la Administración que pretende que no prevalezca una resolución que estima ilegal y lesiva a sus intereses, y el derecho de aquél que obtuvo en su provecho, beneficio o favor el acto supuestamente lesivo²⁴.

El demandado en el proceso de lesividad es, en definitiva, el afectado por la resolución recurrida, y podrán actuar, también, como coadyuvantes de éste, quienes tengan interés directo en el mandamiento del acto que se impugna.

3. Requisitos Objetivos

Habitualmente se aplican al proceso de lesividad las normas generales sobre los actos susceptibles de ser objeto de una pretensión procesal administrativa. Sin embargo, existen algunas reglas especiales que es necesario señalar a continuación.

A. Estabilidad del acto

El alcance de la acción de lesividad es mucho más restringido que las otras acciones, pues, los actos impugnables en este original proceso no son los mismos que el proceso administrativo ordinario. En este último, se puede impugnar la ley, decreto, ordenanza, reglamento, resolución, acto, contrato o cualquier disposición administrativa anterior. Y en virtud de la acción de lesividad solamente se puede impugnar un acto administrativo irrevocable en sede administrativa, o sea, debe tratarse de un acto administrativo estable.

En el sistema argentino, la fórmula empleada, como se señaló, es cuando un acto administrativo es irrevocable, o sea, que debe tratarse de un acto administrativo estable (artículos 59 del Código de Corrientes, y 3° del Código de Mendoza). En consecuencia, es un presupuesto del acto administrativo estable que no haya ley que autorice a la Administración su revocación (Ley 19549, artículo 18), y debe tratarse de una ley de orden público, no de una mera reglamentación administrativa, pues de no existir tal norma, sigue imperando el principio de la estabilidad.

Igualmente, en el ordenamiento jurídico español, de conformidad con el fundamento de este proceso especial, son objeto de las pretensiones que en él se deducen los actos que, en virtud de lo dispuesto en las Leyes, no pueden ser anulados por la propia Administración. Y esta limitación de la potestad de revocación o anulación se da únicamente

23. DROMI, J. R., *ob. cit.*, p. 215.

24. *Loc. cit.*

respecto de los actos administrativos, pero no respecto de las disposiciones de carácter general que, aún emanadas de la Administración, revisten los caracteres de una Ley en sentido material.

En este sentido, González Pérez²⁵ señala, que cuando la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se refiere al objeto del recurso contencioso administrativo, a lo largo de su articulado emplea la expresión de *acto o disposición*, consecuencia de la admisión expresa de la impugnación de las disposiciones de carácter general. Sin embargo, cuando se refiere concretamente al proceso de lesividad, no habla para nada de disposiciones, sino únicamente del acto o actos, con lo que se pone de manifiesto que la Ley únicamente admite la impugnación de actos dentro del proceso de lesividad.

Por su parte, Dromi expresa que, en el Derecho argentino los códigos provinciales modernos en el sentido expuesto constituyen una avanzada legislativa, pues evitan así una eventual polémica doctrinaria y jurisprudencial respecto a la impugnabilidad por vía de lesividad de los contratos y reglamentos; y añade que, el Proyecto Nacional de 1974-75, artículo 72, admite, sin embargo, la acción de lesividad para petición de anulación, modificación o sustitución de actos administrativos individuales, contratos o reglamentos²⁶.

En definitiva, el acto impugnado en el proceso de lesividad no podrá tener carácter normativo, dado que un órgano estatal puede, en cualquier momento, a través del procedimiento correspondiente, derogar una disposición general dictada con anterioridad, siempre que respete el principio de jerarquía de las normas. De allí que carezca de sentido tener que acudir a un proceso *el de lesividad* para privar de efectos a una disposición que puede ser derogada por el mismo órgano que la dictó.

B. Que declare derechos subjetivos

El acto objeto del proceso de lesividad debe tratarse, además, de un acto administrativo que declare un derecho subjetivo, o sea, una situación jurídica particularizada, individualizada, debida con exclusividad por la Administración ante una norma que expresamente predetermina esa conducta.

En efecto, el poder autoimpugnativo de la Administración, revocando sus propias decisiones, ha sido limitado jurisprudencialmente al consagrar la estabilidad administrativa que prohíbe revocar, oficiosamente, actos administrativos regulares. Las limitaciones de la revocación provienen de ciertos principios jurídicos que tienen por finalidad proteger los derechos y situaciones jurídicas favorables del destinatario del acto administrativo. Pero no por ello la Administración queda atada a la irrevocabilidad, sino que cuando el interés público reclama una rectificación, puede acudir al órgano judicial para que anule el acto lesivo.

Por tanto, no hay estabilidad de los actos que reconocen un interés legítimo, o un simple interés, ni de los actos que crean o declaran deberes de los administrados frente a la Administración.

25. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El proceso de...*, p. 138.

26. DROMI, J. R., *ob. cit.*, p. 215.

De ello se desprende que la estabilidad funciona a favor y no en contra del administrado, pues el acto es estable y, por tanto, irrevocable en sede administrativa en la medida en que reconoce o declara derechos subjetivos a favor de los administrados, no en la medida que impone sanciones o deberes, o niega derechos tácita o expresamente. El acto debe declarar un derecho y no necesariamente reconocer un derecho preexistente.

C. Acto lesivo

Se requiere que tal acto estable cause una lesión jurídica a la Administración, causal de su invalidez y nulidad. A esta condición del acto, le son aplicables las consideraciones expuestas respecto del requisito de la lesión para la estimación del recurso de lesividad, toda vez que dicho acto deberá resultar lesivo a los intereses públicos de carácter económico o de otra naturaleza, e infringir el ordenamiento jurídico.

El concepto de lesividad administrativa está constituido por dos elementos: a) la lesión, como hecho en sí; b) la lesión, como violación jurídica; suponiendo el primero una declaración formal, objetiva y económica o de otra naturaleza, que debe hacerse por la propia Administración, y en cuanto al segundo de los requisitos, es decir, la lesión con violación jurídica, no cabe olvidar que aquel daño, aquella disminución lesiva en el patrimonio, debe ser contraria a la Ley y, por tanto, antijurídica²⁷.

Al respecto, expresa Entrena Cuesta que, algún autor ha puesto en duda la necesidad de que el acto sea ilegal; sin embargo, esta exigencia nos parece irrefutable, sobre todo, por dos razones: en primer lugar, según el artículo 31 Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española, las pretensiones a formular por el demandante son la declaración de no estar conformes a Derecho los actos que se impugnen y, en su caso, la anulación de los mismos. Por tanto, debe partirse de la inadecuación entre el acto objeto del recurso y el ordenamiento jurídico. En segundo lugar, el artículo 68 de la referida Ley es, si cabe, más contundente, al prescribir que la sentencia estimará el recurso contencioso administrativo cuando no se ajustare a Derecho el acto o la disposición a que se refiera, de donde deriva que si se impugna un acto por la Administración y éste se ajusta a la normativa vigente, aunque lesione los intereses de aquélla, el recurso está destinado al fracaso²⁸.

D. Que sea regular

En el proceso de lesividad, el acto impugnado debe reunir las condiciones esenciales de validez, pues, el procedimiento de formación del acto debe ser regular, habiendo cumplido para ello las normas del procedimiento en cuanto a forma y órgano competente.

El criterio acerca de lo que ha de entenderse por acto regular, no constituye un concepto definitivo acerca de la perfección del acto, sino un concepto meramente provisional por el que un acto administrativo, sin ser perfecto, puede ser estable e inextinguible en sede administrativa. El acto regular es conceptualmente análogo al acto aparente que tiene un cierto grado de legalidad.

27. Cf., NIETO, A., "Lesividad y Expropiación" en *Revista de Administración Pública* n° 36, Madrid 1961, pp. 131 y ss.

28. ENTRENA CUESTA, R., *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Tecnos, S.A., 11° ed., Madrid 1995, vol. I, p. 310.

E. Que haya sido notificado

En el sistema argentino, la jurisprudencia y la doctrina, y ahora la Ley 19549, artículo 18, entienden que es un requisito esencial, entre otros, que conduce a la existencia del acto administrativo estable, que éste haya sido notificado. Así pues, que el acto administrativo cause estado quiere decir que el acto se haya notificado al interesado, que haya sido completado el proceso de formación del acto en su plenitud, haciéndoselo saber al administrado; recién allí se perfecciona técnicamente el acto, antes no era tal, no era perfecto, no producía efectos jurídicos.

F. No es necesario que el acto agote la vía administrativa

En España, el requisito exigido, dentro de los supuestos generales del proceso contencioso administrativo, de que el acto no sea susceptible de ulterior recurso ordinario en vía administrativa, no se aplica al proceso de lesividad. La no exigencia de este requisito común resulta evidente que la pretensión de lesividad es admisible respecto de actos que la Administración, según las leyes, no puede anular por sí. Dichos actos pueden emanar, no sólo de órganos que por su posición jerárquica, implican la inimpugnabilidad en vía administrativa de dichos actos, sino de órganos inferiores.

Pues bien, si en estos casos los actos de los órganos inferiores declarativos de derechos no son impugnados por los interesados dentro del plazo, devienen firmes y, como tales, no susceptibles de revocación por la Administración. De allí que, cuando la jurisprudencia se refiere a los límites de la revocación de los actos administrativos, exige, no sólo que sea declaratorio de derechos, sino que los actos sean firmes²⁹, pues, en tanto no sean firmes, siempre cabrá la posibilidad de que la Administración anule aquellos actos al resolver los recursos que, contra los mismos, interpusieren los particulares en vía administrativa.

4. Requisitos de la actividad: declaración de lesividad

García-Trevijano Fos sostiene que "...la vía de lesividad supone la declaración previa, por parte de la Administración, del carácter lesivo del acto que se pretende anular, para su posterior impugnación en la vía contencioso-administrativa (...) se trata de un procedimiento en dos fases: La primera se refiere a la declaratoria de lesividad y la segunda a la intervención de la Administración, como demandante en un proceso contencioso-administrativo..."³⁰.

En efecto, en el proceso de lesividad, en lugar de la exigencia de recurso administrativo previo, se da la de declaración de lesividad, que constituye un presupuesto del proceso. Se trata de un presupuesto esencial y especialísimo que hace a la naturaleza de la institución, razón por la cual, a veces y presumiblemente, el legislador no lo incluya por redundante.

29. Cf. GONZÁLEZ PÉREZ, "La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española" en *Revista de Administración Pública* nº 1, Madrid 1950, p. 156.

30. GARCÍA-TREVIJANO, J. R., *Los Actos Administrativos*, 2ª ed., Editorial Civitas, S.A., Madrid 1986, pp. 348-349.

Así pues, la declaración de lesividad importa un acto administrativo previo mediante el cual, y con miras a un proceso judicial ulterior, la Administración declara que un acto suyo anterior es lesivo a sus intereses por ilegítimo³¹.

La Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de España, en sus artículos 19.2 y 43, exige expresamente este recaudo, al señalar que la Administración está legitimada para impugnar su propio acto "...deberá, previamente, declararlo lesivo para el interés público".

A. Concepto

La declaración de lesividad es un acto administrativo por el cual una entidad administrativa declara lesivo a los intereses públicos un acto dictado por ella. El Tribunal Supremo español lo ha calificado como acto de orden interno que no precisa la previa audiencia del interesado, pues a través del inexcusable emplazamiento procesal, éste tendrá oportunidad de defenderse de la anulación del acto ante el propio Juez del proceso (sentencias de 8 y 27 de marzo de 1978 y 16 de febrero de 1979)³².

Por su parte, tanto la doctrina como la jurisprudencia argentina, discrepan del criterio anterior y entienden que es un recaudo esencial del acto declarativo de lesividad su notificación al interesado. En este sentido, Dromi³³ expresa que el acto de declaración de lesividad "...no es, como se dice, un acto de trámite o interno; por el contrario, es un típico acto administrativo que afecta derechos subjetivos en forma cierta, directa e inminente y como tal debe notificarse en mérito a lo prescrito por la ley de procedimiento administrativo a efectos de que el administrado afectado pueda plantear los recursos consiguientes, pues la declaración de lesividad opera como un reclamo administrativo contra el administrado y en esa misma instancia u oportunidad podría el administrado declinar su situación aceptando la revocación o sustitución del acto".

B. Naturaleza jurídica

La declaración de lesividad es un acto administrativo en cuanto se refiere a un acto que emana de un órgano administrativo, en ejercicio de una función administrativa, y como tal, le son aplicables las normas generales sobre lugar, tiempo y forma de los actos, regido por las leyes de procedimiento.

Se trata de un acto administrativo de naturaleza especial, puesto que únicamente produce efectos en el ámbito procesal, de allí que no sea admisible la impugnación directa ante la jurisdicción procesal administrativa del acto administrativo de declaración de lesividad. Es decir, la declaración de lesividad es un acto judicialmente irrecurrible por el interesado, porque su finalidad es justamente la de constituir, a través de su impugnación por la Administración, el objeto mismo del proceso³⁴.

31. GONZÁLEZ PÉREZ, J., "La declaración de lesividad" en *Revista de Administración Pública* n° 2, Madrid 1950, pp. 57-59.

32. Cf., PARADA, R., *ob.cit.*, p. 208.

33. DROMI, J.R., *ob. cit.*, p. 221.

34. *Vid.* sentencias del Tribunal Supremo español de 12 de marzo de 1966 y 26 de junio de 1984. Citadas por PARADA, R., *ob.cit.*, p. 208.

Es entonces un presupuesto de la pretensión de lesividad y, como tal, es un trámite inexcusable para el ejercicio de la respectiva acción. Su finalidad es precisamente la de autorizar la admisión y trámite del correspondiente proceso. Por tanto, y en virtud de su carácter presupuestal previo, si no existiere declaración de lesividad o ésta adoleciere de algún vicio, el tribunal deberá declarar la inadmisibilidad de la acción.

Por último, la declaración de lesividad sólo procede cuando la Administración la adopta por propia iniciativa y contempla los mismos supuestos de hecho que los establecidos en anteriores decisiones, pero en modo alguno cuando su actividad se desarrolla a instancia de un administrado que invoca preceptos legales y circunstancias de hecho que anteriormente no se habían admitido o no concurrían.

C. Fundamento

La fundamentación de exigir este recaudo radica en la necesidad de que la Administración, formalmente, declare la lesión y su interés jurídico directo por perjuicios que le irroga la ilegalidad del acto en cuestión; pues, siendo el proceso de lesividad excepcional, se quiere asegurar que la Administración, antes de iniciarlo, está convencida de la lesión, obligándola a dictar de manera formal tal declaración³⁵. Debe igualmente invocar y acreditar la ilegitimidad o vicio generador de la nulidad, pues el *annus probandi* en el proceso de lesividad está a cargo de la Administración.

D. Requisitos

a) Subjetivos: Tanto en la legislación española como en la argentina, es necesario que la declaración de lesividad se haga por el órgano que tiene atribuciones para ello, esto es, el mismo órgano que dictó el acto. No puede haber avocación de un órgano superior, pero sí ratificación o confirmación del mismo a efectos de que la entidad a que corresponde el órgano y con personería procesal, promueva la acción correspondiente. Y a la inversa, un órgano inferior no puede declarar ni estimar lesivo a sus intereses un acto administrativo propio de un órgano superior, aún cuando los efectos jurídicos lesivos afecten al órgano inferior, dado que es aquél el órgano superior, el titular legal de la competencia para emitir tal declaración.

En España, si el acto emanare de la Administración del Estado, en principio, la competencia corresponde al Ministro del Departamento en que se dictó el acto lesivo. En este sentido, es importante destacar que la declaración de lesividad deberá revestir la forma de Orden Ministerial si el acto emanare de la Administración del Estado, o reunir los requisitos establecidos para la adopción de acuerdos por el órgano supremo de la Entidad, Corporación o Institución correspondiente. No obstante, es posible señalar los siguientes supuestos especiales:

- El Consejo de Ministros tiene competencia para acordar la lesividad de los actos dictados por cualquier Departamento Ministerial;
- Si el acto lesivo emana del Jefe del Estado, en virtud de elementales principios de jerarquía, será el propio Jefe del Estado el que deba declarar la lesividad;

35. GONZÁLEZ PÉREZ, J. *La declaración de...*, p. 66.

- Si el acto emana de varios Departamentos Ministeriales (Orden conjunta), la lesividad deberá acordarse por los mismos Ministros que adoptaron el acto lesivo; y

- Si el acto emanare de cualquier otra entidad, la declaración de lesividad compete al órgano supremo de la entidad de que se trate³⁶.

b) Objetivos: En cuanto al objeto, tal como se ha expresado anteriormente, no es necesario que la declaración de lesividad se refiera a los intereses económicos, tanto en la legislación española como en la argentina³⁷.

Así, con arreglo a la nueva Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española (artículo 19.2), no se exige la doble lesión, jurídica y económica, requerida por normativas anteriores. Basta ahora sólo con los intereses de naturaleza económica, sino de otro carácter, como los urbanísticos o incluso los políticos.

c) De la actividad: En Derecho español, si bien el proceso de lesividad debe iniciarse en el plazo de dos meses, como el ordinario, según el artículo 46.5 de la Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, existe un privilegio importantísimo de la Administración en el mismo, ya que dicho plazo no se cuenta desde que se dictó el acto que se impugna, sino desde el día siguiente a aquel en que la resolución impugnada se declare lesiva para el interés público, y el plazo para hacer la declaración de lesividad es de cuatro años.

Ahora bien, cuando habiéndose declarado lesivo el acto la Administración ha dejado transcurrir el plazo de dos meses para iniciar el proceso ¿puede hacer una nueva declaración de lesividad si ello está dentro del plazo de cuatro años? La jurisprudencia ha dado una respuesta negativa a tal interrogante, estableciendo que cuando la declaración de lesividad es válida no puede repetirse, aunque al formularlas distintas veces esté vigente el plazo de cuatro años marcado en la Ley, y el término para presentar la demanda arranca de la mencionada declaración, una vez adoptada en las debidas condiciones. Alguna jurisprudencia española ha entendido que ese plazo es de caducidad y si no se interpone la acción, ésta virtualmente se extingue, porque no podría reproducirse un acto consentido³⁸.

En el ordenamiento jurídico de Argentina, el plazo para el ejercicio de la acción de lesividad se computa de forma distinta a la normativa española, toda vez que, dicho plazo se cuenta desde la emisión del acto reputado lesivo, no así a partir de la declaración de lesividad. Por otra parte, tal declaración no interrumpe ni suspende el curso de la prescripción; además, tampoco es aplicable la regla del sistema español, que interpreta que hay cuatro años para la declaración de lesividad, pero dos meses para la interposición de la acción una vez formulada la declaración de lesividad. En este sistema, en tanto lo que se impugna es siempre el primer acto considerado estable y lesivo, el acto de declaración no tiene más efectos que los procesales aludidos y la acción sólo se extinguirá por prescripción, pues no hay plazos procesales de caducidad para la interposición de la acción de lesividad.

d) Efectos: Al ser la declaración de lesividad un presupuesto procesal, no tiene más valor que el de autorizar la admisión y tramitación de la acción, pero es el órgano jurisdiccional el que tendrá que declarar si efectivamente existe lesión y, en consecuencia, anular el acto objeto de la misma.

36. *Ibid.*, p. 67.

37. DROMI, J.R., *Derecho Administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina, 6º edición, Buenos Aires 1997, p. 979.

38. _____, *Acción de...*, p. 220.

Pues bien, si la declaración de lesividad padece de algún defecto, propio de los actos administrativos, en su objeto, competencia, voluntad o forma, no producirá, por tanto, sus efectos normales y, de este modo, el tribunal deberá declarar la inadmisibilidad de la acción procesal administrativa, de oficio o a instancia de la parte demandada. Tal defecto procesal hará inadmisibile el proceso.

e) Efectos jurídicos de la sentencia dictada en el proceso de lesividad. Si la sentencia es desestimatoria del recurso de lesividad, siguiendo las reglas generales, se limitará -dado su carácter declaratorio- a dar firmeza a la relación jurídica a que la misma se refiere. La confirmación del acto por el Tribunal implicará un reconocimiento de su validez y la desestimación de los supuestos vicios de anulabilidad aducidos por la Administración demandante. En cambio, si la sentencia es estimatoria del recurso de lesividad, se tratará de una sentencia constitutiva que, al anular un acto declaratorio de derechos, producirá la extinción de las relaciones jurídicas derivadas del acto.

IV. EL SISTEMA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA: ¿INEXISTENCIA DEL PROCESO DE LESIVIDAD?

El sistema jurídico venezolano admite la posibilidad de que existan conflictos entre diversas autoridades que ejerzan el poder público a nivel Nacional, Estatal o Municipal, tal como se desprende de las disposiciones normativas que prevén dicho supuesto, tanto de rango constitucional (ex artículos 266.4 y 336.9 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), como las de rango legal y preconstitucional (ex artículos 68 y 166 de la Ley Orgánica de régimen Municipal y ordinales 13° y 22° del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia). No obstante, del análisis general de la normativa que en Venezuela rige el proceso contencioso administrativo, dimana que no existe posibilidad de que la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles, pueda ejercer la posición de actora demandante de la nulidad de sus propios actos administrativos, esto es, solicitar al juez contencioso administrativo la anulación de los actos administrativos cuando considere que los mismos son lesivos para el interés general.

La jurisprudencia, si bien ha aportado poco al estudio del proceso de lesividad, sin embargo, ha dejado claro, en diversos fallos, la inexistencia de este recurso en el ordenamiento jurídico vigente. En este sentido, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia dictada el 29 de enero de 1987, para resolver un recurso interpuesto por el Rector de la Universidad Central de Venezuela, contra un acto del Consejo de Apelaciones de esa misma Universidad, sentó lo siguiente:

“En cuanto a la aplicación del recurso de lesividad incoado por la Universidad Central de Venezuela, esta Corte debe hacer algunas precisiones:

1. El recurso de lesividad está consagrado en la legislación española (artículo 56 de la Ley Regulación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) [hoy artículo de la] para el supuesto de un acto emanado de la propia administración sobre el cual no puede ejercer sus facultades de auto-tutela. Por ello, la administración adopta el papel excepcional de postulante de la tutela judicial, interponiendo al efecto ante el Tribunal Contencioso-Administrativo el llamado recurso de lesividad, recurso que no está contemplado en la legislación venezolana.

2. El recurso de lesividad parte del supuesto de que el acto administrativo recurrido causa una lesión, que debe traducirse en una lesión jurídica, es decir, que infringe el ordenamiento positivo, y es económicamente perjudicial para el interés público (lesión económica). Además, exige de la propia administración autora del acto, declararlo previamente dentro de un determinado plazo, como lesivo a los intereses públicos.

3. En el caso que pudiera adecuarse el recurso de lesividad al caso de autos, el Rector de la Universidad Central de Venezuela tendría que haber obtenido de la autoridad suprema de la Universidad, el Consejo Universitario, un acuerdo de declaración de lesividad del acto administrativo cuya nulidad se pretende por ante esta Corte.

4. Así mismo, en el supuesto que se admitiera una excepción al principio de la irrevocabilidad de los actos declaratorios de derechos, distintos a los previstos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (Revisión de Oficio), todo parece indicar que correspondería esa legitimación al Fiscal General de la República, por cuanto la Constitución en el artículo 218 le atribuye al Ministerio Público el velar por la exacta observancia de la Constitución y las leyes, y ello guarda relación con el artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia cuando consagra: "...El Fiscal General de la República y demás funcionarios a quienes la Ley atribuye tal facultad, podrán también solicitar la nulidad del acto, cuando éste afecte un interés general".

(omissis)

En consecuencia, esta Corte considera que el Rector de la Universidad Central de Venezuela no tiene la legitimación activa para actuar, aun cuando sea su representante legal, por cuanto adolece de la cualidad o interés para solicitar la nulidad de un acto administrativo emanado del Consejo de Apelaciones de la Universidad Central de Venezuela que en el caso de autos, crea derechos a la Profesora Ochoa Serrano (...).

(omissis)

Si bien es cierto que la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no establece una prohibición para interponer un recurso por el mismo organismo administrativo que dicta un acto administrativo de efectos particulares, y ante la ausencia de la Ley Orgánica que organice y regule la jurisdicción Contencioso-administrativa de acuerdo al artículo 181 ejusdem, no es menos cierto que tampoco existe una norma expresa que regule el recurso de lesividad invocado por el recurrente".

Por su parte, la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno, al pronunciarse con respecto a la nulidad incoada por el Procurador General de la República, contra el Acuerdo del Congreso de la República que autorizó un Crédito Adicional al Presupuesto de Gastos reconducido de 1996, estableció:

"...lo que debe resolver la Corte en esta parte del fallo se resume a las siguientes interrogantes: ¿Los actos cuya inconstitucionalidad se alega, encuadran dentro de esa definición atributiva de competencias por la cual la Ley confiere a la Procuraduría General de la República, la representación y defensa de los "intereses patrimoniales de la República"? De otro lado ¿cabe en nuestro Derecho la posibilidad de que ese órgano impugne actos de las ramas ejecutiva o legislativa del Poder Público Nacional?

(omissis)

En efecto, la presente acción está dirigida a obtener la declaratoria de nulidad del Acuerdo de la Comisión Delegada del Congreso por el cual se autorizó una solicitud de Crédito Adicional y, asimismo, el acto emanado de la Presidencia de la República que decreta un Crédito Adicional al Presupuesto Nacional, en los términos fijados por la Comisión Delegada. Como puede apreciarse, ambas actuaciones son contentivas de estimaciones de gastos relacionados con programas y proyectos, por lo que si bien no debe confundirse el rasgo económico que envuelven con "los intereses patrimoniales de la República" a que alude la Sección Primera del Capítulo I, Título I, de la

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, cuyo tenor está netamente referido a “*bienes y derechos nacionales*”, no ocurre lo mismo, en cambio, en lo que atañe a “los ingresos públicos estatales” (Sección Segunda), materia ésta que sí guarda una relación directa con la actividad de estimación presupuestaria, en tanto implica operaciones que inciden en las rentas y deudas de la Hacienda Pública.

Ahora bien, debe precisarse, que dicha “representación y defensa” implica un elemento subjetivo atinente a la legitimidad procesal, lo que conduce a dar respuesta a la segunda interrogante planteada: la Procuraduría General representa y defiende intereses patrimoniales *de la República*, por tanto, de ésta frente a terceros, no respecto a órganos representativos de otras ramas del Poder Público Nacional, pues éstos en definitiva, no constituyen una personificación distinta de ella, sino que comparten derechos, obligaciones y, por supuesto, aquellos bienes y rentas, así como pasos, cuya administración, de conformidad a la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, corresponde al Poder Nacional.

En efecto, de la enumeración de funciones antes realizada puede deducirse que en nuestro país, la Procuraduría General (y evidentemente, su titular) aparte de constituir un órgano consultivo del Ejecutivo, ostenta un doble carácter, por una parte, representa judicialmente los intereses patrimoniales de la República; y por otra, ejerce la defensa de los actos de la Administración Pública Nacional.

Bajo esa óptica, la acción incoada por el Procurador General de la República, al pretender atacar de nulidad de actos emanados de órganos pertenecientes a la Administración Pública Nacional y a la rama legislativa del Poder Nacional, configuraría un supuesto de recurso contencioso-administrativo no previsto en nuestro ordenamiento jurídico, con lo cual se estaría ejerciendo una modalidad judicial que escapa a las previsiones legales existentes en Venezuela.

Efectivamente, el diseño de nuestro sistema contencioso administrativo, no prevé la figura conocida en otros ordenamientos, como el español, bajo el nombre de “recurso de lesividad”, entendido como aquel que ejerce la Administración con la finalidad de solicitar la nulidad del acto administrativo por ella misma previamente emitido, por considerarlo contrario o lesivo al interés público. En este mismo sentido, de rechazar la acción de lesividad por ausencia de previsión legal en nuestro derecho positivo, se han pronunciado con anterioridad órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, criterio que comparte y reitera este Supremo Tribunal (Vid. sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, caso Emilia Ochoa Serrano, de fecha 29 de enero de 1987).

Por lo demás, observa la Corte que en nuestro medio existen otras acciones aptas para la solución de posibles conflictos que surjan entre los poderes públicos, situación que se contempla en el ordinal 8º del artículo 215 de la Constitución, y es desarrollada en los numerales 14 y 22 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, las citadas normas atribuyen competencia a la Corte Suprema de Justicia para dirimir controversias intergubernamentales, conflictos de cualquier naturaleza que se susciten entre la República y algún Estado o Municipio, o entre esos entes descentralizados político-territorialmente: Estados o Municipios entre sí; o, por último, las controversias que se susciten entre los funcionarios del orden político o administrativo de la Nación, con motivo del ejercicio de sus funciones.

Así, es evidente que al versar la presente causa iniciada por el Procurador General de la República sobre una controversia suscitada entre el Ejecutivo Nacional y la Comisión Delegada del Congreso, en relación con la competencia y atribuciones que a cada uno de estos órganos incumbe en materia presupuestaria, podría haberse utilizado alguno de esos mecanismos judiciales que resulte idóneo para resolverlo.

De otra parte, se observa que la separación de funciones entre la Procuraduría General de la República y el Ministerio Público, asomada inicialmente con brevísima vigencia en la Constitución de 1947 y definitivamente consagrada en el Texto Fundamental de 1961, obedeció precisamente a la inconveniencia de reunir en un sólo funcionario la representación de los intereses patrimoniales de la República y de asesor del Ejecutivo Nacional con la de vigilante de la constitucionalidad y legalidad de los actos del Poder Público.

Separada hoy esa dualidad de funciones en capítulos especiales de la Carta de 1961 (“De la Procuraduría General de la República Título VI Capítulo IV”; “Del Ministerio Público Título VII Capítulo IV”), resulta incontestable que es al Ministerio Público, órgano constitucionalmente señalado para velar por la exacta observancia de ese Texto y las Leyes, al que corresponde, actuando bajo la dirección del Fiscal General de la República, ejercer las acciones necesarias tendientes al restablecimiento de la legalidad vulnerada por el ejercicio del Poder Público, en cualesquiera de sus ramas.

De ahí que, en lo que atañe a la rama administrativa, concluye esta Corte que en nuestro derecho positivo, es al Ministerio Público al que compete velar por el sometimiento de las actuaciones administrativas al ordenamiento jurídico, no estando permitido, en cambio, a un ente integrante del complejo orgánico de la Administración Pública el ejercicio de vías judiciales dirigidas a la revisión o anulación de actos emanados, sea del propio autor del acto cuya revocatoria se pretende, sea de otro organismo de la Administración. En tal virtud, carece efectivamente el Procurador General de la República -como sostienen los representantes del Parlamento- de cualidad procesal para impugnar judicialmente un acto dictado por el mismo órgano que él representa.”

Del análisis de las sentencias anteriores se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- Que si bien la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no establece prohibición para la interposición de un recurso por el mismo organismo que dicta un acto administrativo de efectos particulares, ante la ausencia de la Ley que organice y regule la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Venezuela, no es menos cierto que tampoco existe una norma expresa que regule el recurso de lesividad.

- Que por no estar contemplado en el ordenamiento positivo vigente el recurso de lesividad, y por aplicación del artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia que exige el interés personal, legítimo y directo para impugnar el acto de que se trate, sólo el recurrente que reúne esos requisitos podrá intentar la nulidad de los actos administrativos de carácter particular.

- Que las excepciones al principio del interés personal, las establece el mencionado artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, a saber: el Fiscal General de la República, quien puede ser legitimado activo cuando se trate de actos de efectos particulares que afecten un interés general; ello es así, porque el Ministerio Público por su naturaleza misma está llamado a velar por la legalidad, y todo acto que la menoscabe le atañe directamente en cuanto debe solicitar el restablecimiento del derecho violado por un acto que perturba el interés general. Otra excepción son los funcionarios a quienes la Ley atribuya esta facultad. En ninguno de estos dos casos se puede, sin embargo, sublimarla condición de actor de un órgano de la Administración Pública en el proceso contencioso administrativo de anulación.

Considerando que efectivamente en el ordenamiento jurídico vigente no está previsto un recurso especial de lesividad, como bien se asienta en la doctrina jurisprudencial mencionada, y que dicho recurso en países como España tiene una regulación especial en la Ley de Regulación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cabe determinar hasta qué punto las previsiones normativas que legitiman a ciertos órganos estatales a iniciar el proceso contencioso administrativo ante los tribunales competentes, para obtener un pronunciamiento sobre la nulidad de un acto administrativo, puede inducir a

pensar que en el sistema contencioso administrativo venezolano, un órgano del Poder Público (y no siempre los administrados) puede aparecer en el proceso como actor - aunque no se trate del verdadero proceso de lesividad del modelo español, adoptado también en otros países hispanoamericanos-, que demanda la nulidad de un acto administrativo proveniente del propio Estado que afecte al interés general.

En este sentido, resulta interesante destacar que el artículo 121 Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, legitima a la Fiscalía General de la República, a través de sus representantes o cualquiera de sus delegados, para "...solicitar la nulidad del acto cuando éste afecte un interés general...". Por su parte, el artículo 55.8 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política legitima al Consejo Nacional Electoral para solicitar la nulidad de cualquier elección, cuando encuentre causa suficiente, de acuerdo con lo establecido en referida Ley; en otras palabras, dicha norma jurídica permite al ente rector del Poder Electoral interponer el llamado recurso contencioso electoral.

A partir de tales ejemplos, cabría entonces preguntarse ¿existe en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política una auténtica acción de lesividad?, esto es, ¿puede la propia Administración iniciar el proceso contencioso administrativo para obtener un pronunciamiento judicial sobre la nulidad de un acto que, a pesar de lesionar al interés general, no puede ser revocado por ella?

Para dar respuesta a estas interrogantes, debemos estudiar por separado cada supuesto.

1. El Ministerio Público como legitimado activo en el Contencioso-Administrativo general

La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en su artículo 121, prevé la intervención del Ministerio Público como sujeto del proceso contencioso-administrativo bajo distintas modalidades. Especialmente, se reconoce la indiscutible legitimación del Fiscal General de la República para intentar acciones y recursos contencioso administrativos, pues precisas normas legales, en desarrollo de las normas constitucionales que se relacionan con el Ministerio Público³⁹, no sólo reconocen esa legitimación, sino que le imponen como un deber iniciar todas las acciones de nulidad que, en su criterio, sean procedentes⁴⁰.

Determinado el carácter de actor-demandante del Fiscal General de la República, como órgano público legitimado para actuar en el contencioso administrativo de anulación y para lo cual bastaría alegar que el acto administrativo impugnado "afecta el interés general", se advierte no obstante que la atribución que le confiere el artículo 121 de la citada Ley Orgánica, no podría asimilarse al recurso de lesividad.

Como bien se ha venido expresando, la acción de lesividad no puede ser intentada respecto a todos los actos administrativos, sino que esta vía está limitada a los actos dictados por la propia Administración que solicita su nulidad y que no pueden ser revisados oficiosamente por ella. Siendo ello así, el carácter de ente emisor del acto objeto del proceso de lesividad que debe poseer el sujeto activo de la referida acción, es sin

39. *Vid.* Artículos 266.5 y 335.1, .2, .3 y .4 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

40. *Vid.* Artículos 11.8 y 21.7 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, publicada en la *G.O.* de la República de Venezuela n° 5.262 Extraordinario de 11 de septiembre de 1998.

duda una condición esencial para la conformación de la misma, condición esta que, en principio, no reúne la Fiscalía General de la República de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 121 *eiusdem*, salvo que el acto del Ministerio Público llegare a afectar un interés general.

2. El Consejo Nacional Electoral como legitimado activo en el Contencioso Administrativo Electoral

De acuerdo con el supuesto previsto en el artículo 55, numeral 8°, de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, el Consejo Nacional Electoral tiene legitimación activa en el recurso contencioso electoral, cuando establece que a dicho ente comicial corresponde, entre otras atribuciones, promover la nulidad de cualquier elección o votación cuando encuentre causa suficiente, de acuerdo con la Ley.

Lo anterior ha permitido que autores, como Badell Madrid⁴¹, sostengan, por una parte, que la legitimación que se atribuye al Consejo Nacional Electoral constituye una verdadera acción de lesividad y, por la otra, que otros, como Urosa Maggi y Hernández G., la asimilen a ella. Estos últimos expresan al respecto, que la vía de lesividad a que alude el artículo 55.8 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, puede catalogarse como una legitimación especial, de origen legal, que faculta al Consejo Nacional Electoral para promover la nulidad de cualquier proceso electoral, y que se asimila a la acción de lesividad estudiada por la doctrina española “sólo en su sentido subjetivo, esto es, en cuanto constituye una acción contencioso-administrativa interpuesta por la Administración Electoral, respecto sus propios actos”⁴²; no obstante, llegan a considerar que, esta vía -que denominan de lesividad impropia- podría presentar la particularidad de ser procedente, incluso, frente a los actos dictados por los órganos electorales subalternos⁴³.

Asimismo, dichos autores afirman que la lesión al interés general que ocasione el acto que se pretende recurrir, por tratarse de la nulidad de cualquier elección o votación, no constituye “...una lesión a algún derecho o interés personal del Consejo Nacional Electoral, sino de una lesión al interés público específico presente en todo proceso comicial”⁴⁴, por lo que el referido ente comicial “deberá aprobar, mediante acto interno motivado, la decisión de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa”, lo cual constituye, a su juicio, la denominada declaración de lesividad que determina la necesidad y conveniencia de promover la nulidad de la elección o votación respectiva.

En una posición contraria, Peña Solís cuando se refiere al artículo 43.27 de la Ley Orgánica del Sufragio de 1995 -disposición repetida en el artículo 55.8 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política de 1998-, plantea con acierto que, si el Consejo Nacional Electoral asume, en última instancia administrativa, la competencia en materia de nulidad de elecciones, qué sentido tiene otorgarle la legitimación activa en los recursos contencioso administrativos electorales; y si efectivamente no se encuentra previsto en el ordenamiento venezolano un recurso especial de lesividad, “hasta qué

41. Cf., BADELL MADRID, R., “La Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política”. Publicado en la página web: www.badellgrau.com.

42. UROSA MAGGI, D. y HERNÁNDEZ G, J.I., *Estudio analítico de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, Régimen jurídico de la actividad administrativa electoral*, Funeda, Caracas 1998, p. 234.

43. *Loc. cit.*

44. *Ibid.*, p. 232.

punto la legitimación del Consejo Nacional Electoral para interponer recursos contencioso electorales, podría inscribirse dentro del marco conceptual del recurso de lesividad existente en España...⁴⁵. Dicho autor, estima, entonces, que el Consejo Nacional Electoral carece de la legitimación exigida en España a las Administraciones Públicas para interponer el recurso de lesividad, cuyos requisitos de procedencia resume en los siguientes términos:

“...a) Debe tratarse de un acto que no sea susceptible de revisión por parte de la Administración, o dicho en término del artículo 28.3 de esa misma Ley [de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de 19....] “...un acto que en virtud de lo previsto en las leyes, no pudiera ser anulado o revocado por la Administración de la cual emanó; b) El ente público impugnante debe tener interés directo o ser titular de un derecho derivado del Ordenamiento que considere infringido por el acto (art. 28.1), actualmente la jurisprudencia ha superado la tesis que postulaba que el interés afectado debía ser de carácter económico; c) El acto debe agotar la vía administrativa por emanar del máximo jerarca o porque si bien es dictado por una autoridad inferior, la Ley expresamente le da esa connotación; d) Debe producirse un acto declarativo de *lesividad* por parte de la máxima autoridad de la Administración que pretende ejercer el recurso en el plazo de cuatro años, contando desde la fecha en que se hubiere dictado el acto que se pretende impugnar”⁴⁶.

En tal sentido, la asignación de la competencia descrita al Consejo Nacional Electoral rompe, sostiene Peña Solis, con el principio que postula que la Administración no puede impugnar sus propios actos, toda vez que la potestad de autotutela, inherente a toda Administración, le permite su revisión, de oficio o a solicitud de los interesados, lo cual da lugar a la nulidad absoluta, la revocación, la convalidación, la corrección de errores materiales y a los llamados recursos administrativos. Advierte el mismo autor, sin embargo, que aunque se ha sostenido que ese quebrantamiento no significa un atentado insalvable contra el Derecho, pues, “...el Derecho Positivo de un país puede llegar a contener disposiciones que en el marco teórico de una disciplina, contradigan principios doctrinarios de esa disciplina, si así lo aconseja la situación que se pretende regular, en virtud de que ese Derecho tiene como finalidad reflejar en sus regulaciones los hechos que se suceden en un determinado ámbito espacial y temporal...”⁴⁷, con todo se desprende del Derecho comparado, que el recurso de lesividad legitima a la Administración Pública para impugnar sus propios actos, debiendo demostrar, en consecuencia, ante el órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que carece de potestad para revisar los actos impugnados. Así pues, la vía de lesividad sólo procedería respecto a los actos electorales que no pueden ser revisados oficiosamente por dicho ente comicial.

Continúa expresando Peña Solis que, el recurso de lesividad no podría llegar a configurarse en ningún caso, “porque (...), con la proclamación de un candidato no se lesiona un derecho subjetivo, ni un interés personal legítimo y directo del Consejo Nacional Electoral”, a lo que añade de forma irrestricta, que el acto conclusivo en el procedimiento electoral es la proclamación, el cual es declarativo y no constitutivo de derechos a favor de los candidatos electos, derivados de la voluntad expresada en las urnas por el electorado o cuerpo electoral, y que, además, el Consejo Nacional Electoral aparece facultado para conocer del recurso jerárquico que se interponga contra dicho acto.

45. PEÑA SOLIS, J., “Los recursos contencioso electorales en Venezuela”, *Serie Estudios de Derecho Administrativo* n° 1, Funeda, Caracas 1994, p. 117.

46. *Ibid.*, p. 118.

47. *Ibid.*, p. 117.

En definitiva, pese a la posición de quienes consideran que la competencia del Consejo Nacional Electoral, prevista en el artículo 55.8 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política constituye una particular acción de lesividad, los aspectos hasta ahora destacados evidencian que la misma carece de las notas que identifican al recurso de lesividad español, no obstante que parte del mismo principio que caracteriza a éste, o sea, la impugnación por la Administración de sus propios actos.

Ahora bien, la falta de sintonía de una institución jurídica nacional, con los fundamentos conceptuales que ella presenta en otros Ordenamientos jurídicos, por muy desarrollados que éstos sean, no conduce necesariamente a que se pueda predicar a priori su supresión. Sin embargo, resultaría poco práctico considerar que, en una reforma de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, se estudie la posibilidad de eliminar de su texto la disposición que confiere al máximo órgano electoral, la legitimación activa para interponer el recurso contencioso electoral, dado que ciertos hechos recientes de la historia electoral venezolana, revelan que esta competencia que confiere la Ley al Consejo Nacional Electoral puede llegar a desnaturalizarse, y hasta convertirse en un factor de manipulación del proceso electoral, lo cual conspira contra la confianza y credibilidad que debe inspirar el órgano rector de las elecciones en el país; toda vez que, cuando el artículo 55.8 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, dispone que compete al Consejo Nacional Electoral *promover la nulidad de cualquier elección o votación cuando encuentre causa suficiente*, tal previsión resulta incompatible con la Constitución de 1999, pues, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 293.4, corresponde a este ente comicial, ya no intentar la nulidad de la elección o votación, sino *declararla*.

Así pues, dado el carácter constitucional del artículo 293.4, puede considerarse que las disposiciones preconstitucionales contenidas en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política se hacen inaplicables al contradecir normas de naturaleza constitucional, de tal forma, que el artículo 55.8 de la referida Ley Orgánica, promulgada bajo la vigencia de la Constitución de 1961, no se corresponde con la previsión establecida en la Disposición Derogatoria Única de la Constitución de 1999, en cuanto y en tanto, el ordenamiento jurídico mantendrá su vigencia, en todo lo que no contradiga a la mencionada Constitución.

En atención a lo señalado y sin pretender que en el presente trabajo se profundice en el tema de las atribuciones del Consejo Nacional Electoral, el cual naturalmente podría ser objeto de un eventual estudio, resulta interesante destacar que, de acuerdo a lo que sostiene Rondón de Sansó, el artículo 293.4 de la Constitución de 1999 podría parecer ambiguo, cuando plantea la siguiente interrogante: “¿quién puede declarar la nulidad total o parcial de las elecciones, el Consejo Nacional Electoral o bien la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia o los demás tribunales contencioso electorales?”⁴⁸. En este sentido, expresa la autora que si corresponde dicha facultad al Consejo Nacional Electoral, al declarar la nulidad de una elección, “...el mismo estaría actuando siendo como lo es el administrador del proceso electoral, como juez y parte...”⁴⁹⁵⁰; en cambio,

48. RONDÓN DE SANSÓ, H., “Ad imis fundamentis”, *Análisis de la Constitución venezolana de 1999. Parte orgánica y sistemas*, Editorial Exlibris, Caracas 2000, p. 226.

49. *Ibid.*, p. 227.

50. Incluso, bajo la vigencia de la Constitución de 1961, se llegó a anular el acto administrativo impugnado por considerar que el Consejo Nacional Electoral, al declarar la nulidad de una elección, había usurpado las facultadas de la entonces Corte Suprema de Justicia. En este sentido, V., sentencias de la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia de 30 de marzo de 1993, y de la Corte Primera de lo Contencioso de 13 de marzo de 1995 y 21 de junio de 1995.

si se asevera que la norma constitucional al disponer tal facultad, se está refiriendo a la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, estaría incurriendo entonces en “un grave error conceptual, por cuanto tal organismo no forma parte del Poder Electoral”⁵¹.

No obstante la aludida oscuridad del artículo 293.4 de la Constitución de 1999, se observa que la misma, por el contrario, confiere, en forma expresa e inequívoca, al Consejo Nacional Electoral la facultad de “declarar la nulidad total o parcial de las elecciones”, cuyo ejercicio constituye una clara manifestación de la potestad revocatoria que habilita a la Administración para desaparecer del mundo jurídico sus actos -en este caso de naturaleza electoral- que se encuentran viciados de ilegalidad o que son contrarios al interés público, potestad esta que ha sido reconocida, por la doctrina y por la jurisprudencia, como un atributo inherente a la Administración y no como un sucedáneo de la potestad jurisdiccional⁵².

De modo que, no podría sostenerse que, el Consejo Nacional Electoral, al declarar la nulidad de unas elecciones, está usurpando funciones de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, toda vez que, para que la usurpación de autoridad se produzca, es necesario que la actuación sea ajena a la propia esfera del usurpador y que la misma corresponda a la expresamente asignada a otro órgano.

Evidentemente, en el caso que se analiza, la facultad de declarar la nulidad total o parcial de las elecciones ha sido expresamente atribuida al máximo ente comicial, por lo que no podría afirmarse que el Consejo Nacional Electoral penetra, con tal declaratoria, una esfera de competencias no definidas ni acordadas a ningún órgano expreso; se trata sí, por el contrario, del ejercicio de una atribución que le ha conferida directa por la Constitución, y que si bien, dado el sistema más flexible de separación orgánica de poderes que el nuevo Texto fundamental establece en su artículo 136, conforme al cual todos los órganos del Poder Público colaboran entre sí en la realización de los fines del Estado, hay sin embargo funciones que se ejercen por cada rama en forma privativa, y en estas no puede haber interferencia, ya que habría entonces usurpación.

En el caso de la declaratoria de nulidad de las elecciones por el Consejo Nacional Electoral, a partir de lo que ha venido destacando Brewer-Carías, en el sentido de que “...el ejercicio de las funciones propias de los órganos de cada una [de las cinco ramas del Poder Público: Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral], no es exclusivo ni excluyente, pudiendo, en dicho ejercicio, haber interferencia por parte de los órganos de los otros poderes”⁵³, se estaría ante una evidente interferencia prevista en la Constitución y, por ende, permitida.

Aclarado el punto anterior, se advierte que, frente a la realidad descrita, existen todavía dudas respecto a la posible inclusión del recurso de lesividad en el Derecho positivo venezolano. En este sentido, expresa Briceño⁵⁴, que “la respuesta [a tal incertidumbre] depende en primer lugar de, si el Ordenamiento Jurídico regulador estaría adaptado a una nueva modalidad de actuar por parte de los órganos administrativos.

51. RONDÓN DE SANSÓ, H., *ob.cit.*, p. 227.

52. Al respecto, V., sentencia de la Sala Política Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de 26 de julio de 1984, Caso *Despacho Los Teques*.

53. Cf. BREWER-CARIÁS, Allan R., “Algunos aspectos del proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo en la Constitución de 1999”, en *V Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, Funeda, Caracas 2000, p. 27.

54. BRICEÑO, G., *ob. cit.*, pp. 63-64.

En segundo lugar, si es posible imaginarse una Administración Pública haciendo uso de mecanismos o medios procesales, a los fines de solicitar la nulidad de sus propios actos administrativos creadores de derechos, cuando en Venezuela tanto la doctrina como la jurisprudencia están contestes en afirmar la absoluta imposibilidad de revocar actos administrativos creadores de derechos a los particulares⁵⁵.

En efecto, no existe en la actualidad en el sistema contencioso administrativo venezolano, norma jurídica alguna que autorice a los órganos administrativos a actuar de la manera que caracteriza a un proceso de lesividad, y por parte de nuestra jurisprudencia, no ha sido posible admitir esta original acción, quizás porque la Administración Pública en Venezuela puede revocar sus actos administrativos viciados de nulidad absoluta (artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), y por tal circunstancia, no ha habido interés en desarrollar esta forma de acción posible en el Derecho Administrativo venezolano.

Sin embargo, en el último proyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa redactado por una comisión designada al efecto en el año 2000, por el Tribunal Supremo de Justicia, cuya dirección estuvo a cargo del profesor Freddy J. Orlando S., donde fue aprovechada parte importante de los diversos proyectos preparados con anterioridad, entre los cuales destaca el que produjo la Comisión de Administración Pública de 1971, bajo la coordinación del Dr. Allan R. Brewer-Carías, y el de la comisión designada en 1997, por la extinta Corte Suprema de Justicia, bajo la dirección de la ex Magistrada H. Rondón de Sansó, se incluye la consagración del recurso de lesividad, conforme al cual la Administración podrá impugnar sus propios actos, en las condiciones establecidas en la Ley. En este sentido, el referido proyecto establece en sus artículos 28 y 29, lo siguiente:

Artículo 28. La máxima autoridad jerárquica de la Administración autora de algún acto firme, que en virtud de lo previsto en las leyes no pudiere revocarlo o modificarlo por sí misma, está facultada para solicitar su nulidad ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Artículo 29. A los fines del ejercicio del recurso previsto en el artículo anterior, la Administración deberá declarar previamente que el acto es lesivo para los intereses públicos que tutela. La anterior declaración deberá efectuarse dentro de los cuatro (4) años siguientes a la fecha en que el acto quedó firme en sede administrativa y no será objeto de impugnación. Quienes puedan sentirse lesionados en sus derechos o intereses legítimos, podrán actuar como partes en el proceso que al efecto se inicie.

La previsión del recurso de lesividad, en los términos antes señalados, constituiría sin duda una institución novedosa en el sistema administrativa venezolano. El hecho que exista efectivamente en dicho proceso un descenso en *status* de la Administración, pese a sus privilegios y prerrogativas procesales, garantizaría el derecho correlativo de los particulares a defenderse en sede jurisdiccional, frente a la pretensión de la Administración contra un acto que creó un derecho subjetivo, lo cual estimula necesariamente el análisis de dicha propuesta, en contribución a la investigación o estudio de este original y específico recurso de lesividad.

55. Entre otros, Cf., BREWER-CARÍAS, Allan R., *El Derecho Administrativo...*, pp. 67-69, ARAUJO JUÁREZ, J., *Principios Generales del Derecho Administrativo Formal*, 2ª ed., Vadell Hermanos Editores, Caracas 1993, pp. 264-270, BALZÁN J. C., *La potestad revocatoria de la Administración*, Editorial Sherwood, Caracas 1998, pp. 53 y ss, BALASSO TEJERA, C., *Jurisprudencia sobre los actos administrativos* (1980-1993), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1998, pp. 811-836.

V. REFLEXIONES FINALES

Tal como se planteó en la introducción, la finalidad de este trabajo ha sido examinar los aspectos generales del proceso de lesividad, a través de un estudio comparativo de los Ordenamientos Jurídicos de España y Argentina; además, de analizar el sistema contencioso administrativo venezolano, con fin de determinar la posibilidad de incorporar este especial recurso de lesividad en una eventual reforma legislativa del mismo, a través de la promulgación de una Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Retomando las ideas principales expuestas en el presente estudio, para concluir es menester hacer algunas consideraciones finales:

El recurso de lesividad, considerado como un orgullo patriótico del sistema contencioso administrativo español y que, por influencia de éste, ha sido previsto en otros sistemas hispanoamericanos, no se encuentra regulado en ningún texto jurídico venezolano. Sin una reforma jurídica, sería imposible su inserción en nuestro sistema contencioso administrativo.

En efecto, el recurso de lesividad supone necesariamente *ab initio* su adaptación al sistema contencioso administrativo venezolano. En este sentido, como posibles requisitos para el ejercicio de este especial recurso en el ordenamiento jurídico venezolano, podemos presentar las siguientes ideas:

1.- En cuanto al juez que conoce del recurso, lo aceptable en el sistema contencioso administrativo venezolano, sería que el recurso de lesividad sea conocido por el juez contencioso administrativo principalmente, porque a pesar de que la Administración asume la posición de parte actora-demandante en el proceso, esta sola circunstancia no disminuye la cualidad de prestadora de servicio público del cual emana la esencia del actuar administrativo. El juez competente es el juez contencioso administrativo, pues está claro que la actuación utilizada por la Administración en su intento de hacer desaparecer los efectos de un acto administrativo, lo realiza estimulada porque dicho acto lesiona el interés público y perjudica la realización de un servicio público, sumadas estas circunstancias a la de que el órgano que emite y pretende a su vez la nulidad de un acto administrativo que favorece a un particular, se erige en base y criterio del recurso de lesividad y, por ende, del Derecho Administrativo.

2.- En cuanto a las partes en el proceso, se tiene que en el proceso contencioso administrativo de anulación, el legitimado activo es el sujeto al cual la Administración, a través de un acto administrativo le lesionó un derecho, y legitimado pasivo es la propia entidad administrativa a la cual se le induce la pretensión; toda vez que, la legislación exige en el recurso de nulidad contra actos de efectos particulares, un interés calificado, esto es, personal, legítimo y directo (artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia).

Ahora bien, como existe una inversión de partes en el proceso de lesividad, el legitimado pasivo va a ser la persona titular que ostenta el derecho concedido y reclamado por la Administración ante el juez. Empero, ¿la Administración autora y demandante de la nulidad del acto administrativo debe cumplir con los requisitos exigidos en el artículo 121 de la citada Ley? Sí, debe cumplir con los requisitos de ostentar un interés personal, legítimo y directo en la anulación del acto, porque lo que se pretende es la nulidad de una resolución que ha creado derechos particulares, lo cual implica un gravamen en contra del titular del derecho y, en consecuencia, la Administración debe demostrar al

juez *ab-initio* un interés plenamente invocado y justificar las razones de derecho y de hecho que la conlleven a solicitar la nulidad del acto. Asimismo, la Administración en el recurso de lesividad pierde, en todo caso, sus privilegios de imperio, al no poder revocar sus actos administrativos creadores de derechos a favor de los administrados; y además, que la situación jurídica de actora-demandante en juicio, la iguala al particular recurrente por ostentar un interés calificado y no simple.

De otra parte, pueden ser legitimados activos, además de la Administración, todos aquellos que se encuentran afectados por el derecho otorgado a un administrado. Así serían, de acuerdo al ordenamiento jurídico, simples coadyuvantes que pretendieren la anulación del acto.

3.- En cuanto al acto objeto de impugnación, por vía del recurso de lesividad ¿sería impugnabile un acto administrativo de efectos generales o simplemente actos de efectos particulares?

No parece lógico señalar que los reglamentos emanados del Ejecutivo Nacional, pudieran ser susceptibles de recurso de lesividad. La razón es simple: el Ordenamiento jurídico permite la derogación de los reglamentos independientemente de que los mismos hayan o no creado derechos, lo cual significa que la Administración está facultada para hacerlos desaparecer cuando así lo dispongan sus propios intereses. Al contrario de lo que acontece en el acto administrativo de carácter particular, la Administración está limitada para revocar sus efectos, mas aun cuando ha creado derechos. Por ello, la Ley en general impone limitaciones al órgano administrativo para revocar en atención al principio del respeto a las garantías de los derechos, y el reglamento supone una regulación genérica e indeterminada que, por ende, tiene sus propios medios autónomos para poder extinguir sus efectos en el orden jurídico-político.

4.- En cuanto a la declaración de lesividad, es menester observar que para intentar el recurso contencioso administrativo de anulación contra actos administrativos de efectos particulares, se exige a los fines de la admisión del recurso una serie de requisitos previstos en el artículo 124 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Entre ellos quizás el más importante lo constituye el referente al previo agotamiento de la vía administrativa.

El recurso de lesividad, está igualmente precedido de un previo pronunciamiento por parte de la Administración, para que el juez contencioso administrativo revise y -si tal requisito se ha cumplido- proceda a admitir el recurso contencioso. Entonces, la Administración antes de acudir a la vía judicial deberá previamente declarar la lesividad del acto administrativo que es lesivo al interés público. Por tanto, se trata de un acto administrativo previo al recurso jurisdiccional, cuyo objetivo fundamental es lograr que el juez admita el proceso a instaurarse.

Por otra parte, el acto administrativo que declara lesivo un acto administrativo otorgado a un particular, es de carácter discrecional y, en consecuencia, no está sometido a un control estricto de la legalidad por parte de la jurisdicción contencioso administrativa. En Venezuela, la inclusión del recurso de lesividad, contrastaría en forma apreciable con este específico acto administrativo que declara la lesividad. Así, nuestra Carta Magna (artículo 259), en general, somete todos los actos al control jurisdiccional, debido básicamente a que el Derecho Administrativo considera el principio de legalidad como un dogma que en términos concretos no admite excepciones, lo cual implicaría una seria dificultad al introducir en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el tratamiento con respecto a este acto administrativo que declara lesivo

otro acto de la Administración. Sin embargo, por ser el proceso de lesividad un proceso excepcional, nada impediría un tratamiento distinto en cuanto a que el acto que declara lesivo otro acto administrativo, no estuviera sometido al control jurisdiccional.

De manera que, el recurso de lesividad debe estar encuadrado dentro de un texto jurídico que regule la jurisdicción contencioso administrativa. Así, con la posible introducción del recurso de lesividad, habría en nuestro ordenamiento procesal administrativo, con base en el artículo 259 de la Constitución de 1999, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y la Ley Orgánica de Régimen Municipal, seis tipos de acciones y recursos contencioso administrativos: el contencioso de anulación, el contencioso de las demandas contra los entes públicos, el contencioso de las conductas omisivas de la Administración, el contencioso de interpretación, el contencioso de los conflictos de autoridades públicas y el contencioso de lesividad.

Sin embargo, hoy generalizada la posibilidad de que la Administración, de oficio o a solicitud de los particulares, revise sus propios actos, dando lugar esa revisión a la nulidad absoluta, la revocación, la convalidación la corrección de errores materiales y a los llamados recursos administrativos, de conformidad con lo preceptuado en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, pierde importancia este proceso, que en todo caso, sería útil y aplicable en aquellos casos en que, aun siendo legal el acto cuestionado, no es nulo de pleno derecho ni infringe gravemente normas de rango legal o reglamentario. En tales supuestos el proceso de lesividad sería el único medio de que la Administración puede valerse, en términos jurídicos, para conseguir su eliminación.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ TABIO, Fernando, *El proceso contencioso-administrativo*, La Habana 1954.
- BADELL MADRID, Rafael, “La Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política”, Publicado en la página web: www.badellgrau.com.
- BREWER CARÍAS, Allan Randolph, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1990.
- “Algunos aspectos del proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo en la Constitución de 1999”, en *V Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph BREWER-CARÍAS”*, Funeda, Caracas, 2000.
- BRICEÑO, Gustavo, “¿Es posible la inserción del recurso de lesividad en el contencioso administrativo venezolano?”, en *Revista de la Facultad de Derecho* n° 43, UCAB, Caracas 1991.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, 12ª ed., Editorial Civitas, S.A., Madrid 2001.
- DROMI, José Roberto, “Acción de Lesividad”, en *Revista de Administración Pública* n° 88, Madrid 1979.
- DROMI, J.R., *Derecho Administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina, 6º edición, Buenos Aires 1997.
- ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, Editorial Tecnos S.A., Madrid 1995.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La configuración del recurso de lesividad”, *Revista de Administración Pública* n° 15, Madrid.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad”, en *Revista de Administración Pública* n° 20, Madrid.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1992.

GASCÓN HERNÁNDEZ, “La interposición del recurso contencioso-administrativo por la propia Administración”, en *Revista de Estudios Políticos* n° 7.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., “La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española”, en *Revista de Administración Pública* n° 1.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., “La declaración de lesividad” en *Revista de Administración Pública* n° 2, Madrid 1950.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “El proceso de lesividad” en *Revista de Administración Pública* n° 25, Madrid.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho Administrativo Hispanoamericano*, Editorial Temis, S.A., Bogotá 1985.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “Las partes en el proceso, terceros intervinientes, coadyuvantes” en *Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan BREWER CARÍAS”*, Caracas 1995.

GUAITA, Aurelio, *El proceso administrativo de lesividad*, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1953.

NIETO, Alejandro, “Lesividad y Expropiación” en *Revista de Administración Pública* n° 36, Madrid 1961.

PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo, Parte General*, 12ª ed., Marcial Pons, Madrid 2000.

PEÑA SOLIS, José, “Los recursos contenciosos electorales en Venezuela”, serie *Estudios de Derecho Administrativo* n° 1, Funeda, Caracas 1994.

RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, “Las vías jurisdiccionales para dirimir los conflictos entre entes y autoridades públicas”, en *Peculiaridades del Contencioso Administrativo*, Funeda, Caracas 2001, pp. 29-134.

–“Ad imis fundamentis”. *Análisis de la Constitución venezolana de 1999. Parte orgánica y sistemas*, Editorial Exlibris, Caracas, 2000.

UROSA MAGGI, Daniela y HERNÁNDEZ G. José I., “Estudio analítico de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política”, *Régimen jurídico de la actividad administrativa electoral*, Funeda, Caracas 1998.

§ 98. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA BAJO LA LLAMADA DOCTRINA DE LA DEFERENCIA

Alberto B. Bianchi

Profesor de la Universidad Austral, Argentina

I. PLANTEO

Uno de los eternos dilemas del control judicial de la Administración es el de sus límites o alcances, tema que provoca diarias y permanentes controversias volcadas en decisiones administrativas y judiciales y en no pocos estudios doctrinarios. Se trata sin dudas de uno de los capítulos centrales de la división de poderes, y si estamos de acuerdo con Bernard Schwartz en que el Derecho Administrativo consiste esencialmente en el control de la discrecionalidad¹, no caben dudas de que el problema hunde sus raíces en la concepción misma del modelo de Estado que pretendemos, y del diseño jurídico que debe desarrollarse para lograrlo.

La cuestión se torna especialmente delicada cuando ante la revisión de un reglamento delegado o ejecutivo, el tribunal no está de acuerdo con la interpretación administrativa de la ley, pese a ser ésta razonable o exenta de arbitrariedad. ¿Puede en este caso el juez imponer su propia interpretación y anular el reglamento, o debe respetar la que ha efectuado la Administración en el ámbito de una normal discrecionalidad?

En este terreno, debe reconocerse la existencia de dos tendencias en buena medida opuestas: la que podríamos llamar *administrativa* o *ejecutiva*, que pretende preservar de la injerencia judicial a ciertas decisiones discrecionales de la Administración y la *judicialista* que intenta llevar agua al molino de los tribunales concediéndoles una revisión amplia y plena de toda la actividad administrativa.

En el campo del derecho comparado ambas tendencias presentan hoy día dos perfiles muy nítidos, que van acompañados además de una paradoja. La primera está propiciada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, principalmente a través de la llamada *doctrina de la deferencia*, que constituye una forma de autorrestricción de los tribunales en el control de la potestad reglamentaria de la Administración. La tendencia judicialista por su lado ha ganado terreno especialmente en el derecho español, donde la doctrina de la deferencia recibe fuertes críticas², y se ha eliminado asimismo la clásica noción del acto de gobierno³, tomada del derecho francés, el cual todavía la mantiene bien que limitada⁴.

1. "... what is administrative law about if not the control of discretion", SCHWARTZ, Bernard, *Administrative Law*, 3rd ed., Little Brown and Co., 1991, p. 652. En adelante: SCHWARTZ, *Administrative Law*.

2. V., por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, 2ª ed., Civitas, Madrid 1996, pp. 204-206.

3. Hasta 1998 en España, el acto de gobierno estaba previsto en el artículo 2.b de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, pero esta norma, fue derogada por la Ley 29/1998 de 13 de julio, que regula actualmente la Jurisdicción Contencioso Administrativa. El artículo 2.a de la nueva ley dice: "El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: a) La protección juris-

Así, los norteamericanos, creadores de la división de poderes, y del sistema presidencialista, y con ellos de la separación formal y real del poder judicial como órgano revisor de los otros dos restantes, se inclinan por defender una posición que ante ojos judicialistas puede parecer herética. Los españoles, por el contrario, tributarios de los sistemas parlamentaristas, donde la separación formal de los tribunales no es tan nítida -a punto tal que tienen un órgano (tribunal) específico para el control constitucional- se inclinan por una tendencia que parece derivar del sistema presidencialista. Es decir que donde los tribunales son aparentemente más poderosos se les asigna menor competencia revisora y viceversa

Pues bien, ¿qué rol juega esta disputa en el derecho argentino, y cuál es su trascendencia para nosotros? ¿Vale la pena considerar la incorporación de la doctrina de la deferencia en nuestro sistema de control judicial de la Administración Pública, o podemos decir que ella forma parte de nuestro derecho a partir la interpretación tradicional de la Corte Suprema sobre los límites constitucionales de los reglamentos ejecutivos y delegados? El problema, según me parece, es de particular importancia, pues encuentra claramente enfrentadas a las fuentes tradicionales de nuestro derecho público, las que además hoy día, están cruzadas en sus respectivas influencias.

Bien es sabido que nuestro derecho público originalmente tuvo -para bien o para malos padres nutricias diferentes. La Constitución y su producto, el derecho constitucional, fueron tomados, en general, del modelo norteamericano⁵. En paralelo, la Administración

dicional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera fuese la naturaleza de dichos actos" (agrego el subrayado). Una sintética explicación del sistema hoy derogado puede verse en: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "Actos administrativos y actos políticos o de gobierno", *Revista de Derecho Administrativo* n° 1 y 2, Depalma, Buenos Aires 1989, pp. 15-25.

4. En la actualidad, la lista de los actos de gobierno ya no comprende más que dos series de medidas: (a) los actos vinculados a las relaciones del Gobierno con el Parlamento y (b) aquellos que tienen que ver directamente con las relaciones de Francia con las potencias extranjeras o los organismos internacionales. El desarrollo histórico de la noción del acto de gobierno en Francia puede verse en: DEBBASCH, Charles y RICCI, Jean Claude, *Contentieux Administratif* (Précis), 7e. édition, Dalloz, París 1999, pp. 62 y ss., FAVOREU, Louis, "L'acte de Gouvernement, acte provisoire et accidentellement injusticiable", *Revue Française de Droit Administratif*, 1987, p. 544 y con gran amplitud en la clásica obra de AUBY, J.M. et DRAGO, R., *Traité de Contentieux Administratif*, 2e. édition, L.G.D.J., t I, § 67, París 1975, p. 91. Entre las obras generales que se ocupan del tema: de LAUBADERE, André, VENEZIA, Jean-Claude, GAUDEMET, Yves, *Droit Administratif*, 14e édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, t I, § 909 ss, París 1996, p. 654, RIVERO, Jean, WALINE, Jean, *Droit Administratif* (Précis), 16e édition, Dalloz, § 155, París 1996, p. 1421, CHAPUS, René, *Droit Administratif Général*, 14e édition, Montchrestien, t I, § 1152, París 2000, p. 927.

5. El constitucionalismo norteamericano ha tenido para nosotros fuerza paradigmática. Nuestros constituyentes tomaron a la Constitución de Filadelfia de 1787, como modelo. José B. Gorostiaga, miembro informante de la Constitución en el Congreso de 1853, expresamente dijo que su proyecto estaba vaciado en el molde de la Constitución de los Estados Unidos "único modelo de verdadera Federación que existe en el mundo" (V., RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, t. IV, Buenos Aires 1937, pp. 468 y 621) y también el Congreso Constituyente en una minuta de declaración sancionada el 3 de mayo expresó que "la federación será bien entendida se comprende como en los Estados Unidos del Norte, única federación modelo que existe en el mundo civilizado" (*Idem* p. 539). Gorostiaga, incluso, volvió a repetir que "Nosotros hemos copiado nuestra Constitución de aquella" (la de los Estados Unidos) en ocasión del tratamiento legislativo de la ley 48 (Sesión del 31 de julio de 1863, Diario de la Cámara de Diputados de la Nación, t I, p. 307). Años después la Corte Suprema en Lino de la Torre, Fallos 19-231, 236 (1877), expresó que "El sistema de gobierno que nos rige no es una creación nuestra. Lo hemos encontrado en acción, probado por largos años de experiencia y nos lo hemos apropiado", lo que ha sido ratificado por la doctrina. Al iniciar su estudio de la Constitución, González Calderón proclamaba enfáticamente "Establezco como punto de partida en el extenso estudio de la Constitución argentina que voy a emprender, la intención expresada oficial y reiteradamente por sus autores de vaciarla en el molde de la Constitución de los Estados Unidos de América" (GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho Constitucional Argentino*, 3ra. ed., prólogo de GONZÁLEZ, Joaquín V., Buenos Aires 1930, Ed. Lajouane & Cía, t I, p. 321).

pública y el derecho administrativo, fueron construidos tradicionalmente sobre bases europeo-continuales (franco-españolas, con influencias ítalo-germanas). Ello, a primera vista, parecería ser una contradicción, pero ésta puede ser razonablemente superada si tomamos en cuenta que la Constitución argentina también ha recibido otras influencias además de la norteamericana, entre ellas las europeas. Una de éstas se da precisamente en la potestad reglamentaria, que a los efectos del problema que me ocupa es una cuestión central. Esta potestad se encuentra alojada principalmente en el antiguo artículo 86.2 (hoy 99.2) fue tomada de la Constitución de Cádiz de 1812⁶ texto que, pensado para una monarquía constitucional, encaraba un sistema reglamentario diferente del norteamericano, lo que nos ha traído serios problemas interpretativos en torno a los reglamentos delegados⁷. De hecho, la potestad reglamentaria en la Argentina se ha ejercido en forma muy diferente que en los Estados Unidos, pues tradicionalmente ha carecido del control previo (participación) por parte de los administrados y la exigencia de su motivación carece de los rigores que ésta tiene en el acto administrativo⁸.

Asimismo, para complicar un poco más nuestro panorama actual, estas influencias hoy día están cruzadas ya que, por un lado, la reforma constitucional de 1994 incorporó ciertos elementos de cuño europeo-continental tales como el Jefe de Gabinete de Ministros o el Consejo de la Magistratura, que si bien no desdibujan el modelo, ni nos apartan del rumbo original, son figuras extrañas que lo hacen más complejo. En segundo lugar, el diseño clásico de Administración europeo-continental ha recibido influencias norteamericanas e inglesas en el campo de la regulación económica. Así por ejemplo, nuestros autores⁹ junto con la jurisprudencia¹⁰ reconocen sin dudar que los nuevos entes reguladores surgidos de la reforma del Estado de 1989 han seguido el modelo norteamericano, y el sistema tarifario que se aplica en los servicios públicos prestados por concesionarios o licencitarios particulares es inglés¹¹. También se ha incorporado a nuestras prácticas administrativas, para algunos supuestos, el requisito de la audiencia pública como técnica de participación de los administrados¹², lo que en materia de elaboración de reglamentos es típico del sistema norteamericano¹³.

En síntesis, y de cara a una eventual incorporación de la doctrina de la deferencia en nuestro derecho público, debemos computar cuatro singularidades vinculadas con sus fuentes: (i) el derecho constitucional recibió en su origen la influencia norteamericana y el derecho administrativo la europea-continental; (ii) en lo atinente a la potestad reglamentaria, la influencia en la Constitución no fue norteamericana sino europea¹⁴; (iii) las

6. También había sido adoptada con variantes por la Constitución de 1826, artículo 82.

7. V., BIANCHI, Alberto B., "Horizontes de la delegación legislativa luego de la reforma constitucional", *Revista de Derecho Administrativo* n° 17, Depalma, Buenos Aires 1994, p. 379, esp., pp. 395 y ss.

8. Acerca de la motivación del reglamento V., SACRISTÁN, Estela, "La motivación como requisito esencial del acto administrativo", en *Jornadas sobre Acto Administrativo y Reglamento*, Universidad Austral (en prensa), esp. sección V.

9. CASSAGNE, Juan Carlos, "Los nuevos entes regulatorios", *Revista de Derecho Administrativo* Año 5 n° 14, Buenos Aires 1993, pp. 485-498, esp. p. 486. COMADIRA, Julio R., *Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes reguladores (con particular referencia al ENARGAS, ENRE, CNT y ETOSS)*, E.D. 12.5.96, esp. Cap. 2., GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ta. edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires 1998, t 1, Cap. XV, p. 13.

10. CCAF, Sala II, *Metrogas c. Enargas*, 9.11.94, L.L. 1995-B, 108.

11. V., BIANCHI.

12. V., CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1999, p. 154.

13. Me remito a lo que diré *infra* IV.b.

14. No obstante la Corte Suprema al justificar la delegación legislativa, lo hizo acudiendo a la jurisprudencia norteamericana pero ubicándola dentro del ex artículo 86.2, una norma de origen español, lo que ha sido una fuente de permanente confusión. Sobre este particular me remito a lo que diré *infra* III.b.

influencias originales en la actualidad se han cruzado y la Administración -otrora europeizada- está recibiendo hoy día la influencia anglosajona, mientras que en el campo constitucional se han receptado algunas instituciones europeas; y (iv) el control judicial sobre la potestad reglamentaria hoy día es más fuerte en el modelo parlamentario europeo, que en sistema presidencialista de los Estados Unidos, pese a que aparentemente debería ocurrir lo contrario.

Todo ello arroja ciertamente un panorama confuso, que genera razonables dudas acerca de la posición que deberían adoptar nuestros tribunales en torno a la doctrina de la deferencia en el control judicial de los reglamentos. Así, tanto podrían volcarse por la tendencia norteamericana, dados nuestro sistema presidencialista y nuestras actuales influencias en el derecho administrativo, como podrían ignorarla siguiendo las aguas de la tendencia europea que propicia una revisión judicial más intensa, habida cuenta de las fuentes en que originariamente abrevó nuestro derecho administrativo. Y llegados a este punto es legítimo preguntarnos también si la consulta a las fuentes de nuestro derecho público tiene alguna utilidad en esta materia.

El trabajo que sigue intentará describir en primer lugar la doctrina de la deferencia tal como se la conoce actualmente en los Estados Unidos, y en segundo lugar me referiré al equivalente argentino de esa doctrina, comparándola con la norteamericana, con el fin de verificar si nuestros tribunales también han sido y son *deferentes* para con la Administración y en todo caso qué es lo más conveniente para nuestro sistema, cuestión ésta que abordaré como conclusión final.

II. LA ELABORACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA DOCTRINA

1. Enunciado

Sin perjuicio de la síntesis que haré más adelante¹⁵, el enunciado -tentativo- de la doctrina de la deferencia puede ser el siguiente: *la interpretación administrativa de los términos de una ley, tiene peso decisivo en la decisión del tribunal revisor a menos que aquélla sea irrazonable, arbitraria o manifiestamente errónea.*

La elaboración jurisprudencial de la doctrina de la deferencia es de antigua data en la Corte Suprema norteamericana, tal como surge de los fallos que mencionaré enseguida. Asimismo tiene dos vertientes que en la práctica son muy similares. Una de ellas es la deferencia en relación con la interpretación administrativa de las leyes y la otra se refiere a la interpretación administrativa de los reglamentos. La primera está representada básicamente por dos casos, *Gray v. Powell*¹⁶ y *Chevron v. Natural Resources Defense Council*¹⁷; la segunda se origina en *Bowles v. Seminole Rock & Sand Co.*¹⁸. Todos ellos, además, han tenido innumerables aplicaciones posteriores y se originan en antiguos precedentes, según veremos enseguida.

15. *Infra* II.d.

16. 314 U.S. 402 (1941).

17. 467 U.S. 837 (1984).

18. 325 U.S. 410 (1945).

2. Deferencia en caso de interpretación administrativa de las leyes

A. La deferencia en caso de interpretación administrativa razonable

Los primeros rastros de la doctrina de la deferencia pueden hallarse en algunos casos resueltos a comienzos del siglo XX que dan testimonio del empleo de diferentes estándares de control judicial elaborados por la jurisprudencia de la Corte Suprema. Así por ejemplo en *Bates & Guild Co. v. Payne*¹⁹, con motivo de la interpretación de una resolución del Jefe de Correos vinculada con la clasificación de la correspondencia, se utilizó el criterio de la deferencia hacia la decisión administrativa en caso de ausencia de error claro o manifiesto²⁰. En *Seaboard Air Line Railway Co. v. United States*²¹, la Comisión Interestatal de Comercio (*Interstate Commerce Commission*, ICC) había obligado a las compañías ferroviarias a absorber ciertos costos que anteriormente trasladaban a la tarifa en el transporte de carga. La Corte, al fallar a favor de la decisión administrativa, dijo que ésta solamente podía ser revisada cuando fuera arbitraria o hubiera trascendido los límites de la competencia otorgada a la ICC²². En *McLaren v. Fleischer*²³ la Oficina de Tierras había decidido sobre la posesión de unas parcelas y su resolución fue sostenida judicialmente sobre la base de ser razonable²⁴. En *American Telephone & Telegraph Co. v. United States*²⁵, la Comisión Federal de Comunicaciones (*Federal Communications Commission*) había dispuesto la implantación de un sistema uniforme de facturación para todas las compañías telefónicas sujetas a la Ley de Comunicaciones (*Communications Act*) de 1934, que fue convalidado por la Corte Suprema afirmando que el Tribunal carecía de libertad para sustituir, con su propia discrecionalidad, la ejercida por la Comisión, quien por lo demás se había mantenido dentro de los límites de su competencia y sin alterar los principios fundamentales de la debida contabilidad²⁶. También se ha dicho que no puede haber revisión judicial cuando existen bases racionales para las conclusiones aprobadas por el órgano administrativo.

19. 194 U.S. 106 (1904).

20. "...where Congress has committed to the head of a department certain duties requiring the exercise of judgement and discretion, his action thereon, whether it involve questions of law or fact, will not be reviewed by the courts unless he has exceeded his authority or this court should be of opinion that his action was clearly wrong", 194 U.S. en p. 109.

21. 254 U.S. 57 (1920).

22. "Moreover the determination of questions of fact is by law imposed upon the Commission, a body created by statute for the consideration of this and like matters. The findings of fact by the Commission upon such questions can be disturbed by judicial decree only in cases where their action is arbitrary or transcends the legitimate bounds of their authority" 254 U.S. en p. 62.

23. 256 U.S. 477 (1921).

24. "... if not the only reasonable construction of the act, it is at least an admissible one. If therefore comes within the rule that the practical construction given to an act of Congress, fairly susceptible of different constructions, by those charged with the duty of executing it is entitled to great respect and, if acted for a number of years will not be disturbed except for cogent reasons", 256 U.S. en p. 481.

25. 299 U.S. 232 (1936).

26. "This court is not at liberty to substitute its own discretion for that of administrative officers who have kept within the bounds of their administrative powers. To show that these have been exceeded in the field of action here involved, it is not enough that the prescribed system of accounts shall appear to be unwise or burdensome or inferior to another. Error or unwisdom is not equivalent to abuse. What has been ordered must appear to be so entirely at odds with fundamental principles of correct accounting", 299 U.S. en pp. 236-237.

Este criterio fue aplicado en *Mississippi Valley Barge Line Co. v. United States*²⁷, en relación con regulaciones de la Comisión de Comercio Interestatal (*Interstate Commerce Commission*) y en *Rochester Telephone Corp. v. United States*²⁸ en relación con regulaciones de la Comisión Federal de Comunicaciones.

Como puede verse, todos estos criterios giran en torno, o pueden ser sintetizados, en el de la razonabilidad de la decisión administrativa. Así, cuando la reglamentación administrativa es razonable, los tribunales no están autorizados a modificarla y sustituirla con sus propios criterios. La Corte Suprema consolidó expresamente este criterio en *Gray v. Powell*, citado más arriba²⁹. Este caso se origina con motivo de la interpretación de la Ley de Carbón Bituminoso (*Bituminous Coal Act*). En ella se establecía una regulación en los precios del carbón de la cual estaban exentos quienes eran a la vez productores y consumidores. Una compañía ferroviaria que había otorgado a terceros contratistas la explotación de los yacimientos del carbón consumido por ella, pidió ante la Comisión del Carbón Bituminoso ser eximida de la regulación, con fundamento en que bajo tales condiciones se comportaba como productor y consumidor. Se requería en consecuencia determinar el concepto de *producer* establecido por la ley. La petición fue administrativamente denegada y ésta decisión fue luego revocada en sede judicial. La Corte al revocar a su vez la decisión judicial anterior, sostuvo que la interpretación administrativa de la ley, en la medida en que era razonable, no podía ser judicialmente modificada.

Los términos empleados por la Corte son particularmente *deferentes* con la decisión administrativa: “En una cuestión que el Congreso ha delegado para la determinación de un órgano administrativo ... la función revisora de los tribunales ... está completamente realizada cuando han determinado que las partes fueron escuchadas, han producido prueba y fundado sus peticiones, obteniendo una decisión justa y razonable. Una decisión del tipo que aquí se trata, pertenece a la práctica administrativa usual. El Congreso, que podría haber legislado específicamente las excepciones a la ley, encontró que era más eficiente delegar ese cometido en aquellos cuya experiencia en un campo determinado aseguraba un ajuste más equitativo y mejor informado de los conflictos entre la estabilización de los precios y el consumo del producto ... Cuando, como en el presente caso, se ha producido una delegación en un órgano administrativo, esta delegación debe ser respetada y la decisión administrativa no puede ser modificada... No es propio de los tribunales absorber las funciones administrativas a tal extremo que la Administración se convierta en una mera recopiladora de datos fácticos, privada de facultades decisorias”³⁰.

27. 292 U.S. 282, 287 (1934).

28. 307 U.S. 125, 146 (1939).

29. V., *supra* nota 16.

30. “*In a matter left specifically by Congress to the determination of an administrative body ... the function of review placed upon the courts ... is fully performed when they determine that there has been a fair hearing, with notice and an opportunity to present the circumstances and arguments to the decisive body, and an application of the statute in a just and reasoned manner. Such determination as is here involved belongs to the usual administrative routine. Congress, which could have legislated specifically as to the individual exemptions from the code, found it more efficient to delegate that function to those whose experience in a particular field gave promise of a better informed, more equitable adjustment of the conflicting interests of price stabilization upon the one hand and producer consumption upon the other ... Where as here a determination has been left to an administrative body, this delegation will be respected and the administrative conclusion left untouched ... It is not the province of a court to absorb the administrative functions to such an extent that the executive or legislative agencies become mere fact finding bodies deprived of the advantages of prompt and definite action*”. 314 U.S. en pp. 411-412.

Este mismo criterio, fundado en la razonabilidad de la decisión administrativa, fue empleado pocos años después en *National Laboral Relations Board v. Hearst Publications Inc.*³¹ cuando cuatro editores de diarios de la ciudad de Los Angeles fueron demandados ante el NLRB por el sindicato de distribuidores de diarios, para que suscribieran un convenio colectivo de trabajo. La disputa tenía por objeto determinar si los distribuidores eran o no empleados de los demandados, y para ello era preciso interpretar el significado del término *empleado (employee)* que figuraba en la legislación laboral aplicable³². Al igual que en el caso Gray, la decisión administrativa (que había hecho lugar a la pretensión del sindicato) fue revocada en sede judicial y la Corte Suprema revocó a su vez lo decidido por el tribunal inferior con similares conceptos a los del fallo anterior: “Indudablemente las cuestiones de interpretación de la ley, en particular cuando se plantean en procedimientos judiciales, deben resolverse dando el peso apropiado a la decisión adoptada por la autoridad de aplicación de la norma ... Pero cuando se trata de la aplicación específica de un término amplio, cuya interpretación inicial debe formular dicha autoridad de aplicación, la función revisora del tribunal es limitada ... la decisión del órgano administrativo según la cual determinadas personas son empleados bajo esta Ley, debe ser admitida si tiene fundamento en las actuaciones administrativas y una base razonable en la ley”³³.

También fue aplicado el estándar de la razonabilidad en *Ford Motor Co. v. National Labour Relations Board*³⁴, para sustentar la validez de una norma emanada del NLRB que ordenaba a la compañía negociar con el sindicato las condiciones para poner el servicio de cafetería y máquinas expendedoras de bebidas y alimentos. Se trataba en síntesis de analizar si la interpretación de las palabras *términos y condiciones del empleo* que figuraban en la ley laboral era razonable.

Puede decirse así que la razonabilidad de la decisión administrativa, hasta la aparición del caso *Chevron*, que analizaré en el punto siguiente, fue el principal criterio de revisión judicial.

Son numerosos los fallos que testimonian su empleo en diversos campos de la actividad de la Administración. Así por ejemplo, en el campo laboral para determinar si un trabajador es *miembro de una tripulación*³⁵; si un daño se ha producido en el curso de la relación de empleo³⁶; o para definir el concepto de *empleado agropecuario*³⁷. También se lo ha empleado para definir si un transportista (*carrier*) había actuado con buena fe³⁸.

31. 322 U.S. 111 (1944).

32. Se trataba de la llamada *Wagner Act*, sancionada en 1935 (29 USC § 151 y ss.), que reguló entre otras cuestiones laborales- los derechos de los sindicatos.

33. “Undoubtedly questions of statutory interpretation, especially when arising in the first instance in judicial proceedings, are for the courts to resolve, giving appropriate weight to the judgement of those whose special duty is to administer the questioned statute ... But where the question is one of specific application of a broad statutory term in a proceeding in which the agency administering the statute must determine it initially, the reviewing court’s function is limited ... The Board’s determination that specified persons are “employees” under this Act is to be accepted if it has “warrant in the record” and a reasonable basis in law”. 322 U.S. en pp. 130-131.

34. 441 U.S. 488 (1979).

35. *Norton v. Warner Co.* 321 U.S. 565 (1944).

36. *O’Leary v. Brown Pacific-Maxon Inc.*, 340 U.S. 504 (1951).

37. *Bayside Enterprises v. NLRB*, 429 U.S. 298 (1977).

38. *Alton R. Co. v. United States* 315 U.S. 15 (1942).

B. *Chevron v. NRDC*. Dos graduaciones diferentes en la deferencia según sea la delegación legislativa

La doctrina de la deferencia basada en la razonabilidad de la reglamentación de la ley fue el criterio dominante en la Corte Suprema de los Estados Unidos hasta que en 1984 fue resuelto el caso *Chevron v. NRDC*. La cuestión aquí se vinculaba con la impugnación judicial de una reglamentación de la llamada Ley del Aire Puro (*Clean Air Act*³⁹), emanada de la Agencia de Protección Ambiental (*Environmental Protection Agency; EPA*) que había establecido ciertos requisitos para autorizar el funcionamiento de plantas industriales que tuvieran fuentes fijas (*stationary sources*) de polución⁴⁰. La EPA, al reglamentar la ley en 1981⁴¹, interpretó que el término *stationary source* podía abarcar todas las instalaciones de una misma planta como si se tratara de un solo agrupamiento industrial⁴². Ello motivó una objeción formulada -entre otros- por el Consejo para la Defensa de los Recursos Nacional (*National Resources Defense Council*), quien impugnó judicialmente el reglamento según las previsiones establecidas en la propia Ley del Aire Puro⁴³, logrando que la Corte de Circuito para el Distrito de Columbia declarara la nulidad de la norma impugnada⁴⁴. Sostuvo este tribunal que la ley no definía el concepto de *stationary source* y por ende no habilitaba al ente regulador a imponer una interpretación abarcadora de toda una planta industrial en programas destinados a mejorar la condición del aire⁴⁵. Llegado el caso ante la Corte Suprema, ésta debía decidir cual de las dos interpretaciones del término *stationary source* debía prevalecer: la administrativa o la judicial, y optó por la primera⁴⁶.

Dijo la Corte: “Cuando un tribunal revisa la interpretación de la ley efectuada por su autoridad de aplicación, enfrenta dos cuestiones. Primero está la cuestión de si el Congreso se ha referido directamente al asunto en discusión. Si el propósito del Congreso es claro, la cuestión termina allí, pues tanto el tribunal como la Administración deben dar efecto a lo que el Congreso sin ambigüedades ha establecido. Si, en cambio, a juicio del tribunal el Congreso no ha legislado específicamente sobre el punto en cuestión, aquél no impondrá su propia interpretación de la ley, como ocurriría en el caso de no haber interpretación administrativa. Antes bien, cuando la ley ha guardado silencio o es ambigua en relación con ese punto, el tribunal debe decidir si la respuesta administrativa está basada en una interpretación admisible de la ley.

La facultad de un ente de la Administración para administrar un programa creado por ley requiere necesariamente de la formulación de una política y del establecimiento de reglas que llenen los blancos dejados expresa o implícitamente por el Congreso. Si el Congreso expresamente ha dejado un blanco para ser llenado por la Administración,

39. 42 USC § 7401 y ss.

40. Según la ley se entiende por fuente fija de polución un edificio, estructura o instalación, que emite polución en el aire.

41. 46 *Federal Register* 50766.

42. Se lo denominaba agrupamiento en burbuja (*bubble*) y mide la polución que produce en promedio toda una planta, de modo tal que algunas de sus instalaciones pueden emitir en niveles que excedan el máximo tolerado, en la medida en que el conjunto no supere dicho límite.

43. 42 USC § 7607(b)(1).

44. *National Resources Defense Council v. Gorsuch*, 685 *Federal Reporter*, 2nd Series 718 (1982).

45. Según explica la sentencia esa noción de agrupamiento en burbuja sólo era aplicable en programas destinados a mantener la calidad del aire, pero no a aquellos que tenía por objeto mejorarla.

46. El fallo se produjo con una mayoría de 6-0, integrada por los jueces Stevens (autor de la sentencia), POWELL, BLACKMUN, BRENNAN, WHITE y SCALIA. No intervinieron los jueces REHNQUIST, MARSHALL y O'CONNOR.

existe una delegación de competencia expresa a favor de aquella para dilucidar por vía de reglamentación una previsión específica. Estas reglamentaciones tienen peso decisivo (*controlling weight*) a menos que sean arbitrarias, caprichosas o manifiestamente contrarias a la ley. A veces la delegación legislativa en la Administración, para una cuestión en particular, es implícita en vez de ser expresa. En tal caso, un tribunal no puede sustituir con su propia interpretación, la que razonablemente haya efectuado la Administración.

Desde hace tiempo hemos reconocido que debe acordarse peso considerable a la interpretación de la ley efectuada por su autoridad de aplicación, y el principio de la deferencia hacia las interpretaciones administrativas ha sido aplicado invariablemente por esta Corte en cualquier decisión que, referida al sentido o alcances de una ley, ha involucrado la reconciliación de políticas encontradas, y un entendimiento pleno de la fuerza normativa de una política en una situación dada, ha dependido de algo más que de la noción común sobre las materias sujetas a la regulación administrativa ... si esta opción (la que ejerce la administración al reglamentar la ley) representa una armonización razonable de las políticas en conflicto, cuya atención ha sido encargada legalmente a la Administración, no debemos perturbarla a menos que de la ley o de su historia legislativa resultara que tal armonización no es la que el Congreso hubiera sancionado. A la luz de estos bien establecidos principios, es evidente que la Corte de Apelaciones ha concedido erróneamente la naturaleza de su rol en la revisión de las regulaciones en cuestión⁴⁷.

47. "When a court reviews an agency's construction of the statute which it administers, it is confronted with two questions. First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. If, however, the court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court does not simply impose its own construction on the statute, as could be necessary in the absence of an administrative interpretation. Rather, if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute.

The power of an administrative agency to administer a congressionally created program necessarily requires the formulation of policy and the making of rules to fill any gap left, implicitly or explicitly, by Congress". If Congress has explicitly left the gap for the agency to fill, there is an express delegation of authority to the agency to elucidate a specific provision of the statute by regulation. Such legislative regulations are given controlling weight unless there are, arbitrary, capricious, or manifestly contrary to the statute. Sometimes the legislative delegation to an agency on a particular question is implicit rather than explicit. In such a case, a court may not substitute its own construction of a statutory provision for a reasonable interpretation made by the administrator of an agency.

We have long recognized that considerably weight should be accorded to an executive department's construction of a statutory scheme it is entrusted to administer, and the principle of deference to administrative interpretations "has been consistently followed by this Court whenever decision as to the meaning or reach of a statute has involved reconciling conflicting policies, and a full understanding of the force of the statutory policy in the given situation has depended upon more than ordinary knowledge respecting the matters subjected to agency regulations ... If this choice represents a reasonable accommodation of conflicting policies that were committed to the agency's care by the statute, we should not disturb it unless it appears from the statute or its legislative history that the accommodation is not one that the Congress would have sanctioned ... In light of these well-settled principles it is clear that the Court of Appeals misconceived the nature of its role in reviewing the regulations at issue". 467 U.S. en pp. 842-845.

3. *Bowles v. Seminole Rock* y la deferencia en la interpretación administrativa de un reglamento

Veamos ahora como funciona la doctrina de la deferencia cuando se trata de la interpretación no de una ley sino de un reglamento. Poco después de *Gray v. Powell*, la Corte Suprema resolvió en 1945 *Bowles v. Seminole Rock*. En este caso a diferencia de los anteriores estaba en juego la interpretación que un ente administrativo había formulado sobre un reglamento dictado por él mismo. Con tal motivo se estableció un nuevo estándar de revisión judicial, que como veremos fue recogido luego en *Chevron*.

El caso presenta una estructura muy similar a la de los analizados en los puntos precedentes. Con motivo de la Segunda Guerra Mundial, el Congreso dictó en 1942 una ley de control de precios (*Emergency Price Control Act*) estableciendo como autoridad de aplicación a la denominada *Office of Price Administration*. Esta última dictó diversas normas de aplicación de la ley, entre ellas la *Maximum Price Regulation N° 188*, referida entre otros al precio máximo de la piedra partida utilizada en la construcción. El caso se origina con motivo de la venta de piedra partida efectuada por *Seminole Rock & Sand Co.* a un contratista del gobierno que construía una represa, por un valor superior a los precios fijados en la regulación administrativa. La autoridad de aplicación entonces promovió acción judicial contra *Seminole Rock* para imponer en el contrato el precio contractual fijado por ella y tanto en primera instancia como en Cámara la acción fue desestimada. El Gobierno apeló entonces a la Corte Suprema, quien finalmente le dio la razón.

En lo que aquí interesa, la Corte luego de fijar el centro de la problemática en la interpretación de ciertos términos empleados en la regulación administrativa⁴⁸, sostuvo: “Dado que está involucrada en este caso la interpretación de una regulación administrativa, el tribunal debe atender necesariamente a la interpretación administrativa de aquella, si el sentido de las palabras empleadas está en duda. La intención del Congreso o los principios de la Constitución, en algunas situaciones, pueden ser relevantes en primer término para elegir entre varias interpretaciones. Pero el criterio principal es la interpretación administrativa que tiene peso decisivo (*controlling weight*), a menos que sea manifiestamente errónea o inconsistente con la regulación ... En este caso el único problema consiste en descubrir el significado de ciertas porciones de la *Maximum Price Regulation N° 188*. Nuestras únicas herramientas, por ende, son las simples palabras de la regulación y cualquier interpretación relevante de la Administración”⁴⁹.

El criterio elaborado en *Seminole Rock* ha sido aplicado en numerosos casos posteriores. Así por ejemplo en: *North Haven Board of Education v. Bell*⁵⁰ en virtud de una regulación del Departamento de Salud, Educación y Bienestar; *Ford Motor Credit Co. v. Milhollin*⁵¹ con ocasión de la interpretación de normas crediticias emitidas por el

48. “The problem in this case is to determine the highest price charged for crushed stone during March, 1942, within the meaning of Maximum Price Regulation n° 188”, 325 U.S. en p. 413.

49. “Since this involves an interpretation of an administrative regulation a court must necessarily look to the administrative construction of the regulation if the meaning of the words used is in doubt. The intention of Congress or the principles of the Constitution in some situations may be relevant in the first instance in choosing between various constructions. But the ultimate criterion is the administrative interpretation, which becomes of controlling weight unless it is plainly erroneous or inconsistent with the regulation ... In this case the only problem is to discover the meaning of certain portions of Maximum Price Regulation n° 188. Our only tools, therefore, are the plain words of the regulation and in any relevant interpretations of the Administrator”. 325 U.S. en pp. 413-414.

50. 456 U.S. 512, 538 n.29 (1982).

51. 444 U.S. 555, 565-567 (1980).

*Federal Reserve Board; United States v. Larionoff*⁵² donde estaban en disputa *Directivas del Departamento de Defensa; United States v. Chicago*⁵³ por la interpretación de una disposición de la Interstate Commerce Commission (ICC); *Immigration and Naturalization Service v. Stanisic*⁵⁴ a raíz de las normas de procedimiento elaboradas por el INS con motivo de la deportación de un marino extranjero; *Thorpe v. Housing Authority*⁵⁵, con motivo de la interpretación de una circular del Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano; y en *Udall v. Tallman*⁵⁶, donde se cuestionaba la interpretación de una *executive order* vinculada con el uso de yacimientos gasíferos y petroleros en una reserva natural en Alaska⁵⁷.

4. Una primera síntesis

No quisiera seguir avanzando sin antes hacer una pequeña síntesis de lo dicho hasta aquí, con el objeto de facilitar la lectura y comprensión de lo que sigue.

En la década de 1940, la Corte Suprema norteamericana estableció una doctrina que impone a los tribunales federales una autorestricción en la revisión de las interpretaciones que las llamadas agencias administrativas⁵⁸ hacen tanto de las leyes como de los reglamentos administrativos que ellas mismas hayan dictado. A tal fin se establecieron dos estándares diferentes de control: (a) en la interpretación de las leyes *Gray v. Powell* impuso la regla de la razonabilidad; y (b) en la interpretación de los reglamentos *Bowles v. Seminole Rock* dispuso que la regulación administrativa prevalece a menos que la interpretación sea manifiestamente errónea o inconsistente.

Sin pretender alcanzar todavía ninguna conclusión me atrevería a decir que la deferencia judicial era más fuerte cuando se trataba de la interpretación de un reglamento. Y parece muy lógico que así sea. Si bien razonabilidad y ausencia de error manifiesto pueden ser dos caras de una misma moneda, a mi juicio el segundo de esos estándares reduce un poco la exigencia hacia la Administración.

Veamos ahora este esquema luego de Chevron. De los párrafos arriba transcriptos, surge que la sentencia formula dos directivas bastante claras y elementales. Así, frente a una delegación del Congreso existen dos posibilidades:

(a) que la ley sea clara y no tenga ambigüedades, en cuyo caso ni la Administración, ni los tribunales pueden apartarse de ella.

(b) que la ley haya guardado silencio sobre el punto o sea ambigua. En este caso, a su vez, puede ocurrir que:

52. 431 U.S. 864, 872-873 (1977).

53. 400 U.S. 8, 10 (1970).

54. 395 U.S. 62, 72 (1969).

55. 393 U.S. 268, 276 (1969).

56. 380 U.S. 1, 4 (1965).

57. Las normas en cuestión eran la Executive Order 8979 de 1941 y la Public Land Order 487 de 1947.

58. En los Estados Unidos, en el orden federal, se entiende por agencia (*agency*) y así está definido legalmente (USC § 551) todos los entes y órganos del gobierno con excepción de: el Congreso, los tribunales, los gobiernos de los territorios o posesiones; el gobierno del Distrito de Columbia, los tribunales militares y algunos cuerpos administrativos integrados por representantes de las partes en disputas sometidos a la decisión de aquellos.

(i) la delegación sea expresa, en cuyo caso la reglamentación tiene peso decisivo a menos que sea arbitraria, caprichosa o manifiestamente contraria a la ley⁵⁹.

(ii) la delegación sea implícita, en cuyo caso el tribunal no puede sustituir con su propia interpretación, la que razonablemente haya efectuado la Administración⁶⁰.

Sintetizando: en los supuestos que entran en la primera directiva -indicada en (a)- no hay deferencia alguna hacia la Administración, quien está obligada a ejecutar la ley tal como es. Por el contrario, en los supuestos que entran en b.i, la deferencia es completa, y en los supuestos que entran en b.ii la deferencia es más débil aplicándose el estándar de razonabilidad. Consecuentemente, existen dos grados diferentes de deferencia según que la delegación del Congreso haya sido expresa o implícita. En el primer caso se aplica la doctrina de la ausencia del error manifiesto elaborada en *Bowles v. Seminole Rock*, mientras que en el segundo se aplica la doctrina de la razonabilidad originada en *Gray v. Powell*.

Puede decirse entonces que Chevron en 1984 sintetizó los dos estándares del control judicial que la Corte había empleado por espacio de cuarenta años, incorporando para la interpretación de las leyes el de la interpretación de los reglamentos. Con ello ciertamente amplió el ámbito de la deferencia judicial hacia la decisión administrativa, lo que explica la enorme controversia despertada por el fallo, según veremos en el punto siguiente.

5. Dificultades en la aplicación de Chevron

Además de esta disputa doctrinaria, el caso ha tenido que enfrentar numerosas dificultades interpretativas en el terreno judicial. Al igual que en todos estos casos, la aparente claridad teórica de un estándar de revisión judicial, se desvanece frente a la solución de un caso concreto, lo que ha tenido lugar con las dos directivas que emanan de Chevron.

En relación con la primera -según la cual debe seguirse estrictamente el texto de la ley cuando ésta no presenta ambigüedades- hay algunos casos que han generado una discusión en el seno de la Corte acerca de si la ley bajo análisis alcanza el umbral de ambigüedad o falta de claridad suficientes como para requerir una interpretación administrativa. En otras palabras el primer problema que aparece es si la reglamentación era necesaria o no. Tal es por ejemplo *Chemical Manufacturers Association v. Natural Resources Defense Council*⁶¹, en el cual se discutía una regulación emanada de la Agencia de Protección Ambiental (*Environmental Protection Agency*) relativa a la llamada Ley del Agua Limpia (*Clean Water Act*). Mientras una escasa mayoría de cinco jueces entendió que la regulación era válida⁶², los cuatro restantes, por el contrario, sostuvieron que la interpretación efectuada no era coherente con la claridad de la ley⁶³. Algo similar se observa en *Dole v. United Steelworkers of America*⁶⁴, en el cual la mayoría del Tribunal

59. *If Congress has explicitly left the gap for the agency to fill, there is an express delegation of authority to the agency to elucidate a specific provision of the statute by regulation. Such legislative regulations are given controlling weight unless there are, arbitrary, capricious, or manifestly contrary to the statute.*

60. *Sometimes the legislative delegation to an agency on a particular question is implicit rather than explicit. In such a case, a court may not substitute its own construction of a statutory provision for a reasonable interpretation made by the administrator of an agency.*

61. 470 U.S. 116 (1985).

62. Integraron la mayoría los jueces WHITE, BURGER, BRENNAN, POWELL y RENHQUIST.

63. Integraron la minoría los jueces MARSHALL, STEVENS, O'CONNOR y BLACKMUN.

64. 494 U.S. 26 (1990).

revocó la interpretación de la llamada ley de reducción del *papeleo* (*Paperwork Reduction Act*) efectuada por la Oficina de Presupuesto y Administración, en tanto que la minoría sostuvo que tal regulación merecía la aplicación de la doctrina de la deferencia establecida en *Chevron*⁶⁵. También se dividió 5-3 la Corte al resolver *MCI Telecommunications Corp. v. AT&T*.⁶⁶ La mayoría, por medio del voto del juez Scalia, entendió que la regulación de la Ley de Comunicaciones emanada de la FCC en punto a ciertos aspectos de la desregulación del servicio telefónico de larga distancia no tenía cabida bajo la ley⁶⁷. Por último en *Holly Farms Corp. v. National Labour Relations Board*⁶⁸, la mayoría de la Corte sostuvo la validez de la regulación emanada del Consejo Nacional de Relaciones Laborales en su interpretación de que *trabajador agropecuario*, no incluye a quienes transportan pollos desde las granjas hasta las plantas de procesamiento. La minoría en cambio entendió que la regulación era incorrecta bajo el lenguaje empleado por la ley.

Una segunda fuente de controversia en relación con la primera directiva que emana de *Chevron*, es la validez interpretativa de la llamada historia legislativa de la norma. En *Chevron* la Corte sostuvo que aquella es relevante⁶⁹, sin embargo, en una interpretación posterior, el Tribunal le restó importancia al decir que si la reglamentación no está en conflicto con el lenguaje claro o sencillo de la ley, corresponde la deferencia⁷⁰, lo que dio lugar una disputa doctrinaria entre el juez Antonin Scalia y Stephen Breyer⁷¹ acerca de este punto. El primero entiende que no debe consultarse la historia legislativa⁷², en tanto que el segundo propicia su empleo como elemento de hermenéutica⁷³.

La segunda directiva apuntada en *Chevron*, por su lado también presenta algunos problemas. Una vez que se ha determinado judicialmente que la ley es ambigua o poco clara y requiere efectivamente una reglamentación interpretativa de su texto, aparece el problema de si la reglamentación es la correcta y por ende merece deferencia. En este punto aparece un conflicto suscitado entre la Corte y los tribunales federales inferiores. Desde *Chevron*, la Corte ha sido sumamente deferente con la Administración ya que no se registran declaraciones de nulidad de reglamentaciones bajo el test empleado en aquél caso⁷⁴. Por el contrario, los tribunales federales inferiores han producido una serie de decisiones declarando la nulidad de decisiones administrativas⁷⁵. Se sigue de ello que bajo el mismo test la Corte es más deferente que los tribunales inferiores, lo que prueba la imposibilidad de eliminar el umbral de subjetividad en la revisión judicial.

65. En la mayoría votaron los jueces BRENNAN, MARSHALL, BLACKMUN, STEVENS, O'CONNOR, SCALIA y KENNEDY y en la minoría lo hicieron los jueces WHITE y REHNQUIST.

66. 512 U.S. 218 (1994).

67. En la mayoría votaron los jueces SCALIA, REHNQUIST, KENNEDY, THOMAS y GINSBURG y en la minoría lo hicieron los jueces STEVENS, BLACKMUN y SOUTER.

68. 517 U.S. 392 (1996).

69. "If a court employing traditional tools of statutory construction, ascertains that Congress had an intention on the precise question at issue, that intention is the law and must be given effect", 467 U.S. en p. 843.

70. *National Railway Passenger Corp. v. Boston & Maine Corp.*, 503 U.S. 407, 417 (1992).

71. BREYER luego fue designado en la Corte Suprema por el Presidente Clinton en 1994.

72. *Green v. Bock Laundry Machine Corp.*, 490 U.S. 504, 528 (1989).

73. BREYER, Stephen, On the Uses of Legislative History in Interpreting Statutes, *Southern California Law Review*, vol. 65, p. 845 (1992).

74. Conf. LUBBERS, Jeffrey S., *A guide to Federal Rulemaking*, 3rd. ed., American Bar Association, 1998, p. 335.

75. *Whitecliff v. Shalala*, 20 Federal Reporter 3rd series 488 (D.C. Cir. 1994); *LEECO, Inc. v. Hays*, 965 Federal Reporter 2nd series 1081, 1085 (D.C. Cir. 1992); *Hammontree v. NLRB*, 925 Federal Reporter 2nd series 1486, 1499-1500 (D.C. Cir. 1991); *Coal Employment Project v. Dole*, 889 Federal Reporter 2nd series 1127 (D.C. Cir. 1989); *King Broadcasting Co. V. FCC*, 860 Federal Reporter 2nd series 465, 470 (D.C. Cir. 1988).

6. La deferencia en materia tarifaria

Probablemente es en el control judicial de las tarifas donde la deferencia judicial hacia las decisiones administrativas es más pronunciada. Para analizar esta cuestión recordemos que en los Estados Unidos inicialmente se consideró que la determinación de la tarifa era de competencia legislativa, luego se reconocieron ciertas facultades judiciales de control, y finalmente se ha librado la cuestión a la discrecionalidad administrativa, con un control judicial muy limitado.

Hasta 1898 la Corte Suprema entendía -como regla general- que el poder de regular las tarifas era de naturaleza legislativa. En *Munn v. Illinois*⁷⁶, por ejemplo, sostuvo la irrevisabilidad judicial al referirse a las tarifas máximas fijadas por la legislatura de Illinois para el almacenaje de granos, diciendo “*cuando se busca protección en contra de los abusos de la legislatura, debe recurrirse al voto popular (poll) y no a los tribunales*”. Poco después sin embargo, en 1886, revisó este criterio inicial y admitió el control judicial en *Stone v. Farmer’s Loan & Trust Co.*⁷⁷. Y unos años más tarde, en 1894, decidió en *Reagan v. Farmer’s Loan & Trust Co.*⁷⁸, que las tarifas fijadas por una ley de Texas para el servicio ferroviario eran confiscatorias. De todos modos no se llegó a establecer en estos casos, los estándares para determinar la razonabilidad de las tarifas. Incluso, años después en 1913, al resolver *Simpson v. Shepard*⁷⁹, un grupo de casos genéricamente conocidos como *the Minnesota Rate Cases*, la Corte dijo -mediante el voto del justice Hughes- que la facultad de fijar tarifas es de naturaleza legislativa y necesariamente conlleva un margen de discrecionalidad⁸⁰.

La cuestión tuvo un vuelco importante en 1898 con el célebre caso *Smyth v. Ames*⁸¹ en el cual fue establecida la doctrina del valor justo (*fair value*) para la fijación de las tarifas y su control judicial posterior, ya que la Corte tomó intervención directa en el criterio que debía ser tenido en cuenta en la fijación de una tarifa. En 1893 la legislatura de Nebraska dictó una ley que creó una Comisión de Transporte, y le otorgó facultades para fijar las tarifas. La Comisión inmediatamente, fijó tarifas máximas para el transporte ferroviario, las que fueron impugnadas por las empresas que alegaban su confiscatoriedad⁸². La Corte entendió que las tarifas eran confiscatorias, pero lo importante para la regulación tarifaria posterior fue establecido en el *dictum* del voto del juez Harlan, que se convirtió en la doctrina básica del valor justo⁸³.

76. 94 U.S. 113 (1877).

77. 116 U.S. 307 (1886).

78. 154 U.S. 362 (1894).

79. 230 U.S. 352 (1913).

80. “*The rate-making power is a legislative power and necessarily implies a range of legislative discretion*”, 230 U.S. en p. 433.

81. 169 U.S. 466 (1898).

82. Sostenían que muchas de sus inversiones habían sido efectuadas durante la Guerra Civil y que los costos que habían soportado eran altos, de modo que las tarifas debían reconocer el costo original de las inversiones. El estado por su lado, sostuvo que las tarifas debían ser fijadas según el costo de reposición de las inversiones, lo que permitiría fijar una ganancia razonable.

83. Para llegar a establecer el valor justo en las tarifas, HARLAN entendió que debían tenerse en cuenta seis elementos, que constituyen en buena medida una combinación de todas prácticamente las variantes posibles: 1. El costo de construcción original y los montos invertidos en las mejoras. 2. El monto que representaba el valor accionario de la compañía en el mercado. 3. El valor presente de la construcción, comparado con el valor original. 4. La capacidad de generar ganancias. 5. Los costos operativos. Ninguno de estos factores fue considerado decisivo. En opinión del Tribunal a cada uno de ellos debía “*otorgársele la incidencia que sea justa y debida*”.

Si bien este fallo significó en su momento un avance para el control judicial de las tarifas, la jurisprudencia posterior fue abandonando paulatinamente muchos de los criterios de valuación empleados en él habida cuenta de las dificultades existentes en aplicarlas. Así por ejemplo, en dos casos resueltos en 1909⁸⁴ y 1913⁸⁵, se sostuvo que considerar el criterio del valor accionario de la compañía en el mercado junto a su capacidad de generar ganancias, supone un razonamiento circular, pues el valor en el mercado depende de la ganancia y ésta en última instancia depende del valor de la tarifa. Más tarde en 1923⁸⁶ y 1925⁸⁷ fueron abandonados respectivamente, el valor bursátil de la compañía y el valor impositivo de los bienes. Es así que hacia la década de 1930, los criterios empleados por el juez Harlan estaban casi todos desacreditados⁸⁸ y permanecían solamente en vigencia el valor original -incluyendo las mejores introducidas-, contra el valor presente o valor de reposición. Este criterio fue especialmente valorado en *McCardle v. Indianapolis Water Co.*⁸⁹, donde la inversión original había sido de 10 millones de dólares, el valor presente de aquella era de 22 millones y la Corte lo fijó en 19 millones, contra un valor de 15,3 millones establecido en sede administrativa por el órgano regulador. Aun así, nunca llegó a sostenerse que este criterio fuera exclusivo o excluyente de los otros⁹⁰. En minoría el juez Brandeis⁹¹ sostuvo la inconveniencia del sistema del costo presente o de reposición, ya que prefería el sistema de *inversión prudente* consistente en tomar el costo original deducidos los costos fraudulentos o innecesarios. También los jueces Stone⁹² y Black⁹³, en minoría, criticaron el sistema del costo de reposición⁹⁴.

En realidad puede decirse que en las décadas de los años 20' y 30', la Corte de los Estados Unidos fue abandonando paulatinamente el control sobre las tarifas establecidas por la llamadas comisiones reguladoras independientes (entes reguladores), a medida que éstas iban cobrando mayor presencia en el mundo de la Administración norteamericana⁹⁵ y se advertía paralelamente que los tribunales tienen serias dificultades para revisar los criterios técnicos empleados por la Administración. Uno de los casos claves que marcan este abandono es *Board of Railroad Commissioners of State of North Dako-*

84. *Knoxville v. Knoxville Water Co.*, 212 U.S. 1 (1909).

85. *Minnesota Rate Cases*, 230 U.S. 352 (1913).

86. *Southwestern Bell Telephone Co. v. Missouri Public Service Commission*, 262 U.S. 276 (1923).

87. *Brooklin Union Gas Co. v. Prendergast*, 7 *Federal Reporter*, 2nd. Series 628 (1935).

88. El juez FRANKFURTER fue muy crítico del este criterio considerándolo tanto una *mezcolanza (hodgepodge)*, *Federal Power Commission v. Hope Natural Gas Co.*, 320 U.S. 591, 627 (1944), o como una fórmula engañosa y enredada para la fijación de las tarifas, *Driscoll v. Edison Light & Power Co.*, 307 U.S. 104, 122 (1939).

89. 272 U.S. 400, 408-9 (1926).

90. *Los Angeles Gas & Electric Co. v. Railroad Commission*, 289 U.S. 287, 307 (1933).

91. *Cit. supra* nota 86.

92. V., su disidencia en *West v. Chesapeake & Potomac Telephone Co.*, 295 U.S. 662, 689 (1935).

93. V., su disidencia en *McCart v. Indianapolis Water Co.*, 302 U.S. 419, 428-9 (1938).

94. Las dificultades para establecer el criterio que debía tenerse en cuenta en la fijación de una tarifa provenían del sistema tarifario aplicado en los Estados Unidos. Por aquel entonces regían plenamente -y todavía es utilizado con bastante amplitud- el sistema de la tasa de retorno (*rate of return*) donde como retribución del prestador del servicio se fija una determinada alícuota (tasa) calculada sobre el capital invertido. Para una explicación más detallada del sistema de la tasa de retorno, me remito a: BIANCHI, Alberto B., "La tarifa en los servicios públicos (Del *rate of return* al *price cap*)", *Revista de derecho Administrativo* n° 27-29, Depalma, Buenos Aires 1998, pp. 35-60. El sistema de tasa de retorno genera una gran dificultad en determinar el modo de calcular el monto de la inversión efectuada e insume incontables horas de trabajo a los entes reguladores en la realización de esta tarea. De hecho Alfred KAHN ha dicho que los entes reguladores se pasan la mayor parte de su tiempo regulando directa o indirectamente las tarifas. KAHN, Alfred E., *The Economics of Regulation*, The MIT Press, Massachusetts 1993, p. 25.

95. Sobre el particular V., BIANCHI, Alberto B., *La Regulación Económica*, Abaco, Buenos Aires 2001, t I, §§ 5, 6 y 17.

ta v. *Great Northern Railway Co.*⁹⁶, donde con motivo de la impugnación de tarifas ferroviarias, la Corte dijo que la fijación de tarifas es una cuestión de hecho, técnica y compleja cuya solución requiere de una gran discrecionalidad administrativa⁹⁷. Pero de todos modos este mismo criterio ya estaba fijado en *Manufacturers Railway Co. v. United States*⁹⁸ y en *Nashville C. & ST. L. Railway v. Tennessee*⁹⁹. También puede ser encontrado en *United States Navigation Co. Inc. v. Cunard S.S. Co.*¹⁰⁰ y en *Swayne & Hoyt, Ltd. v. United States*¹⁰¹

Muy importantes y prácticamente definitivos en esta tendencia son cuatro casos tres de los cuales fueron decididos en el ámbito de la industria del gas y el cuarto en materia de tarifas de transporte ferroviario de piezas de correo. Los tres primeros son: *Los Angeles Gas & Electric Co. v. Railroad Commission*¹⁰², *Federal Power Commission v. Hope Natural Gas Co.*¹⁰³ y *Federal Power Commission v. Colorado Interstate Gas Co.*¹⁰⁴. En estos fallos quedó definido que si el efecto total del cuadro tarifario es justo o razonable no puede ejercerse control judicial y quien alegue su irrazonabilidad carga con la prueba de demostrarlo. En el segundo de los casos mencionados -que podría decirse es el más importante¹⁰⁵- la *Federal Power Commission* había ordenado a la compañía reducir las tarifas en un 60% sobre la base de calcular el valor original de la inversión en 33,7 millones de dólares con una tasa de retorno del 6,6 %. Por su lado, la compañía sostenía que el costo de reposición era de 97 millones, que debía tener una tasa de retorno del 8% y estimaba que mediante el *fair value* el valor de cálculo de la tarifa era de 66 millones. En su fallo la Corte ratificó la decisión administrativa y ordenó a *Hope Natural Gas* reducir sus tarifas. Para ello sostuvo: "... De acuerdo con el estándar legal de justo y razonable, es el resultado alcanzado y no el método empleado lo que es decisivo ... No es la teoría sino el impacto de la tarifa lo que cuenta. Si el efecto total de la tarifa no puede calificarse como injusto e irrazonable, el control judicial finaliza ... Quien impugna la tarifa corre con la carga de demostrar que es inválida

96. 281 U.S. 412 (1930).

97. "The controlling principle, thus invoked, was derived from a consideration of the nature of the question and of the inquiry and action required for its solution. The inquiry would necessarily relate to technical and intricate matters of fact, and the solution of the question would demand the exercise of sound administrative discretion. The accomplishment of the purpose of Congress could not be had without the comprehensive study of an expert body continuously employed in administrative supervision. Only through the action of such a body could there be secured the uniformity of ruling upon which appropriate protection from unreasonable exactions and unjust discriminations must depend", 281 U.S. en pp. 421 y 422.

98. 246 U.S. 457 (1918).

99. 262 U.S. 318 (1923). El criterio de la deferencia aparece nitidamente en este párrafo "Every rate which gives preference or advantage to certain persons, commodities, localities or traffic is discriminatory; for such preference prevents absolute equality of treatment among all shippers or all travelers. But discrimination is not necessarily unlawful. The Act to Regulate Commerce prohibits only that discrimination which is unreasonable, undue or unjust". (citas omitidas) "Whether a preference or discrimination is undue, unreasonable, or unjust is ordinarily left to the Commission for decision; and the determination is to be made, as a question of fact, on the matters proved in the particular case", 262 U.S. en p. 322.

100. 284 U.S. 474 (1932).

101. 300 U.S. 297 (1937).

102. 289 U.S. 287 (1933).

103. 320 U.S. 591 (1944).

104. 348 U.S. 492 (1955).

105. Junto con *Smyth v. Ames* son los casos que marcan épocas en el control judicial de la fijación de tarifas. V., BREYER, Stephen G.; STEWART, Richard B.; SUNSTEIN, Cass R.; SPITZER, Matthew L., *Administrative Law and Regulatory Policy*, 4th ed., Aspen Law & Business, 1999, pp. 230 y ss. En adelante BREYER, *Administrative Law and Regulatory Policy*.

*porque es injusta e irrazonable en sus consecuencias*¹⁰⁶. En el tercero, la Corte ratifica estas afirmaciones y concluye en que “no es función de los tribunales fijar las tarifas”¹⁰⁷. El cuarto caso es *United States v. Jones*¹⁰⁸, donde la Corte admitió que la facultad de fijar tarifas (*rate-making power*) es esencialmente legislativo en su primera instancia, es decir en la determinación legislativa del marco general, sino que los tribunales deben ejercer una autorestricción en atención a la experiencia o pericia (*expertise*) de las agencias administrativas especiales encargadas de ejercer esa función, agregando asimismo que ello se encuentra en las raíces del problema al igual que la doctrina de la jurisdicción primaria o el agotamiento de la vía administrativa¹⁰⁹.

En síntesis, salvo en *Smith v. Ames*, en el cual la Corte Suprema hizo un gran esfuerzo por establecer un criterio para fijar las tarifas, en el resto de los casos posteriores se admite que esto es una cuestión de hecho y no de derecho, y que por lo tanto no es de la competencia de los tribunales inmiscuirse en esa tarea. Así la deferencia de los tribunales hacia la decisión administrativa es muy importante y sólo cede frente a casos de manifiesta arbitrariedad. Pero no se registran fallos en los que esto haya ocurrido.

7. Ámbito de aplicación

Quiero precisar ahora cual es el ámbito de aplicación de esta doctrina, pero para ello primeramente necesito describir -al menos en forma sumaria- los distintos tipos de reglamentos (*rules*) que produce la Administración norteamericana, ya que aquella tiene aplicación solamente en relación con uno de esos tipos.

A. Los reglamentos en la Administración norteamericana

En los Estados Unidos existen -en el orden federal- tres clases de *rules*: (a) *substantive rules*, también llamados *legislative rules*; (b) *interpretative rules* y *procedural rules*¹¹⁰.

Las *substantive rules* son las más importantes de todas y coinciden en parte con nuestros reglamentos delegados¹¹¹. Proceden siempre de una delegación legislativa y son en el ámbito de la Administración y dentro de los límites de la delegación y de la competencia de quien las emite, el equivalente de las leyes. Ello significa que pueden afectar derechos e imponer obligaciones. Son sancionadas por medio de un procedimiento formal establecido en la Ley de Procedimientos Administrativos (*Administrative Procedures Act, APA*)¹¹², según el cual antes de emitir el reglamento se debe publicar el

106. 320 U.S. en p. 602.

107. 348 U.S. en p. 501.

108. 336 U.S. 641 (1949).

109. 336 U.S. en p. 652.

110. La división expuesta es la comúnmente aceptada por los autores. PIERCE-Davis, que también se basan en ella reconocen, no obstante, la existencia de otro tipo de reglas llegando a enumerar doce clases: DAVIS, Kenneth C. and PIERCE, Richard J. (Jr.), *Administrative Law Treatise*, 3rd. ed., Little Brown and Co, 1994, vol. III, p. 108. En adelante, PIERCE- DAVIS, *Treatise*.

111. *Infra* III.b, me ocuparé con más detalle de las semejanzas y diferencias entre los reglamentos norteamericanos y los argentinos.

112. 5 USC § 553(b).

proyecto en el *Federal Register*¹¹³ y se debe dar oportunidad a los interesados a que emitan su opinión (*notice and comment*). En algunas ocasiones, incluso se requiere de una audiencia pública formal, según lo establecido también en la APA¹¹⁴. Me ocuparé de esta cuestión con más detalle en el Capítulo I., punto b.

Las *interpretative rules*, por el contrario, no tienen fuerza legal ni proceden de una delegación, por ende no pueden crear derechos ni imponer obligaciones. Son emitidas por la Administración como medio de interpretar el sentido de una ley pero esa interpretación no es obligatoria ni los tribunales deben imponerla. De allí que cumplen una función esencialmente consultiva. Su emisión está exenta de las formalidades que preceden al dictado de la *substantive rules*, aun cuando deben ser publicadas en el *Federal Register*.

No obstante las diferencias apuntadas, que son significativas, entre las *substantive rules* y las *interpretative rules*, existe un punto en común: ambas en la práctica interpretan el sentido y alcance de una ley¹¹⁵. Cuando el Congreso delega en la Administración la facultad de reglamentar una ley no caben dudas de que aquélla “dice lo que el Congreso quiso decir” es decir está interpretando el sentido y alcances de una norma. La diferencia es que en este caso lo está haciendo por expresa disposición del legislador y con fuerza de ley, lo que exige un procedimiento de emisión determinado. Ello además, tal como veremos en el punto siguiente, es relevante desde el punto de vista de la deferencia.

En tercer lugar están los reglamentos procesales (*procedural rules*). Su diferencia con las *substantive rules* además de la materia que abordan en sí -procesal y de fondo- es que si bien pueden derivar de una delegación legislativa expresa¹¹⁶, se ha reconocido desde siempre que los órganos o entes de la Administración tienen facultades inherentes para dictar sus propias reglas de procedimiento¹¹⁷. Asimismo, su emisión está exenta del *notice and comment*, es decir de la publicación previa del proyecto y de la participación de los interesados antes de su sanción.

No deben confundirse estas *rules*, que puede emitir cualquier órgano o ente de la Administración, con las llamadas órdenes ejecutivas (*executive orders*) y las proclamaciones (*proclamations*) que son dos tipos de reglamentos típicos y exclusivos del Presidente, nacidos de poderes delegados por el Congreso o bien inherentes a la función ejecutiva. De tal modo podrían asemejarse a nuestros decretos. Las *proclamations* consisten en anuncios de ciertas políticas efectuados en ceremonias oficiales, pero tienen poder reglamentario¹¹⁸ y se publican en el *Federal Register*. Su empleo data de 1846. Las *executive orders* son típicos decretos ejecutivos que si bien carecen de fundamento

113. En la Argentina la legislación -tanto la que sanciona el Congreso, como la que produce la Administración- se publica en el *Boletín Oficial*, como medio de darla a conocer y obtener así vigencia. En los Estados Unidos esta función se cumple a través de cuatro publicaciones oficiales diferentes, dos para las leyes y dos para la legislación administrativa. Las leyes se publican cronológicamente desde 1846 en los *United States Statutes at Large*, y luego son reordenadas por materias en el *United States Code* que data de 1926. Los reglamentos, por su lado, se publican cronológicamente en el *Federal Register* y luego son reordenados por agencia y por materia en el *Code of Federal Regulations*. Para mayor información, V., COHEN, Morris L., BERRING, Robert C. and OLSON, Kent C., *How to Find the Law*, 9th ed. West Publishing Co., 1989.

114. 5 USC §§ 556 y 557.

115. PIERCE-DAVIS, *Treatise, cit.*, vol. I, p. 234.

116. *Goldsmith v. Board of Tax Appeals*, 270 U.S. 117 (1926).

117. *United States v. Bailey*, 34 U.S. 238, 255 (1835).

118. En *Lapeyre v. United States*, 84 U.S. 191 (1873), dispuso que las proclamaciones son fuente del derecho y constituyen instrumentos del derecho federal una vez que han sido depositadas en la oficina del Secretario de Estado.

constitucional expreso, podría encontrárselo en la llamada *take care clause* del Artículo II¹¹⁹. No obstante muchas de ellas se han comportado como decretos autónomos, nacidos de la exclusiva autoridad presidencial. Recién en 1907 comenzaron a ser numeradas¹²⁰, pese a que desde George Washington habían sido empleadas por todos los presidentes. Su uso, no obstante, es limitado y el Presidente que ostenta el récord en la sanción de órdenes ejecutivas es F.D. Roosevelt, quien a lo largo de sus cuatro mandatos emitió 3522¹²¹. Algunas de ellas son famosas, así por ejemplo la N° 9066 de febrero de 1942, por medio de la cual F.D. Roosevelt ordenó la internación de ciudadanos norteamericanos de origen japonés en campos de concentración. No lo es menos -al menos en el mundo del derecho constitucional- la N° 10340 emitida por Harry S. Truman en 1952, ordenando la intervención de las fábricas de acero que estaban en huelga durante la Guerra de Corea¹²². En el ámbito de la regulación económica es muy conocida la N° 12291, emitida en 1981 por Ronald Reagan disponiendo que todas las agencias administrativas, antes de sancionar un regulación, demostraran que superaba la prueba del costo-beneficio económico. El procedimiento de emisión de una orden ejecutiva tiene varios pasos y controles previos¹²³.

B. *Substantive rules v. adjudications*

No cabe duda alguna de que el campo principal de aplicación de la deferencia son las *substantive rules*. La doctrina de la deferencia sostiene que los tribunales deben acatar lo decidido por el reglamento cuando éste interpreta la ley en forma razonable o está exento de errores manifiestos o de arbitrariedad. Se sigue de ello que la deferencia tiene cabida específica en el terreno de la delegación legislativa, ya que los norteamericanos desconocen el concepto de reglamento ejecutivo, lo que les permite tener un sistema mucho más sencillo y claro que el nuestro en este aspecto.

Ahora bien, como todo reglamento delegado supone, en algún punto, un acto de interpretación de la ley, se discute también si puede otorgarse deferencia a una *interpretative rule*. La respuesta a juicio de Davis-Pierce es negativa¹²⁴, aun cuando admiten que la Corte Suprema también ha concedido en algunos casos cierto grado de deferencia para las reglamentaciones interpretativas, tal como surge de lo decidido en *Skidmore v. Swift & Co.*¹²⁵.

119. Según esta cláusula el Presidente debe "cuidar (*take care*) de que las leyes sean debidamente ejecutadas".

120. A diferencia de nuestros decretos, su número es continuo, es decir no se interrumpe cada año, ni cambia con cada Presidente.

121. Reagan, Ronald en sus ocho años solamente dictó 409. Fuente: *Guide to the Presidency*, Congressional Quarterly, Washington D.C. 1989, p. 479.

122. Como bien sabemos esta orden fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema. V., *infra* nota 144.

123. La mayoría se originan en los órganos o entes de la Administración (agencias) y sólo algunas se redactan directamente en las oficinas de la Casa Blanca. Intervienen en este proceso personas especializadas en las distintas áreas y muy raramente son preparadas directamente por el Presidente. Deben estar redactadas según formalidades ya previamente establecidas y una vez finalizado el proyecto es remitido a la Oficina de Administración y Presupuesto (*Office of Management and Budget*) para que se lo examine desde el punto de la política general y presupuestaria y luego es enviado al *Attorney General* (Ministro de Justicia) para su examen desde el punto de vista legal. Finalmente es enviado al *Federal Register* para la corrección de aspectos de estilo. Concluidos estos pasos la executive order es sometida al Presidente para su firma y luego de ello se la publica en el *Federal Register*. V., *Guide to the Presidency*, *cit.* p. 480.

124. DAVIS-PIERCE, *Treatise*, vol. I, p. 236.

125. 323 U.S. 134 (1944).

El caso se origina con una interpretación de la ley de estándares laborales justos (*Fair Labor Standards Act*) de 1938 efectuada por su autoridad de aplicación quien no estaba legalmente habilitada para reglamentarla¹²⁶.

Ante la impugnación judicial de la reglamentación, la Corte sostuvo su validez diciendo que si bien la interpretación administrativa no era decisiva u obligatoria, constituía no obstante una guía con valor persuasivo¹²⁷.

Finalmente cabe preguntar si la deferencia alcanza también a los actos administrativos individuales (*adjudication*). Según los más conspicuos representantes de la doctrina norteamericana esto es posible. Así lo entienden Schwartz¹²⁸ y Davis-Pierce¹²⁹ quienes sin abrir juicio sobre el problema, reproducen lo que dice la jurisprudencia. La Corte Suprema ha empleado el test de Chevron ante la revisión de un acto administrativo individual en *De Bartolo Corp. v. Florida Gulf Coast Building & Construction Trades Council*¹³⁰ y la Corte de Circuito del Distrito de Columbia también lo hizo en *National Fuel Gas Supply Corp. v. Federal Energy Regulatory Commission*¹³¹. El caso se originó en la negativa por parte de la FERC a otorgar un aumento tarifario a favor de la compañía con fundamento en un acuerdo celebrado previamente, decisión que fue judicialmente convalidada con invocación de la doctrina del caso Chevron el cual como veremos enseguida es el *leading case* actual en la doctrina de la deferencia¹³².

8. Crítica doctrinaria a Chevron

La doctrina de la deferencia tal como fue elaborada en *Gray v. Powell y Bowles v. Seminole Rock* fue aceptada pacíficamente por la jurisprudencia y doctrina. Chevron en cambio ha sido y es una decisión sumamente controvertida en el mundo del Derecho Administrativo norteamericano. Está considerada como una de los precedentes más importantes en la historia de este derecho, y se calcula que en la primera década transcurrida desde su dictado fue citado y aplicado en miles de casos superando el récord de otros muy famosos¹³³. Pero al mismo tiempo constituye una decisión doctrinariamente muy controvertida, que provocó una disputa entre el juez Antonin Scalia¹³⁴, uno de los firmantes de la sentencia y Bernard Schwartz, quien no sólo la criticó fuertemente¹³⁵,

126. En reemplazo de una *substantive rule* se habían emitido *interpretative bulletines*.

127. "We consider that the rulings, interpretations and opinions of the Administrator under this Act, while not controlling upon the courts by reason of their authority, do constitute a body of experience and informed judgement to which courts and litigants may properly resort for guidance. The weight of such a judgement in a particular case will depend upon the thoroughness evident in its consideration, the validity of its reasoning, its consistency with earlier and later pronouncements, and all those factors which give it power to persuade, if lacking power control", 323 U.S. en p. 140.

128. SCHWARTZ, *Administrative Law*, p. 704.

129. DAVIS-PIERCE, *Treatise*, vol. I, p. 119.

130. 485 U.S. 568 (1988).

131. 811 Federal Reporter, 2nd series 1563 (D.C. Cir. 1987).

132. Además del caso citado, la doctrina de la deferencia ha sido aplicada en relación con actos administrativos en: *Michigan Citizens v. Thornburgh*, 868 Federal Reporter, 2nd series 1285 (D.C. Cir. 1989); *Securities Industries v. Board of Governors*, 847 Federal Reporter, 2nd series 890 (D.C. Cir. 1988); *Puerto Rico Electric Power Authority v. Federal Energy Regulatory Commission*, 848 Federal Reporter, 2nd series 243 (D.C. Cir. 1988).

133. DAVIS-PIERCE, *Treatise*, vol. I, p. 110; BREYER, *Administrative Law and Regulatory Policy*, p. 256.

134. SCALIA, Antonin, "Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law", *Duke Law Journal*, año 1989, pp. 511.

135. SCHWARTZ, Bernard, "Shooting the Piano Player?, Justice Scalia and Administrative Law", *Administrative Law Review*, vol. 47, 1995, p. 2.

sino que minimizó sus alcances¹³⁶. A esta disputa se suman también los aportes de otros muchos defensores¹³⁷ y detractores¹³⁸, que trascienden las fronteras norteamericanas¹³⁹. Todo ello no deja de ser curioso, para quienes como Manning, entienden que los principios de *Chevron* y de *Bowles v. Seminole Rock* son funcionalmente similares¹⁴⁰.

III. LA DOCTRINA DE LA DEFERENCIA EN LA ARGENTINA

1. Planteo

Quiero examinar ahora la cuestión en nuestro país, y ver de qué manera la Corte Suprema, ha ejercido la revisión judicial de la actividad administrativa, tanto en su faz reglamentaria, como en la emisión de actos administrativos.

En el terreno reglamentario debemos tener en cuenta, como punto de partida, que no hemos seguido a la Constitución norteamericana, con la exactitud que lo hicimos en otros aspectos. En realidad el apartamiento fue significativo y de ello deriva que la potestad reglamentaria del Presidente argentino es mucho mayor que la del norteamericano, según veremos. No obstante, en lo referente a la delegación legislativa, la Corte argentina ha seguido muy de cerca la jurisprudencia de la Corte norteamericana. Asimismo bajo el ex artículo 86.2 (hoy 99.2) se elaboró un cuerpo de jurisprudencia de características similares a la doctrina de la deferencia, según veremos. Se sigue de todo ello, que las diferencias entre el sistema norteamericano y el argentino, en relación con los reglamentos que nacen a partir de una ley, que es lo que interesa a los efectos de esta doctrina, no llegan a ser tan pronunciadas como podría parecer en una primera impresión.

En el control judicial de actos administrativos individuales, por el contrario, puede decirse que no existe doctrina de la deferencia.

136. Según su opinión, *Chevron* ha aportado muy poco a lo que ya estaba establecido en *Gray v. Powell*. SCHWARTZ, *Administrative Law*, p. 703.

137. PIERCE, Richard J., Jr., "Chevron and its Aftermath, Judicial Review of Agency Interpretations of Statutory Provisions", *Vanderbilt Law Review*, vol. 41, 1988, pp. 301, 303; SILBERMAN, Laurence H., "Chevron -The Intersection of Law & Policy", *George Washington Law Review*, vol. 58, 1990, pp. 821, 823; STARR, Kenneth, "Judicial Review in the Post-Chevron Era", *Yale Journal on Regulation*, vol. 3, 1986, pp. 283, 307-09; STRAUSS, Peter L., "One Hundred Fifty Cases Per Year, Some Implications of the Supreme Court's Limited Resources for Judicial Review of Agency Action", *Columbia Law Review* 1093, vol. 87, 1987, pp. 1121-22.

138. BREYER, Stephen, "Judicial Review of Questions of Law and Policy", *Administrative Law Review*, vol. 38, 1986, pp. 363, 377; FARINA, Cynthia R., "Statutory Interpretation and Balance of Power in the Administrative State", *Columbia Law Review*, vol. 89, 1989, pp. 452; MERRILL, Thomas W., "Judicial Deference to Executive Precedent", *Yale Law Journal*, vol. 101, 1992, pp. 969, 998; MIKVA, Abner J., "How Should the Courts Treat Administrative Agencies", *American University Law Review*, vol. 36, 1986, pp. 1, 7-9; SEIDENFELD, Mark, "A Syncopated Chevron, Emphasizing Reasoned Decisionmaking in Reviewing Agency Interpretations of Statutes", *Texas Law Review*, vol. 73, 1994, p. 83; SUNSTEIN, Cass R., "Constitutionalism After the New Deal", *Harvard Law Review*, vol. 101, 1987, pp. 421, 465-69.

139. Entre los autores españoles, habida cuenta de la tendencia judicialista de la moderna doctrina, *Chevron* genera rechazo. V., *supra* nota 2.

140. MANNING, John F., "Constitutional Structure and Judicial Deference to Agency Interpretations of Agency Rules", *Columbia Law Review*, vol. 96, pp. 612, 613 (1996).

2. Los reglamentos en la Argentina Diferencias con los reglamentos en los Estados Unidos

En la Argentina hemos desarrollado cuatro tipos de reglamentos cuyo análisis -por ser bien conocidos y estar extensamente explicadas en las obras generales del Derecho Administrativo¹⁴¹- excede el marco de este artículo¹⁴². Me limitaré entonces a recordar solamente que tenemos: *reglamentos autónomos*, con fundamento constitucional en el artículo 99.1 y que se le reconocen al Presidente como “responsable político de la Administración”¹⁴³; *reglamentos ejecutivos*, previstos en el artículo 99.2; *reglamentos delegados*, que antes de 1994 surgían implícitos del ex artículo 67.28 y están expresamente reconocidos ahora en el artículo 76; y *reglamentos de necesidad y urgencia*, reconocidos en el artículo 99.3 luego de la reforma constitucional de 1994. De esta clasificación se sigue que en el derecho argentino el reglamento en relación con la ley puede: (a) ser independiente (autónomos); (b) nacer al amparo de ella con el objeto de llenar sus contenidos y ponerla en ejecución (delegados y ejecutivos); o (c) suplantarla ante la imposibilidad de que el Congreso legisle con eficacia en una emergencia (de necesidad y urgencia).

Si comparamos estas cuatro categorías con el sistema norteamericano, encontraremos más diferencias que semejanzas. Intentando hacer un paralelo -con todos las inexactitudes que estas comparaciones arrojan- podría decirse que: (a) el Presidente norteamericano -en algunas ocasiones- ejerce facultades reglamentarias autónomas por medio de las *executive orders*; (b) emite reglamentos delegados aun cuando no hay una previsión constitucional que lo prevea; (c) no tiene facultades como las que surgen del artículo 99.2, pues la llamada *take care clause* a la que me referiré enseguida no genera una función equivalente y (d) en principio no puede emitir decretos de necesidad y urgencia¹⁴⁴.

Para comprender cabalmente las diferencias entre la actividad reglamentaria de la Administración norteamericana con la nuestra, debemos partir de un postulado básico. En nuestro país, desde el punto de vista constitucional, el Presidente es el principal órgano de emisión de reglamentos; en los Estados Unidos, por el contrario, esa función corresponde principalmente a los diferentes departamentos y agencias administrativas

141. Cito por todas: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, §63, p. 240, 4ª edición, Buenos Aires 1990; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. I, pp. 136 y ss, 6ª edición, Buenos Aires 1998.

142. Ciertamente me refiero solamente a los reglamentos que emanan del Poder Ejecutivo, esto es los decretos, que constituyen la principal fuente de la actividad reglamentaria de la Administración. No desconozco obviamente que en paralelo existen una gran cantidad de normas administrativas de alcance general que dictan los restantes órganos y entes de la Administración y que podrían ser clasificados en dos grandes grupos: (a) los que proceden de facultades propias del órgano emisor y (b) los que se ejercen por delegación. Esa delegación por lo general es administrativa, esto es, procede del superior jerárquico, pero podría también ser legislativa en caso de que la fuente de la habilitación estuviera en una ley aun cuando luego de la reforma constitucional se sostuviera que el artículo 76 sólo permite delegaciones en el Poder ejecutivo, lo que no es correcto ya que numerosos entes administrativos ejercen actividades por vía de delegación legislativa. Cito solamente como ejemplo al Banco Central y a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP).

143. No caben dudas de que la *jefatura* de la administración que ejercía el Presidente antes de la reforma bajo el artículo 86.1 ha cambiado ahora de nombre, pero no de función. El Jefe de Gabinete ejerce la Administración (artículo 100.1), pero la cabeza de la administración sigue siendo el Presidente, quien conserva las facultades de reglamentar las leyes (artículo 99.2).

144. Recordemos que cuando el Presidente Truman durante la Guerra de Corea decidió intervenir por Decreto (Executive Order n° 10340), las fábricas de acero que estaban en huelga, la Corte en *Youngstown Tube & Sheet Co. v. Sawyer* 343 U.S. 579 (1952), declaró la inconstitucionalidad de la decisión por considerarla violatoria de las funciones del Congreso.

que dependen del Presidente. Los constituyentes de 1853 en esto siguieron el proyecto de Alberdi, que en su artículo 85.2¹⁴⁵ copió el artículo 170.1 de la llamada Constitución de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz en marzo de 1812¹⁴⁶. Ello dio lugar al viejo artículo 86.2¹⁴⁷ (hoy 99.2), que ha permitido al Presidente argentino poseer facultades propias para reglamentar las leyes, es decir sin requerir habilitación legislativa previa, según se ha sostenido reiteradamente¹⁴⁸. En los Estados Unidos el único paralelo que podemos encontrar con el artículo 99.2, es la llamada *take care clause* inserta en el artículo II¹⁴⁹, por medio de la cual el Presidente debe cuidar (*take care*) de que las leyes sean fiel y debidamente ejecutadas por sus subordinados en la Administración¹⁵⁰. Así, mientras en la Argentina es el Presidente quien directamente *ejecuta* las leyes, en los Estados Unidos éste *cuida* de que las leyes sean debidamente ejecutadas¹⁵¹.

De esta primera diferencia nace otra secundaria, pero no menos importante. La función de interpretar y reglamentar las leyes en la Argentina puede hacerse a través de dos clases de reglamentos: ejecutivos y delegados. En los Estados Unidos esta distinción no existe; solamente existen los reglamentos delegados. No obstante ello, y como fuente de permanente confusión entre nosotros, la Corte Suprema desde A.M. Delfino¹⁵² en adelante, mezcló unos reglamentos con otros¹⁵³, sosteniendo que las facultades delegadas por el Congreso (reglamentos delegados) se ejercen dentro de los límites del artículo 86.2 (reglamentos ejecutivos) y además justificó todo ello con citas de la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana donde aquel artículo no existe. Dejo de lado aquí la dificultad interpretativa que acarrea la coexistencia de estas dos categorías supuestamente diferentes, cuyas similitudes son tan grandes y sus diferencias tan sutiles, que hacen inexplicable y poco aconsejable su mantenimiento. Ya me he ocupado anteriormente de esta problemática¹⁵⁴ y por ende sólo quiero decir que tenemos dos categorías de reglamentos para cumplir una sola función, consecuentemente, alguna de las dos

145. El proyecto de Constitución de ALBERDI decía: Artículo 85 “*El Presidente de la Confederación tiene las siguientes atribuciones: ... 2. Expide los reglamentos e instrucciones que son necesarios para la ejecución de las leyes generales de la Confederación, cuidando de no alterar su espíritu por excepciones reglamentarias*”.

146. Este artículo decía: “*Además de la prerrogativa que compete al Rey de sancionar las leyes y promulgarlas, le corresponden como principales las facultades siguientes: Primera: Expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea conducentes para la ejecución de las leyes*”

147. Antes de la reforma de 1860 era el artículo 83.2.

148. Desde GONZÁLEZ, Joaquín V., en adelante, la doctrina argentina ha reconocido que el Poder Ejecutivo puede emitir reglamentos ejecutivos sin que haya una habilitación legal expresa. GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, en *Obras Completas*, Buenos Aires 1935, t. III, § 545, p. 471; BIELSA, Rafael, *Derecho Constitucional*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires 1959, p. 667, VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. I, p. 272, T.E.A., Buenos Aires 1949; MARIENHOFF, Tratado, *cit.*, t. I, §67.a, p. 248; CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, *cit.* t. I, 143.

149. “... *he* (el Presidente) *shall take care that the laws be faithfully executed...*”.

150. Se admite incluso que el Presidente bajo esta cláusula podría ejercer el veto de una ley inconstitucional o negarse a ejecutarla. Para una discusión sobre este tema V., TRIBE, Laurence H., *American Constitutional Law*, 3rd ed., Foundation Press, New York 2000, vol. I., pp. 725-730.

151. El Presidente norteamericano, a través de una gran cantidad de *executive orders* dictadas especialmente a partir de la presidencia de Nixon, Richard ha desarrollado una intensa tarea de revisión de los reglamentos emanados de las agencias administrativas. Bajo la presidencia de Clinton se dictó la EO n° 12.866, que vino a reemplazar a la n° 12.291 del Presidente Reagan antes mencionada. V., LUBBERS, Jeffrey S., *A Guide to Federal Agency Rulemaking*, 3rd ed., American Bar Association, 1998, pp. 19-33.

152. Fallos 148-430 (1927).

153. Recién se produjo un cambio significativo en *Cocchia C. Estado Nacional*, Fallos 316-2624 (1993), donde la Corte distinguió entre lo que denominó reglamentos de ejecución sustantiva (reglamentos delegados) y reglamentos de ejecución adjetiva (reglamentos ejecutivos).

154. BIANCHI, Alberto B., *La Delegación Legislativa*, Abaco, Buenos Aires 1990, Cap. III. *Idem: Horizontes de la delegación legislativa luego de la reforma constitucional*, citado *supra* nota 7.

sobra. Sí me interesa abordar en cambio, lo que podría llamarse la doctrina de la deferencia nacida bajo el artículo 99.2, esto es la jurisprudencia de la Corte argentina en relación con los estándares de revisión de los decretos del Poder Ejecutivo, emitidos a partir de una habilitación legal (expresa o implícita), que si bien está referida específicamente a los reglamentos ejecutivos, también es aplicable a los delegados, ya que ambos cumplen similares funciones.

En síntesis, puede decirse que las fuentes constitucionales de la actividad reglamentaria del Presidente y de la Administración en la Argentina, son muy diferentes que las del Presidente norteamericano. No obstante ello ambos sistemas -como no podía ser de otra manera- comparten un hecho inevitable: alguien debe reglamentar las leyes, y alguien debe verificar luego si esa reglamentación ha sido fiel al texto legal o se ha apartado de él. La primera tarea es administrativa y la segunda es esencialmente judicial¹⁵⁵.

3. Jurisprudencia de la Corte Suprema en torno a la revisión de los reglamentos

En este punto voy a examinar la jurisprudencia de la Corte que, bajo el artículo 99.2 (ex 86.2), ha elaborado lo que podría ser considerado el equivalente argentino de la doctrina de la deferencia. Antes de ello quiero mencionar, que los principios elaborados bajo dicha norma constitucional no se restringen en su aplicación a los decretos emitidos por el Presidente de la Nación, sino que se extienden también a otras formas reglamentarias emanadas de otros órganos y entes de la administración, a quienes también les alcanza la deferencia judicial. Ello surge de diversos fallos relacionados, principalmente, con resoluciones de la DGI¹⁵⁶ y del Banco Central¹⁵⁷.

Hecha esta aclaración, señalo que probablemente una de las primeras veces que la Corte Suprema argentina se ocupó de este problema, fue en 1928 cuando resolvió el caso *Administración de Impuestos Internos c. Chadwick, Weir y Cía. Ltda.*¹⁵⁸. La demandada impugnaba el decreto reglamentario de la ley 11.252, señalando que la ley en cuestión establecía un impuesto sobre las primas de seguros que debían pagar solamente las compañías aseguradoras no radicadas en el país, mientras que la reglamentación había extendido el tributo a los particulares que también estaban en esas condiciones. La Corte si bien admitió que el decreto no era aplicable a la recurrente pues no era un particular, por vía de *obiter* convalidó la reglamentación diciendo: “*Que de acuerdo con el texto expreso de la cláusula constitucional que se dice vulnerada en el caso, el Poder Ejecutivo tiene la facultad de expedir las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, pero no puede alterar su espíritu con dichas reglamentaciones; enunciado que importa, en otros términos, de acuerdo con preceptos generales de la exégesis más estricta, que los decretos reglamentarios del poder administrador pueden apartarse de la estructura literal de la ley, siempre que se ajusten al espíritu de la misma; el texto legal es susceptible de ser modificado en sus*

155. Digo esencialmente pues como vimos, el Presidente norteamericano puede revisar los reglamentos administrativos al igual que también puede hacerlo el Poder Ejecutivo en la Argentina por vía recursiva, según lo previsto en el artículo 73 del reglamento de la Ley de Procedimientos Administrativos (Decreto 1759/72, t.o. 1991).

156. *D.G.I. c. Mar S.A.* Fallos 303-747 (1981); *Cantera Sierras Bayas S.A.*, Fallos 303-1595 (1981) *D.G.I. c. De Angelis S.A.*, Fallos 304-438 (1982); *Hulytego S.A.*, Fallos 305-134 (1983); *Krill Producciones Gráficas S.R.L.* Fallos 316-1239 (1993); *Juan Simón Morillas*, Fallos 316-1261 (1993); *Tecnicagua S.A.* Fallos 316-2492 (1993).

157. *Agüero c. Banco Central*, Fallos 315-2530 (1992).

158. Fallos 151-5 (1928).

*modalidades de expresión siempre que ello no afecte su acepción sustantiva, y en consecuencia, procede establecerse en general, desde luego, que no vulneran el principio constitucional de que las instrucciones y reglamentos que se expidan para la mejor ejecución de las leyes cuando esa reglamentación se dicte cuidando, para usar el vocablo de la Constitución, de que se mantenga inalterables los fines y el sentido o concepto con que dichas leyes hayan sido sancionadas*¹⁵⁹.

Algunos años después volvió a convalidar la constitucionalidad de otro decreto con iguales razonamientos en *María F. de Salmón*¹⁶⁰. La norma cuestionada era la Reglamentación General de Impuestos Internos en cuanto establecía ciertas presunciones de fraude a las disposiciones de la ley reglamentada. Dijo la Corte que “... *el Poder Ejecutivo no se excede en su facultad reglamentaria constitucional, cuando simplemente se aparta de la estructura literal de la ley siempre que se ajuste al espíritu de la misma; y el texto legal es susceptible de ser modificado en sus modalidades de expresión siempre que ello no afecte su acepción sustantiva*”¹⁶¹. Igual criterio surge de la causa *Pérez y González*¹⁶², seguida por infracción a la ley 12.591, cuyo reglamento exigía colocar carteles identificatorios del precio y categoría a la cual pertenecían en los artículos objeto de la regulación legal. Dijo el Tribunal: “*Esta Corte ha decidido de manera reiterada que el P.E. no excede la facultad reglamentaria que le acuerda el art. 86, inc. 2º de la Constitución Nacional, por la circunstancia de que no se ajuste en su ejercicio a los términos de la ley, siempre que las disposiciones del reglamento no sean incompatibles con los preceptos legales: propendan al mejor cumplimiento del fin de aquélla o constituyan medios razonables para evitar su violación y se ajusten así en definitiva, a su espíritu*”¹⁶³. De igual manera, en *Julio L. Bustos S.R.L. c. Nación Argentina*¹⁶⁴, donde se discutía la constitucionalidad de una reglamentación aduanera que eliminaba la exención de pago de derechos aduaneros para ciertos productos contemplados genéricamente en la ley 11.588, la Corte resolvió a favor de la constitucionalidad de la norma diciendo: “... *como lo tiene decidido este Tribunal, en forma reiterada, no excede aquél la facultad reglamentaria que le acuerda la Constitución, por la circunstancia de que no se ajuste en su ejercicio a los términos de la ley, siempre que las disposiciones del reglamento no sean incompatibles con los preceptos legales, propendan al mejor cumplimiento del fin de aquélla o constituyan medios razonables para evitar su violación y se ajustan así, en definitiva, a su espíritu*”¹⁶⁵. Más tarde, en *Federación de Obreros y Empleados de la Industria del Papel, Cartón, Químicos y Afines c. E. Flaibán S.A.*¹⁶⁶, se declaró la constitucionalidad de la reglamentación que exigía pagar la contribución patronal a la obra social de una asociación profesional de trabajadores. La Corte repitió en este caso lo que ya se había convertido por entonces en un cliché habitual: “*Los decretos reglamentarios del poder administrador pueden apartarse de la estructura literal de la ley siempre que se ajusten al espíritu de la misma, cuidando ...de que se mantengan inalterables los fines y el sentido o concepto con que dichas leyes han sido sancionadas*”¹⁶⁷.

159. Fallos 151 en p. 33.

160. Fallos 178-224 (1937).

161. Fallos 178 en p. 226.

162. Fallos 200-194 (1944).

163. Fallos 200, en p. 195.

164. Fallos 232-287 (1955).

165. Fallos 232, en p. 293.

166. Fallos 244-309 (1959).

167. Fallos 244 en p. 312.

De la reseña anterior surge que hacia 1960, es decir poco más de treinta años después del fallo que inicia esta serie, la Corte tenía ya consolidado, como principio, que: *los decretos reglamentarios del poder administrador pueden apartarse de la estructura literal de la ley, siempre que se ajusten al espíritu de la misma, cuidando de que se mantengan inalterados los fines y el sentido o concepto con que dichas leyes han sido sancionadas. El texto legal es susceptible de ser modificado en sus modalidades de expresión, siempre que ello no afecte su acepción sustantiva.*

Son numerosos los casos en los que desde entonces esta regla -con variantes de expresión, pero no de concepto- se ha venido aplicando. Así por ejemplo en Vega c. Instituto Nacional de Previsión Social¹⁶⁸, donde se cuestionaba la fijación por el Poder Ejecutivo del monto de un suplemento variable que debía percibir los jubilados y pensionados bajo lo previsto en la ley 13.478; en Lipa Zak¹⁶⁹, donde se discutía la constitucionalidad de la reglamentación de la Ley de Ciudadanía en cuanto prohibía otorgar la naturalización a extranjeros que hubieran sufrido una condena por quiebra fraudulenta; en Moises Hadid¹⁷⁰ con motivo de la impugnación del decreto 1471/58 reglamentario del Decreto Ley 6666/57 sobre empleo público en cuanto incluía los “cargos oficiales o actividades privadas” entre los que debían ser declarados para determinar si el agente estaba comprendido en alguna incompatibilidad; en Miguel Lopardo¹⁷¹ suscitado a raíz de la reglamentación 14.499 que estableció coeficientes para el reajuste de prestaciones laborales. Un concepto similar surge de Galán c. Ferrocarriles del Estado¹⁷², donde se convalidó una reglamentación por medio de la cual se establecieron ciertas excepciones a las disposiciones de una ley que había dispuesto una unificación de tarifas ferroviarias de carga. En este caso la Corte dijo que : “*El órgano dotado de la potestad reglamentaria está habilitado para establecer condiciones o requisitos, limitaciones o distinciones, que, aun cuando no hayan sido contempladas por el legislador de una manera expresa, se ajusten, sin embargo, al espíritu de la norma reglamentada o sirven, razonablemente, a la finalidad esencial que ella persigue*”¹⁷³.

También hace cuatro décadas fue establecida otra regla que trasunta asimismo una deferencia judicial hacia la interpretación administrativa en igual sentido a la examinada hasta ahora. En *Tamburini Ltda. S.A. c. Nación Argentina*¹⁷⁴ se trataba de la aplicación de la ley del llamado impuesto a las ventas que gravaba todo acto que importara la transferencia a título oneroso de una mercadería, estando comprendida allí la materia prima suministrada por el locador de obra al locatario. Una resolución de la D.G.I. dispuso que quedaban gravadas las actividades fotográficas sin aclarar si se trataba de los proveedores de materia prima principal o secundaria. La Corte entendió que la ley no definía *materia prima principal* de modo que no podía cuestionarse la reglamentación en cuanto había comprendido la principal y la secundaria. Dijo entonces que “el criterio administrativo para reglamentar las leyes que no excede del ámbito en que la interpretación es opinable y las soluciones posibles son varias no justifica el ejercicio del contralor judicial de constitucionalidad”¹⁷⁵. El fallo es importante además, pues la reglamentación objetada no era un decreto del Poder Ejecutivo sino una resolución de la D.G.I.,

168. Fallos 246-221 (1960).

169. Fallos 250-758 (1961).

170. Fallos 254-362 (1962).

171. Fallos 264-206 (1966).

172. Fallos 250-456 (1961).

173. Fallos 250 en p. 463.

174. Fallos 249-189 (1961).

175. Fallos 249 en p. 193.

de modo que la deferencia no se aplicaría sólo a los decretos, sino también a otros reglamentos de rango inferior. Un criterio similar surge de los casos *López c. Nación Argentina*¹⁷⁶ y *Lucangioli c. Junta Electoral de Educación Media*¹⁷⁷, donde la Corte también manejó el criterio de la “posible elección entre varias soluciones”.

No menos importante en esta serie es el caso *Laboratorios Anodia S.A. c. Gobierno Nacional*¹⁷⁸ donde la Corte admitió la constitucionalidad del decreto 11.917/58 el cual -por medio de una delegación efectuada por el Decreto-Ley 5168/58- había establecido recargos en los derechos de exportación e importación en forma temporaria y retenciones a las exportaciones de hasta el 25% del valor de los productos sin mediar para ello la autorización de la Comisión de Aranceles establecida por Decreto-ley. Dijo allí el Tribunal -luego de repetir su tradicional doctrina sobre la delegación legislativa establecida en *A.M.Delfino & Cía.*¹⁷⁹- que: “...ejecutar una política legislativa determinada implica también el poder de dictar normas adaptadas a las cambiantes circunstancias, sobre todo en una materia que por hallarse tan sujeta a variaciones como la de que se trata, se estimó conveniente dejarla librada al prudente arbitrio del Poder Ejecutivo en vez de someterla a las dilaciones propias del trámite parlamentario; y, en segundo término, porque no se demuestra ni pretende que aquél haya ejercitado abusivamente las facultades que se le delegaron”¹⁸⁰. Asimismo en *D.G.I. c. De Angelis S.A.*¹⁸¹ se declaró la validez de la Resolución 1700/75 de la D.G.I. basada en el artículo 7mo. de la Ley 11.683 (t.o. 1974) sobre la base de que “en la medida en que la autorización a que alude dicho artículo constituye una delegación en el órgano administrativo de facultades legislativas limitadas a determinados aspectos de la recaudación y fiscalización del cumplimiento de las obligaciones tributarias, se impone reconocer que las normas que se dicten en su ejercicio integran el conjunto de disposiciones imperativas que instituyen y regulan la percepción de los impuestos y que, por lo tanto, poseen la misma eficacia de tales preceptos, en tanto respeten su espíritu”¹⁸².

Estos dos fallos merecen una reflexión en tres sentidos. Puede verse, en primer lugar, que la regla enunciada para los reglamentos ejecutivos es empleada también para las normas que surgen de una delegación legislativa. Recordemos asimismo que esta igualdad de trato entre reglamentos delegados y ejecutivos aparece en el caso *The American Rubber Co.*¹⁸³ donde se dijo: “Ya se trate, en el caso, de que la ley haya conferido al Poder Ejecutivo la facultad de reglar ciertos pormenores o detalles necesarios para su ejecución o de la potestad reglamentaria propia del citado poder (art. 86, inc. 2º, de la Constitución Nacional), esta Corte ha reconocido la validez de tales decretos cuando los lineamientos de la “política legislativa” aparecen suficientemente determinados en la ley o no se altere su espíritu, según el caso”¹⁸⁴. También se da en el segundo de los fallos examinados, el caso de una reglamentación administrativa inferior a un decreto, y finalmente en tercer término, no deja de ser necesario observar que la Corte argentina -al igual que la norteamericana- maneja en *Laboratorios Anodia* el concepto de razonabilidad de la reglamentación administrativa para acordarle deferencia.

176. Fallos 300-1167, 1168 (1978).

177. Fallos 308-1897, 1906 (1986).

178. Fallos 270-42 (1968).

179. Fallos 148-430 (1927).

180. Fallos 270 en p. 50.

181. Fallos 304-438 (1982).

182. Fallos 304, en p. 441.

183. Fallos 298-609 (1977).

184. Fallos 298, en p. 611.

Los últimos quince años de jurisprudencia de la Corte han confirmado todas estas tendencias. Un caso típico es *Compañía Azucarera y Alcohólica S. A. c. Nación Argentina*¹⁸⁵. Se cuestionó aquí una resolución de la Secretaría de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales, por medio de la cual se reglamentó el prorrateo de las cuotas de importación efectuadas por los ingenios y se hizo una interpretación de la ley que regulaba estos cupos. Según la normativa dichas cuotas debían fijarse según lo producido por cada ingenio en el *ejercicio anterior*, pero se daba el caso que dos de ellos no habían tenido producción el año anterior, de modo que la reglamentación entendió que el cupo para ellos debía fijarse tomando en consideración lo producido en la última molienda¹⁸⁶. La Corte -que remite al dictamen del Procurador- convalidó este criterio interpretativo. Tenemos así que la reglamentación cuestionada no era un decreto presidencial sino una resolución de un Secretario de Estado. Asimismo se aplica igual regla de deferencia para reglamentos ejecutivos y delegados, ya que en el caso se trataba de un típico acto de delegación de una ley en el Poder Ejecutivo y de éste en una Secretaría de Estado¹⁸⁷.

Se advierte también la deferencia judicial hacia la interpretación administrativa en *Juarez c. Nación Argentina*¹⁸⁸, donde se discutía si el Ministerio de Trabajo como autoridad de aplicación de la Ley 23.551 de asociaciones sindicales, tenía facultades jurisdiccionales para intervenir en el proceso electoral de una de tales asociaciones. La ley no lo dice expresamente, pero el Poder Ejecutivo atribuyó al Ministerio esta competencia por vía reglamentaria y la Corte convalidó este criterio diciendo que “el órgano dotado de potestad reglamentaria está habilitado para establecer condiciones, requisitos, limitaciones o distinciones que respeten el espíritu de la norma, sirvan razonablemente a su finalidad, no rebasen el ámbito en que la interpretación es opinable y posible la solución entre varias alternativas”¹⁸⁹.

En *Agüero c. Banco Central*¹⁹⁰ también se encuentran rastros de la deferencia hacia una decisión administrativa emanada de una delegación legislativa. Se discutía si bajo lo dispuesto en una circular del Banco Central un depósito a plazo fijo gozaba o no de una determinada garantía otorgada por la Ley de Entidades Financieras¹⁹¹. La Corte al revocar la sentencia que había hecho lugar a la demanda dijo que “La validez del reconocimiento legal de atribuciones libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, está condicionada a que la política legislativa haya sido claramente establecida pues el órgano ejecutivo no recibe una delegación (en sentido estricto proscripta por los principios constitucionales) sino que, al contrario es habilitado para el ejercicio de la potestad reglamentaria que le es propia (artículo 86, inc. 2 de la Constitución Nacional) cuya mayor o menor extensión depende del uso que de la misma potestad haya hecho el Poder Legislativo”¹⁹². Igual criterio fue aplicado en *Juan Simón Morillas*¹⁹³ y en *Krill*

185. Fallos 311-1617 (1988).

186. Fallos 311, en p. 1623.

187. De hecho, el dictamen de la Procuración hace numerosas consideraciones sobre la doctrina de la delegación sentada en *A.M. DELFINO (V., Fallos 311 en p. 1623)*, con la jurisprudencia sobre la interpretación del artículo 86.2 (V., Fallos 311 en p. 1625), lo que prueba una vez más la permanente identificación del Tribunal entre reglamentos delegados y reglamentos ejecutivos.

188. Fallos 313-433 (1990).

189. Fallos 313 en pp. 463-464.

190. Fallos 315-2530 (1992).

191. Ley 21.526 modificada por la ley 22.051.

192. Fallos 315 en p. 2532. Este es un caso que muestra con evidencia la eterna confusión entre reglamentos delegados y reglamentos ejecutivos. La Corte se refiere a la política legislativa establecida en la ley que delega facultades en el órgano ejecutivo, pero luego dice que tales facultades son ejercidas por éste a título propio según lo

Producciones Gráficas S.R.L.¹⁹⁴, donde se expresó que “... las facultades de reglamentación que confiere el artículo 86, inc. 2 de la Constitución Nacional, habilitan para establecer condiciones o requisitos, limitaciones o distinciones que aun cuando no hayan sido contempladas por el legislador de manera expresa, cuando se ajustan al espíritu de la norma reglamentada o sirven, razonablemente, a la finalidad esencial que ella persigue, son parte integrante de la norma reglamentada”¹⁹⁵.

*Barrose c. Nación Argentina*¹⁹⁶, también presenta un caso de deferencia judicial. La cuestión estaba relacionada con las indemnizaciones que el Estado Nacional reconoció a comienzos de la década de 1990 a las personas que hubieran sido privadas de su libertad bajo el estado de sitio¹⁹⁷. A estos efectos fue sancionada la Ley 24.043¹⁹⁸, que dispuso acordar tal beneficio a quienes hubieran sido detenidos antes del 10 de diciembre de 1983, pero el Decreto 1023/92 limitó temporalmente los alcances de la ley aclarando que el período abarcaba desde el 4 de noviembre de 1974 hasta el 10 de diciembre de 1983. Barrose, detenido en 1971, planteó la inconstitucionalidad del decreto, entendiendo que éste había impuesto a la ley una limitación que ella no autorizaba, pero la Corte - confirmando el fallo de la instancia anterior- sostuvo que la limitación era razonable, pues surgía claramente de los antecedentes que se habían tenido en cuenta al sancionar la ley¹⁹⁹.

Un supuesto de deferencia no vinculado con la interpretación de la norma reglamentada, sino con los medios empleados para su ejecución, se advierte en *A.A.D.I.-C.A.P.I.F. c. Hotel Mon Petit*²⁰⁰. La cuestión se planteó con una serie de reglamentos vinculados con el artículo 56 de la Ley de Propiedad Intelectual²⁰¹. Esta norma dispone que el intérprete de una obra literaria o musical tiene derecho a exigir una retribución a quien difunda o retransmita su obra por diversos medios (radiotelefonía, televisión, películas etc.). La norma, aparentemente, sólo crea un derecho individual en cabeza del intérprete, sin embargo por vía reglamentaria²⁰² se estableció un sistema por medio del cual dos asociaciones civiles²⁰³ estaban habilitadas para ejercer, en nombre de los intérpretes, protegidos por la Ley de Propiedad Intelectual, los derechos que emanan del artículo 56 y percibir y administrar el monto de las retribuciones que esta norma prevé. La demandada planteó la inconstitucionalidad de esta reglamentación y en las instancias anteriores a la Corte Suprema obtuvo una decisión favorable. No obstante la Corte -por unanimidad²⁰⁴- revocó este pronunciamiento justificando la existencia de tales asocia-

establecido en el artículo 86.2 (hoy 99.2) de la Constitución, y ello es contradictorio pues si las facultades son delegadas no podrían ejercerse a título propio y viceversa.

193. Fallos 316-1261, 1266 (1993).

194. Fallos 316-1239, 1243 (1993).

195. No obstante ello, en ninguno de estos casos se discutía un problema de exceso en la reglamentación de la ley.

196. Fallos 318-1707 (1995).

197. Como puede recordarse, tuvieron gran influencia en ello las denuncias hechas contra la República Argentina ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que derivaron inicialmente en el dictado del Decreto 70/91.

198. B.O. 2-1-92.

199. V., especialmente el considerando 6º, Fallos 318, en p. 1710.

200. Fallos 321-2223 (1998).

201. Ley 11.723 (texto según ley 25.036).

202. Decretos 743/73; 1670/74; 1617/74 y la Resolución 894/0200 de la Secretaría de Información Pública.

203. Asociación Argentina de Intérpretes (A.A.D.I.) y Cámara Argentina de Productores e Industriales del Fonograma (C.A.P.I.F.).

204. Votaron los nuevos jueces del Tribunal: Nazareno (Presidente), MOLINÉ O'CONNOR, FAYT, BELLUSCIO, PETRACCHI, BOGGIANO, LÓPEZ, BOSSERT y VÁZQUEZ.

ciones recaudadoras de los derechos de los intérpretes, sobre la base de que en muchos casos éstos viven en lugares alejados o se encuentran en la imposibilidad de vigilar el amplio uso que se hace de su obra, siendo razonable en consecuencia, la existencia de una entidad que vigile y administre en forma colectiva esos intereses²⁰⁵.

4. La revisión judicial del acto administrativo

A diferencia de lo que ocurre en el campo de los reglamentos, donde no hemos desarrollado una teoría general de la revisión judicial, en el campo del acto administrativo sí existe tal teoría. El hecho no es casual. En la Argentina siempre se ha dado mayor trascendencia, como fuente del Derecho Administrativo, al acto administrativo que al reglamento. Existen numerosas obras sobre la teoría general del acto administrativo²⁰⁶; su regulación tiene un lugar destacado en la legislación procesal administrativa -tanto nacional²⁰⁷ como provincial²⁰⁸- y ocupa un sector privilegiado en los tratados generales del Derecho Administrativo²⁰⁹, habiéndose escrito además estudios específicos sobre el tema²¹⁰. Asimismo, contamos con obras que han abordado exhaustivamente el control judicial del acto administrativo²¹¹. El reglamento en cambio, no ha merecido igual o equivalente preocupación doctrinaria. Se lo estudia como fuente del Derecho Administrativo en las obras generales sobre la materia²¹² y hay trabajos que abordan su impugnación en sede judicial o administrativa²¹³, pero proporcionalmente la preocupación jurídica por una y otra fuente ha sido muy despareja.

La abundancia de trabajos sobre el acto administrativo, su invalidez y control judicial, me eximen de abordar aquí estos temas, tarea que por lo demás sería imposible de abarcar en un simple artículo. Diré solamente entonces, que está en claro y prácticamente no existe controversia acerca de que, como regla, la revisión del acto administrativo es plena, es decir que abarca tanto los hechos como el derecho aplicable. Ello surge esencialmente de los requisitos esenciales del acto contemplados en el artículo 7° de la Ley

205. V., considerando 7°, Fallos 321 en p. 2237.

206. CASSAGNE, Juan Carlos, *El Acto Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1974; FIORINI, Bartolomé, *Teoría Jurídica del Acto Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1969; DIEZ, Manuel María, *El Acto Administrativo*, T.E.A., Buenos Aires 1961.

207. Ley 19.549, Títulos III y IV.

208. Buenos Aires (Ley 7647, arts. 103-119); Catamarca (Ley 3559, arts. 25-42); Córdoba (Ley 5350, arts. 93-112); Corrientes (Ley 3460, arts. 87-146); Chaco (Ley 1140, arts. 114-127); Chubut (Ley 920, arts. 27-41); Formosa (Ley 971, arts. 27-63); La Pampa (Ley 951, arts. 33-94); La Rioja (Ley 4044, arts. 25-100); Mendoza (Ley 3909, arts. 28-103); Neuquén (Ley 1284, arts. 38-86); Río Negro (Decreto 819, arts. 11-24); Salta (Ley 5348, arts. 25-100); San Juan (Ley , arts.); (Ley 3784, arts. 7-21); Santa Cruz (Ley 1260, arts. 7-27); Tierra del Fuego (Ley 141, arts. 97-117); Tucumán (Ley 4537, arts. 43-70). En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Decreto 1510/97 regula el acto administrativo en los artículos 7-21.

209. MARIENHOFF, *Tratado*, t II, Cap. III, 4ª ed., 1993; CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, Caps. IV-VIII, 6ª ed. 1998; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t III, 5ª ed., 2000.

210. CASSAGNE, Juan Carlos, *La Ejecutoriedad del Acto Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1971; COMADIRA, Julio R., *Anulación de Oficio del Acto Administrativo*, 2ª ed., Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires 1998.

211. MAIRAL, Héctor A., *Control Judicial de la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires 1984; TAWIL, Guido Santiago, *Administración y Justicia*, Depalma, Buenos Aires 1992.

212. MARIENHOFF, *Tratado*, t. I, §63, pp. 240 y ss., 4ª ed., 1990; CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, t. II, pp. 54 y ss., 6ª ed., 1998.

213. GRECCO, Carlos M., *Impugnación de Disposiciones Reglamentarias*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1988; DIEZ, Horacio P., "Reglamentos. Su Impugnación en el Procedimiento Administrativo", *Cuadernos de la Universidad Austral*, Buenos Aires 1998.

de Procedimientos Administrativos (LPA) que abren al juez un amplio campo para revisar la validez de lo decidido por la Administración. Allí está la *causa*, entendida como los antecedentes de hecho y de derecho que sustentan su dictado (inc. b), y se comporta como la más amplia de las vías de acceso al control de los hechos que originan el acto; el *objeto* que debe ser cierto y física y jurídicamente posible (inc. c). También es posible controlar la *finalidad* que anima al funcionario al dictar el acto (inc. f), la que no puede apartarse de lo que objetivamente indican las normas que regulan la competencia del órgano emisor; y por último, en canto a la forma, el juez puede controlar también los *procedimientos* de emisión (inc. e) y la “motivación” es decir la expresión de las razones que inducen a su dictado.

Así, en el derecho argentino, toda la vida del acto administrativo, desde los primeros momentos de su gestación, hasta que se le notifica al administrado, cae bajo el escrutinio de los jueces, sin que la Administración goce de posibilidad alguna de formular alguna directiva que los jueces deban seguir con algún grado de deferencia hacia lo decidido por aquélla. Esta regla se aplica ya sea que la revisión se produzca por vía de acción o de recurso. No obstante, en el segundo caso, las leyes pueden en supuestos específicos limitar la intervención judicial a ciertos aspectos de la revisión, lo que exigirá determinar si la limitación impuesta es constitucionalmente admisible. Pero en principio no existe impedimento constitucional para que la revisión judicial se comporte comoalzada de la Administración.

Existen dos limitaciones importantes en la revisión judicial de los actos, pero que no se relacionan con la doctrina de la deferencia. La primera -de origen legal- es la presunción de legitimidad, prerrogativa reconocida en el artículo 12 de la LPA. No obstante, no se trata de una característica exclusiva del acto administrativo, sino que en todo caso le ha sido reconocida expresamente por la citada disposición normativa. Toda la actividad estatal goza de presunción de legitimidad. Las leyes y los reglamentos también participan y se nutren de ella, la que se manifiesta claramente en el campo del control de constitucionalidad el cual a juicio de la Corte Suprema es la primera y principal misión que le corresponde ejercer²¹⁴, es uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial²¹⁵ y la más delicada de las misiones que puede encomendarse a un tribunal de justicia²¹⁶, no obstante lo cual la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal constituye un acto de suma gravedad institucional²¹⁷, habida cuenta de la presunción de legitimidad de que gozan las leyes debidamente sancionadas y promulgadas²¹⁸. Se trata en consecuencia, de la última *ratio* del orden jurídico²¹⁹.

214. *Video Club Dreams c. Instituto Nacional de Cinematografía*, Fallos 318-1154, 1164 (1995); *Famyl c. Estado Nacional*, Fallos 323- 2256 (2000).

215. Jorge RODRÍGUEZ-Jefe de Gabinete de Ministros, Fallos 320-2851 (1997).

216. Superintendencia de Seguros de la Nación, Fallos 316-188 (1993).

217. *Barbarella S.A.*, Fallos 300-1087 (1978); *Hilanderías Olmos S.A.*, Fallos 301-962 (1979); Jorge Adolfo Halladjian, Fallos 302-457 (1980); *García Machado c. Caja de Jubilaciones Pensiones y Retiros de la Provincia de Córdoba*, Fallos 312-1681 (1989); *Cocchia c. Nación Argentina*, Fallos 316-2624 (1993); *León Spaciuk e Hijos S.C.A. c. Dirección Provincial de Vialidad y Pcia. de Corrientes*, Fallos 317-44 (1994); *Monges c. UBA*, Fallos 319-3148, 3154 (1996); E.H.I., 322-1349 (1999); *Adamini c. Poder Ejecutivo Nacional*, Fallos 323-2409 (2000).

218. María Cristina PUPELIS, Fallos 314-424 (1991); *Morixe Hnos. S.A.*, Fallos 319-1524, 1529 (1996).

219. Entre otros muchos ver *Rasspe Söhne c. Nación Argentina*, Fallos 249-51 (1957); Haydee María del Carmen ALBERTI, Fallos 260-153 (1964); Rubén MALENKY, 264-364 (1966); *Bonfante c. Junta Nacional de Carnes*, Fallos 288-325 (1974); *Radulescu c. Nación Argentina*, Fallos 290-83 (1974); *Kupferschmidt c. Lotería de Beneficencia Nacional y Casinos*, Fallos 292-190 (1975); Ricardo LINK, Fallos 294-383 (1976); *Mizrabi de Tucumán S.A. c. Pcia. de Tucumán*, Fallos 295-850 (1976); *Mendoza c. Gobierno de la Nación*, Fallos 298-511 (1977); *Esteban c. Metalmañana S.R.L.*, Fallos 302-1149 (1980); *Dirección Nacional de Recaudación Previsional c. La Cantábrica S.A.*, Fallos 307-1656

En segundo lugar, y como dato propio del acto administrativo, la jurisprudencia ha dado origen a la llamada *doctrina de la subsanación*, según la cual no hay agravio al derecho de defensa si en sede administrativa se han producido omisiones o vicios subsanables en un proceso judicial posterior. Así lo ha sostenido la Corte Suprema -con vaivenes²²⁰- en: *Fábrica de Agua Lavandina Balcarce*²²¹, *Delbene Hnos. S.A.*²²², *Sindicato Argentino de Músicos*²²³, *Herrera c. Bodegas y Viñedos Arizu S.A.*²²⁴, *Argentine Land and Investment Co. c. Nación Argentina*²²⁵, *Almagro de Somoza c. INSSJP*²²⁶, lo que ha merecido la crítica doctrinaria²²⁷, que comparto. En efecto, se trata de una auto-limitación judicial en el control de los actos administrativos que sólo propicia el mal funcionamiento de la Administración quien es incitada a no respetar los derechos de los particulares durante el procedimiento que ante ella se desarrolla.

5. La revisión judicial de la actividad jurisdiccional de la Administración

Tampoco existen rastros de deferencia judicial alguna hacia la actividad jurisdiccional de la Administración en la jurisprudencia actual de la Corte, aun cuando sí la hubo anteriormente. Pueden señalarse tres períodos en la evolución jurisprudencial en esta materia. En el primero de ellos no se exigió el control judicial posterior. Un fallo representativo de esta época es *Adolfo Parry*²²⁸, referido a la aplicación de una multa administrativa, en la cual la Corte admitió el ejercicio de facultades jurisdiccionales por parte de la Administración sin revisión judicial posterior siempre y cuando se respetaran los derechos y garantías constitucionales en particular el de defensa en juicio²²⁹. El segundo período podría llamarse intermedio y representa la inclinación de la Corte hacia la teoría judicialista. Se trata de un momento breve, representado por el caso *López de Reyes c. Instituto de Previsión Social*²³⁰. Aquí se cuestionaba una decisión denegatoria de jubilación por invalidez, a la par que se cuestionaba la constitucionalidad de la Ley 14.236, la cual permitía un recurso ante el Poder Judicial limitado a la revisión del derecho y a la inaplicabilidad de la ley o de la doctrina (Art. 14, Ley 14.236), excluyendo la revisión de los hechos. La Corte, entendió que esta limitación no afectaba el control judicial suficiente y por ende no había que formularle reproche constitucional.

(1985); Hugo Felix RALLIN, Fallos 314-407 (1991); *Bruno Hnos. c. A.N.A.*, Fallos 315-923 (1992); *Iachemet c. Nación Argentina*, Fallos 316-779 (1993); Consejo Profesional de Ingeniería, Arquitectura y Agrimensura de la Pcia. de Río Negro, Fallos 316-842 (1993); *Universidad Nacional de Córdoba c. Nación Argentina*, Fallos 322-919 (1999).

220. Para un estudio de las etapas de la jurisprudencia V., HUICI, Héctor M., *Subsanación en sede judicial de vicios en el procedimiento administrativo*, La Ley 1994-D, 461.

221. Fallos, 212-456 (1948).

222. Fallos 247-52 (1960).

223. Fallos 253-229 (1962).

224. Fallos 258-299 (1964).

225. Fallos 267-393 (1967).

226. Fallos 306-467 (1984).

227. En contra de la doctrina: COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1996, p. 138.

228. Fallos 193-408 (1942).

229. La doctrina en este período fue adversa a la postura de la Corte y reclamaba la revisión judicial de las decisiones jurisdiccionales de la Administración. Entre los autores de ese momento puede citarse a: BOSCH, Jorge T., *Tribunales Judiciales o Administrativos para Juzgar a la Administración Pública*, Buenos Aires, de ZAVALÍA, Víctor P., 1951, cap. I, pp. 69/74 y LINARES, Juan F., "Garantía de Defensa ante Organos Administrativos y la Corte Suprema", *La Ley* 87-875.

230. Fallos, 244-548 (1959).

Poco después, en el ya clásico caso *Fernández Arias c. Poggio*²³¹, donde se discutía la validez constitucional de las Cámaras Paritarias de arrendamientos rurales, la Corte corrigió el criterio de López de Reyes y marcó el comienzo del tercero de los períodos. El fallo es largo y en general bien conocido de modo que me eximiré de mayores comentarios al mismo. El considerando 19º es el que resume adecuadamente la doctrina general señalando: “*De conformidad con lo hasta aquí expuesto, pues, y a título de síntesis, cabe declarar que, en casos como el de autos, control judicial suficiente quiere decir: a) Reconocimiento a los litigantes del derecho a interponer recurso ante los jueces ordinarios. b) Negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos, con excepción de los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose voluntariamente de la judicial. La mera facultad de deducir recurso extraordinario basado en inconstitucionalidad o arbitrariedad, no satisface las exigencias que en la especie ha de tenerse por imperativas*”²³².

Algunos fallos posteriores han confirmado esta tendencia, por ejemplo: *Beneduce c. Casa Auguste*²³³; *Volcán Cuareta S.A.*²³⁴, sentencia en donde la Corte hizo hincapié en el derecho que asiste a toda persona de recurrir a una instancia judicial y *Banco de Río Negro y Neuquén S.A. c. BCRA*²³⁵, en el cual se ha ratificado la validez de aquellas decisiones jurisdiccionales en sede administrativa (para el caso la revocación de la autorización para funcionar como banco) siempre y cuando dicha actividad pueda luego ser controlada judicialmente en forma suficiente. Puede verse también *Arpemar S.A.*²³⁶ y *Litoral Gas S.A. c. Enargas*²³⁷.

6. Conclusiones sobre la doctrina de la deferencia en la Argentina

El examen de la jurisprudencia de la Corte en relación con los reglamentos dictados bajo el artículo 99.2, revela que sin estar mencionada expresamente, ni haber alcanzado un nivel teórico, la deferencia judicial hacia la interpretación administrativa de las leyes de hecho también existe entre nosotros. Es decir que ante una ley que habilita una reglamentación discrecional, la Corte Suprema respeta el criterio empleado por la Administración, sin imponer su criterio ni invalidar el reglamento.

Lamentablemente sólo se puede extraer de los casos existentes pautas muy generales. La mayoría de los fallos invocan el principio general de la norma constitucional y luego pasan inmediatamente a determinar si en el caso concreto se ha cumplido o no con la limitación allí impuesta, es decir no se han elaborado principios jurisprudenciales sobre los poderes presidenciales para la ejecución de las leyes. La Corte se ha movido más bien con un criterio intuitivo sin establecer reglas objetivas que den sostén y permitan comprender mejor el enunciado constitucional. A tal fin simplemente se han redactado dos fórmulas generales que se utilizan indistintamente y que expresan conceptos idénticos más allá de las palabras empleadas en cada una:

231. Fallos 247-646 (1960).
 232. Fallos 247 en p. 658.
 233. Fallos 251-472 (1961).
 234. Fallos 261-36 (1965).
 235. Fallos 303-1776 (1981).
 236. Fallos 315-908 (1992).
 237. Fallos 321-776 (1998).

El Poder Ejecutivo no se excede en su facultad reglamentaria cuando se aparta, simplemente, de la estructura literal de la ley, siempre que se ajuste al espíritu de la misma, cuyo texto puede ser modificado en sus modalidades de expresión, con tal que no se afecte su aceptación substantiva.

El Poder Ejecutivo no excede la facultad reglamentaria, que le acuerda la Constitución Nacional, por la circunstancia de que no se ajuste en su ejercicio a los términos de la ley, siempre que las disposiciones del reglamento no sean incompatibles con los preceptos legales, propendan al mejor cumplimiento del fin de aquélla o constituyan medidas razonables para evitar su violación y se ajuste, en definitiva, a su espíritu.

Se han utilizado también otras expresiones tales como: los decretos reglamentarios son válidos cuando los lineamientos de la *política legislativa* aparecen suficientemente determinados en la ley o no se altera su espíritu²³⁸; o bien: existe violación del art. 86, inc. 2° de la Constitución (hoy 99.2), cuando la reglamentación de la ley puede considerarse incompatible con el espíritu de la misma, extremo que concurre si la norma reglamentaria excede el ámbito en que la interpretación es opinable y en que es posible la elección entre varias soluciones²³⁹, pero puede advertirse que en cualquier caso se mantiene igual criterio de fondo.

De todos modos, esta ausencia de reglas jurisprudenciales también se nota en la jurisprudencia norteamericana, donde tampoco se ha elaborado un criterio general que, con algún grado de precisión, permita determinar las condiciones bajo las cuales la reglamentación ha incurrido en un exceso de la ley. Así, ambos tribunales se han guiado por un criterio casuístico o empírico, no teórico.

IV. EL PROCEDIMIENTO PARA LA SANCIÓN DE REGLAMENTOS EN LOS ESTADOS UNIDOS

Examinaré en esta sección -en forma muy sumaria- el procedimiento para sancionar un reglamento en los Estados Unidos, pues ello tiene una íntima conexión con la valoración posterior de la doctrina de la deferencia, tal como señalaré en las conclusiones finales.

En los Estados Unidos el procedimiento de formación de un reglamento (*rulemaking*) puede ser formal o informal. En el primer caso -solamente previsto para algunos supuestos- el procedimiento se desarrolla mediante una audiencia pública formal celebrada ante un juez administrativo; en el segundo caso, que constituye la regla general, la intervención del administrado se prevé a través de una notificación previa de que el reglamento está siendo tratado para asegurar la participación de los interesados por medio de opiniones, etc. Existe asimismo una tercera forma de sancionar un reglamento que es el procedimiento negociado o acordado (*negotiated rulemaking*). Veamos como se desarrolla cada uno de estos procedimientos comenzando por el informal que es la regla general²⁴⁰.

238. The American Rubber Co. S.R.L., Fallos, 298-609 (1977).

239. López c. Estado Nacional, Fallos 300-1167 (1978).

240. Sin perjuicio de los autores norteamericanos que citaré en el curso de esta sección, en español puede consultarse: LAVILLA RUBIRA, Juan José, *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*, Civitas, Madrid 1991, donde se explican con gran claridad y abundancia de datos estos dos procedimientos.

1. *Rulemaking* informal

También llamado *notice and comment rulemaking*, está previsto en la APA²⁴¹ a través de cuatro pasos: (a) publicación en el *Federal Register* del proyecto de reglamento²⁴²; (b) envío de comentarios y objeciones por parte de los interesados²⁴³; (c) consideración por parte de la Administración de los comentarios recibidos²⁴⁴ y (d) sanción del reglamento y publicación con una antelación no menor a treinta días de su vigencia efectiva²⁴⁵.

El procedimiento comienza con la publicación del proyecto de reglamento en el *Federal Register*. Está legalmente establecido que dicha publicación debe indicar la oportunidad, el lugar y naturaleza del procedimiento que se llevará a cabo²⁴⁶, la autoridad que conduce el procedimiento²⁴⁷, y los términos generales del proyecto²⁴⁸. Debe indicarse también, aun cuando la ley no lo dice, el término otorgado para someter comentarios al proyecto²⁴⁹ y el tipo de reglamento de que se trata. El proyecto debe incluir asimismo -como requisito de publicación- un preámbulo explicativo de los fines que lo inspiran, y la agencia administrativa que lo propone debe publicar también los fundamentos fácticos en que el proyecto se basa²⁵⁰. Cuando el proyecto aborda cuestiones técnicas o científicas, se exige asimismo la publicación de los antecedentes y fundamentos que lo inspiran²⁵¹.

El segundo paso consiste en la presentación por parte de los interesados de opiniones por escrito sobre el proyecto de reglamento publicado. La APA no exige que la administración otorgue además, una audiencia oral a quienes formulen estas presentaciones²⁵², e incluso la Corte Suprema ha convalidado reglamentos sancionados mediante procedimientos informales cuando una ley específica exigía la realización de una audiencia²⁵³. No obstante son numerosas las leyes que exigen la realización de una audiencia pública²⁵⁴ y otros requisitos más exigentes aún²⁵⁵ en procedimientos informa-

241. 5 USC § 553.

242. 5 USC § 553 (b).

243. 5 USC § 553 (c).

244. 5 USC § 553 (c).

245. 5 USC § 553 (d).

246. 5 USC § 553 (b)(1).

247. 5 USC § 553 (b)(2).

248. 5 USC § 553 (b)(3).

249. El término general es de 60 días, pero en casos de gran complejidad puede extenderse hasta 75 y 90 días. LUBBERS, *Rulemaking*, cit. pp. 182-183.

250. Así fue dispuesto en el leading Case *Portland Cement Association v. Ruckelshaus*, 486 Federal Reporter 2nd Series 375 (D.C. Circuit, 1973), certiorari denegado en 417 U.S. 921 (1974).

251. *Lloyd Noland Hospital and Clinic v. Heckler*, 762 Federal Reporter 2nd Series (11th Circuit, 1985).

252. Dice que el escrito se someterá se hará "con o sin oportunidad para una presentación oral", 5 USC § 553(b).

253. Así lo hizo en dos casos en que la *Interstate Commerce Commission* no siguió las directivas de la *Interstate Commerce Act* que exigía una audiencia (*hearing*). V., *United States v. Allegheny-Ludlum Steel Corp.*, 406 U.S. 742 (1972) y *United States v. Florida East Coast Railway*, 410 U.S. 224 (1973).

254. V., por ejemplo, *Occupational Safety and Health Act*, 29 U.S.C. § 655. (1970); *Consumer Product Safety Act*, 15 U.S.C. §§ 2056, 2058 (1972); *Safe Drinking Water Act*, 42 U.S.C. § 300g-1(d) (1974); *Energy Policy and Conservation Act*; 42 U.S.C. §§ 6295, 6306 (1975); *Clear Water Act*, 42 U.S.C. § 7606 (d) (1977); *Federal Mine Safety and Health Amendment Act*, 30 U.S.C. § 811 (1977); *Endangered Species Act Amendments*, 30 U.S.C. § 2605 (1978).

255. *Magnuson-Moss Warranty Federal Trade Commission Improvement Act*, 15 U.S.C. § 57 (1975); *Securities Acts Amendments* 15 U.S.C. § 78 (e) (1975); *Toxic Substances Control Act*, 15 U.S.C. § 2605 (1976).

les²⁵⁶, pero la Conferencia Administrativa (*Administrative Conference*)²⁵⁷ ha recomendado al Congreso no imponer por ley requisitos más exigentes que los establecidos en la APA²⁵⁸. La Corte Suprema por su lado, en el *leading Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council*²⁵⁹, desaprobó que los tribunales introdujeran requisitos formales adicionales a los requeridos en la APA, señalando que ello era del resorte de la Administración o del Congreso. En la práctica, cuando la ley prevé la celebración de la audiencia a pedido del interesado, la Administración espera que se formule este pedido y recién entonces fija fecha para su celebración. Por el contrario, cuando se exige la audiencia aun sin pedido del interesado, la fecha se fija al publicar el proyecto de reglamento.

Una cuestión de importancia es la confección del expediente administrativo (*record*) en el cual tramita el procedimiento de sanción del reglamento. Con anterioridad a la sanción de la APA, en 1947, la administración norteamericana usualmente no tramitaba por medio de un expediente el procedimiento de sanción de un reglamento²⁶⁰. Incluso, la propia Corte Suprema había establecido como presunción, que todo reglamento contaba con soporte fáctico²⁶¹, lo que imponía al impugnante la carga de probar la ausencia de dicho soporte. Por ello la APA no incluyó esta exigencia como requisito del procedimiento. Sin embargo en la década de 1970 los tribunales comenzaron a abandonar esta presunción. En *Citizens to Preserve Overton Park Inc. v. Volpe*²⁶², la Corte Suprema ordenó que un tribunal de primera instancia revisara íntegramente un reglamento sobre la base del expediente administrativo que le daba soporte fáctico y poco más tarde la Cámara Federal de Apelaciones del Distrito de Columbia fue mucho más allá indicando la necesidad de contar con un expediente²⁶³. En la actualidad, si bien no existe una imposición legal, la exigencia del expediente administrativo se impone en la práctica con fundamento en tres razones: (i) facilita la participación pública en el procedimiento, al permitir compilar allí las opiniones que el proyecto merece una vez publicado; (ii) constituye la base de la decisión de la agencia administrativa y (iii) colabora eficazmente al momento de la revisión judicial del reglamento.

Aun cuando están legalmente definidas²⁶⁴, está en debate si las agencias administrativas pueden recibir -y luego tener en cuenta al momento de decidir- opiniones producidas por personas o grupos de interés no incorporadas al expediente y de las cuales tampoco se da traslado a quienes han presentado opiniones sobre el proyecto. Se trata de las llamadas *ex parte* u *off the record communications*.

En *Home Box Office, Inc.* ya citado, se dijo que estas comunicaciones debían prohibirse, pero luego el mismo tribunal cambió de opinión y fue más tolerante con ellas²⁶⁵.

256. En realidad se los denomina híbridos pues no son ni formales ni informales.

257. La *Administrative Conference of the United States* (ACUS), es un organismo asesor independiente creado en 1968, para estudiar los procesos administrativos y formular recomendaciones a la Administración y el Congreso tendientes a mejorar la legislación administrativa.

258. Recomendaciones formuladas en 1972 y 1982. V., LUBBERS, *Rulemaking*, cit. p. 205.

259. 435 U.S. 519 (1978).

260. V., DAVIS, Kenneth C., *Administrative Law Treatise*, 2nd edition, K.C. Davis Pub. Co., University of San Diego 1978, vol. I, § 6.1. p. 448.

261. *Pacific States Box & Basket Co. v. White*, 296 U.S. 176 (1935).

262. 401 U.S. 402 (1971).

263. *Home Box Office, Inc. v. Federal Communications Commission*, 567 Federal Reporter 2nd series 240 (D.C. Circuit, 1977). Certiorari denegado en 434 U.S. 829 (1977).

264. 5 USC § 551(14).

265. *Sierra Club v. Costle*, 657 Federal Reporter, 2nd series 298 (D.C. Circuit, 1981).

Asimismo, la Conferencia Administrativa aun admitiendo las críticas que generan estas comunicaciones informales, se ha negado a prohibirlas terminantemente, pues considera que la Administración por este medio puede recibir comentarios útiles para el proyecto en trámite²⁶⁶. En algunos casos, ciertas leyes obligan a incorporar estas comunicaciones al expediente²⁶⁷.

Finalizado el período de recepción de las opiniones, el expediente entra a resolver, es decir queda en estado de que el reglamento sea sancionado. En este punto son varias las cuestiones a ser consideradas. La primera es el plazo en que la decisión debe adoptarse, cuestión en la cual la APA sólo exige que la decisión sea adoptada en un plazo razonable²⁶⁸. Como consecuencia de ello, el plazo lo imponen las leyes en particular o bien las propias agencias al comenzar el procedimiento. En algunos casos también ha sido fijado judicialmente. En segundo lugar, está legalmente exigida la motivación de los reglamentos. Según establece la APA la Administración “debe incorporar una declaración general de sus bases y propósitos”²⁶⁹, criterio que el gobierno federal sugiere también a los estados²⁷⁰. Judicialmente no se exige la consideración de todos los hechos que dan origen al reglamento, sino de aquellos que se han considerado relevantes y de las razones de su importancia²⁷¹. En tercer lugar, también establece la APA como regla general, que el reglamento entrará en vigencia a los 30 días de su publicación²⁷², a menos que un plazo diferente haya sido fijado. La retroactividad no está prevista por la APA, quien define al reglamento como un acto de “efecto futuro”²⁷³, pero la Corte ha admitido que el Congreso puede imponer efectos retroactivos si están debidamente justificados²⁷⁴.

Por último existen varias exigencias de publicación, cuya inobservancia impide la entrada en vigencia de la norma en cuestión. Menciono sólo algunas. Al igual que la publicación del proyecto, la del reglamento final tiene lugar en el *Federal Register*, como requisito esencial de puesta en vigor. Además del texto del reglamento debe publicarse el nombre de la autoridad que lo emite, y su domicilio; un sumario de su contenido y de las razones de su dictado; fecha de entrada en vigencia, fecha de las audiencias que se hayan realizado; nombres de los funcionarios que pueden ser contactados para consultas; las diferencias existentes entre el proyecto original y el reglamento finalmente adoptado, etc., todo lo cual permite al público tener una idea acabada no sólo del texto, sino también de la vida institucional de la norma sancionada.

2. Rulemaking formal

El procedimiento formal, llamado también *on the record*, se emplea cuando una ley expresamente lo exige²⁷⁵. En este caso el procedimiento de sanción del reglamento se asimila casi por completo al del dictado de un acto administrativo individual o de una

266. LUBBERS, *Rulemaking*, cit., p. 230.

267. Así por ejemplo la *Federal Trade Act* según su reforma de 1980, 15 USC § 57(a)(j).

268. 5 USC § 555(b).

269. 5 USC § 553(c).

270. En la Ley Modelo de Procedimiento Administrativo Estatal de 1961, se impone también una obligación similar, § 3(a)(2).

271. *Automotive Parts & Accesories Association v. Boyd*, 407 Federal reporter 2nd series 330 (D.C. Circuit, 1968).

272. 5 USC § 553(d).

273. 5 USC § 551(4).

274. *Bowen v. Georgetown University Hospital*, 488 U.S. 204 (1988).

275. 5 USC § 553(c).

sentencia judicial. La exigencia de registrar el procedimiento en un expediente administrativo aquí está impuesta por la APA²⁷⁶ y la agencia administrativa se comporta proceduralmente como un tribunal, donde incluso puede presidir las actuaciones un juez administrativo²⁷⁷. El procedimiento se lleva a cabo en una audiencia pública, existe aporte formal de pruebas, citación de personas, interrogatorios y repreguntas (*cross examination*) a los testigos. Están expresamente prohibidas las *off the record communications*²⁷⁸, permitidas -como vimos- en el procedimiento informal. Todas las decisiones, sean las interlocutorias o la final, deben estar motivadas²⁷⁹.

3. Negotiated rulemaking

Dentro de su reconocida capacidad práctica para encontrar soluciones, los norteamericanos han creado el llamado *negotiated rulemaking*, que como dicen Davis-Pierce es el equivalente de la transacción en los procesos judiciales²⁸⁰. El *Reg-Neg* como se lo denomina informalmente, constituye un intento por eliminar la impugnación judicial de los reglamentos y consiste en que la agencia administrativa ante un planteo de los afectados por la norma una vez que el proyecto ha sido publicado, acuerdan con éstos el texto final. Este procedimiento ha recibido aprobación judicial²⁸¹ y legislativa²⁸².

4. Los controles previos a su vigencia

Luego de que la agencia administrativa conforma el texto final de un reglamento, su entrada en vigencia depende de que supere controles ejecutivos, legislativos y judiciales.

A. Control ejecutivo y legislativo

Una administración compleja requiere de cierto orden en sus políticas para evitar la superposición y peor aún la contradicción entre sus reglamentos. Con tal motivo, desde la presidencia de John F. Kennedy se han instrumentado medidas tendientes a que el Poder Ejecutivo ejerza control sobre la legislación administrativa. En este orden, caben mencionar tres *Executive Orders* dictadas con el propósito de dirigir y supervisar la tarea de las agencias del gobierno, tanto las centralizadas como las independientes. La primera de ellas, EO 12.991, sancionada en 1981, establece que la sanción de un reglamento debe efectuar un análisis previo de su impacto regulatorio y de su costo-beneficio. La EO 12.498, de 1985, estableció un nuevo control presidencial al obligar a las agencias a someter a la Oficina de Administración y Presupuesto (*Office of Manage-*

276. 5 USC § 556(d-e).

277. 5 USC § 556(b)(3).

278. 5 USC § 557(d)(1).

279. 5 USC § 556(c)(3).

280. DAVIS-PIERCE, *Treatise*, vol. I, p. 373.

281. *National Resources Defense Council v. Environmental Protection Agency*, 859 Federal Reporter 2nd series 156 (D.C. Circuit, 1989).

282. El Congreso sancionó dos leyes que regulan este procedimiento: la Negotiate Rulemaking Act de 1989 (5 USC § 561) y la *Administrative Dispute Resolution Act* de 1990 (5 USC § 583).

ment and Budget; OMB)²⁸³ un informe anual sobre las políticas a seguir sus objetivos y medios que serán empleados. En tercer lugar la EO 12.866, de 1993, reproduce en parte el intento de las dos anteriores y exige que cada agencia informe a la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios (*Office of Information and Regulatory Affairs*; OIRA), dependiente de la OMB, sobre todo proyecto de reglamento considerado *significativo*²⁸⁴. La OIRA tiene un plazo de 90 días, que puede extenderse en 30 días adicionales, para expedirse sobre la viabilidad de la reglamentación.

También el Congreso ejerce control sobre la legislación administrativa. Imitando al Parlamento inglés, al cual se le somete la legislación administrativa, en los Estados Unidos esta práctica del llamado *veto legislativo* comenzada en la década de 1940 se intensificó en la década de 1980²⁸⁵. Las dificultades encontradas para conciliar esta práctica con un sistema de separación de poderes, llevaron a la Corte Suprema a declararla inconstitucional en el célebre caso *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*²⁸⁶. Si bien en el caso se trataba de un acto administrativo²⁸⁷ y no de un reglamento, la Corte extendió sus consideraciones hacia estos últimos también, sin paramientos en la disidencia del justice White, según la cual el Congreso no hace otra cosa que controlar el buen manejo de la legislación delegada²⁸⁸. No obstante este fallo, el Congreso sancionó en 1997 una ley que impone el control legislativo sobre los reglamentos²⁸⁹. Según esta legislación, antes de que un reglamento entre en vigencia debe ser sometido para su aprobación a ambas cámaras del Congreso y al Comptroller General. El Congreso tiene un plazo de 60 días para expedirse en las llamadas *major rules*²⁹⁰, es decir aquellas de importancia²⁹¹. Las restantes entran en vigor en la fecha designada administrativamente para ello, sin perjuicio de su eventual desaprobación posterior.

283. Su cometido principal es la elaboración del presupuesto anual. Fue creada originariamente en 1921 durante la administración del Presidente Harding, bajo el nombre de *Bureau of the Budget* (BOB). Antes de su existencia ninguna oficina centralizaba esta tarea, cada agencia enviaba su propio presupuesto al Secretario del Tesoro quien los remitía al Congreso. Inicialmente era un órgano del Departamento del Tesoro, pero luego en 1939 fue ubicada directamente en el área de la Presidencia, en las denominadas *Executive Offices*. Desde 1973, su Director es designado por el Presidente con acuerdo del Senado. Sus funciones se politizaron mucho durante la presidencia de Richard Nixon quien transformó la BOB en la OMB, convirtiendo un órgano de carácter técnico en una oficina comprometida con el partido del Presidente. Adquirió mucha importancia bajo el Presidente Ronald Reagan, quien designó director a David Stockman (1981-1985) y lo habilitó para producir recortes presupuestarios importantes. Durante la presidencia de George Bush se desempeñó como director Richard Darman, considerado uno de los integrantes del círculo íntimo del Presidente. V., TOMKIN, Shelley L., *Inside OMB, Politics and Process in the President's Budget Office*, Armont, M.E. Sharpe, New York 1998.

284. Son varias las condiciones para que un reglamento sea considerado significativo. Entre ellas que tenga una relevancia económica de más de \$ 100 millones.

285. En una obra publicada conjuntamente por los profesores WADE y SCHWARTZ, en 1972, éste último decía que los Estados Unidos no habían instrumentado legalmente todavía la práctica británica de someter al Parlamento la legislación administrativa. WADE, H.W.R. and SCHWARTZ, Bernard, *Legal Control of Government*, Clarendon Press, Oxford 1972, p. 90.

286. 462 U.S. 919 (1983).

287. CHADHA, Jagdish, nacido en Kenya de padres hindúes, y con pasaporte británico, ingresó a los Estados Unidos en la década de 1960 con una visa de estudiante. Expirado el término de la visa ni el Reino Unido ni Kenya le permitieron retornar de modo que Chadha pidió la extensión de una visa permanente que le fue otorgada por el INS. Pero este acto administrativo fue vetado dos años después por la Cámara de Diputados lo que puso a CHADHA al borde de la deportación. El caso fue paradigmático y su historia completa puede verse en: CRAIG, Barbara Hinkson, *Chadha, the Story of an Epic Constitutional Struggle*, University of California Press, 1988.

288. 462 U.S. en p. 984.

289. 5 USC §§ 801-808.

290. 5 USC § 801(a)(3).

291. Para determinar cuando se trata de una major rule, se toma el mismo criterio de las *executive orders* antes citadas.

B. La revisión judicial previa

En los Estados Unidos la revisión judicial de la actividad administrativa, comprensiva de los reglamentos, tiene dos vertientes. En primer lugar está legalmente prevista en forma general en la Ley de Procedimientos Administrativos (*Administrative Procedure Act*, APA)²⁹². Además de esta previsión general, existen otras leyes que específicamente establecen el control en determinados casos²⁹³. En el primer caso el control se denomina *nonstatutory review*, en el segundo caso *statutory review*. Si se aplican las reglas generales de la APA, los tribunales competentes para entender en la acción son las cortes de distrito²⁹⁴ y no existe previsión legal alguna sobre los efectos del fallo, lo que hace presumir la aplicación de las reglas generales. En el segundo caso, son competentes las cámaras federales de apelaciones (cortes de circuito).

Asimismo, cuando la revisión judicial está prevista en una ley especial, ésta usualmente prevé lo que se denomina *preenforcement review* esto es el control previo, que se lleva a cabo directamente ante una cámara federal de apelaciones. Una de estas leyes es la *Administrative Orders Review Act (Hobbs Act)*²⁹⁵ que prevé una acción directa ante cualquier cámara federal de apelaciones (*Unites States Court of Appeals*), de los reglamentos emanados de diversos órganos u entes tales como: la Comisión Federal de Comunicaciones, la Secretaría de Agricultura, la Secretaría de Transportes, la Comisión Marítima Federal, la Comisión de Energía Atómica, la Junta de Transporte Terrestre²⁹⁶, siendo competente para entender el tribunal del domicilio del actor o la cámara federal de apelaciones para el Distrito de Columbia (D.C. Circuit)²⁹⁷. Pueden plantear la acción los afectados por el reglamento (*communities, associations, corporations, firms, individuals*) y los intereses del Gobierno en la acción son representados por el *Attorney General*, sin perjuicio de la intervención -también como parte- de la agencia que dictó el reglamento²⁹⁸. La interposición de la demanda no suspende de por sí el reglamento pero el tribunal puede disponer una medida precautoria de no innovar que lo suspenda total o parcialmente²⁹⁹. Tanto las decisiones interlocutorias como las definitivas son susceptibles de revisión por la Corte Suprema mediante *writ* o *certiorari*³⁰⁰. Otras leyes similares, establecen la competencia exclusiva de algunas tribunales en particular para estas acciones. Así por ejemplo la *Clean Air Act*, determina la competencia de la cámara federal de apelaciones del Distrito de Columbia para la revisión de ciertas regulaciones de *aplicación nacional*, en tanto que para las de aplicación local o regional corresponden al circuito (cámara de apelaciones) apropiado³⁰¹.

292. §§ 701 a 706, Cáp. 7, Título 5 USC.

293. La propia § 703 prevé la posibilidad de la existencia de leyes específicas sobre revisión judicial de ciertos actos y reglamentos.

294. La norma legal atributiva de competencia general en estos casos es la § 1331, 28 USC, que dice: "Los tribunales de distrito tendrán jurisdicción originaria para todas las acciones civiles que surjan bajo (arising under) la Constitución, las leyes o los tratados internacionales de los Estados Unidos". Cf. LUBBERS, Jeffrey, *A Guide to Federal Agency Rulemaking*, 3rd. ed., American Bar Association, 1998, p. 299.

295. Contenida en las §§ 2341-51, 28 USC.

296. Cf. § 2342.

297. Cf. § 2343.

298. Cf. § 2348.

299. Cf. § 2349(b).

300. Cf. § 2350.

301. Cf. § 7607(b)(i), 42 USC.

El control judicial previo antes aludido, constituye una particularidad del sistema contencioso administrativo norteamericano. Hasta 1967 la revisión judicial de los reglamentos tenía lugar en el contexto de un típico caso judicial, es decir cuando la agencia administrativa los había aplicado en un caso determinado. Regían hasta ese momento las reglas clásicas del *ripeness* (madurez o actualidad del caso) que impedían actuar a los tribunales antes de la aplicación efectiva del reglamento³⁰². Se criticaba este criterio afirmando que solamente ante la producción de un daño podían actuar los tribunales, cuando una intervención preventiva podía evitar ese efecto negativo³⁰³. Ese año la Corte Suprema revolucionó el sistema cuando resolvió el caso *Abbott Laboratories v. Gardner*³⁰⁴. Se cuestionaba una regulación emanada de la Federal Drug Administration (FDA) que obligaba a los fabricantes de ciertas drogas a incluir el nombre genérico de éstas en todas las etiquetas y anuncios en los que apareciera su designación comercial. La demanda - fundada en que la agencia no tenía competencia legal para sancionar tal regulación- fue planteada por el laboratorio antes de que la FDA hubiera hecho aplicación efectiva de su reglamento. Pese a la excepción opuesta por la demandada en tal sentido, la Corte admitió el caso como acción declarativa³⁰⁵.

A partir de este caso, la revisión judicial previa se ha convertido en una regla habitual y está actualmente prevista en numerosas leyes³⁰⁶. Estas en general, prevén un plazo -contado desde la promulgación del reglamento- dentro del cual debe iniciarse la acción. En la *Clean Air Act*, por ejemplo, son sesenta días³⁰⁷. El plazo es de caducidad, de modo que una vez vencido, la acción puede ser desestimada³⁰⁸. Incluso se discute si una vez pasado este período sin que la acción haya sido intentada, el reglamento puede ser impugnado al ser ejecutado. En la *Clean Air Act* por ejemplo, está prohibido³⁰⁹, pero esta previsión ha sido interpretada en forma restrictiva³¹⁰. Asimismo si la ley nada dice al respecto, se ha interpretado que vencido el plazo el reglamento no puede ser impugnado por razones procedimentales, pero si puede serlo por cuestiones sustanciales³¹¹.

La brevedad de los plazos para impugnar, sumada a la posibilidad de hacerlo en diferentes cortes de apelaciones a lo largo de todo el país, generó un gran *forum shopping*, esto es una multiplicidad de acciones iguales ante diferentes tribunales planteadas por diferentes partes. Hasta 1988 la agencia cuyo reglamento había sido impugnado debía someter el expediente en el cual había sido dictado el reglamento impugnado ante el tribunal donde se hubiera iniciado la primera demanda. Ello generaba además una segunda distorsión, pues colocaba a los litigantes en una suerte de *carrera hacia los tri-*

302. El caso más típico de aplicación de esta regla del caso actual es *United Public Workers v. Mitchell*, 330 U.S. 75 (1947). Se cuestionaba aquí una ley que prohibía ejercer actividades políticas a los empleados del gobierno federal. El objeto de la acción declarativa era obtener autorización para realizar las actividades prohibidas. La Corte desestimó la acción pues sostuvo que no había habido todavía aplicación efectiva de la ley, salvo en el caso de un empleado que ya había sido sancionado por violar sus disposiciones.

303. V., DAVIS, Kenneth C. and PIERCE, Richard J., *Administrative Law Treatise*, 3rd. ed., Little Brown and Company, Boston 1994, vol. II, §§ 15.12 y 15.14, pp. 360 y 371.

304. 387 U.S. 136 (1967).

305. Ese mismo día resolvió dos casos conexos al anterior: *Toilet Goods Association v. Gardner* 387 U.S. 158 (1967) y *Gardner v. Toilet Goods Association*, 387 U.S. 167 (1968).

306. Nota 137, p. 308.

307. § 7607(b)(1), 42 USC.

308. *Eagle-Picher Industries, Inc. v. Environmental Protection Agency (EPA)*, 759 F 2d. 905, 911 (D.C. Circuit, 1985).

309. § 7607(b)(2), 42 USC.

310. *Adamo Wrecking v. United States* 434 U.S. 275 (1978).

311. *National Indus. Contractors v. OSHRC*, 583 F 2d. 1048 (8th. Circuit, 1978).

bunales en busca del más favorable, lo que suscitó muchas críticas³¹². Por ello en 1980 la Conferencia Administrativa recomendó que se estableciera un procedimiento de selección de tribunales por azar (*random*). En 1988 el Congreso introdujo una modificación en la § 2112(a), 28 USC, por medio de la cual si una agencia dentro de los diez días de promulgado un reglamento, es notificada de más de una demanda ante distintos tribunales, debe notificar de ello al *Judicial Panel on Multidistrict Litigation*³¹³, quien determina por azar el tribunal que debe intervenir.

V. CONCLUSIONES

Si bien he comprobado que la deferencia judicial existe con alcances muy similares, tanto en los Estados Unidos como en la Argentina, la valoración que ella me merece no es la misma en ambos países. La diferencia esencial a estos efectos radica en que los procedimientos empleados para la sanción y control de los reglamentos en la Administración norteamericana y en la Administración argentina, son enteramente diferentes.

Por lo pronto, la APA en los Estados Unidos -como vimos- prevé un sistema que garantiza a los administrados una participación bastante amplia en la formación de los reglamentos, mientras que nuestra Ley 19.549 no contempla participación alguna y de hecho entre nosotros el reglamento -por lo general- se sanciona sin intervención previa del administrado, quien toma conocimiento de él una vez sancionado. En los Estados Unidos la sanción de un reglamento por momentos se torna similar a la producción de un acto administrativo de alcance individual, en la Argentina es un acto unilateral de la Administración que en el mejor de los casos sufre las influencias de lo que en los Estados Unidos son las *off the record communications*. Así, el déficit democrático de la legislación administrativa en los Estados Unidos, es superado con un razonable margen de participación del administrado que alcanza un alto nivel en el *rulemaking* formal. En la Argentina ese déficit no tiene compensación alguna. La Administración argentina legisla con mayor intensidad que el Congreso, sin tener representación política alguna. Asimismo existen en los Estados Unidos una serie de controles ejecutivos, legislativos y judiciales previos a la vigencia de los reglamentos, que en la Argentina son inexistentes.

A mi entender, todo ello debe incidir en la mayor o menor deferencia que los tribunales luego dispensen a los reglamentos al momento de ejercer su control. Podría establecerse como regla que: *a mayor participación del administrado mayor deferencia y a menor participación menor deferencia*. De lo dicho se sigue, que la eventual crisis que la doctrina de la deferencia puede producir en la separación de poderes, está razonablemente atenuada en los Estados Unidos y en cambio no lo está en la Argentina, donde los tribunales otorgan deferencia a una Administración que ha legislado sin control alguno en el procedimiento de sanción del reglamento, lo que en la práctica le otorga un mayor margen de actuación aún que la del Congreso, donde al menos las decisiones deben acordarse previamente entre los bloques legislativos.

312. MC GARTY, Thomas A., "Multi-Party Forum Shopping for Appellate Review of Administrative Action", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 129, 1980, p. 302.

313. Es un organismo previsto en la § 1407, 28 USC, compuesto por siete jueces (elegidos entre jueces de circuito y de distrito), designados por el Presidente de la Corte Suprema (Chief Justice). Forman quorum con cuatro miembros y todos deben pertenecer a diferentes tribunales. Tienen como misión coordinar las cuestiones de competencia y redistribuir o consolidar las causas pendientes en los tribunales federales.

Como conclusión, me atrevo a señalar que en la Argentina parece inevitable la necesidad de una reforma en nuestra Ley 19.549, que asegure mejor los derechos de los administrados ante la legislación emanada de la Administración. Hasta tanto ella se produzca, los tribunales deberían abandonar la deferencia que dispensan a la Administración, pues el procedimiento de emisión de un reglamento no prevé una compensación adecuada del déficit de representación política de los funcionarios administrativos, ni existe control de ninguna especie previo a su puesta en vigencia.

§ 99. REFLEXIONES SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS QUE CONDENAN AL ESTADO VENEZOLANO AL PAGO DE SUMAS DE DINERO

Margarita Escudero León

Profesor de la Universidad Central de Venezuela y
Universidad Católica Andrés Bello

Una de las características fundamentales de un Estado de Derecho¹ es la garantía del control de la constitucionalidad y legalidad de los actos, actuaciones y omisiones de los órganos del poder público. El principio de legalidad, como límite de actuación del poder público y garantía de respeto a los derechos de los ciudadanos y de adecuación a la satisfacción de los intereses de la colectividad, exige que los actos, actuaciones u omisiones de los órganos dotados de potestades públicas se correspondan con lo previsto en la Constitución, las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, dicho principio de legalidad previsto en el Artículo 137 de la Constitución de 1999, no tendría relevancia alguna de serle posible a los órganos del poder público actuar fuera de los parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico. Es por ello que se le ha asignado al Poder Judicial la importante tarea de velar por la correcta actuación estatal, pudiendo ordenar a los entes públicos prestaciones de dar (pago de sumas de dinero o entrega de bienes), hacer o no hacer, en los casos de sentencias de condena, destinadas a devolver el imperio del Derecho a controversias concretas entre los particulares y el Estado.

Como es sabido, todos los entes estatales deben responder por los actos, actuaciones u omisiones de sus órganos, ya sea en el ejercicio de funciones normativas, jurisdiccionales, de administración o de gobierno. Así, por ejemplo, la República puede ser condenada a indemnizar a particulares que hayan sufrido daños por conductas de los órganos del Poder Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Electoral y Ciudadano. Igual sucede con los estados y municipios, los cuales deberán responder por las actuaciones de sus órganos legislativos y ejecutivos. Nuestra Constitución de 1999 viene a reiterar con más énfasis lo que ya era una realidad en la Constitución de 1961 sobre la responsabilidad de la actuaciones del Estado, en sus Artículos 6, 25, 49 numeral 8, 139, 140, 141, 255 y 259. Sin embargo, es la Administración Pública el principal actor en las controversias con particulares, vista la gran cantidad de cometidos estatales que se le han asignado y la naturaleza de su función como es la de satisfacer de forma directa las necesidades de los particulares. Por ello, los actos, actuaciones y omisiones de la Administración Pública -entendida como el conjunto de órganos que ejercen principalmente función administrativa- son los que de forma preponderante son sometidos al control de su constitucionalidad y legalidad ante el Poder Judicial.

1. La Constitución de 1999 consagra en su Artículo 2 que Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia.

En Venezuela el control judicial de los actos, actuaciones y omisiones imputables a los entes estatales puede conllevar, entre otras, a sentencias que ordenen a dichos entes al pago de sumas de dinero derivadas de responsabilidad contractual o extracontractual de éstos, principalmente por violación del ordenamiento jurídico que les es aplicable. Dichas sentencias que si bien pretenden devolver el imperio de la ley a una concreta actuación del Estado, protegiendo además los derechos e intereses legítimos del particular, pueden no lograr su objetivo ante la dificultad o imposibilidad de lograr su real ejecución por parte del Estado, es decir el pago inmediato de la cantidad de dinero que le ha sido ordenado judicialmente.

Es precisamente la ejecución de sentencias que ordenan al Estado (entendido como cualquier persona jurídica estatal nacional, estatal o municipal) a pagar sumas de dinero el objeto de los presentes comentarios. Consideramos de extrema importancia no solo para la consecución de un real Estado de Derecho, sino también para la plena efectividad de los derechos de los ciudadanos, que la ejecución de las referidas sentencias sea adecuada y oportuna. Lamentablemente, la ejecución de estas sentencias condenatorias ha presentado importantes inconvenientes que es preciso revisar, en búsqueda de soluciones viables en nuestro ordenamiento jurídico, los cuales debilitan el sistema de control judicial del poder público y principalmente de la Administración Pública. Para ello revisaremos primeramente las dificultades que se presentan tanto en la ejecución voluntaria como en la ejecución forzosa de dichas sentencias. En segundo lugar haremos una breve revisión de las soluciones que en esta materia presenta el Derecho comparado, para seguir con un análisis de las disposiciones constitucionales y legales aplicables en la actualidad en Venezuela. Por último, revisaremos la posición de la jurisprudencia nacional en esta materia para evaluar cómo en la práctica se están ejecutando las referidas sentencias; para así concluir con algunas ideas sobre cómo asegurar en nuestro país el efectivo acatamiento por parte del Estado de las sentencias condenatorias al pago de sumas de dinero.

I. DIFICULTADES QUE SE PRESENTAN TANTO EN LA EJECUCIÓN VOLUNTARIA COMO EN LA EJECUCIÓN FORZOSA DE DICHAS SENTENCIAS

Si bien el Estado debe responder por sus actos, actuaciones y omisiones y para ello los particulares afectados tienen como garantía el acceso a los órganos judiciales para hacer efectiva dicha responsabilidad, en la práctica y de forma bastante frecuente las sentencias condenatorias contra el Estado son inejecutadas por la persona jurídica estatal demandada. Dicha inejecución casi siempre es producto de la clásica inercia de nuestros entes públicos. El problema radica principalmente en el hecho de que si el Estado no cumple voluntariamente con lo ordenado en la sentencia, es necesario determinar la forma en que dicha ejecución puede materializarse.

El derecho a la tutela judicial efectiva es reconocido por nuestra Constitución en los Artículos 26 y 49 que garantizan el acceso de los particulares a los órganos judiciales para la resolución de sus controversias, así como el debido proceso en la sustanciación del proceso judicial. Este derecho consiste precisamente en la posibilidad de obtener tutela o protección de los derechos o intereses de los particulares a través de un proceso judicial que se sustancia acatando diversas garantías. Así este derecho contiene a su

vez, entre otros, i) el derecho al libre acceso a los órganos judiciales, ii) el derecho a obtener una sentencia, iii) el derecho a que la sentencia se cumpla, iv) el derecho al juez natural, v) el derecho a la defensa y a la asistencia de abogado, vi) el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, vii) el derecho a promover y evacuar pruebas.

La importancia del derecho a la tutela judicial efectiva no solo deviene de su propia naturaleza como derecho humano, sino también por constituirse en una de las más importantes garantías constitucionales de protección de los derechos humanos. Así, el referido derecho se constituye en garantía de protección de los otros derechos inherentes a la persona humana, al lograrse a través de su ejercicio que los órganos judiciales protejan los demás derechos que puedan ser vulnerados a los particulares.

Nos importa, para estos comentarios, el derecho a que la sentencia se cumpla, como garantía típica del derecho a la tutela judicial efectiva. No es difícil entender que no puede existir una protección judicial de los derechos e intereses de los accionantes de los procesos judiciales si las sentencias que concluyen dichos procesos no se acatan y se hacen efectivas. La decisión judicial no vale nada sino viene aparejada con la ejecución de la misma, pues de lo contrario de nada habrá servido el seguir todo un procedimiento judicial, si al final la protección del accionante victorioso no es lograda. Es más, la Constitución de 1999, en su Artículo 26, no solo garantiza la protección judicial de los derechos e intereses de las personas, así como la obtención pronta de la decisión judicial, sino que además garantiza una justicia idónea, es decir adecuada al caso concreto, la cual nunca podría obtenerse de no poder lograrse el cumplimiento de las decisiones judiciales. Si no se logra el verdadero control judicial que repare las situaciones jurídicas infringidas de los particulares, el derecho a la tutela judicial efectiva no es tal y la adecuación del Estado al ordenamiento jurídico es una vacía exigencia constitucional.

Si bien lo anterior parece incuestionable, se han presentado a lo largo de la historia diversos inconvenientes para lograr la ejecución de las sentencias contra el Estado, principalmente, como ya hemos dicho, contra la Administración Pública. Ante la clásica inercia administrativa en ejecutar voluntariamente las sentencias dictadas en su contra, las reglas procesales exigen al Poder Judicial que ejecute forzosamente, es decir contra su voluntad, lo ordenado en sus fallos. Sin embargo, cuando se está en juicio ante la Administración Pública, el antiguo principio francés de la no intervención del Poder Judicial sobre la Administración Pública pretende convertirse en obstáculo para su control judicial. Recordemos que la condena al pago de sumas de dinero por parte de la Administración Pública exige una actuación de ésta, por lo que una ejecución forzosa de dicho pago requeriría la intervención del Poder Judicial sobre bienes o dineros de dicha Administración Pública.

Es por lo anterior que en la experiencia francesa, por razones históricas propias de dicho país, la ejecución de sentencias había correspondido tradicionalmente a la Administración Pública y no al Poder Judicial. Dicha prerrogativa de la Administración se justificaba en el principio de separación de poderes rígido que exigía la no intervención de un poder en otro. Ello implicaba necesariamente la imposibilidad para el juez, ante la falta de ejecución voluntaria de la sentencia por parte de la Administración, de realizar actos de ejecución forzosa que implicaran una intromisión en las actividades de la Administración Pública. La misma situación fue replicada en España y tuvo su influencia en diversos ordenamientos jurídicos. Afortunadamente dicha concepción ha sido superada tanto en Francia como en España.

Por otro lado, uno de los pretextos que se ha dado para impedir la ejecución forzosa de las sentencias por parte del Poder Judicial es el de proteger el ejercicio de la función pública, para el cual se requiere la disponibilidad de los bienes y rentas del Estado, estableciendo para ello la inembargabilidad de sus bienes y suspendiendo la ejecución de las sentencias para realizar los acomodos presupuestarios requeridos. Así, tanto el principio de inembargabilidad de los bienes del Estado como el principio de legalidad presupuestaria -que exige que no se realice pago alguno sin estar previsto en la ley de presupuesto- se constituyen en nuevos obstáculos para la ejecución tanto voluntaria como forzosa de las sentencias condenatorias al pago de sumas de dinero contra el Estado.

En consecuencia, al ser condenado el Estado al pago de una suma de dinero por sentencia firme, éste puede suspender la ejecución voluntaria justificándose en la imposibilidad de realizarlo ante la falta de partida presupuestaria que lo permita. Contentándose, en el mejor de los casos, con incluir en el próximo o próximos ejercicios fiscales partidas presupuestarias que permitan cumplir con la sentencia dictada en su contra. Ahora bien, en el caso que dicha asignación presupuestaria no sea incluida en las siguientes leyes de presupuesto, el particular acreedor tampoco podrá hacer efectiva su acreencia contra el Estado, a través de mecanismos de ejecución forzosa -como es el caso del embargo y posterior remate de bienes- pues dichos bienes gozan del principio de inembargabilidad.

Sobre los diversos obstáculos que obran contra los derechos de los particulares en esta materia la doctrina especializada con claridad ha señalado:

Sin embargo, cuando la parte condenada o ejecutada es la Administración pública, la actividad judicial de ejecución forzosa topa con no pocos obstáculos de tipo teórico (ya que la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas implica una cierta actuación materialmente administrativa, que para algunos es incompatible con la función jurisdiccional y con el principio de separación de poderes), histórico (los revolucionarios franceses, a causa de los recelos contra los antiguos Parlamentos judiciales, prohibieron a los jueces “perturbar de cualquier manera las operaciones de los cuerpos administrativos”; los litigios contencioso-administrativos quedaron en 1790 reservados a la Administración activa bajo la regla *juger l’administration c’est encore administrer* (juzgar a la Administración sigue siendo administrar): y cuando a finales del siglo XIX se produjo el tránsito de la jurisdicción retenida a la delegada, la materia de la ejecución siguió rigiéndose por el sistema retenido), y por último práctico (al ser la Administración titular de manera casi exclusiva, de los legítimos instrumentos de la coacción pública, en su función de *law enforcement* o aseguramiento y vigilancia del cumplimiento de las leyes, se hace ciertamente complicado imaginarla utilizando sus prerrogativas contra sí misma)².

No son pocos pues los inconvenientes que han existido en diversos ordenamientos para lograr la efectiva ejecución de las sentencias condenatorias de sumas de dinero contra la Administración. Esta realidad es de suma importancia pues en la medida de que dichos obstáculos puedan ser salvados, sin desconocer los necesarios privilegios que el ejercicio de la función pública exige, podremos hacer verdaderos las garantías constitucionales de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de los particulares, así como los principios de legalidad, responsabilidad del Estado y efectivo control judicial de la función pública.

2. BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, Editorial Civitas, Madrid 1995, p. 23.

II. SOLUCIONES QUE PRESENTA EL DERECHO COMPARADO

Si bien los diversos inconvenientes, a los cuales nos hemos referido brevemente, para hacer efectivas las sentencias condenatorias de pagos de sumas de dinero contra el Estado, han existido y existen en diversos ordenamientos jurídicos del mundo, los constituyentes, legisladores y jueces han ido ideando diversos mecanismos de sumo interés que buscan lograr el justo equilibrio entre la necesaria continuidad de la función pública y la tutela judicial efectiva, el principio de responsabilidad del Estado y el principio de legalidad. Veamos algunos de ellos.

1. Francia

La primera aproximación al problema de la ejecución de sentencias se da en el decreto del 30 de julio de 1963 con la creación de una comisión del Consejo de Estado, a la cual se le confiaba la misión de incitar y ayudar a la ejecución de las sentencias. El Consejo de Estado anualmente relata las dificultades encontradas en la ejecución y las modalidades de su intervención para el logro de la ejecución de sentencias³. En la actualidad en caso de no lograr la ejecución de la sentencia existen tres posibilidades que pueden ser acumuladas:

1. La parte interesada puede apelar al Mediador de la República (figura francesa del *ombudsman*), quien podrá ordenar a la Administración a ejecutar la sentencia en su contra en un plazo de tiempo que él determinará. Si la orden dada no es cumplida por la Administración, la inejecución será objeto de un informe especial a ser publicado en un periódico oficial.

2. Luego, la ley del 16 de julio de 1980 da posibilidad al juez para que ordene a la Administración que tome las medidas necesarias para la ejecución de las sentencias, bajo apremio o sea con la obligación de pagar una cantidad de dinero por cada día, semana o mes de retraso en la ejecución (*astreinte* o multa coercitiva). Esta competencia la tenía solo el Consejo de Estado hasta que la Ley del 8 de febrero de 1995 extiende el poder de conminar bajo apremio a los tribunales administrativos y a las cortes administrativas de apelación.

3. La ley de 1980 también instituye la posibilidad de que la parte interesada solicite al *comptable public* (funcionario que paga las deudas de las personas públicas) competente que le pague las sumas de dinero debidas por sentencias condenatorias contra la Administración que no habían sido ejecutadas⁴.

Por su parte, la jurisprudencia ha señalado que en los casos de sentencias condenatorias al pago de una suma de dinero, la negativa a ejecutarlas generará intereses moratorios a la tasa legal, la cual será recargada en cinco puntos después de transcurridos dos meses de la notificación de la sentencia⁵.

La situación francesa evidencia diversos mecanismos utilizados para lograr la plena efectividad de las sentencias, permitiendo, ante la posible inocuidad de algunos, el cobro directo de la suma adeudada ante funcionarios obligados a ello y el resarcimiento del daño causado por el retraso en la ejecución con el pago de los intereses moratorios correspondientes.

3. CHAPUS, René, *Droit Administratif Général*, t 1, novena edición, Montchrestien, París 1995, p. 719.

4. *Ibid*, pp. 720-722. V., ley del 3 de enero de 1973, modificada por la ley del 24 de diciembre de 1976.

5. CHAPUS, René, *Droit du Contentieux Administratif*, sexta edición, Montchrestien, París 1996, p. 900.

2. España

Si bien la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del 27 de diciembre de 1956 establecía el antiguo privilegio de que la ejecución de las sentencias contra la Administración Pública estaba en cabeza de ésta y no del Poder Judicial, la Constitución española de 1978 vino a modificar dicha regla. El Artículo 117.3 de dicha Constitución señala que “[e]l ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de proceso, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes...” Por su parte, el Artículo 118 constitucional obliga a la Administración a cumplir las sentencias, debiendo prestar la colaboración necesaria para su ejecución.

En ejecución de estos principios constitucionales, se dicta en 1998 la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la cual señala en su Artículo 103 (i) que la potestad de hacer ejecutar las sentencias corresponde exclusivamente a los tribunales, (ii) que las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se establezca y (iii) que todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar la colaboración requerida por los jueces contencioso-administrativos para la debida y completa ejecución del fallo.

Sin embargo, la Constitución española mantiene el principio de inembargabilidad de los bienes del dominio público. Es importante destacar que, en consecuencia, los bienes del dominio privado del ente estatal podrían ser objeto de mecanismos de ejecución forzosa por parte de los tribunales. El profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor señala que “aunque paulatinamente se va reconociendo la embargabilidad de los bienes patrimoniales (no de los demaniales [bienes de dominio público]): así lo ha admitido el art. 66.6 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, para ejecución de los créditos con garantía hipotecaria de las Entidades locales, y lo ha confirmado la STC 166/1998”⁶.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece que dictada la sentencia contra la Administración Pública se le comunicará en el plazo de 10 días y ésta en un plazo de 10 días deberá acusar recibo de la comunicación e indicar al juez el órgano responsable del cumplimiento del fallo, procediendo a llevar a efecto lo establecido en éste. El órgano administrativo designado dispone de un plazo de 2 meses o menos si la sentencia fijó uno distinto para dar cumplimiento a la sentencia. Transcurrido ese lapso sin que se haya ejecutado la sentencia la parte interesada podrá solicitar al tribunal la ejecución forzosa de la sentencia. Asimismo, el Artículo 112 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa autoriza a los jueces para que, una vez transcurridos los plazos otorgados para el cumplimiento de la sentencia, adopten las medidas necesarias para lograr la ejecución de lo contenido en la sentencia, así como permite, la imposición de multas coercitivas a las autoridades que incumplan con el contenido del fallo, las cuales pueden ser reiteradas hasta la completa ejecución de éste; así como el traslado de la cuestión a la jurisdicción penal para la exigencia de las responsabilidades correspondientes.

Si las anteriores medidas son ineficaces la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 señala en su Artículo 106 mecanismos de ejecución forzosa:

6. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, volumen II, segunda edición, Editorial entro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid 2000, p. 700.

1. Cuando la Administración fuere condenada al pago de cantidad líquida, el órgano encargado de su cumplimiento acordará al pago con cargo al crédito correspondiente de su presupuesto que tendrá siempre la consideración de ampliable. Si para el pago fuese necesario realizar una modificación presupuestaria, deberá concluirse el procedimiento correspondiente dentro de los tres meses siguientes al día de la notificación de la resolución judicial.

2. A la cantidad a que se refiere el apartado anterior se añadirá el interés legal del dinero, calculado desde la fecha de notificación de la sentencia dictada en única o primera instancia.

3. No obstante lo dispuesto en el artículo 104.2, transcurridos tres meses desde que la sentencia firme sea comunicada al órgano que deba cumplirla, se podrá instar la ejecución forzosa. En este supuesto, la autoridad judicial, oído el órgano encargado de hacerla efectiva, podrá incrementar en dos puntos, el interés legal a devengar, siempre que apreciase falta de diligencia en el cumplimiento.

4. Si la Administración condenada al pago de cantidad estimase que el cumplimiento de la sentencia habría de producir trastorno grave a su Hacienda, lo pondrá en conocimiento del Juez o Tribunal acompañado de una propuesta razonada para que, oídas las partes, se resuelva sobre el modo de ejecutar la sentencia en la forma que sea menos gravosa para aquélla.

Vemos que en España la situación también es muy prometedora. No solo es indiscutible la completa potestad jurisdiccional para lograr la ejecución de las sentencias, sino que además se establecen garantías tales como i) la posibilidad de multas coercitivas contra los funcionarios remisos, ii) la obligatoria existencia de partidas presupuestarias suficientes para el cobro de lo ordenado en las sentencias, iii) el reconocimiento de los intereses que se generen por el retraso en la ejecución y iv) el inicio de la posibilidad de embargar bienes del dominio privado del ente deudor.

3. Italia

La figura del *giudicio di ottemperanza* en Italia se constituye en un proceso ante el juez administrativo en que se busca precisamente la ejecución de las sentencias que la Administración se niega a cumplir. El régimen jurídico de esta figura se estableció en las Leyes de 1924 y 1971 y en el Decreto del 17 de agosto de 1907. Entre los presupuestos necesarios para que proceda el *giudicio di ottemperanza* está el que haya una sentencia firme contra la Administración que haya sido incumplida por ésta y que la parte interesada haya previamente requerido y denunciado la mora ante la Administración. Dicho proceso concluye con una sentencia contra la cual procede la apelación. En dicha decisión optará entre actuar directamente o nombrar un “comisario *ad actus* que sustituirá a la Administración inerte adoptando todos los actos que sean necesarios para dar efectivo cumplimiento a la sentencia”⁷. El juez definirá la forma y plazo de ejecución de la sentencia y “a través del comisario *ad actus*, pondrá en marcha todos los actos contables necesarios para la satisfacción de la deuda contraída por la Administración... Así procederá a incluir en el presupuesto correspondiente una partida para el pago de aquélla y, eventualmente, emitirá un mandamiento de pago”⁸. Así, este comisario se convierte en parte de la Administración Pública condenada.

7. CHINCHILLA MARÍN, Carmen, “La ejecución de sentencias en el Derecho Italiano: Il *giudicio di ottemperanza*” en *Revista española de Derecho Administrativo* n° 59, Civitas, Madrid 1988, pp. 5-10.

8. *Ibid.*, p. 12.

La profesora Carmen Chinchilla señala que el Consejo de Estado ha sostenido que la Administración Pública está obligada a ejecutar, sin que ninguna razón pueda eximirla de dicho cumplimiento. Así, en materia de embargo de bienes contra las Administraciones Públicas señala:

En el ordenamiento jurídico italiano, los bienes de los entes públicos se clasifican en tres categorías: demaniales, patrimonio indisponible y patrimonio disponible ... Como es obvio, los bienes pertenecientes a las dos primeras categorías son inalienables e inembargables, mientras que, por el contrario, los bienes del patrimonio disponible están, por definición, libres de vínculo y están sujetos, a todos los efectos, al Derecho Común.

De acuerdo con ello, y según lo dispuesto en el artículo 2.740 del Código Civil italiano, la Administración, como cualquier deudor, responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros. Así pues, salvo que estén afectados a un servicio público concreto, los bienes del patrimonio disponible son embargables.

No obstante la regla anterior, la ejecución forzosa contra este tipo de bienes (fundos rústicos, inmuebles urbanos, industrias no destinadas a servicios públicos, acciones de empresas privadas, dinero y créditos) encontraba, hasta hace poco tiempo, notables limitaciones respecto de dos de ellos, a saber el dinero y los créditos.

Tras superar una orientación contraria, dominante durante muchos años, la jurisprudencia entiende hoy que el dinero y los créditos de las Administraciones (salvo que estos últimos tengan su origen en relaciones jurídico-públicas) son bienes disponibles que pueden ser objeto de embargo y que producen intereses a favor de su acreedor en caso de demora en el pago....

Por todo ello [la Corte Constitucional italiana] concluye que el dinero y los créditos ...son embargables, sin que pueda decirse de ellos que tienen, por el hecho de estar en los presupuestos, un destino concreto que los convierta en bienes del patrimonio indisponible. La Corte admite, no obstante, una excepción a esta regla: que el dinero o el crédito estén destinados -por ley- a un fin público específico⁹.

La situación italiana es de gran avanzada pues no solo el juez está en capacidad de nombrar un funcionario que proceda a hacer los arreglos presupuestarios necesarios y finalmente ejecute personalmente el efectivo pago de lo adeudado, sino que además puede embargar bienes no destinados a actividades de servicio público, en especial dinero. Asimismo, se reconocen los intereses que resarzan los daños causados al particular victorioso por la demora en el cumplimiento de lo ordenado en el fallo judicial.

4. Alemania

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1960 establece en el Artículo 170 el proceso de ejecución de sentencias contra el Estado. Dicho Artículo señala que la ejecución de sentencias contra la Administración Pública se hará ante el juez de primera instancia, a petición del acreedor. El tribunal determinará las medidas de ejecución a adoptar y requerirá a la oficina competente su adopción. Antes de la adopción de las medidas de ejecución, el Tribunal deberá informar a la Administración Pública, contra la que haya de ejecutarse, de la ejecución que se pretende llevar a cabo, con la invitación de que ejecute voluntariamente la sentencia dentro del plazo que conceda el tribunal, el cual no deberá exceder de un mes¹⁰.

9. *Ibid.*, pp. 11-12.

10. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago J, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Editorial Civitas, S.A., Madrid 1993, p. 314.

Sin embargo, continúa el referido Artículo señalando que la ejecución será inadmisiblesobre los bienes que sean imprescindibles para la realización de funciones públicas o cuya enajenación contraríe interés público. Así la ejecución forzosa es improcedente sobre los siguientes bienes muebles e inmuebles:

Aquéllos que sean imprescindibles para el cumplimiento de funciones públicas. Estos son especialmente los que de subastarse pusieran en peligro el suministro de la población o el funcionamiento de la Administración. En principio, siempre es procedente el embargo contra haberes en metálico bancarios de la Administración (Geldforderungen).

-Los que su venta contraríe un interés público, como, por ejemplo, colecciones u objetos de arte, archivos, bibliotecas, instalaciones deportivas, parques, piscinas públicas, calles, aeropuertos, puentes. Aquí el punto de vista de *lo imprescindible* no juega ningún papel¹¹.

Vemos que en el sistema alemán la ejecución es realizada por el juez en respeto al derecho a la tutela judicial efectiva, procediendo de ser necesario a la ejecución forzosa de las sentencias, salvaguardando sin embargo aquellos bienes que sean indispensables para el interés público.

5. Colombia

Los decretos 768 del 23 de abril de 1993 y 818 de 1994 ordenaron que una vez comunicada la sentencia al organismo condenado, éste debe dentro del plazo de 30 días expedir una resolución en la cual se adopten las medidas necesarias para su cumplimiento, entre las cuales estará el envío de copia de la sentencia al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que éste tome las medidas necesarias para la realización del pago. La no colaboración en el cumplimiento de las sentencias condenatorias es sancionado por la normativa colombiana. Así, el Artículo 76 del Código Contencioso Administrativo establece como causal de mala conducta, sujeta a sanciones disciplinarias hasta de destitución, el retraso o entramamiento del cumplimiento de decisiones firmes, así como no hacer lo que legalmente se requiera para que se incluya dentro de los presupuestos públicos las asignaciones suficientes para el cumplimiento de las sentencias condenatorias a la Administración. Asimismo, la ley 200 de 1995 establece como deber de los servidores públicos tramitar, proyectar y aprobar en los presupuestos apropiaciones suficientes para el cumplimiento de las sentencias, siendo el incumplimiento de dicho deber sancionable¹².

Ahora veamos lo que sucede en los casos en que no existe el cumplimiento voluntario de la sentencia. Hasta la publicación del decreto 1 de 1984 existía en el Código de Procedimiento Civil prohibición de ejecutar a la Nación y las demás entidades territoriales solo podían ser ejecutadas seis meses después de que la sentencia correspondiente haya quedado firme. Es a partir del referido decreto, contenido del Código Contencioso Administrativo, en su Artículo 177, que se permite que las entidades estatales, incluyendo la Nación, entidades territoriales y entidades descentralizadas, puedan ser ejecutadas ante la justicia ordinaria en relación con las condenas impuestas por las sentencias contencioso-administrativas, dieciocho meses después de su ejecutoria.

11. *Ibid*, p. 317.

12. SUÁREZ HERNÁNDEZ, Daniel, "La efectividad de las decisiones de la justicia administrativa" en *Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina*, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá 1999, pp. 312-315.

Este lapso fue reducido en 1989, con la modificación del Código de Procedimiento Civil, para el caso de las entidades territoriales, el cual se redujo a seis meses¹³.

Si bien en Colombia existe el principio de inembargabilidad de los bienes y rentas del Estado, la jurisprudencia ha establecido excepciones al referido principio, señalando que en materia de sentencias de condena contra el Estado, éstas se ejecutaban de acuerdo con el señalado Artículo 177, es decir dieciocho meses después de quedar firmes, procediendo en este caso la figura del embargo. La Corte Suprema de Justicia colombiana ha señalado que el término de dieciocho meses es suficiente para que el Estado cumpla con los actos necesarios y para que no se esté frente a embargos sorpresivos de rentas nacionales que puedan causar desequilibrios fiscales¹⁴.

6. Argentina

Las Constituciones de las provincias argentinas establecen la garantía de que las sentencias deben ser ejecutadas. A la autoridad administrativa se le otorga un plazo, desde la sentencia condenatoria, para cumplir con lo ordenado judicialmente. Vencido el referido plazo sin haber ejecutado la sentencia, el tribunal ordenará a la autoridad correspondiente que proceda a cumplir lo ordenado, determinando concretamente lo que debe hacer y el plazo para ello, bajo apercibimiento de hacer efectiva la responsabilidad correspondiente.

Por su parte, los bienes afectados al uso público o a un servicio público son inembargables, así como las contribuciones fiscales afectadas por ley a servicios públicos. Sin embargo, sobre los demás bienes puede ordenarse mandamiento de ejecución y embargo, pero solo después de transcurrido el plazo constitucional de inejecutabilidad o inembargabilidad. En todo caso, la Administración Pública puede solicitar la suspensión de la ejecución de la sentencia, entre otros, cuando provoca importantes trastornos al tesoro público por la suma a pagarse, caso en el cual el tribunal deberá establecer el pago por cuotas, con actualización monetaria y pago de intereses legales¹⁵.

III. ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES APLICABLES EN LA ACTUALIDAD EN VENEZUELA

Tal como hemos señalado anteriormente, la Constitución de 1999 reconoce tanto la obligatoria sujeción de todos los órganos del Poder Público a lo establecido en el bloque de legalidad, como la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos ante cualquier violación de dicho bloque de legalidad.

Así, en los Artículos 7, 19, 137 y 259 se consagra i) la sujeción de todas las personas y órganos del Poder Público a la Constitución, ii) el obligatorio respeto y garantía de los órganos del Poder Público a los derechos humanos de las personas, de conformidad con la Constitución, tratados y leyes aplicables, iii) el principio de legalidad en virtud del

13. *Ibid*, p. 316.

14. *Ibid*, pp. 316-317.

15. DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, sexta edición, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires 1997, p. 949.

cual la Constitución y la ley definen las atribuciones del Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que éste realice, y iv) la sujeción de los actos administrativos al Derecho.

Por su parte, la Constitución prevé expresamente la responsabilidad de los funcionarios y órganos del Poder Público cuando sus actuaciones, actos u omisiones violenten el ordenamiento jurídico que los regula, así como cuando, aún sin falta del Estado su actuación u omisión genera un sacrificio particular, en desconocimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas. En este sentido vemos diversas normas constitucionales que garantizan la responsabilidad del Estado por su actuación. Es el caso de los Artículos 6 (gobierno responsable), 25 (responsabilidad de los funcionarios públicos por violación de derechos), 49 numeral 8 (responsabilidad del Estado y del juez por error judicial), 139 (ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por violación de la Constitución o la ley), 140 (responsabilidad patrimonial del Estado por daños imputables al funcionamiento de la Administración Pública), 141 (la Administración Pública se fundamenta en el principio de la responsabilidad), 255 (responsabilidad personal de los jueces) y 259 (condena judicial al pago de sumas de dinero y reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración).

Las referidas normas constitucionales se constituyen en una contundente consagración de la responsabilidad del Estado frente a actuaciones, actos y omisiones que produzcan daños a los particulares. La jurisprudencia de nuestra Sala Político Administrativa ha señalado que las normas constitucionales en materia de responsabilidad del Estado consagra un “sistema integral de responsabilidad patrimonial del Estado, que abarca todos los daños ocasionados por cualesquiera actividad derivada del ejercicio de cualquiera de las funciones ejercidas por los órganos del Poder Público”¹⁶. Así, la responsabilidad del Estado abarca los actos, actuaciones y omisiones de cualquier órgano del Poder Público, bien sea nacional, estatal o municipal, en ejercicio de cualquiera de las funciones normativa, jurisdiccional, administrativa o de gobierno. Asimismo, los entes estatales descentralizados en los tres niveles político-territoriales responden por el ejercicio de las potestades públicas que le hayan sido atribuidas. Para los presentes comentarios nos interesa básicamente la responsabilidad civil del Estado, la cual obliga a éste al pago de sumas de dinero a los particulares afectados por su actuación, acto u omisión.

Por su parte, y ya como vimos anteriormente, la referida responsabilidad del Estado requiere como mecanismo garantizador de ella que el particular afectado pueda acceder a los órganos judiciales para obtener la tutela de los derechos o intereses vulnerados por el Estado. Así el Artículo 26 constitucional prevé el derecho del acceso a la justicia, en el marco del derecho a la tutela judicial efectiva, el cual exige la obtención de una pronta decisión que resuelva el conflicto planteado, en este caso, entre el particular y el Estado. Es evidente, sin embargo, que dicha decisión no garantizaría el verdadero derecho de tutela judicial si dichas decisiones no son ejecutadas, es decir si al no existir una ejecución voluntaria del dispositivo de la sentencia por la parte perdedora, no existen mecanismos que aseguren la ejecución o cumplimiento forzoso de ella. Es por eso, que los Artículos 253 y 259 constitucionales señalan que a los órganos del Poder Judicial les corresponde ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias, y por lo que respecta a la jurisdicción contencioso-administrativa, ésta puede disponer lo necesario para el restableci-

16. Sentencia del 15 de junio de 2000, Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Caso *Germán Heriberto Avilez Peña*. Magistrado ponente ESCARRÁ MALAVÉ, Carlos consultada en original.

miento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa. Esta última norma es de suma importancia pues es la jurisdicción contencioso administrativa la que conoce, principalmente, de las demandas que por cobro de bolívares se intentan contra los entes estatales.

En acatamiento de dichas normas constitucionales el Código de Procedimiento Civil en su Artículo 21 señala:

Los jueces cumplirán y harán cumplir las sentencias, autos y decretos dictados en ejercicio de sus atribuciones legales, haciendo uso de la fuerza pública, si fuere necesario. Para el mejor cumplimiento de sus funciones, las demás autoridades de la República prestarán a los jueces toda la colaboración que éstos requieran.

Es de recordar, además, que, de conformidad con el Artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, las normas del Código de Procedimiento Civil son supletorias en los procedimientos contencioso-administrativos. Asimismo, el Artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia reitera la norma constitucional sobre la potestad de la jurisdicción contencioso-administrativa de disponer lo necesario para restablecer la situación jurídica lesionada por la actividad administrativa. Por su parte, el Artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que corresponde la Poder Judicial *ejecutar o hacer ejecutar las sentencias que dictare*. Todo lo anterior evidencia el poder de los jueces de ejecutar y hacer ejecutar las sentencias que dicten, aún contra el Estado, y ordenar lo necesario para restablecer efectivamente las situaciones jurídicas infringidas de los particulares. Es de recordar, en este punto, que en nuestro país existe una separación de poderes flexible, en que la colaboración e interferencia entre los poderes es constante, por lo que la intervención del Poder Judicial sobre la Administración Pública, para el logro del cumplimiento de las sentencias, tiene claro basamento constitucional.

La anterior realidad constitucional se presenta lo suficientemente sólida como para afirmar que el Estado venezolano por sus actuaciones, actos u omisiones responde patrimonialmente, siendo que dicha responsabilidad se hace efectiva a través de la condena judicial al pago de sumas de dinero por parte del ente estatal correspondiente (por ejemplo República, Estado, Municipio, instituto autónomo, empresa del Estado). Dicha condena judicial de no ser ejecutada voluntariamente por el ente estatal será ejecutada forzosamente por el juez competente tomando las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento oportuno y pleno del fallo judicial.

Para lograr el cumplimiento de las sentencias, nuestra normativa también prevé diversos mecanismos de coerción. El Artículo 21 del Código de Procedimiento Civil señala que todas las autoridades de la República deberán prestar a los jueces toda la colaboración que éstos requieran, por lo que las autoridades públicas están en la obligación de acatar las sentencias que se dicten aún en su contra y tomar las medidas necesarias para su cumplimiento. Por su parte, la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en su Artículo 174 permite al Tribunal Supremo de Justicia a “sancionar con multa que no excederá de cinco mil bolívares, a los funcionarios que, estando obligados a hacerlo, no acataren sus órdenes ...sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar”. Si bien esta norma busca lograr, a través de sanciones de multa, que los funcionarios acaten las sentencias y colaboren en su ejecución voluntaria, parece ser el monto excesivamente bajo como para constituirse en una real forma de presión para los funcionarios públicos. El desacato de funcionarios a órdenes judiciales puede conllevar también responsabilidad penal -por desobediencia a la autoridad- y responsabilidad disciplinaria, las cuales

sin embargo no pueden hacerse efectivas por el juez contencioso administrativo de ejecución, aun cuando éste siempre puede exhortar a que los funcionarios competentes hagan efectivas dichas responsabilidades.

Por otro lado, las normas en materia presupuestaria se han constituido también en un obstáculo para la ejecución de sentencias contra el Estado en Venezuela, aún en la fase de cumplimiento voluntario de las mismas. El Artículo 314 de la Constitución señala:

No se hará ningún tipo de gasto que no haya sido previsto en la Ley de Presupuesto. Solo podrán decretarse créditos adicionales al presupuesto para gastos necesarios no previstos o cuyas partidas resulten insuficientes, siempre que el Tesoro Nacional cuente con recursos para atender a la respectiva erogación; a este efecto, se requerirá previamente el voto favorable del Consejo de Ministros y la autorización de la Asamblea Nacional o, en su defecto, de la Comisión Delegada.

En consecuencia, la Administración Pública se considera legitimada a suspender la ejecución de la sentencia hasta tanto se prevea en las leyes de presupuesto la partida necesaria para el pago de la obligación contenida en el fallo. Dicha inclusión presupuestaria, como es conocido, puede llevar varios años en el buen supuesto que efectivamente se incluya dicha asignación en las leyes presupuestarias de los años subsiguientes. Sin embargo, es importante recordar el contenido del Artículo 57 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, en lo que respecta a la República y los entes descentralizados funcionalmente sin fines empresariales:

...Los compromisos originados en sentencia judicial firme con autoridad de cosa juzgada o reconocidos administrativamente de conformidad con los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y en el reglamento de esta Ley, así como los derivados de reintegros que deban efectuarse por concepto de tributos recaudados en exceso, se pagarán con cargo al crédito presupuestario que, a tal efecto, se incluirá en el respectivo presupuesto de gastos. (Subrayado nuestro)

Por su parte, el Artículo 64 *ejusdem* establece que los principios y disposiciones establecidos en dicha ley para la administración financiera nacional, regirán para los estados, distritos y municipios.

La mencionada prohibición de realizar gastos que no hayan sido previstos en la Ley de Presupuesto ha pretendido constituirse en un límite al pago de las sumas de dinero ordenado por orden judicial. Sin embargo, la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público exige la existencia de un crédito presupuestario que responda de los compromisos dinerarios de los entes estatales producto de sentencias judiciales. Esto en consecuencia le resta importancia, para el tema que comentamos, a la prohibición de pagar por parte del ente estatal una condena judicial por falta de previsión presupuestaria, pues la referida ley exige dicha previsión.

El único problema que podría plantearse, entonces, en esta materia, es la insuficiencia del referido crédito presupuestario del presupuesto de gastos correspondiente al año en que adquiera firmeza la sentencia condenatoria. En principio ello no debería suceder, pues el Ejecutivo Nacional debería mantener actualizado el cálculo de las posibles obligaciones con ocasión de juicios que se siguen contra la Estado, tal como lo prevé además el propio Artículo 12 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público el cual exige que el Ministerio de Finanzas presente un anexo al proyecto de ley del presupuesto anual, en el cual se describan las “obligaciones contingentes, es decir, aquéllas cuya materialización efectiva, monto y exigibilidad dependen de eventos futuros inciertos que de hecho pueden no ocurrir, incluidas garantías y asuntos litigiosos que puedan originar gastos en el ejercicio”.

En consecuencia, de una diligente determinación de dichas obligaciones contingentes en el presupuesto de gastos anual debería haber una partida con fondos suficientes para responder por las sentencias condenatorias de pago de sumas de dinero contra la República. Sin embargo, en el supuesto de que dicha partida sea insuficiente, los mecanismos de créditos adicionales o la partida de rectificaciones al presupuesto o los propios trasposos de partidas deben ser puestos en práctica inmediatamente después de la notificación de la sentencia condenatoria y de la determinación de la insuficiencia de la partida presupuestaria para el pago de los compromisos provenientes de sentencias condenatorias firmes.

Ahora bien, en el caso de que el ente estatal cumpla voluntariamente la sentencia dictada en su contra se habrá satisfecho la protección de los derechos e intereses del particular victorioso. Sin embargo, el problema radica cuando la parte perdedora no ejecuta voluntariamente el fallo en su contra, lo cual obliga al órgano judicial a proceder a la ejecución forzosa de la sentencia, es decir a realizar los actos necesarios para satisfacer, aún en contra de la voluntad de la parte perdedora, la parte dispositiva de la sentencia. En el caso de las sentencias en que se condena al pago de una suma de dinero, el Código de Procedimiento Civil, establece que cuando el deudor no efectúe el cumplimiento voluntario en el lapso que el tribunal le señale, éste procederá a la ejecución forzada de la sentencia. Esta ejecución forzada se constituye en una orden del juez de embargar bienes propiedad del deudor que indique el ejecutante, los cuales finalmente serán puestos en remate para que con el precio de dichos bienes se satisfaga la sentencia dictada.

Sin embargo, esta ejecución forzada se ve limitada a nivel de la República por la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, la cual en su Artículo 73 señala que “[l]os bienes, rentas, derechos o acciones que formen parte del patrimonio de la República no están sujetos a embargos, secuestros, hipotecas, ejecuciones interdictales y, en general, a ninguna medida preventiva o ejecutiva”¹⁷. Dicho privilegio es aplicable también a los institutos autónomos, por mandato del Artículo 97 de la Ley Orgánica de la Administración Pública¹⁸. Por su parte, el Artículo 102 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal prevé que el Municipio gozará de los mismos privilegios y prerrogativas que la legislación nacional otorga al Fisco Nacional, incluido en consecuencia el principio de inembargabilidad de sus bienes.

Estas normas impiden claramente la ejecución forzosa contra bienes estatales, lo que no solo carece de fundamento constitucional, sino que contraría los diversos principios consagrados en la Constitución y antes comentados, entre los cuales está el principio de legalidad, el principio de responsabilidad del Estado, el derecho a la tutela judicial efectiva de los particulares y la potestad de los jueces de ejecutar sus sentencias tomando todas las medidas necesarias para hacerlas efectivas. La citada norma de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República claramente violenta dichos principios y derechos, pues ante la falta de cumplimiento voluntario de las sentencias el particular victorioso en juicio vería frustrada la posibilidad de lograr el resarcimiento de los daños

17. Norma también contenida en el Artículo 16 de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional.

18. El Artículo 44 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal señala que los institutos autónomos municipales no gozarán de los privilegios y prerrogativas que esa ley acuerda al Fisco Municipal, a menos que una ley nacional así lo establezca. La norma de la Ley Orgánica de la Administración Pública pareciera incluir dentro de los privilegios de la República a todos los institutos autónomos, sean nacionales, estatales o municipales. Sin embargo, resultaría absurdo pretender la inejecución de bienes de los institutos autónomos municipales, frente a la posibilidad de ejecución forzosa de los bienes de los municipios, de conformidad con el Artículo 104 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

y perjuicios que se le han ocasionado y estaríamos ante una clara desigualdad procesal en el tratamiento de la ejecución de sentencias entre las partes particular y Estado.

Si bien, el Artículo 102 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal prevé que el Municipio gozará de los mismos privilegios y prerrogativas que la legislación nacional otorga al Fisco Nacional, incluido en consecuencia el principio de inembargabilidad de sus bienes, la misma norma permite excepciones establecidas en dicha ley. Así, el Artículo 104 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal señala:

Cuando el Municipio o el Distrito resultare condenado en juicio, el tribunal encargado de ejecutar la sentencia lo comunicará al Alcalde, quien dentro del término señalado por el Tribunal, deberá proponer al Concejo o Cabildo la forma y oportunidad de dar cumplimiento a lo ordenado en la sentencia. El interesado, previa notificación, aprobará o rechazará la proposición del Alcalde, y en este último caso, el Tribunal fijará otro plazo para presentar una nueva proposición. Si ésta tampoco fuere aprobada por el interesado o el Municipio no hubiere presentado alguna, el Tribunal determinará la forma y oportunidad de dar cumplimiento a lo ordenado por la sentencia, según los procedimientos siguientes:

1. Si se trata de cantidades de dinero, el Tribunal, a petición de parte interesada, ordenará que se incluya el monto a pagar en la partida respectiva en el próximo o próximos presupuestos, a cuyo efecto enviará al Alcalde copia certificada de lo actuado. El monto que se ordene pagar, se cargará a una partida presupuestaria no imputable a programas.

El monto anual de dicha partida no excederá del cinco por ciento (5%) de los ingresos ordinarios del presupuesto del Municipio o Distrito.

Cuando la orden del Tribunal no fuere cumplida o la partida prevista no fuere ejecutada, el Tribunal, a instancia de parte, ejecutará la sentencia conforme al procedimiento ordinario pautado en el Código de Procedimiento Civil; ...

Este procedimiento de ejecución en el caso municipal, aun cuando permite finalmente la ejecución forzosa de la sentencia -a través del embargo de bienes propiedad del Municipio- tiene aún como inconveniente el hecho de que ordena incluir la cantidad adeudada en el próximo o próximos presupuestos, en vez de ordenar el pago inmediato a cargo de la partida correspondiente a estas obligaciones. Es más, permite que la cantidad adeudada sea dividida en varios presupuestos lo que conlleva a la abusiva exigencia al particular -quien ya ha seguido un juicio de años contra el Municipio- a esperar otros años más hasta que sea efectivamente cancelada su acreencia, sin que se prevea el pago de los intereses moratorios correspondientes.

Dicha disposición además se ve reforzada con la limitación establecida sobre el monto máximo de la partida correspondiente para atender las obligaciones por sentencias -5% de los ingresos ordinarios- en flagrante violación de los derechos del particular que verá diluida por inflación la cantidad de dinero que le fue acordada originalmente por el tribunal.

Ahora bien, así como la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la nueva Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece unos procedimientos de ejecución forzosa, ante los privilegios señalados, que es necesario evaluar a los fines de determinar si son suficientes para impedir que el principio de inembargabilidad de los bienes propiedad de la República violente los principios y derechos constitucionales que en esta materia hemos señalado. Los Artículos 85 y 86 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República señalan:

Artículo 85. Cuando la República sea condenada en juicio, el Tribunal encargado de ejecutar la sentencia notificará al Procurador o Procuradora General de la República quien, dentro del lapso de sesenta (60) días siguientes, debe informarle sobre su forma y oportunidad de ejecución.

Dentro de los diez (10) días siguientes de su notificación, la Procuraduría General de la República participará al órgano respectivo de lo ordenado en la sentencia. Este último deberá informar a la Procuraduría General de la República sobre la forma y oportunidad de ejecución de lo ordenado en la sentencia, dentro de los treinta (30) días siguientes de recibido el oficio respectivo.

Artículo 86. La parte interesada, previa notificación, puede aprobar o rechazar la proposición del organismo público que corresponda y, en el último caso, el Tribunal debe fijar otro plazo para presentar nueva propuesta; si la misma no es aprobada por la parte interesada, o si el organismo respectivo no hubiere presentado alguna, el Tribunal debe determinar la forma y oportunidad de dar cumplimiento a lo ordenado por la sentencia, según los procedimientos siguientes:

1. Si se trata de cantidades de dinero, el Tribunal, a petición de la parte interesada, debe ordenar que se incluya el monto a pagar en la partida respectiva de los próximos dos ejercicios presupuestarios, a cuyo efecto debe enviar al Procurador o Procuradora General de la República copia certificada de la decisión, la cual debe ser remitida al organismo correspondiente. El monto que se ordene pagar debe ser cargado a una partida presupuestaria no imputable a programas...

Esa nueva normativa innova en lo que respecta a la forma de ejecución de las sentencias condenatorias contra la República, pues en la derogada Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 1965 solo se preveía que los jueces suspendieran en el estado de ejecución los juicios y “notificaran al Ejecutivo Nacional por órgano del Procurador General de la República, para que fije, por quien corresponda, los términos en que haya de cumplirse lo sentenciado” (Artículo 46). Así, las normas citadas si bien pretenden facilitar la ejecución forzosa de las sentencias contra la República, mantienen la misma desprotección para el particular que tuvo que seguir un juicio durante varios años contra la República, para ver cómo la sentencia que pretende proteger sus derechos o intereses será cumplida, en el mejor de los casos, con un retardo de más de dos años, con el cual habrá además una notoria pérdida del valor del dinero adeudado. Es más, puede que el organismo competente no incluya la cantidad adeudada en la partida correspondiente de los próximos dos ejercicios presupuestarios o la incluya y nunca proceder al efectivo pago. Ante esta situación, según la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, el juez ejecutante no podrá tomar ninguna otra medida, vista la prohibición de embargabilidad de los bienes de la República.

Esta situación es claramente inaceptable en un Estado de Derecho en el cual el poder público debe responder real y oportunamente por sus actos, y en el que las sentencias judiciales deben constituirse en verdaderos mecanismos de tutela de derechos e intereses. Considero que esta situación sigue violentado los derechos constitucionales del particular afectado y principios constitucionales de suma importancia para el correcto equilibrio entre el poder del Estado y los derechos de los particulares.

En realidad, esta situación puede significar, en el peor de los escenarios, que la sentencia nunca se cumpla y que el juez no tenga ningún otro mecanismo para lograr el cumplimiento de la sentencia condenatoria contra la República.

Así vemos que la inembargabilidad absoluta de bienes de la República violenta de forma directa y extrema los derechos de los particulares afectados por la actuación estatal. Si bien la inembargabilidad de los bienes de la República puede tener una justificación en el aseguramiento del normal desenvolvimiento de las funciones del Estado, dicha justificación no parece legitimar la inembargabilidad plena de todos los bienes de la República.

Nuestro Código Civil señala que la República, Estados y Municipios pueden tener en su patrimonio bienes del dominio público y bienes del dominio privado, siendo los primeros inalienables. Por su parte, nuestra Constitución en el Artículo 12 al establecer que los yacimientos mineros y de hidrocarburos, así como las costas marinas, son bienes del dominio público, señala que por tanto son inalienables e imprescriptibles. Así, los bienes del dominio público son inalienables, pues tal como ha desarrollado la doctrina son de uso público o destinados al servicio público, es decir su finalidad es de utilidad pública, siendo además de difícil sustitución¹⁹. Dicha inalienabilidad y su finalidad pública pueden justificar una inembargabilidad de dichos bienes. Pero la inembargabilidad de los bienes del dominio privado de la República, no afectos a un uso público o aun servicio público, no parece encontrar suficiente justificación como para enervar el oportuno cumplimiento de sentencias condenatorias contra el Estado.

Así, consideramos que en caso de que los mecanismos previstos por la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República no sean activados o aún activados, la República no proceda a pagar, el juez debe estar facultado para proceder al embargo de los bienes del dominio privado de la República, incluidos el dinero público²⁰, en desaplicación, por control difuso de la prohibición absoluta de embargabilidad de todos los bienes de la República. En caso contrario, estaríamos ante la inaceptable situación de que la República deudora puede desconocer sus obligaciones con los particulares a su antojo, dejando en manos de ella el momento y forma de ejecución de las sentencias condenatorias contra ella. Ello violaría por demás las propias funciones del Poder Judicial y la garantía de control judicial de las actuaciones del Poder Público.

Por su parte, si bien el Artículo 97 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República prevé la posibilidad de que se dicten medidas de ejecución preventiva o definitiva sobre bienes de institutos autónomos, empresas del Estado o empresas en que el Estado tenga participación, la Ley Orgánica de la Administración Pública, tal como señalamos, les acuerda a los institutos autónomos los privilegios que la ley nacional acuerda a la República.

Sin embargo, consideramos que en este caso el principio de inembargabilidad de bienes de que goza la República no aplica a los institutos autónomos, pues la propia ley nacional que prevé el privilegio para la República -la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República- expresamente lo desaplica para el caso de los institutos autónomos.

En todo caso, en estos supuestos previstos en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (institutos autónomos, empresas del Estado o empresas en que el Estado tenga participación), antes de la ejecución de la medida, el juez debe notificar de ello al Procurador General de la República para que el organismo público que corresponda adopte las previsiones necesarias para que no se interrumpa la actividad o servicio a la que esté afectado el bien. Sigue el Artículo 98 señalando que si el Procurador en el lapso de 45 días no informa al tribunal sobre las medidas adoptadas, éste puede proceder a la ejecución de las medidas. Esta solución legislativa para el caso de los institutos autónomos, empresas del Estado o empresas en que el Estado tenga participación, sí

19. Tal es el caso de las vías de comunicación terrestre, plazas, parques, fortificaciones, cuarteles, líneas férreas, edificios adaptados especialmente para fines de utilidad pública o funcionamiento de servicios públicos, entre otros.

20. El Artículo 119 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público parece aceptar implícitamente los embargos sobre dinero del Tesoro Nacional.

respeta nuestro texto constitucional, pues si bien busca darle oportunidad al ente para que tome las medidas necesarias para que no vea afectada su actividad, permite finalmente la ejecución forzosa de las sentencias, a través de embargo de bienes del ente deudor.

IV. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

La Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia desde 1990 ha admitido que el derecho a la defensa ante los órganos judiciales de los derechos e intereses de los particulares establecido en el Artículo 68 de la Constitución de 1961 (hoy Artículos 26 y 49 de la Constitución de 1999), implicaba el efectivo “derecho a la ejecución de las sentencias, como forma de hacer efectiva esa tutela”. Señalando más adelante que el derecho de los ciudadanos a lograr la ejecución de las sentencias dictadas en contra de los entes del Estado se constituye en un derecho fundamental dentro del Estado de Derecho²¹. Asimismo, la jurisprudencia ha entendido desde muy temprano que el Poder Judicial es el que tiene la potestad de ejecutar directamente lo juzgado, permitiéndole adoptar las medidas necesarias para llevar a cabo dicha ejecución²². En sentencia del 3 de noviembre de 1992, la Sala Político-Administrativa señaló que le resultaba inaceptable a esa Sala “que una decisión emanada de su seno, primero no se hubiese ejecutado voluntariamente y que, además se haya hecho caso omiso de la orden de ejecución dictada el 13 de agosto de 1992”. Con base en ello procedió la Sala a imponer la multa establecida en el Artículo 174 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia al tribunal comisionado para la ejecución de la sentencia, la cual no realizó.

Asimismo, impuso a un alcalde que no dio cumplimiento a la sentencia, una multa de dos mil bolívares, de acuerdo con lo establecidos en el ordinal 1º del Artículo 172 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, por irrespeto al Poder Judicial²³.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa aceptó expresamente en el año 1991 que en la ejecución de sentencias en contra de entes estatales, el procedimiento de ejecución forzosa previsto en el Código de Procedimiento Civil se ve modificado por la prerrogativa procesal de la inembargabilidad de los bienes, prevista en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública y la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y el llamado principio de legalidad presupuestaria, previsto en la Constitución y en la Ley Orgánica de Régimen Presupuestario. Sin embargo, en sentencia del 9 de mayo de 1991 y a pesar de que el demandado era un instituto autónomo nacional que por su ley de creación gozaba de los privilegios y prerrogativas de la República (incluida la inembargabilidad de los bienes) decidió aplicar por analogía el procedimiento establecido para ejecución de sentencias en la Ley Orgánica de Régimen Municipal, advirtiendo que la aplicación del Artículo 104 se justifica en su obligación de hacer ejecutar lo juzgado²⁴.

21. Sentencia del 22 de noviembre de 1990, Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Caso *Mochima II*, Magistrado ponente DUQUE CORREDOR, Román consultada en original.

22. *Idem*.

23. Sentencia del 3 de noviembre de 1992, Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Caso *Arquímedes Fajardo*, Magistrado ponente SOSA GÓMEZ, Cecilia consultada en original.

24. Sentencia del 9 de mayo de 1991, Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Caso *Santanca*, Magistrado ponente DUQUE CORREDOR, Román consultada en original.

En sentencia del 18 de mayo de 1995 la Sala Político-Administrativa confirma ese criterio, señalando que dictaría medidas ejecutivas contra bienes de Corpindustria, a pesar de constituirse en un instituto autónomo que goza de las mismas prerrogativas del Fisco Nacional²⁵. En sentencia reciente de fecha 11 de noviembre de 1999, la Sala señaló que en la ejecución de sentencias en contra de un Estado y una Mancomunidad regían los principios de inembargabilidad de los bienes y el principio de legalidad presupuestaria. Sin embargo, aplicó analógicamente el procedimiento de ejecución previsto en el Artículo 104 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, señalando que de no ser presentada la propuesta por la parte victoriosa o de no haberse presentado ninguna, la Sala ordenaría a los entes demandados que incluyan este pago en una partida de sus presupuestos²⁶.

Por su parte, reiteradamente jurisprudencia reciente ha ordenado la ejecución forzosa de fallos -decretándose embargo ejecutivo contra bienes de empresas del Estado, una vez constatada la no aplicación a dichas empresas de los privilegios de que goza el Fisco Nacional²⁷. Por su parte, en sentencia de fecha 18 de mayo de 2000 la Sala señala que en el caso de empresas del Estado destinadas a la prestación de servicios públicos, “el presupuesto de cada una de estas empresas es ejecutable solo en el sector de los activos fijos (o ganancias), pues el presupuesto del Estado (central o descentralizado), manifestado en partidas, que corresponden a prestación de servicios o compromisos laborales, no es ejecutable, entendiéndose, por tanto que la prohibición general de embargo sólo es aplicable a aquellos bienes destinados a la específica satisfacción de fines e intereses que se coloquen por encima del derecho reclamado, bienes tales como los destinados al uso o servicio público²⁸”.

En sentencia de avanzada de fecha 4 de marzo de 1999, la Sala Político Administrativa, en un caso de sentencia condenatoria contra la República, si bien reconoció el privilegio de la República sobre su intangibilidad frente a las medidas ejecutivas, señaló sin embargo que no podía dejar de ejercer su plena potestad jurisdiccional.

Para ello decidió aplicar por analogía el Artículo 104 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, señalando que en caso de desacuerdo entre las partes en la forma de dar cumplimiento voluntario a la sentencia o en caso de que la República no presente dicha propuesta, “la Sala ordenará al Ministro de Hacienda que incluya este pago en una partida de presupuesto²⁹”. Dicho criterio es reiterado por la Sala Político-Administrativa en sentencia del 15 de junio de 2000³⁰.

25. Sentencia del 18 de mayo de 1995, Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Caso *Plásticos El Guárico, C.A.*, Magistrado ponente LA ROCHE, Humberto consultada en original.

26. Sentencia del 11 de noviembre de 1999, Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Caso *Colectores del Aseo Urbano La Victoria*, Magistrado ponente PARADISI LEÓN, Héctor consultada en original.

27. V., sentencia del 15 de junio de 2000, Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Caso *Constructora Oda*, Magistrado ponente ZERPA, Levis Ignacio consultada en original; y sentencia del 3 de agosto de 2000, Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Caso *Galco C.A.*, Magistrado ponente ZERPA, Levis Ignacio consultada en original.

28. Sentencia del 18 de mayo de 2000, Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Caso *Hidro Supply Yacambú*, Magistrado ponente TINOCO, José Rafael consultada en original.

29. Sentencia del 4 de marzo de 1999, Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, Caso *Sucesión J.D. Colmenares*, Magistrado ponente PARADISI LEÓN, Héctor consultada en original.

30. Sentencia del 15 de junio de 2000, Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Caso *Luz Magaly Serna Rujeles*, Magistrado ponente ESCARRÁ MALAVÉ, Carlos consultada en original.

V. REFLEXIONES FINALES

La justicia contencioso-administrativa depende de la efectiva ejecución de sentencias en contra de los entes estatales. Hemos visto sobradamente cómo la exigencia constitucional de adecuación del poder público al Derecho nada significa si el control judicial sobre él no produce el verdadero restablecimiento del imperio de la ley. La posibilidad de que queden sentencias sin ejecutar en su contra será un duro golpe para el Estado de Derecho, para el principio de legalidad de la actuación pública, para el principio de responsabilidad del Estado y para el efectivo control judicial de la constitucionalidad y legalidad de dicha actuación. Sin la verdadera posibilidad de ejecución de sentencias contra el Estado los anteriores principios constitucionales carecerán de valor normativo y de trascendencia alguna en la relación Estado-particulares.

No solo la inexecución de sentencias condenatorias contra el Estado trastoca los más básicos principios de un Estado de Derecho sino que violenta groseramente los derechos de los ciudadanos, quienes no solo verán truncado su supuesto derecho a una tutela judicial efectiva -con una sentencia que nunca se materializó- sino que sufrirán daños patrimoniales importantes, visto el sacrificio al cual se les expone. No solo el particular tendrá que seguir un juicio de años, con el costo económico que ello significa, sino que además, una vez obtenida una sentencia favorable a sus derechos tendrá que someterse a la voluntad de la Administración Pública, la cual le pagará tarde o nunca. Los daños económicos del simple retraso en la ejecución de la sentencia que, como hemos visto, puede ser de años, hace inocua por inexistente la protección judicial. Al momento que logre el cobro del dinero adeudado por el Estado, la realidad inflacionaria lo habrá despojado de su valor original. Y lo peor de este riesgo es que eventualmente puede que nunca reciba la cantidad de dinero que se le debe.

Creo que la anterior situación no amerita mayores comentarios, la inconstitucionalidad de la falta de mecanismos de ejecución forzosa ante el incumplimiento de la ejecución de sentencias es más que notoria. Ello ha llevado, como vimos, a que en los diversos ordenamientos se prevean distintos mecanismos que logren la efectiva protección de los derechos de los particulares sin violentar los necesarios privilegios del Estado para el ejercicio de sus potestades.

Es por ello que consideramos de extrema importancia una pronta y futura reforma legislativa que permita una verdadera ejecución forzosa de las sentencias contra el Estado. Consideramos que ante una sentencia condenatoria al pago de una suma de dinero, las normas deberían asegurar los siguientes elementos, así como el juez actuar de forma contundente en ejercicio de las siguientes potestades. El juez debe otorgar un lapso razonable para la ejecución voluntaria de la sentencia por parte del ente estatal. En dicho lapso el ente debe hacer todos los trámites necesarios para proceder al pago de la suma adeudada a cargo de la partida destinada al efecto, la cual en caso de ser insuficiente, debe ser ampliada a través de los mecanismos presupuestarios correspondientes. En caso de que el ente no proceda al pago efectivo en el lapso de tiempo otorgado por el juez, éste podrá sancionar con multas elevadas la inercia administrativa, estando obligado a exhortar a los funcionarios competentes para que se haga efectiva la responsabilidad disciplinaria y penal que corresponda. En caso de que no se dé el cumplimiento voluntario en el lapso establecido por el juez, éste notificará al ente que procederá con la ejecución forzosa, para lo cual deberá considerar la información relevante que a este respecto le aporte el ente estatal. Dicha ejecución forzosa debe cumplirse con el embargo de bienes que no estén destinados a fines de utilidad pública, es decir sobre los bie-

nes del dominio privado, incluido y principalmente el dinero público. Asimismo, debe asegurarse que se fije una tasa de interés que debe ser calculada desde la fecha de la notificación de la sentencia hasta el efectivo pago al particular.

Consideramos que ese es el camino a seguir en nuestro país, en claro desarrollo de los mandatos constitucionales. Mientras las reformas legislativas se suceden, es fundamental que los jueces, a través de interpretaciones constitucionales o control difuso o concentrado de leyes, inserte modificaciones a las normas contenidas en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y la Ley Orgánica de Régimen Municipal. En el caso de la primera, contentiva del procedimiento de ejecución contra la República, es fundamental que, de no lograrse el pago a cargo de la partida presupuestaria correspondiente, se exija al menos su inclusión completa en el próximo presupuesto y no en el de los dos ejercicios siguientes. Debe asegurarse el pago de intereses por el retardo en el cumplimiento de las sentencias y limitarse el principio de inembargabilidad solo a los bienes que sean necesarios para la prestación de un servicio público o destinados a un uso público.

En lo que respecta al procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Régimen Municipal, el mismo debe ser aplicado a todos los demás entes estatales, distintos de la República. Sin embargo, debe desaplicarse por inconstitucional la posibilidad de que la inclusión en el presupuesto de la partida requerida se haga en más de un ejercicio presupuestario y se limite el monto a un 5% de los ingresos del ente. Además, debe asegurarse el pago de intereses moratorios por el retraso que se dé en el cumplimiento definitivo de la sentencia.

Este tema es de especial trascendencia para el necesario equilibrio entre el poder del Estado y los derechos de los administrados. De no lograr una rectificación, bien sea legalmente o jurisprudencialmente, de la situación actual existente en Venezuela en materia de ejecución de sentencias contra el Estado, el futuro de nuestro Estado de Derecho y del control judicial del poder público será en extremo desalentador.

BIBLIOGRAFÍA

BARNES VÁZQUEZ, Javier (Coordinador), *La justicia administrativa en el Derecho Comparado*, Editorial Civitas, Madrid 1993, p. 665.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, Editorial Civitas, Madrid 1995, p. 509.

BREWER-CARIAS, Allan, *Nuevas tendencias en el contencioso-administrativo en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1993, p. 237.

CANCELADO RUÍZ, Ingrid, "La tutela judicial efectiva y la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración Pública a la luz de la Constitución de 1999" en *Revista de Derecho Constitucional* n° 4, Editorial Sherwood, Caracas 2001.

CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*, Editorial Sherwood, Caracas 1998, p. 352.

COHÉN ARNSTEIN, Martha, "La ejecución de sentencias contra los entes públicos" en *Revista de Derecho Administrativo* n° 13, Editorial Sherwood, Caracas 2001.

CHAPUS, René, *Droit Administratif Général*, Tomo 1, novena edición, Montchrestien, París 1995, p. 1251.

-*Droit du Contentieux Administratif*, sexta edición, Montchrestien, París 1996, p. 1.199.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen. “La ejecución de sentencias en el Derecho Italiano: Il giudizio di ottemperanza” en *Revista de Derecho Administrativo española* n° 59, Civitas, Madrid 1988.

DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, sexta edición, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires 1997, p. 1165.

GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago J., *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Editorial Civitas, S.A., Madrid 1993, p. 485.

LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Décimasegunda edición, Universidad Central de Venezuela, Caracas 2001, p. 742.

LEJARZA, Jacqueline, “La ejecución forzosa de las sentencias condenatorias contra los institutos autónomos (referencia al caso *Plásticos Guárico vs. Corpoindustria*)” en *Revista de Derecho Público* n° 57-58, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1994.

MAIRAL, Héctor, *Control judicial de la Administración Pública*, Volumen II, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1984, p. 1010.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II, segunda edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid 2000, p. 727.

SUÁREZ HERNÁNDEZ, Daniel, “La efectividad de las decisiones de la justicia administrativa”, en *Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina*, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá 1999, pp. 312-315.

TAWIL, Guido Santiago, *Administración y Justicia*, volumen II, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1993, p. 602.

Varios autores, *Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina*, Editorial Temis, Bogotá 1999, p. 371.

§ 100. BASES ESENCIALES PARA UNA REFORMA RADICAL DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Rafael J. Chavero Gazdik
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y
Universidad Católica Andrés Bello

I. INTRODUCCIÓN

Comencemos por lo primero. Nada más merecido que rendirle un homenaje escrito al Profesor Brewer-Carías, quien sin lugar a dudas ha sido el académico más productivo en nuestra patria y probablemente en el resto de América Latina. Su increíble obra en el Derecho Público ya ha hecho historia y seguro seguirá guiando a todos los operadores jurídicos que nos hemos servido de tan brillante talento.

Los que hemos tenido la oportunidad de trabajar junto a él, hemos podido conocer su prístina y atenta dedicación a la enseñanza, sin poder salir del asombro ante tantas energías para producir miles de páginas, combinando como pocos, la academia, el servicio público y el ejercicio profesional. Con tesón y sacrificio ha sabido aprovechar su tiempo como nadie para nutrir nuestra ciencia con admirable sapiencia y experiencia.

Allan R. Brewer-Carías ha sido pionero en probablemente todos los vértices del Derecho Administrativo y Constitucional; su labor se ha reflejado no sólo en libros y escritos ante estrados, sino en un conjunto de leyes y normas que ha sabido impulsar en forma desinteresada para modernizar nuestro ordenamiento jurídico. Adicionalmente, a él se debe una enorme escuela, ya de varias generaciones, que ha podido encontrar en su obra y ejemplo una ferviente inspiración para profundizar nuestra formación y ponerla al servicio de todos. Formo parte de una de esas generaciones, uno de sus tantos discípulos a quien le honra colaborar en tan digno homenaje, retribuyéndole, al menos con solidaridad, todo el esfuerzo que le ha rendido a nuestra patria. Su huella quedará indeleble en nuestra ciencia; y su ejemplo seguirá siendo el norte de todos los curiosos y especialistas del Derecho Público.

Pues bien, el objeto de las presentes líneas es abordar algunas modestas sugerencias para la tan esperada Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en lo adelante LOJCA), la cual ya tiene una mora de casi cincuenta años, si tomamos en cuenta su consagración constitucional en 1953. Lamentablemente la mora parece extenderse, pues ya se ha incumplido lo dispuesto en la reciente Ley Orgánica de Administración Pública, donde se dispuso en la Disposición Transitorias Séptima que aquélla Ley debía ser sancionada por la Asamblea Nacional dentro del año siguiente a la promulgación de ésta¹.

1. La Ley Orgánica de la Administración Pública fue publicada en la *G.O.* n° 37.305 del 17 de octubre de 2001.

En todo caso, no sorprende que estos límites temporales para el legislador se vean burlados, pero mantenemos vivas nuestras esperanzas por el debut de este texto tan esperado y necesario para el ordenamiento sectorial que somete el Estado al Derecho.

Los presentes comentarios tienen también justificación si tomamos en cuenta que la Exposición de Motivos de la Constitución del 1999 tomó particular interés en preocuparse por la futura LOJCA, al punto que hasta formuló una especie de recetario para ser considerado a la hora de su elaboración. Al mismo tiempo, del propio Texto Fundamental pueden desprenderse encomiables principios fundamentales que deben ser implementados a la hora de reorientar las directrices de esta especial jurisdicción.

No pretendo innovar en estos temas, pues ya importante doctrina se ha lanzado a la tarea de pronunciar severas críticas frente al *status quo* y a cumplir con la aún más noble labor de aportar algunos elementos básicos que debería contener cualquier reforma². Y ya conocemos de dos proyectos de leyes que han sido elaborados y que entendemos se encuentran en manos -o en las gavetas- de la Asamblea Nacional³.

Por otra parte, existe un desfase tremendo entre las exigencias y los principios constitucionales referidos a la administración de justicia (y en especial a la administrativa) y la realidad del sistema contencioso administrativo venezolano. No pretendemos con esto herir sensibilidades, pero no sería más que una hipocresía pretender defender a ultranza un ordenamiento sectorial definitivamente vetusto y obsoleto.

Es una lamentable realidad que afronta nuestro país cuando vemos que las reformas legislativas siempre llegan demasiado tarde, es decir, cuando se han creados profundas brechas entre la legislación y la práctica, y cuando lo único que se percibe de los especialistas es un tremendo cansancio intelectual. Y no es que esta sea una característica propia o exclusiva de nuestro ordenamiento, pero es claro que cuando se revisa el Derecho Comparado suele encontrarse como los desfases se atienden con mucha mayor prontitud⁴.

Mientras tanto, esos desfases de la legislación vienen siendo atendidos, no siempre acertadamente, por nuestra jurisprudencia, lo que ha venido configurando un contencioso administrativo extremadamente pretoriano, donde las reglas de juego se encuentra bastante atomizadas en distintas decisiones, creando así una gran inseguridad jurídica en todos los usuarios de esta jurisdicción. Pues bien, aprovechando esta coyuntura, me atrevo a presentar un modesto aporte a lo que considero serían las bases elementales a considerar en una verdadera y radical reformulación del contencioso administrativo.

2. Nos referimos a los trabajos de CAPABLANCA, Guistino J., "Injusticia para todos (Breve epístola sobre la grave situación de la jurisdicción contencioso administrativa y constitucional)", *Revista de Derecho Administrativo* n° 7, Sherwood, Caracas 2000, pp 361 y ss.; ORTIZ ÁLVAREZ, Luis, "Buscando el Norte (Reflexiones sobre la situación y los recientes avances de la jurisprudencia contencioso administrativa)", *Revista de Derecho Administrativo* n° 9, Sherwood, Caracas 2000, pp. 275 y ss., y CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, "Reflexiones para la Reforma del sistema contencioso administrativo venezolano", Sherwood, Caracas 1998.

3. Nos referimos al Proyecto de Ley elaborado por Freddy J. ORLANDO (en lo adelante Proyecto ORLANDO), con el patrocinio de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (cuyo texto puede encontrarse en www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/contencioso_admin.html); y el elaborado por Víctor HERNÁNDEZ MENDIBLE (en lo adelante Proyecto HERNÁNDEZ), el cual puede encontrarse en la *Revista del Tribunal Supremo de Justicia* n° 2. A estos proyectos haremos constantes referencias en las presentes líneas.

4. Así, por ejemplo, si se revisa la legislación española se pueden encontrar importantes cambios legislativos dentro de la legislación contencioso-administrativa luego de la Ley de 1956 (reformas de 1973, 1977, 1985, 1992 y 1998. Igual sucede en Francia donde la crisis del contencioso administrativo ha sido afrontada con decisión por la legislación. Para una revisión de estas reformas puede consultarse GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Hacia una nueva justicia administrativa", Civitas, Madrid 1992.

Nuestra historia nos ha mostrado que el legislador rara vez llega a tiempo, por eso cuando se anima hay que aprovecharlo⁵.

Sobre todo porque sería una lástima perder esta oportunidad y no lograr consolidar una reforma trascendente de un sistema que se encuentra terapia desde hace algún tiempo.

No pretendo aquí formular un caprichoso formulario de consideraciones para esta reforma legislativa, pero si tratar de identificar cuáles son los principales problemas que suelen identificar los especialistas en esta área y tratar de aportar cuales serían las mejores estrategias para solucionarlos. Y sobre todo, considero que la Constitución de 1999 tiene una serie de importantes directrices que servirían para garantizar un sistema que tenga por norte la tutela judicial efectiva, la transparencia y prontitud en la administración de justicia y, sobre todo, la calidad deseada por todos en los fallos que resuelvan las controversias.

Para este breve pasaje utilizaré el ya clásico método de todo sistema procesal (donde, quienes, que, como y para que de la jurisdicción contencioso-administrativa), esto es, la organización judicial; las partes; la materia de los recursos; los remedios judiciales; los procedimientos para tramitarlos; y los efectos de la sentencia.

Nos anima pues la esperanza de que el legislador decida atender las necesidades de esta jurisdicción, pero sobre todo que lo sepa hacer con tino y eficiencia. No podemos conformarnos con ligeros parches o retazos.

II. LOS ÓRGANOS DE LA JURISDICCIÓN Y SUS COMPETENCIAS

No es un secreto para nadie que la almendra del problema de nuestro sistema contencioso administrativo radica en la deficiente ecuación entre el número de casos pendientes y los órganos judiciales para atenderlos. Y si además, a ello se le suman los precarios recursos con que éstos cuentan no sería exagerado concluir que a veces es cuestión de *suerte* el que se haga justicia a tiempo. Aquí es donde realmente se requiere con mayor urgencia de una reforma legislativa, y al final de cuentas, parece que siempre caemos en lo mismo, es decir, en el problema del déficit presupuestario para atender el Poder Judicial.

Todos los que se han dedicado al tema de la reforma de la justicia administrativa coinciden en admitir que la médula de su deterioro radica en la insuficiente cantidad de órganos judiciales. Principalmente porque la congestión de expedientes en los tribunales administrativos no sólo crea el problema de la lentitud de a justicia -que a veces es hasta intolerable- sino que también disminuye la calidad de las decisiones, sobre todo la de los tribunales de mayor jerarquía, toda vez que no disponen del tiempo necesario para desarrollar con precisión y altura los principios que deberían guiar al resto de los órganos judiciales.

5. Qué mejor muestra que la jurisdicción contencioso-administrativa, donde hemos estado embarcados con una ley de 1977 (Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), la cual sólo tenía por objeto regular provisionalmente esta jurisdicción, más sin embargo se ha quedado inmutable entre nosotros por largos años, a pesar del notable incremento de usuarios en esta especial jurisdicción.

A veces hemos visto como la desesperación por aligerar la carga de asuntos ha llevado a la creación de criterios jurisprudenciales deplorables, cuya única justificación consiste en *limpiar* los tribunales de asuntos de los que supuestamente ya nadie se ocupa⁶.

Esto no es otra cosa que una negación de justicia producto de la irresponsabilidad del legislador, al no dedicarse a las reformas que desde hace tiempo se piden a gritos.

Además del problema con el deficiente número de tribunales y los recursos con que son comúnmente dotados, encontramos el tema de la inadecuada distribución territorial de los tribunales administrativos y la terrible asignación de competencias que se le asignan a unos y otros. Esto conlleva a que en muchas materias la justicia sea exclusiva del foro capitalino y a que los tribunales de mayor jerarquía tengan que ocuparse de asuntos intrascendentes.

Hay casos que han sido realmente dramáticos, como el del contencioso funcional, donde hasta hace muy poco existía un solo tribunal encargado de conocer todas las querrelas de los aproximadamente dos millones de funcionarios públicos que existen en el país; o como el de la Corte Primera -y única- de lo Contencioso Administrativo encargada de conocer a nivel nacional de la mayor diversidad de asuntos que se pueda imaginar.

Quizás la única justificación del *status quo* sea la ausencia de capacidad presupuestaria para crear y dotar nuevas Cortes o Tribunales. No parece estar dentro de las prioridades de los gobiernos la multiplicación y mejoramiento de los órganos judiciales encargados de juzgar sus actuaciones. Ello es algo que tendrá que pelearse en el foro político, ejerciéndose la presión que sea necesaria para adelantar esta lamentable situación.

Y lo peor es que muchas veces es la propia jurisprudencia la que no parece compadecerse con esta lamentable realidad, pues suelen encontrarse decisiones que tienden a empeorar el sistema, en lugar de compensarlo. Una muestra de ello lo constituye una reciente decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual se determinó que las impugnaciones de las decisiones de las Inspectorías del Trabajo han de competir ahora -nuevamente- a la jurisdicción contencioso-administrativa general, esto es, a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en lugar de los tribunales laborales, los cuales se encuentran en todas las regiones del país.

Nos referimos a la sentencia de fecha 20 de noviembre de 2002, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (caso: "*Ricardo Baroni U*"), mediante la cual se determinó que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, específicamente la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, debe conocer de las nulidades que se intenten contra los actos de los Inspectores del Trabajo, lo que implica el alejamiento de la justicia regional, toda vez que cualquier conflicto que se presente con una decisión de la Inspectoría del Trabajo del rincón más alejado del país tendrá que ser debatido en la capital⁷.

6. Nos referimos en particular a las decisiones de la Sala Político-Administrativa que han declarado la perención de la instancia luego de que la causa se encuentra en espera de sentencia. Sobre este particular puede verse el recurso extraordinario de revisión preparado por la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA), el cual puede consultarse en la página web de esta asociación.

7. Aunque debemos precisar que la decisión de la Sala Constitucional sugiere también el cuestionamiento de los actos de las Inspectorías del Trabajo a través de amparos autónomos, lo que permitiría su ejercicio ante tribunales locales, conforme a los criterios de distribución de competencias establecidos en algunas decisiones de la Sala Constitucional. Al respecto, V., nuestro trabajo *El Nuevo Régimen del Amparo Constitucional en Venezuela*, Sherwood, Caracas 2001.

Los Proyectos Orlando y Hernández prestan particular atención al problema de la organización judicial. Allí se proponen ideas destinadas a tratar de descentralizar la justicia administrativa y a multiplicar los órganos encargados de ajusticiar a la Administración Pública. Básicamente en estos Proyectos se repite el núcleo central de la organización de la justicia administrativas actual, esto es, en el primer nivel unos Tribunales Administrativos destinados controlar las decisiones de las autoridades estatales y municipales o cuya prestación se realice dentro de esas jurisdicciones; de las demandas contra los entes públicos de menor cuantía; y de algunas otras materias particulares como la regulación de alquileres (Proyecto Hernández). En un segundo nivel los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo (Proyecto Hernández) o las Cortes de lo Contencioso Administrativo (Proyecto Orlando), con la finalidad de conocer, principalmente, de la nulidad de los actos de autoridades nacionales -pero no de las de mayor jerarquía- y de las demandas contra los entes públicos por cuantías intermedias. Y en el tercer y último nivel la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, encargada de conocer, principalmente, de las nulidades de los actos emanados de las más altas autoridades nacionales y de las demandas de mayor cuantía.

Particular referencia merece la incorporación en el Proyecto Hernández del recurso de casación administrativa ante la Sala Político-Administrativa y la creación de un Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo (órgano de nivel intermedio) con exclusivas competencias en materia económicas (v.g. bancarias, mercado de capitales, libre competencia, gas, energía eléctrica, antidumping, propiedad intelectual, etc.). Ideas éstas que nos parecen acertadas, pues atienden a dos principios que consideramos fundamentales: la unificación de los criterios jurisprudenciales y la especialización de los tribunales.

Son muchas las soluciones que se podrían aportar en esta materia, por ello me voy a referir tan sólo a los principios fundamentales que considero deberían seguirse a la hora de la consolidación de la reforma. A saber:

1. Descentralización

Es claro que el número de causas que se dilucidan ante esta especial jurisdicción va a seguir incrementándose en el futuro. Eso es algo irrefutable que nos muestra el Derecho Comparado. Y a pesar de las distintas políticas gubernamentales que se puedan estar gestando, también es indudable que la descentralización política es un proceso indetenible. Todo ello conlleva a la necesidad de acercar la justicia al lugar donde surgen los conflictos, pues resulta intolerable y completamente injusto que todos los conflictos regionales tengan que dilucidarse en la capital. Ello desestimula la descentralización, además de hacer más difícil y costoso el acceso a la justicia.

Por ello, considero que al menos debería existir un Tribunal Contencioso Administrativo de Primera Instancia en cada Estado, a los cuales debería atribuírsele todas las materias locales, y no sólo las emanadas de las autoridades estatales y municipales, pues, por ejemplo, los conflictos laborales, de inquilinato, funcionariales, agrarios, etc. que surjan en la provincia deberían decidirse allí mismo. Igualmente, deberían crearse Tribunales Superiores o Cortes de lo Contencioso Administrativo en diversas regiones del país. Así se sugiere en el Proyecto Hernández, donde se divide el territorio en siete regiones, creándose un Tribunal Superior para cada una de estas regiones.

Además, deberían preverse mecanismos que le permitan al administrado acceder fácilmente a los tribunales que no se encuentren en su región, bien sea a través de los propios tribunales de la localidad o a través de mecanismos como los términos de distancia.

2. La especialización de los juzgados

Otro principio que considero fundamental es el de la especialización de los magistrados encargados de conocer los asuntos contencioso-administrativos, de modo de convertir a los jueces de determinadas materias en verdaderos expertos en esas áreas. Resulta una gran falacia pretender obtener de un mismo grupo de jueces sentencias de calidad en todas las materias en donde intervienen los órganos del Poder Público, pues definitivamente la concentración del estudio en determinados asuntos permite una mayor profundización de las materias. Es realmente sorprendente el esfuerzo que realizan actualmente los Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, quienes tienen atribuidas las más diversas competencias en sectores económicos, sociales, políticos, etc.

La distribución de competencias puede realizarse con múltiples opciones, bien sea con la creación de tribunales especializados en diversas áreas (económicas, sociales, etc.), o a través de la creación de Secciones dentro de los distintos tribunales colegiados (tal como lo sugiere Canova, quien parece seguir la legislación española⁸). Así, por ejemplo, un Tribunal Superior o una Corte de lo Contencioso Administrativo (independientemente del nombre que se formule) podría tener Secciones dedicadas a lo económico (libre competencia, regulación financiera, antidumping, etc.), a lo social (funcionario, laboral, agrario, etc.).

3. Colegiación matizada

Una tendencia bastante frecuente en las legislaciones foráneas parece ser la consolidación de tribunales colegiados en todas las instancias. Actualmente, nuestros tribunales administrativos de inferior jerarquía son unipersonales, lo que muchas veces parece restarle calidad a las decisiones de estos juzgados, toda vez que resulta evidente que las decisiones discutidas por un panel de especialistas reducen los márgenes de error y las posibles arbitrariedades.

Y digo que la colegiación tiene que ser matizada, toda vez que la LOJCA debe contener mecanismos que permitan que ciertas decisiones sean elaboradas por un solo juez del panel, y no sólo las que se refieran a la sustanciación de los expedientes, sino también aquellas otras que deban ser pronunciadas con urgencia (v.g. las medidas cautelares). Es claro que lo que se ahorra en precisión y calidad con los tribunales colegiados se pierde en velocidad, de allí que sea necesario matizar este principio, permitiendo decisiones individuales a los asuntos que requieran agilidad.

8. CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, *Reflexiones para la Reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*, op. cit., pp. 154 y 155.

4. Jerarquía

Las mayorías de las jurisdicciones están conformadas bajo una estructura piramidal, lo que implica que exista un órgano judicial en la cúspide de la organización que se encargue por darle uniformidad y armonía a los criterios jurisprudenciales. Ello se logra no solamente con la creación de varios niveles de tribunales -lo que actualmente existe-, sino también con la consagración de remedios o mecanismos judiciales que permitan ejercer el control de las decisiones de los tribunales de inferior jerarquía. Por ello, veo con buenos ojos las propuestas de creación de un recurso de casación (Proyecto Hernández) o de revisión que le permita a la Sala Político-Administrativa revisar las decisiones de los tribunales de instancia. Eso sí, estos remedios no deberían estar revestidos de las formalidades o exquisiteces con que se suelen diseñar este tipo de mecanismos, pues no puede olvidarse que la sencillez y transparencia de la justicia son ahora principios constitucionales.

Por otra parte, la jerarquía implica que los órganos judiciales superiores no deberían constituirse en tribunales de instancia, salvo para los casos que se consideren más importantes. Pero no tiene ningún sentido que la legislación siga atribuyéndole a la Sala Político-Administrativa asuntos de poca trascendencia, pues su función debería estar encaminada a la revisión de los errores de los juzgados inferiores o el conocimiento directo de los casos más relevantes. Para ello se podrá ser más o menos flexible, pero la idea fundamental es tratar de dejar a la Sala Político-Administrativa con la menor cantidad de asuntos de instancia, para permitirle desarrollar su labor de unificación de los criterios jurisprudenciales.

5. Flexibilización

Considero fundamental evitar que los cambios de la estructura judicial deban efectuarse a través de normas de rango legal. No sólo en cuanto al número y tipos de tribunales, sino también en cuanto al tipo de materias que se le debe asignar a cada uno de ellos. Por eso, parece formidable la propuesta realizada en el Proyecto Hernández, donde se le atribuye a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura la competencia para modificar la estructura o crear nuevos tribunales de instancia, cuando se considere pertinente. Esto evitará la perpetración de estructuras vetustas, haciendo posible afrontar las necesidades de la justicia administrativa a tiempo.

6. Claridad de criterios

Finalmente, pero no por ser menos importante, consideramos que los criterios de distribución de competencias dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa deben ser los más claros, precisos y objetivos posible, pues actualmente existe una gran incertidumbre en muchas materias, como por ejemplo, en el órgano competente para conocer de las demandas contra entes públicos descentralizados funcionalmente; o en el caso del conocimiento de los recursos de abstención o carencia. Incluso, existe una gran subjetividad a la hora de determinar cuales son los órganos de la Administración Pública considerados como de mayor jerarquía, lo que se revierte en dispersos criterios de asignación de competencia a la Sala Político-Administrativa.

Es de suma importancia, pues, que los criterios de distribución de competencia sean claros, sencillos y objetivos, a los fines de reducir al máximo los márgenes de error a la hora de presentar los recursos o demandas ante los respectivos juzgados.

III. LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN LOS PROCESOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS

Cuando se habla de partes en el proceso contencioso administrativo se suele referir a quienes están legitimados para participar en estos litigios. Y principalmente la discusión en este asunto ha estado alrededor de la legitimación activa en los recursos de anulación contra actos de efectos particulares, pues para la impugnación de los actos de efectos generales nuestra jurisprudencia ha admitido la acción popular. Una frase infeliz del artículo 121 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia generó en nuestra jurisprudencia una situación angustiante que ha significado en no pocos casos una negación de justicia⁹.

Obviamente no pretendemos aquí referirnos a toda la polémica que ha surgido con relación a la interpretación de cuales son esos intereses personales, legítimos y directos, pues ya de ello se ha ocupado suficientemente la doctrina¹⁰. Baste, sin embargo, con señalar que la nueva Constitución de 1999 ha incorporado principios básicos sobre el acceso a la justicia que sin lugar a dudas deben implicar un cambio radical en los estándares tradicionales de nuestra jurisprudencia. En efecto, el artículo 26 de la Constitución establece lo siguiente:

Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos o intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

Esta ampliación en el acceso a la justicia atiende a una tendencia universal que reconoce que los problemas cotidianos de la gran mayoría deben ser tutelados y protegidos por los tribunales, y es claro que bajo los criterios tradicionales ello se haría simplemente imposible. Se hace necesario ampliar los márgenes de tolerancia y atender los problemas por su verdadera raíz, evitando esquivar la resolución de los conflictos con meras excusas procesales, tales como la falta de legitimación. Ahora el acceso a la justicia tiene rango constitucional y la ley y la jurisprudencia deben desarrollar estos principios teniendo por norte que la justicia debe proteger los *intereses* de los ciudadanos, y no sólo los personales, o los legítimos, o los directos. Claro está, podría ser prudente que la LOJCA estableciera cuales podrían ser los órganos estatales o las asociaciones representativas que deberán ejercer la tutela de los derechos colectivos o los intereses difusos, para evitar también la inseguridad jurídica que podría implicar el hecho de que sea cualquier individuo poco capacitado y aislado de la comunidad el que pretenda defender los derechos e intereses de un número importante de ciudadanos.

9. Nos referimos a la frase *interés personal, legítimo y directo*.

10. En especial, puede verse el tomo I de la obra colectiva que recoge las *XVIII Jornadas J.M. Domínguez Escovar*, titulada *Avances jurisprudenciales del contencioso administrativo en Venezuela*, donde se compilan las decisiones relevantes sobre este tema, acompañadas de excelentes comentarios doctrinales.

Bastante clara y aguda es la denuncia del Profesor Nieto, quien afirma que “el ciudadano ordinario no tiene, ya lo hemos visto, pleitos grandes y, con frecuencia, sus intereses no son individuales, sino colectivos. Lo que importa a la inmensa mayoría es tener una línea próxima de autobús y un parque, que el servicio de correos funcione con regularidad, que la polución se reduzca, que se termine el asfaltado de su calle, que la policía le atienda y que el aceite que consume no esté envenenado. Pero en todas estas cuestiones para nada intervienen los tribunales. Los tribunales se ponen en marcha si se expropia a un propietario un centímetro de más con objeto de abrir una calle o de establecer un parque, pero los diez mil vecinos del barrio no pueden acudir a ellos si la Administración decide arbitrariamente no abrir el parque”¹¹. Difícilmente puede decirse mejor.

Afortunadamente la más reciente jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo en materia de legitimación activa ha sido acorde con los nuevos principios constitucionales, dejando ver que para acceder al contencioso de anulación contra actos de efectos particulares, basta demostrar un interés actual en la eliminación de la actuación administrativa, es decir, es suficiente con que el acto le cause al actor un perjuicio -de la potencia que sea- o que su nulidad le implique un provecho, para que pueda entonces cuestionar el acto en vía judicial. Esta es la interpretación que le damos a la decisión dictada en el caso: “*Banco Fivenez, S.A.C.A*”, de fecha 13 de abril de 2000, donde textualmente se dijo lo siguiente:

Se aprecia, pues, que los criterios de legitimación fijados en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no son coincidentes con los de la nueva Constitución: la legitimación prevista en la citada Ley es más restringida que la de la Constitución de 1999. El concepto de *interés* es obviamente más amplio que el de *interés personal, legítimo y directo*. De allí que considera esta Sala que, a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1999, ha quedado tácitamente derogado el criterio legitimador exigido en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, pues dicho criterio resulta incompatible con los principios que establece la nueva Constitución (Disposición Derogatoria Única de la Constitución de 1999), al menos en lo que respecta a la exigencia de que el interés legitimador sea personal y directo.

En efecto, el interés para recurrir que exige la nueva Constitución, obviamente, sigue siendo *legítimo*, ya que el ordenamiento jurídico no puede proteger intereses ilegítimos. La legitimidad del interés es consustancial al interés como criterio de legitimación para la admisión del recurso contencioso administrativo, pues el ordenamiento jurídico no puede otorgar protección a los particulares en razón de intereses contrarios a la Constitución o a las leyes. Sin embargo, en lo que respecta a la condición de *directo*, debe afirmarse que, a partir de la entrada en vigencia de la nueva Constitución no se puede exigir tal condición a los recurrentes. Así que, cuando el particular pueda obtener de la impugnación del acto administrativo una ventaja o evitar un perjuicio, aunque no exista una relación inmediata entre la situación derivada o creada por el acto administrativo y el recurrente, debe admitirse que éste es titular de un *interés indirecto*, lo cual lo legitima para ejercer el recurso contencioso administrativo.

No pueden, pues, los tribunales de lo contencioso administrativo, a partir de la entrada en vigencia de la nueva Constitución, inadmitir los recursos contencioso administrativos con fundamento en que el recurrente no es titular de un *interés directo*, pues la nueva Constitución no exige este requisito, razón por la cual ha de entenderse suficientemente legitimado para actuar quien ostente un *interés indirecto* en la resolución del asunto. Tal restricción es contraria frontalmente al artículo 26 de la nueva Constitución, antes transcrito; derecho que, por su carácter constitucional, vincula de forma inmediata y directa a todos los poderes públicos y, en especial, a la administración pública y al poder judicial, cuyos órganos están obligados en consecuencia a admitir en base

11. Recomiendo ampliamente ese gran trabajo de NIETO, Alejandro, *La nueva organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona 1997.

al mismo la impugnación de actos por todas las personas que actúen en defensa de sus intereses legítimos. Es suficiente, pues, que se tenga un interés conforme con el ordenamiento jurídico, aunque dicho interés no sea personal y directo, impugnar actos de efectos particulares como actos de efectos generales. En lo que respecta a la exigencia de que el interés sea *personal*, debe señalarse que la nueva Constitución permite el acceso a la justicia para la defensa de los intereses *difusos* y *colectivos*. En efecto, el concepto de interés previsto en la nueva Constitución abarca los intereses estrictamente personales así como los intereses comunes de cuya satisfacción depende la de todos y cada uno de los que componen la sociedad.

Ahora bien, por último, cabe destacar que, no puede confundirse la legitimación por simple interés legítimo que exige la nueva Constitución con la denominada acción popular. En esta última, en los casos en que la ley la acuerde, al particular deberá admitírsele la interposición del recurso con independencia de que pueda ostentar un derecho o interés lesionado. El fundamento de la acción popular es la voluntad del legislador, y sólo procede en los casos en que éste la admita.

Por ello, consideramos que la LOJCA debe estar orientada a dar cabida en la justicia administrativa a cualquier persona que pretenda valer sus intereses actuales, evitando cerrar las puertas de los tribunales por meros caprichos innecesarios. Y estos mismos principios deben ser aplicados a los terceros que pretendan apoyar a cualquiera de las partes en litigio, bastará con que no entorpezcan o retrasen el desarrollo del proceso para que sus argumentos puedan ser oídos y analizados.

Otro punto que plantea el tema de la legitimación es el referente a la *legitimación pasiva*, es decir, a la persona u órgano encargada de defender los intereses del ente público querellado. Esta es una situación que también abordan favorablemente los Proyectos Orlando y Hernández, toda vez que allí se señala que, en principio, son los propios órganos emisores del acto los que deberían venir al proceso a defenderlo. Ello para evitar aquello que también denuncia Nieto, y es que a la hora de dictar un acto, la Administración suele acompañarse de numerosos y prestigiosos juristas, pero a la hora de defenderlos en los estrados judiciales prescinde de sus expertos y pone el tema en manos de un hombre nuevo que ha de empezar por estudiar el asunto desde el principio¹². Sin embargo, consideramos que la Ley no debería evitar que la Procuraduría General de la República pueda participar y asesorar en la defensa de los actos de los órganos de la Administración Pública, pero al menos debería dejar que sean los órganos directos los verdaderos legitimados pasivos.

Por último, debe replantearse la verdadera necesidad de participación del Ministerio Público en todos los procesos contencioso-administrativos, sobre todo si se toma en cuenta que hoy en día la Constitución parece haber dejado en manos de la Defensoría del Pueblo la competencia para velar en vía judicial por el respeto de los derechos fundamentales. Pero incluso, considero que el llamado a este órgano del Estado debe hacerse en forma potestativa, es decir, dependiendo de cada caso concreto, pues no todos los asuntos contencioso-administrativos tratan sobre derechos fundamentales.

12. *Ibidem*.

IV. LA MATERIA DE LOS RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS

Sobre el tema del objeto de los recursos contencioso-administrativos creo que lo que hace falta es simplemente sincerar y aclarar la situación actual, sobre todo respetando el principio de la universalidad del control judicial de los actos del Poder Público y atendiendo al principio de la tutela judicial efectiva, expuesto en el artículo 26 de la Constitución.

1. **Ámbito de lo contencioso administrativo**

En efecto, en primer lugar, es necesario configurar el alcance de la jurisdicción contencioso-administrativa, la cual ha sufrido sustanciales cambios con la nueva Constitución. Así, por ejemplo, con la creación de las jurisdicciones constitucional y contencioso electoral se ha restado materia a la contencioso-administrativa, sin embargo, sería conveniente aclarar con precisión los límites entre una y otra jurisdicción.

En el caso de la delimitación entre la jurisdicción constitucional y la contencioso-administrativa, nuestra Constitución parece haber asumido un criterio formal, el cual atiende a la naturaleza del acto. Así, si el acto cuestionado -o incluso la omisión- se dicta en ejecución directa e inmediata de la Constitución, el conocimiento del recurso le corresponde a la jurisdicción constitucional, quedándole a la contencioso-administrativa el conocimiento de asuntos relacionados con actuaciones o inactividades de rango infrallegal. Sin embargo, hay casos donde la determinación del rango del acto puede prestarse a confusiones, razón por la cual se requiere de una mayor precisión legislativa¹³.

Pero por otra parte la Constitución le ha asignado a la jurisdicción contencioso-administrativa, ahora en forma incuestionable, el conocimiento de las nulidades intentadas en contra de los Reglamentos Ejecutivos; así como el conocimiento de los reclamos por la prestación de los servicios públicos (contencioso de los servicios públicos)¹⁴.

Creo también que es hora de sincerar el verdadero alcance de esta jurisdicción, sobre todo en los casos del control de los actos (u omisiones) emanados de órganos distintos a la Administración Pública, como serían los órganos legislativos y judiciales, así como los actos de autoridad dictados particulares. Ya bastantes páginas de doctrina y jurisprudencia se han escrito sobre este tema, lo que debería ser suficiente para que el legislador opte por una solución que atienda a las verdaderas necesidades de los justiciables¹⁵.

13. En particular, la Sala Constitucional dictó algunas decisiones contradictorias en materia de impugnaciones de Ordenanzas municipales. Sin embargo, hoy en día ha retomado la posición de considerar estos actos normativos como de ejecución directa e inmediata de la Constitución.

14. Artículos 266, numeral 5 y 259, respectivamente.

15. Sobre el tema del concepto de acto administrativo, como materia del recurso contencioso administrativo de anulación, precisamente el homenajeado en la presente obra tiene un excelente aporte donde describe los diversos criterios que se han venido utilizando. Nos referimos al trabajo de BREWER-CARÍAS, Allan R., "El problema de la definición del acto administrativo", en el *Libro Homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*, U.C.V., Caracas 1984. V., también CHAVERO GAZDIK, Rafael J., "*Los Actos de Autoridad*", Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1996, donde exponemos algunos criterios relacionados con los actos administrativos dictados por particulares.

Otra controversia que resulta importante tratar de resolver por vía legislativa es la referida a la impugnación de los actos administrativos dictados con ocasión de las relaciones contractuales. Más concretamente, nos referimos al tema de la doctrina de los actos separables, donde también ha existido una eterna polémica jurisprudencial sobre la posibilidad de impugnar estos actos en forma autónoma¹⁶.

2. La inactividad de la Administración

Es necesario que la LOJCA desarrolle en detalle instrumentos rápidos y eficaces para combatir la pasividad y las dilaciones de los órganos de la Administración Pública, lo que sin duda alguna ha sido una de las principales deficiencias de la legislación vigente.

Así, el tema del silencio administrativo requiere de importantes replanteamientos, sobre todo para dejar bien claro que este debe ser considerado como una garantía para los administrados, de modo de execrar antiguas concepciones que han limitado el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa. Aquí, nos luce acertada la sugerencia de Ortiz Álvarez, quien sostiene que para el caso del silencio administrativo negativo el particular podrá ejercer su recurso judicial en cualquier momento, es decir, sin tener las limitaciones de los lapsos de caducidad, pues es claro que la Administración nunca pierde su obligación de responder¹⁷.

Igualmente, para el caso del silencio administrativo positivo se requiere de la consagración legal de la necesidad de expedir la constancia del vencimiento del plazo, lo que muchas veces requiere el particular para acreditar el derecho obtenido por la omisión o tardanza de la Administración¹⁸.

El resto de las consecuencias que se derivan de la inactividad administrativa también deberán aclararse con la LOJCA. Hoy luce sencillamente insostenible que el recurso de abstención o carencia se limite únicamente a cuestionar omisiones específicas, dejando por fuera a las omisiones genéricas, las cuales pueden ser cuestionadas únicamente a través de acciones de amparo constitucional¹⁹.

16. V., en particular la sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa, de fecha 6 de agosto de 1998, donde parece encontrarse la tesis actual que permite la impugnación de los actos separables dictados por la Administración, en el contexto de un contrato administrativo, para controlar, interpretar o extinguir el respectivo contrato.

17. Recordemos que según la conocida decisión *Ford Motor de Venezuela, C.A.* (Sala Político-Administrativa, 22-06-82) el administrado tiene la opción, una vez vencido el plazo que tenía la Administración para decidir el recurso jerárquico, de acudir al contencioso administrativo antes de que se venza el plazo de seis (6) meses para recurrir; o, puede esperar la decisión expresa, momento a partir del cual renacerán los plazos de impugnación. La tesis sugerida por ORTIZ ÁLVAREZ simplemente permite acudir al contencioso una vez vencido el término que tenía la Administración para decidir el recurso. Ello lo podrá hacer en cualquier momento. V., ORTIZ ÁLVAREZ, Luis A., *El silencio administrativo en el Derecho venezolano*, Sherwood, Caracas 2001, p. 97; GUILLÉN PÉREZ, María Eugenia, *El silencio administrativo. El control judicial de la inactividad administrativa*, Editorial Colex, Madrid 1996; y GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, *El silencio administrativo en el Derecho español*, Civitas, Madrid 1990.

18. *Ibidem*.

19. V., nuestro trabajo, *El Nuevo Régimen del Amparo Constitucional en Venezuela*, op. cit.; en especial, a partir de la p. 371.

Igualmente, será necesario desarrollar el tema de la inactividad prestacional, como parte del contencioso de los servicios públicos a que hace referencia el artículo 259 de la Constitución, tratando de buscar la excelencia y eficiencia en este tipo de actividades, donde actualmente se concentran la mayoría de los intereses del ciudadano común²⁰.

3. El agotamiento de la vía administrativa

Por otra parte, la LOJCA deberá abordar el tema del agotamiento de la vía administrativa antes de acceder al contencioso administrativo. Aquí hay un mandato particular de la Exposición de Motivos de la Constitución, donde se señala que esta Ley deberá dejar a los recursos administrativos como una simple opción para los particulares, y no como un requisito de admisibilidad, tal y como actualmente sucede²¹. Sobre este particular gran parte de la doctrina ya se ha pronunciado a favor de la eliminación del carácter preceptivo de los recursos administrativos, e incluso, durante el año 2000 hubo una conocida polémica jurisprudencial sobre este asunto, donde por momentos se manejó la tesis de considerar a la causal de inadmisibilidad prevista en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia como una limitación irracional e injustificada del derecho a la tutela judicial efectiva.

Esperemos pues que el legislador acoja la posición más acertada, la cual parece ser la de eliminar la causal de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo que se refiere al agotamiento de la vía administrativa, dando paso a si a las tendencias más modernas en la justicia administrativa.

Igualmente, la LOJCA deberá referirse al llamado antejuicio administrativo previsto en los artículos 54 y siguientes del Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, el cual se refiere al caso de las demandas patrimoniales contra la República. Considero que para ser coherentes debería eliminarse también este antejuicio administrativo previo a la interposición de las demandas patrimoniales frente a la República, lo que luce hoy como un privilegio exorbitante e injustificado.

4. Otros asuntos contencioso-administrativos

Igualmente, con la LOJCA deberá desarrollarse otros asuntos relevantes para el control de la gestión de la Administración Pública que ahora tienen rango constitucional, los cuales fueron sencillamente ignorados por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Nos referimos al caso del contencioso de las controversias entre autoridades administrativas; al recurso de interpretación; y al control de las vías de hecho.

20. Sobre este tema recomendamos el trabajo de UROSA MAGGI, Daniela, "La inactividad administrativa como objeto de la pretensión en el contencioso administrativo" en *Revista de Derecho Administrativo* n° 9, Sherwood, Caracas 2000, pp. 195 y ss.

21. Será un buen momento para debatir el carácter vinculante o no del mandato contenido en la Exposición de Motivos, sobretodo si recordamos que ésta fue elaborada en fecha posterior a su aprobación. Además, resulta claramente inusual que el constituyente se ocupe de estos temas, sobre todo si consideramos que esto pareciera robarle al legislador las distintas alternativas que existen para tratar este asunto. Por otra parte, las Exposiciones de Motivos buscan facilitar la interpretación del texto, y no establecer recomendaciones generales y particulares para la futura legislación. En nuestro criterio se trató simplemente de complacer los caprichos de todos los que pasaron por el proceso constituyente.

La experiencia nos ha mostrado que no son temas marginales, sino que han adquirido una importancia sustancial a la hora de revisar el apego de la Administración al Derecho. Así, con el desarrollo de la descentralización administrativa son cada vez más numerosos los distintos conflictos que se presentan entre los distintos entes públicos, sobre todo a la hora de determinar la autonomía de cada uno de ellos. Igualmente, hemos podido observar como los principios de seguridad e igualdad jurídica han requerido continuas solicitudes de interpretación de textos legales, con todo y las limitaciones que ha tenido este especial recurso bajo la legislación actual²².

En lo que al control de las vías de hecho se refiere, es importante destacar que el artículo 259 de la Constitución hace referencia a la necesidad de disponer medios impugnativos destinados al “restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”. De modo que esta especial jurisdicción debe disponer de los remedios destinados a combatir aquellas actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica, pero que sin embargo lesionan derechos e intereses de cualquier clase. No es el momento este de abordar en detalle todo el tema de las vías de hecho, pero baste con destacar que muchas veces las actuaciones de los órganos del Estado no revisten una apariencia jurídica formal que permita su impugnación por las vías o mecanismos tradicionales, razón por la cual es importante mantener criterios amplios y compatibles con la tutela judicial efectiva que permitan la revisión de cualquier perjuicio que el Estado le pueda causar a los particulares.

V. LOS PROCEDIMIENTOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS

En mi criterio es aquí donde se requiere de la mayor creatividad legislativa para tratar de cumplir con el mandato constitucional de una tutela judicial efectiva. Principio constitucional que no sólo se refiere a la velocidad de la justicia, sino también a su sencillez, accesibilidad y calidad.

1. Los procedimientos en general

En primer lugar, creo que no luce conveniente seguir manteniendo procesos distintos para cada tipo de recurso contencioso administrativo, ello genera confusiones además de que no se justifica tal clasificación. En este sentido, comparto las sugerencias realizadas por Canova, quien defiende la existencia de un procedimiento común para todos los asuntos contencioso-administrativos, donde se identifican las siguientes fases o etapas procesales: demanda, admisión de la demanda, emisión de providencias cautelares, citaciones a los demandados, emplazamientos a terceros, contestación de la demanda, instrucción de la causa (pruebas), vista oral y sentencia. Son estas las fases normales y comunes que debería contener cualquier proceso judicial²³.

22. En particular, la jurisprudencia ha venido exigiendo que la Ley que presente las dudas prevea expresamente la posibilidad de ser interpretada judicialmente. V., entre otras, sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa del 6-12-90, Caso *Petróleos de Venezuela, S.A.*

23. CANOVA GONZÁLEZ, Antonio, *Reflexiones para la Reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*, op. cit., pp. 239 y ss.

De las distintas fases que propone Canova, es importante resaltar la vista oral, es decir, lo que sería el equivalente a unos informes orales. Creo que combinar la oralidad con la escritura en los procesos contencioso-administrativos sería un avance significativo, además de que obligatorio ante los nuevos principios constitucionales. Sobre todo para obtener la inmediación entre jueces y partes, lo que redundaría en una mayor probabilidad de obtener la verdad procesal, toda vez que las audiencias le permiten a los jueces indagar sobre las dudas que puedan tener sobre una determinada controversia. Se busca entonces que la vista oral sea una especie de resumen de los argumentos y pruebas expuestos en autos, a los fines de facilitar y agilizar la decisión definitiva. Tampoco estaría mal permitir la presentación en este acto de un resumen escrito de la controversia.

Ahora bien, además del procedimiento común sugerido ya por la doctrina, considero imprescindible agregar un *procedimiento sumario o breve*, donde también predomine la oralidad. La idea central es que existan procedimientos judiciales breves para resolver los asuntos sencillos; y procesos más complejos para debatir los casos más complicados.

A mi juicio, se vulnera la tutela judicial efectiva cuando se nos tiene que involucrar en un debate judicial prolongado y complejo para, por ejemplo, conocer de la nulidad de un acto que ha sido dictado con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido.

En pocas palabras, la tutela judicial efectiva implica que se dispongan de procedimientos judiciales sencillos para atender cosas sencillas. Como lo he expresado en otra oportunidad, no se puede estar lanzando misiles para matar ratones²⁴. Así, podría diseñarse un procedimiento sumamente breve, muy similar al del amparo autónomo²⁵, a los fines de tramitar las nulidades, abstenciones, controversias de autoridades o interpretaciones que no requieran de mayor complejidad.

La idea sería que ante una pretensión a ser tramitada por el procedimiento expedito, el juez contencioso administrativo valore y considere si ese procedimiento expedito es suficiente para administrar justicia en ese caso concreto, y de considerar pertinente mayores averiguaciones puede ordenar la continuación del juicio a través del procedimiento ordinario o común.

Este procedimiento expedito podría ser la solución efectiva para muchos asuntos o pretensiones frente al Estado que requieren de respuestas definitivas en lapsos perentorios, sin vulnerar el derecho a la defensa de los entes públicos. Es sencillamente insólito que, por ejemplo, para cuestionar una falta de respuesta ante una solicitud de, por ejemplo, un título universitario, se tenga que tramitar un proceso de más de dos años. Incluso, a los propios entes públicos le conviene muchas veces obtener resultados judiciales en forma expedita, toda vez que muchas veces se embarca a la Administración en procesos eternos que le impide cumplir a cabalidad con las gestiones públicas que tiene encomendada²⁶.

24. CHAVERO GAZDIK, Rafael J., *El Nuevo Régimen del Amparo Constitucional en Venezuela*, op. cit., pp. 345 y ss.

25. La idea sería un procedimiento cuyos lapsos se computen por horas; donde se le dé al ente público una oportunidad para contestar la solicitud; una fase probatoria diluida en el resto de las etapas del proceso; y una audiencia pública que permita la inmediación entre juez y partes. Obviamente, otorgándose un breve lapso para sentenciar.

26. Son muy frecuentes los casos donde un particular obtiene una medida cautelar en las primeras de cambio, y luego se solidariza con la pasividad y lentitud del proceso, a los fines de evitar un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

En definitiva, un sistema dual como el que propongo, permitiría atender cada caso concreto con las fases procesales necesarias para atender la mayor o menor complejidad que puedan presentar los asuntos. La idea es que el proceso en cada situación concreta no se haga ni muy largo ni tampoco insuficiente.

2. El tema de las medidas cautelares

Sin lugar a dudas el sistema cautelar en el contencioso administrativo ha sido el tema predilecto de la mayor parte de la doctrina preocupada por la justicia administrativa, sobre todo porque ha sido la única alternativa efectiva que ha coadyuvado a palear los terribles efectos de la dilación procesal. Incluso, sobre este particular también la polémica Exposición de Motivos de nuestra Constitución aportó su recetario.

Al respecto, creo que la Exposición de Motivos al menos ha presentado una acertada sugerencia que considero adecuada y necesaria. La idea central es tratar de unificar el sistema cautelar en nuestro contencioso administrativo. Hoy no se justifica que existan tres tipos de medidas preventivas, cada una de ellas con requisitos de procedencia y procedimientos distintos²⁷. Claro está, este catálogo de medidas que fue apareciendo paulatinamente en nuestra justicia administrativa tuvo su razón de ser, básicamente debido a las deficiencias que presentaba la medida típica de suspensión de efectos, prevista en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia²⁸.

Así, por ejemplo, el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo vino a introducir dos grandes beneficios en nuestra justicia administrativa, pues con una solicitud cautelar de amparo se le permite al administrado acceder directamente al contencioso, sin necesidad de agotar la vía administrativa, y sin reparar en lapsos de caducidad.

Pues bien, con la reforma que se propone, el tema del agotamiento de la vía administrativa estaría resuelto al considerarla como potestativa; y con relación a los lapsos de caducidad la Exposición de Motivos sugiere que se eliminen en los casos de solicitudes de nulidades basadas en vicios de nulidad absoluta o violación de derechos fundamentales²⁹. Razón por la cual, el nuevo sistema cautelar ofrecerá también esos mismos beneficios, es decir, no se nos privará de nada.

Por tanto, pareciera que están dadas las condiciones para homogeneizar las diferentes cautelares. La idea sería establecer un sistema cautelar amplio, que le permita al juez dictaminar todo lo que sea necesario para evitar que el proceso para obtener la razón se convierta en un daño para quien la tiene.

27. Nos referimos a la medida de suspensión de efectos (artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia; artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo; y las medidas cautelares innominadas (artículos 588 y 585 del Código de Procedimiento Civil).

28. Entre otras cosas, esta medida se limitaba a actos de efectos particulares; además de que no podía ser utilizada para dar protección preventiva ante actos de contenido negativo, ni para las omisiones de la Administración.

29. Sobre este último particular consideramos que puede resultar muy peligroso permitir la impugnación de actos en cualquier momento, pues se olvida que el principio de seguridad jurídica requiere que aún las cuestiones ilegales se consoliden, cuando ha transcurrido un lapso de tiempo importante, pues de lo contrario siempre le quedan dudas a los particulares sobre la existencia o no de sus derechos. Y ya sabemos que fundamentar una nulidad en vicios de nulidad absoluta o violaciones de derechos fundamentales es cosa bastante simple.

Los requisitos de procedencia de la cautela deberían ser, obviamente, los mismos que ha venido desarrollando la mayor parte de nuestra jurisprudencia, esto es, la presunción de buen derecho, el peligro de daño por la mora, junto con la respectiva valoración de los intereses en juego. En el trabajo de Canova que hemos citado varias veces se propone una interesante combinación de estos criterios, donde se da, como es lógico, una preponderancia a la presunción de buen derecho. En todo caso, estos detalles si podrían ir quedándole a la propia jurisprudencia.

Es importante reiterar que en todos los procesos contencioso-administrativos (nulidades, abstenciones, interpretaciones, etc.) el juez debe estar dotado de ese poder cautelar amplio y suficiente, permitiéndole disponer lo necesario para garantizar la efectividad de la justicia. Hoy no se justifican limitaciones o excepciones, ni para los actos generales³⁰, ni para las abstenciones o actos de contenido negativo. El poder cautelar es, sencillamente, un requisito fundamental e imprescindible para administrar justicia, más aún en el contencioso administrativo donde los actos de la Administración se presumen legítimos y son de ejecución inmediata.

Igualmente, con un sistema cautelar único y amplio, se debería establecer un claro y expedito sistema de oposición y/o apelación de las medidas preventivas; de modo que la Administración o los terceros interesados puedan cuestionar la medida aportando mejor derecho.

El tema de la caución también debe abordarse en la LOJCA, pues se requiere de un instrumento que pueda servir de garantía suficiente a la Administración y al interés general, pues la consagración de un poder cautelar amplio no puede permitir que se cometan excesos. Es necesario que el juez disponga del remedio de las contracautelas para evitar un desequilibrio que pueda dejar sin contenido cierto el fallo definitivo, a consecuencia de una determinada medida cautelar.

3. Privilegios procesales

Creo que no puede perderse la oportunidad de la LOJCA para modernizar las tendencias legislativas que conciben el contencioso administrativo como una especie de calvario para el administrado, pues distintas leyes dotan a los entes públicos de una serie de prerrogativas injustificadas e irracionales que colocan a los administrados en una clara situación de desigualdad.

Baste con referirnos al artículo 84 del Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, el cual exige a todos los órganos judiciales que conocen de juicios donde la República es parte, que se notifique al Procurador General de la República de toda sentencia interlocutoria o definitiva. Ello, trae como consecuencia la necesidad de suspender el proceso durante ocho (8) días cada vez que se dicte alguna decisión durante el proceso, a pesar de ya la República ha sido debidamente citada y, por tanto, se encuentra a derecho.

30. Por ejemplo, resulta lamentable y hasta preocupante la posición asumida por la Sala Constitucional en el fallo de fecha 27 de diciembre de 2001, Caso *Fedecamaras*, donde se negó el poder cautelar de la Sala en casos de acciones de inconstitucionalidad. Afortunadamente han existido otras decisiones (por ejemplo, la sentencia del 30-1-02, Caso *Manuel Peña*) donde se reconoce el poder cautelar de la Sala ante acciones de inconstitucionalidad frente a actos de efectos generales.

Considero que la LOJCA pudiera otorgar ciertas prerrogativas procesales para la Administración, pero sin descuidar que la sobrecarga de trámites, incidencias y lapsos puede constituir un desconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva. La idea es que la justicia llegue a tiempo, sin más trámites que los estrictamente necesarios para permitirle a las partes exponer suficientemente sus argumentos, pruebas y consideraciones.

Debe consagrarse, igualmente, un sistema equitativo de *costas* en el contencioso administrativo³¹. Ya la doctrina más calificada ha venido pidiendo a gritos la eliminación de ese privilegio exorbitante de la exoneración absoluta de costas³². La justicia, para que sea efectiva, requiere que se le devuelva al vencedor, sea quien sea, los gastos en que tuvo que incurrir para obtenerla. Lo contrario es quedarnos cortos, es obviar el principio fundamental de la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 de la Constitución. Hay mecanismos que pudieran eliminar los riesgos de que se puedan desangrar los erarios públicos con condenas irracionales, pero lo que no se justifica es una imposibilidad absoluta de obtener el reembolso de los gastos del proceso.

4. Recursos frente a decisiones definitivas

Tal y como señalé anteriormente, luce bastante razonable la propuesta de una especie de recurso de casación, o más bien de revisión, mediante el cual se le permita a la Sala Político-Administrativa corregir los errores en que hayan podido incurrir los tribunales de instancia. Creemos que podría emularse la figura del recurso extraordinario de revisión, previsto en el artículo 336.10, lo que permitiría evitar un ejercicio exagerado o abusivo de esta figura, garantizando así la verdadera efectividad del mismo.

En suma, la idea central sería que la Sala Político-Administrativa pudiera revisar, a su entera discreción, las decisiones definitivamente firmes de los tribunales administrativos de instancia que hayan incurrido en errores graves.

VI. LOS PODERES DEL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

El tema estelar de la LOJCA debe ser el de los poderes del juez contencioso administrativo, pues se requiere dejar de lado los criterios restrictivos que pretenden asignarle al juez una simple función anulatoria. Es claro que el juez administrativo no es quien debe decidir donde debe ir la carretera, donde debe emplazarse una central hidroeléctrica o cuando puede restringirse la libre convertibilidad de la moneda, pero también es evidente que los derechos del ciudadano no pueden verse soslayados por las actuaciones u omisiones ilegítimas de los órganos de la Administración y, por tanto, el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva implica una remisión al poder judicial de la misión de verificar y, en su caso, corregir las arbitrariedades en el orden jurídico sin excepción alguna. La herencia del principio *The King can do no wrong*, ha quedado desvanecida por el Derecho Administrativo Contemporáneo.

31. El artículo 74 del Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece, sin más, que la República no puede ser condenada en costas; mientras que el artículo 88 del mismo Decreto-Ley permite que los particulares sean condenados en costas cuando resultan vencidos en procesos contencioso-administrativos frente a la República.

32. Sobre todo GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, op. cit.

El tema de los poderes del juez administrativo puede llevarnos a un sin fin de planteamientos de imposible sistematización en este breve ensaño. En efecto, este tema, como bien lo apunta Díaz, puede abarcar el estudio de las ordenes y declaraciones que puede emitir un juez en el propio texto de la sentencia contencioso-administrativa (anulación, convalidación, modificación, condenatoria, obligaciones de hacer, de no hacer, etc.); también abarca el estudio de la posible flexibilización de los efectos de la decisión en el tiempo; las potestades inquisidoras del juez en el procedimiento contencioso administrativo; las potestades del juez para trasladar sus decisiones formales al campo material (el problema de la ejecución de los fallos contencioso-administrativos); y la posibilidad de imposición de costas en estos procesos³³.

Obviamente no pretendo aquí entrar a analizar en detalle cada uno de estos asuntos, me limitaré a destacar que la LOJCA debe reconocer la tendencia universal que ha venido reduciendo e, incluso, podríamos decir hasta eliminando, los actos exentos del control judicial. Nuestra jurisprudencia se ha venido haciendo eco de esa posición, e incluso ha intensificado notablemente la calidad y profundidad del control de las actuaciones administrativas, con miras a cercar la arbitrariedad administrativa. En este sentido, las *decisiones Depositaria Judicial (2-11-82)*, *Pan American (11-5-81)*, *Horacio Morales Longar (16/05/83)*, *Phillip Morris* (14-03-91) y, más recientemente, el conocido caso *Hernán Gruber Odremán (30-3-93)*, han destacado que la labor del juez contencioso administrativo debe llegar hasta controlar los elementos reglados de las potestades discrecionales, como pueden ser los hechos determinantes en la resolución administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados, respetando -claro está- las razones de mérito y conveniencia del Gobierno.

Ello quiere decir que hay una tendencia a reducir márgenes de discrecionalidad especialmente amplios, lo que implica, lógicamente, una extensión de los poderes del juez contencioso administrativo. La interpretación moderna preceptos constitucionales (derecho a la defensa y tutela judicial efectiva) ha exigido una justicia administrativa más extensa y reforzada, de allí que los tribunales han venido aceptando la aplicación de técnicas de control que permiten una mayor eficacia en el enjuiciamiento de los actos, como pueden ser la finalidad del acto y la desviación de poder, la desmistificación de la discrecional técnica, el control de los conceptos jurídicos indeterminados y la introducción de criterios igualitarios en el sistema de la carga de la prueba. En definitiva, la tendencia se encamina a remover los obstáculos jurídicos que impidan una adecuada fiscalización de motivos y fines de la actividad administrativa.

Desde esta perspectiva, nuestro sistema contencioso administrativo nunca ha eludido el control judicial de los hechos analizados por la Administración, a los efectos de contrastarlo con la veracidad fáctica y la motivación de sus actos. Sin embargo, el talón de Aquiles de nuestra justicia administrativa ha estado en la *ejecución material de los fallos*, debido a que en no pocos casos la efectividad de la decisión ha quedado supeditada a persuasiones, recordatorios o ayudas. Es decir, luego de todo un largo proceso para obtener la razón, comienza el calvario del administrado para obtener su efectiva subsanación. Aquí es donde la LOJCA debe prestar una mayor atención.

33. V., DÍAZ CANDIA, Hernando, "Los poderes del juez contencioso administrativo en Venezuela", *Revista de la Fundación de la Procuraduría General de la República* n° 11, Caracas 1994.

En efecto, los poderes de juez en nuestro país han quedado muy reducidos, básicamente por una legislación vetusta e inadecuada que no se ha ajustado a las nuevas exigencias del Estado de Derecho, sumado además, a una jurisprudencia muy respetuosa de los privilegios y prerrogativas de la Administración, los cuales han sido calificados como *fósiles medievales*³⁴.

En particular, se requiere de un absoluto replanteamiento de la tesis de la inembargabilidad de los fondos públicos. Consideramos que la admisión de la ejecución forzosa de dinero público en base a un título ejecutivo válidamente configurado (sentencia firme) es la salida única y necesaria a esta angustiante situación. El administrado litiga para ver satisfecho su derecho, no para obtener decisiones que únicamente le sirvan de adorno.

Obviamente no se trata de aceptar el embargo de bienes afectados al dominio público, pero sí de reconocer que no todos los bienes, sobre todo las cuentas del Estado, están afectados directamente a la ejecución de una actividad de servicio público. En suma, la LOJCA debe dotar al juez contencioso administrativo de poderes y procedimientos suficientes e idóneos para hacer efectiva la justicia administrativa³⁵.

Resulta bastante ilustrativa la afirmación de Ruíz Ojeda, cuando afirma que “el prurito de que asegurando la relevancia externa de la cobertura presupuestaria se salvaguarda del mejor modo la libertad de los ciudadanos es, además de una ilusión, la más perfecta coartada para una Administración inicua que primero contrata y recibe la prestación y luego se cobija en la hipocresía de que la obligación es nula por falta de dotación presupuestaria³⁶”.

Aquí sugerimos la consagración de un procedimiento de ejecución, donde primero se le permita al ente público cumplir de manera voluntaria con el dispositivo del fallo, reconociendo que ello puede implicar diligencias complejas en determinadas circunstancias; pero luego de vencido ese lapso prudente, debe pasarse, sin ningún tipo de contemplaciones, a una fase de ejecución forzosa, la cual debe ser efectiva y contundente, para así garantizar la hora de la verdad de la justicia administrativa.

Paralelamente, deben consagrarse mecanismos idóneos y severos que permitan sancionar a los funcionarios públicos que se nieguen a cumplir, dentro de los lapsos legalmente establecidos, los mandamientos judiciales de ejecución.

Sólo así se podrá crear una conciencia ciudadana de que las sentencias son para cumplirlas, no para burlarse del vencedor.

Para concluir quisiera traer a colación una vieja cita de Tocqueville, donde se deja muy claro la importancia del control judicial de la actividad administrativa:

Es de la esencia del poder judicial ocuparse de intereses particulares y dirigir complacidamente sus miradas sobre los pequeños objetos que se presentan a su vista; es también de la esencia de ese poder, si no acudir por sí mismo en auxilio de aquellos que son oprimidos, estar sin desmayo a la disposición del más humilde de ellos. Por débil que se le suponga a éste, pues siempre forzar al juez a escuchar su reclamación y a responder a ella.

34. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, op. cit.

35. Es simplemente insuficiente y hasta inconstitucional el procedimiento previsto en los artículos 85 y 86 del Decreto-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

36. RUÍZ OJEDA, Alberto, *La ejecución de créditos pecuniarios contra entes públicos. La responsabilidad contractual de la Administración y el embargo de dinero público*, Civitas, Madrid 1993.

Tal poder es por ello especialmente aplicable a las necesidades de la libertad en un tiempo en que el ojo y la mano del soberano se introducen sin cesar en los más pequeños detalles de las acciones humanas, y donde los particulares, demasiados débiles para protegerse por sí mismos, están también demasiado aislados para poder contar con la ayuda de sus semejantes.

La fuerza de los tribunales ha sido, en todos los tiempos, la mayor garantía que se puede ofrecer a la independencia individual, pero esto es, sobre todo, verdadero en los siglos democráticos; los derechos y los intereses particulares estarían siempre en peligro si el poder judicial no creciese y no se extendiese a medida que las condiciones se igualan³⁷.

Ojalá, en definitiva, no se desaproveche la oportunidad de la LOJCA. Se debe impulsar una verdadera reforma, no simples maquillajes, donde se respeten los principios constitucionales que requiere nuestra justicia administrativa.

Ya hemos visto que el legislador nunca atiende a tiempo las exigencias de la sociedad, por ello hay que aprovecharlo cuando, por fin, se decide a ocuparse de un asunto.

Hay que estar muy conscientes de que al Estado le cuesta mucho crear mecanismos legales efectivos para controlar las decisiones del poder, por eso hay que insistir hasta el cansancio. Requerimos urgentemente de una moderna y radical reforma de nuestra justicia administrativa, que nos permita juzgar en forma efectiva (a tiempo y con calidad) las arbitrariedades de la Administración.

Para ello, valgan estas sugerencias como un simple y modesto aporte a esa tarea, el cual debe sumarse a los muchos que nos ha brindado el hoy homenajeadado, creo que es algo que todos le debemos.

37. TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, México 1996.

§ 101. EL RECURSO CONTENCIOSO-ELECTORAL

Tomás Ramón Fernández Rodríguez
Profesor de la Universidad Complutense Madrid, España

I. EL CUADRO LEGAL GENERAL DE ACCIONES Y RECURSOS EN MATERIA ELECTORAL

En el Derecho Electoral español es tradicional la existencia de una organización *ad hoc*, la Administración electoral, de base esencialmente judicial por su composición, dotada de una efectiva autonomía funcional y estructurada internamente de modo jerárquico, a la que corresponde garantizar la transparencia y objetividad de los procesos electorales y el principio de igualdad, sin perjuicio del control último de sus decisiones por los Tribunales de Justicia.

No voy a entretenerme aquí, sin embargo, en su descripción. Recordaré sólo que de esa estructura forman parte las Juntas Electorales de Zona de cada partido judicial, las Juntas Electorales Provinciales, las Juntas Electorales de Comunidad Autónoma y la Junta Electoral Central. En todas ellas los Jueces tienen mayoría y todas también, salvo la Junta Central, que es permanente, se constituyen *ad hoc* para cada proceso electoral.

Su relación interna se ajusta, como ya he dicho, al principio de jerarquía, por lo que, como regla general y salvo que la Ley disponga otra cosa, sus acuerdos son recurribles ante la Junta de superior categoría, que debe resolver -dice el artículo 21 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General de 19 de Junio de 1.985- en el plazo de cinco días a contar desde la interposición del recurso.

Contra la resolución de la Junta superior “no cabe recurso administrativo o judicial alguno”, según precisaba la redacción inicial del apartado 2 del propio artículo 21 de la Ley Orgánica, precepto éste que la Sentencia constitucional 149/2.000, de 1 de Junio, ha declarado inconstitucional y nulo en lo que se refiere a la exclusión incondicionada del recurso judicial.

A partir de esta Sentencia, por lo tanto, los acuerdos de las Juntas Electorales que resuelvan un recurso administrativo contra la resolución de la Junta que ocupa el escalón inferior agotan la vía administrativa y dejan expedita la jurisdicción contencioso-administrativa ante cuyos Tribunales podrán ser impugnadas de acuerdo con lo dispuesto en la Ley reguladora de dicha jurisdicción de 13 de Julio de 1.998.

La regla general expuesta tiene en la propia Ley Orgánica Electoral dos importantes excepciones que conciernen a los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de candidaturas y candidatos (artículo 49 de la Ley) y sobre proclamación de electos (artículos 109 y siguientes).

“A partir de la proclamación -dice el artículo 49 de la Ley- cualquier candidato excluido y los representantes de las candidaturas proclamadas o cuya proclamación hubiera sido denegada, disponen de un plazo de dos días para interponer recurso contra los

acuerdos de proclamación de las Juntas Electorales ante el Juzgado de lo contencioso-administrativo”, que en los dos días siguientes resolverá con carácter firme e inapelable en la vía judicial, sin perjuicio del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos que culminan el proceso electoral son objeto de lo que la Ley Orgánica Electoral llama recurso contencioso-electoral a cuya regulación dedica, como es lógico, dada la decisiva trascendencia del asunto, especial atención, reservando para ella nueve artículos (109 a 117).

Para completar el panorama de los procesos judiciales a los que pueden dar lugar las elecciones hay que hacer referencia todavía a los relativos a la confección y revisión del censo electoral. Corresponde esta tarea a la Oficina del Censo Electoral, dependiente del Instituto Nacional de Estadística, que elabora el censo y lo mantiene permanentemente actualizado a partir de los datos que le proporcionan los Ayuntamientos y el Registro Civil.

Todo ciudadano puede consultar en cualquier momento los datos censales y formular, en su caso, las reclamaciones correspondientes ante las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo, que habrán de resolverlas en el plazo de cinco días. Las resoluciones en cuestión, dice el artículo 38 de la Ley Orgánica, se tramitarán por el procedimiento preferente y sumario previsto en el artículo 53.2 de la Constitución para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, lo que remite hoy al procedimiento especial regulado por los artículos 114 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Con independencia de estas reclamaciones sobre los datos censales que pueden hacerse en cualquier momento, la Ley Orgánica Electoral regula también un procedimiento específico para las que se produzcan durante el período electoral, esto es, a partir de la convocatoria de unas concretas elecciones.

Publicada la convocatoria de éstas, los Ayuntamientos y Consulados exponen al público las listas de electores, exposición que abre un plazo específico de reclamación de ocho días ante las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo, cuyas resoluciones son recurribles en el plazo de cinco días ante el Juez de Primera Instancia, que en los cinco días siguientes dictará la correspondiente Sentencia contra la que no cabe recurso alguno en la vía judicial, de forma que sólo será susceptible del de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Con esta breve, aunque reconozco que fatigosa, descripción queda completo el cuadro de los distintos procesos que pueden generar la convocatoria y el desarrollo de unas elecciones en el Derecho Español, un cuadro cuya contemplación suscita no pocos motivos de crítica. No hay, en efecto, razón alguna que justifique tanta variedad de procedimientos y, menos aún, que se apele por el legislador a órdenes jurisdiccionales diferentes en casos sustancialmente idénticos. Así ocurre, como hemos visto, con la rectificación de los datos censales, que se remite a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando se trata de rectificaciones que se promueven fuera del período electoral y a los Jueces de Primera Instancia, esto es, del orden jurisdiccional civil, cuando tales rectificaciones se plantean tras la convocatoria de unas elecciones.

No tiene mayor sentido tampoco que el artículo 38 de la Ley Orgánica Electoral ponga tanto énfasis en afirmar que los recursos contra resoluciones de la Oficina del Censo se tramitarán en el primero de los casos indicados por el procedimiento preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales de la persona cuando el artículo 40 de la propia Ley prevé también un procedimiento sumario y extraordinariamente

expeditivo (cinco días para interponer el recurso y otros cinco días para resolverlo) para decidir sobre las rectificaciones de datos censales que se presentan durante el período electoral.

Si todo lo que se necesita y lo que se desea en ambos casos es un procedimiento simple y rápido para resolver las reclamaciones relativas a los datos del censo de cuya exactitud depende el ejercicio del derecho de sufragio basta elegir aquel que se considere más apropiado para el caso sin necesidad de establecer diferencias donde en lo sustancial, no hay diferencia alguna.

Otro tanto ocurre, en fin, con la diversidad de los plazos, de interposición y de resolución, de los distintos tipos de recursos (veinticuatro horas unas veces, dos, tres o cinco días otros), que también podría reducirse sin daño.

No está bien resuelta tampoco la relación que en muchos casos existe inevitablemente entre unos y otros recursos, supuesto que el procedimiento electoral es, justamente, eso, un procedimiento integrado por una serie de trámites sucesivos que culmina en un acto final, la proclamación de los candidatos elegidos, cuya legalidad depende, lógicamente, de la regularidad de todos los trámites que le preceden.

Por todas estas razones sería muy aconsejable, en mi opinión, una revisión general de la Ley Orgánica Electoral en este punto con el fin de simplificar hasta donde sea posible el cuadro actual de acciones y recursos y de reconstruir éste con un criterio único y claro que dote al conjunto de una coherencia sistemática de la que hoy por hoy carece, lo que no deja de producir dificultades en la práctica.

II. EL RECURSO CONTENCIOSO-ELECTORAL EN PARTICULAR

1. La mecánica procesal

De lo que acabo de decir resulta que el que la Ley Orgánica llama recurso contencioso electoral es sólo uno de los varios recursos sobre cuestiones electorales que dicha Ley regula, aunque, ciertamente, es el más importante de todos ellos porque se refiere al desenlace de las elecciones.

En él, por lo demás, se hacen particularmente visibles las tensiones a las que inevitablemente están sujetos los órganos judiciales competentes para resolver este tipo de conflictos y, muy especialmente, la que se produce entre la imperiosa necesidad de garantizar y proteger en sus estrictos términos el resultado de la voluntad popular efectivamente expresada en las urnas y la no menos imperiosa exigencia de poner fin cuanto antes al período de interinidad institucional que toda convocatoria de elecciones abre, una manifestación extrema de la permanente oposición entre legalidad y seguridad jurídica, que en este ámbito suele plantearse con especialísima crudeza.

Por estas razones y porque las últimas elecciones generales celebradas en el 2.000 han dado lugar a dos importantes Sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional me parece particularmente necesario y oportuno dedicar alguna atención al recurso contencioso-electoral.

Es éste, en rigor, una variante del recurso contencioso-administrativo, puesto que se tramita ante y se resuelve por los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, a partir de un esquema procesal calcado sobre el modelo del proceso impugnatorio tradicional en esta jurisdicción, a cuya Ley reguladora se remite la Ley Orgánica Electoral en su artículo 116.2 en todo lo no expresamente regulado por ella.

Objeto del recurso contencioso-electoral son, como ya quedó dicho, los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos, así como la elección y proclamación de los Presidentes de las Corporaciones Locales, cuestión esta última que dejaré a un lado con el fin de no enturbiar la exposición del asunto principal.

Realizado el escrutinio, corresponde, en efecto, a las Juntas Electorales proclamar los resultados de la elección y los candidatos elegidos. Contra este acuerdo formal pueden alzarse los candidatos, proclamados y no proclamados, los representantes de las candidaturas concurrentes en la circunscripción y los partidos políticos, asociaciones, federaciones y coaliciones que hayan presentado candidaturas en ella, a todos los cuales reconoce expresamente legitimación el artículo 110 de la Ley Orgánica Electoral.

El recurso se interpone ante la propia Junta Electoral que ha adoptado el acto de proclamación de electos dentro de los tres días siguientes al mismo y se formaliza en el propio escrito, consignando, pues, en él los hechos, los fundamentos de derecho y la pretensión que se ejercita.

Al día siguiente de su presentación el Presidente de la Junta Electoral ha de remitir el escrito de interposición, junto con el expediente electoral y un informe de la Junta en el que se consigne cuanto ésta estime procedente como fundamento del acuerdo impugnado a la Sala de lo Contencioso-Administrativo competente, que será la Sala 3ª del Tribunal Supremo cuando se trate de elecciones generales o al Parlamento Europeo y la del Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente Comunidad Autónoma cuando se trate de elecciones autonómicas y locales.

La resolución de remisión habrá de ser notificada acto seguido por la Junta a los representantes de las candidaturas concurrentes en la circunscripción emplazándoles para que puedan comparecer ante la Sala competente en los dos días siguientes. Concluido este plazo la Sala da traslado del escrito de recurso al Ministerio Fiscal y a las partes que se hubieren personado, poniéndoles de manifiesto el expediente electoral y el informe de la Junta para que en el plazo común de cuatro días puedan formular las alegaciones que estimen convenientes, acompañar los documentos que consideren necesarios y solicitar, si lo desean, el recibimiento a prueba y proponer las que estimen oportunas.

Transcurrido el período de alegaciones, la Sala acordará *dentro del día siguiente* lo que proceda sobre el recibimiento a prueba, lo haya solicitado o no alguna de las partes, y resolverá también lo necesario para la práctica de las que declare pertinentes en un plazo que no podrá exceder de cinco días (artículo 112).

Concluido el período probatorio, la Sala, sin más trámite, dictará Sentencia en el plazo de cuatro días (artículo 113.1), que habrá de notificarse a las partes no más tarde del trigésimo séptimo día posterior a las elecciones (artículo 114.1) y contra la que no se da recurso alguno, sin perjuicio, naturalmente, del de amparo ante el Tribunal Constitucional, que deberá deducirse, en su caso, en el plazo de tres días y resolverse en los quince días siguientes.

Como puede verse, el recurso contencioso-electoral, al que el artículo 116 de la Ley Orgánica Electoral da carácter urgente y preferencia absoluta para su sustanciación y fallo, se resuelve en menos de veinte días: uno, el siguiente a su presentación, para re-

mitirlo a la Sala competente y emplazar a los interesados, dos más para que éstos puedan comparecer ante la Sala, otro para dar traslado al Ministerio Fiscal y a las partes comparecidas para alegaciones, cuatro para presentar éstas, otro más para resolver sobre la prueba, cinco como máximo para practicar ésta, en su caso, y otros cuatro para dictar Sentencia.

Si a los doce o, como mucho dieciocho días en el caso de que se acuerde el recibimiento a prueba, necesarios para tramitar y resolver el recurso contencioso-electoral, se unen los nueve días que la Ley Orgánica Electoral fija como máximo para realizar el escrutinio, los dos días que la propia Ley otorga para formular reclamaciones ante la Junta y los otros dos días que ésta tiene para resolver las presentadas y adoptar el acuerdo de proclamación de electos, resulta que en un mes, contado a partir del día de las elecciones pueden quedar zanjados definitivamente los conflictos generados por ellas, a expensas sólo de la eventual interposición de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que de promoverse, requeriría otros dieciocho días más.

Es, pues, bien visible el propósito del legislador de combinar el obligado respeto a la voluntad popular y al derecho fundamental de igualdad de acceso a los cargos y funciones públicas con las exigencias institucionales y con la necesidad de poner fin cuanto antes a cualquier posible incertidumbre sobre la regular constitución de los órganos constitucionales, así como a la situación de interinidad política que la convocatoria electoral provoca.

2. La Sentencia y sus posibles pronunciamientos

Tras este rápido repaso a la mecánica procesal del recurso contencioso-electoral sólo resta hacer una referencia, también breve, a la Sentencia que pone fin al mismo.

El artículo 113 de la Ley Orgánica Electoral enuncia sus cuatro pronunciamientos posibles: inadmisibilidad del recurso, declaración de la validez de la elección y de la proclamación de electos y nulidad del acuerdo de proclamación de uno o varios electos o de la elección celebrada en una o varias Mesas Electorales.

Sobre los dos primeros no requieren mayores explicaciones, como no sea aclarar que la falta de protesta previa ante las Mesas Electorales o en el curso del escrutinio no determina por sí sola la inadmisibilidad del recurso, como ha precisado la jurisprudencia.

La nulidad del acuerdo de proclamación de uno o varios electos cuando se estime procedente debe ir acompañada de la proclamación como tales de aquél o aquéllos a quienes corresponda, tal y como precisa el artículo 113.1.c) de la Ley, lo cual es enteramente lógico y no supone excepción alguna al régimen general del recurso contencioso-administrativo, ya que la proclamación de electos es un acto estrictamente reglado, fruto de la mera comprobación del número de votos válidos obtenido por cada candidato.

El apartado d) del artículo 113.1 contempla un último pronunciamiento, a saber: la nulidad de la elección celebrada en aquélla o aquéllas Mesas que resulten afectadas por irregularidades invalidantes y necesidad de efectuar nueva convocatoria en las mismas, que podrá limitarse al acto de la votación, en el plazo de tres meses a partir de la Sentencia. El precepto se cuida, además, de precisar que “la invalidez de la votación en una o varias Mesas o en una o varias Secciones no comportará nueva convocatoria electoral en las mismas cuando su resultado no altere la distribución de escaños en la circunscripción”.

La redacción actual del artículo 113.1.d) procede de la modificación introducida en la Ley Orgánica Electoral por la Ley Orgánica 8/1.991, de 13 de Marzo, a raíz de una Sentencia constitucional de 15 de Febrero de 1990 que anuló en vía de amparo otra del Tribunal Superior de Justicia de Murcia que, a su vez, declaró nulas las elecciones generales de Octubre de 1989 en toda la circunscripción y dispuso la retroacción de las actuaciones procesales para que dicho Tribunal completara la documentación electoral manejada a fin de averiguar la auténtica voluntad del electorado en las dos Mesas controvertidas y, de no poder hacerlo, declarara la nulidad de la elección en dichas Mesas y no en toda la circunscripción.

Con este precedente se entiende sin dificultad lo que la norma pretende en este caso. Se trata de dar respuesta a un supuesto muy concreto: la comprobación de la existencia de irregularidades de tal naturaleza que no sea posible considerar expresada la voluntad popular. En un caso tal no se puede, obviamente, resolver el recurso declarando la nulidad del acto de proclamación y proclamando electos a los candidatos que correspondan, como previene el apartado c) del artículo 113.1. Hay que repetir necesariamente la convocatoria en la Mesa o Mesas afectadas por la irregularidad detectada o, al menos, el acto de votación, si dicha irregularidad afecta sólo a dicho acto, para saber cual es, en efecto, la voluntad popular, ya que la irregularidad en cuestión no permite tener ésta como efectivamente expresada en la Mesa o Mesas de que se trata.

Naturalmente, esa repetición de la convocatoria o de la votación son innecesarias cuando el resultado global de las elecciones en el conjunto de la circunscripción al que la Mesa o Mesas afectadas pertenecen permanecería el mismo en todo caso por ser superior la diferencia de votos obtenida por los candidatos proclamados electos al número de votantes de dichas Mesas. El principio de economía procesal y de conservación de los actos administrativos, que formula con carácter general nuestra Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y que está sólidamente instalado en nuestra jurisprudencia impone necesariamente esta conclusión. *Utile per inutile non vitiatur.*

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE FEBRERO DE 2.001: UN CASO LÍMITE QUE CERTIFICA EL CARÁCTER EXCLUSIVO Y EXCLUYENTE DEL RECURSO CONTENCIOSO-ELECTORAL

1. Los hechos y el planteamiento de la *litis*

Expuesto ya en sus líneas generales el régimen del recurso contencioso-electoral, es el momento de presentar el caso resuelto por la reciente e importantísima Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Febrero de 2001, que certifica sin vacilación el carácter exclusivo y excluyente del recurso contencioso-electoral en lo que respecta al control judicial de los resultados electorales y resuelve con seguridad y acierto indudables esa tensión básica, más atrás aludida, entre principios y valores constitucionales diversos que caracteriza a los procesos en materia electoral.

El supuesto de hecho determinante del conflicto resuelto por la Sentencia citada era, ciertamente, un supuesto límite. Estos son sus hitos:

- El 12 de Marzo de 2000 se celebraron las últimas elecciones generales de las que resulta el actual Gobierno.

- El siguiente día 15 la Junta Electoral Provincial de Asturias realizó el escrutinio general y el 20 de Marzo procedió a la proclamación de electos y extendió el acta correspondiente, resultando asignado al quinto candidato de la lista del Partido Popular el noveno escaño de Diputado por Asturias por una reducidísima diferencia de votos sobre el candidato que figuraba en cuarto lugar en la lista del Partido Socialista.

- El 29 de Marzo de 2000 la Junta Electoral Central acordó publicar los resultados en el Boletín Oficial del Estado, lo que tuvo lugar el siguiente día 4 de Abril.

- El 11 de Abril de 2000, es decir, veintidós días después del acuerdo de la Junta Electoral de proclamación de electos que se produjo, como ya se ha dicho el anterior día 20 de Marzo, el cuarto candidato de la lista del Partido Socialista, que no había interpuesto el recurso contencioso-electoral, cuyo plazo de tres días concluyó el 23 de Marzo, formalizó ante la Junta un escrito de reclamación, denunciando la existencia de un error en el escrutinio por no haberse computado en la suma total de votos que en el acta de escrutinio fue asignada a la candidatura del Partido Socialista el número de votos que dicha candidatura había obtenido en dos Mesas Electorales, error puramente material o aritmético cuya corrección determinaría la asignación al reclamante del escaño atribuido al quinto candidato de la lista del Partido Popular por el acuerdo de proclamación de electos adoptado por la Junta Electoral.

El escrito de reclamación invocaba en su apoyo lo dispuesto en el artículo 105.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de Noviembre de 1992, que el artículo 120 de la Ley Orgánica Electoral declara ciertamente, aplicable con carácter supletorio en lo no previsto por ella, precepto citado que permite a las Administraciones Públicas rectificar “en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos

- La reclamación en cuestión fue desestimada por resolución de la Junta Electoral Provincial de 12 de Abril de 2000, contra la que el reclamante se alzó ante la Junta Electoral Central, que desestimó su recurso mediante resolución del siguiente día 18 de Abril.

- Acto seguido tanto el candidato socialista, como el Partido Socialista Obrero Español, interpusieron recursos contencioso-administrativos por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales contra los acuerdos de las Juntas, Provincial y Central, que han quedado reseñados, incluido el propio acuerdo de proclamación de electos adoptado por la Junta Provincial el 20 de Marzo de 2000, solicitando de la Sala 3ª del Tribunal Supremo su anulación, la corrección del error material padecido y la consiguiente proclamación del recurrente, cuarto candidato de la lista del Partido Socialista, como Diputado electo por Asturias, en lugar del indebidamente proclamado candidato quinto de la lista del Partido Popular.

El recurso así planteado ponía sobre la mesa varias cuestiones, dos de ellas de extraordinaria importancia, a saber:

- si el recurso contencioso-electoral es el único cauce procesal para hacer efectivo el control judicial de los resultados electorales proclamados por las Juntas Electorales o si, por el contrario, existen otros cauces distintos a través de los cuales pueda llegarse a la anulación judicial de los resultados proclamados más allá o fuera de los plazos que para la interposición y resolución del recurso contencioso-electoral establece la Ley Orgánica Electoral; y

- si la verdad material y el derecho fundamental a la igualdad de acceso a los cargos y funciones públicas proclamado por el artículo 23 de la Constitución debe prevalecer en todo caso y a toda costa sobre las exigencias constitucionales inherentes a la constitución en el menor tiempo posible y más allá de toda posible incertidumbre de las Cámaras Legislativas y del Gobierno.

2. El fallo y la argumentación que lo sostiene

El dilema exigió *ab initio* un primer posicionamiento provisional del Tribunal Supremo, supuesto que los recurrentes solicitaron del mismo en el propio escrito de interposición de sus recursos la suspensión de las resoluciones recurridas y, en particular, del propio acuerdo de la Junta Electoral Provincial de proclamación de Diputados electos adoptado el 20 de Marzo de 2.000 en lo relativo a la proclamación como tal del candidato que ocupaba el quinto lugar en la candidatura del Partido Popular.

La petición de suspensión tenía una fácil salida, que los demandados ofrecieron expresamente al Tribunal Supremo, ya que el candidato popular proclamado en noveno lugar como Diputado electo por Asturias el 20 de Marzo de 2.000 tomó posesión de su escaño en el Congreso inmediatamente después de esa fecha. El acuerdo de proclamación de electos cuya suspensión parcial se solicitaba por los recurrentes había sido ya ejecutado y, por lo tanto, la suspensión de la ejecución de dicho acuerdo era ya materialmente imposible. Sólo puede suspenderse cautelarmente la ejecución de un acto cuando dicha ejecución se encuentra todavía pendiente. Había, pues, una imposibilidad lógica de acceder a lo pedido. La jurisprudencia contencioso-administrativa y constitucional es rigurosamente inequívoca en este sentido.

El Tribunal Supremo no quiso utilizar esta salida y en su Auto de 26 de Julio de 2.000 optó por afrontar el reto de la comparación de los intereses en conflicto, a la que se remite el artículo 130 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa al regular la administración de las medidas cautelares. Así el Auto parte del derecho de representación para participar en los asuntos públicos que consagra el artículo 23 de la Constitución, derecho -dice- que “se sitúa aquí en su más alto nivel constitucional en cuanto se relaciona con la regular constitución de la principal cámara legislativa de las Cortes Generales”, lo que -añade- hace que ésta sea *la perspectiva principal* a la hora de resolver la pretensión de suspensión. Pero, dicho esto, el Auto observa que “a la incertidumbre consustancial a la idea misma del proceso, se le añade en este caso que hasta que estimemos la demanda no podemos asegurar plenamente que mientras se tramita el recurso el escaño que ahora ocupa un candidato del PP esté correctamente adjudicado, lo cual nos acontecería también en el supuesto de que accediésemos a la suspensión en los términos interesados, por lo que ante esta perplejidad consideramos que de momento satisface mejor el interés público el mantenimiento de la situación que viene avalada por la Administración Electoral”, tanto más cuanto que la transcendencia del litigio “no hace aconsejable acudir aquí a una posible apariencia de buen derecho basada en unos datos de hecho cuya eficacia y últimas consecuencias sobre la asignación del escaño dependen de múltiples elementos, tanto fácticos como jurídicos, que será preciso desbrozar en el proceso”. La suspensión fue, pues, denegada por estas razones, rigurosamente irreprochables, por lo demás, supuesto que el juicio sobre la medida cautelar se produce en el momento inicial del proceso cuando todavía no ha comenzado siquiera el debate contradictorio entre las partes.

Concluido éste y acordado no haber lugar al recibimiento a prueba por no existir contradicción entre las partes sobre los hechos, la Sala dictó Sentencia declarando inadmisibles el recurso promovido contra el acuerdo de la Junta Provincial de Asturias de proclamación de Diputados electos de 20 de Marzo de 2.000, hecho público por acuerdo de la Junta Electoral Central del siguiente día 29, y desestimándolo en cuanto a las demás resoluciones recurridas.

La argumentación de la Sentencia que sostiene el fallo arranca de dos puntualizaciones fundamentales, que realiza en el cuarto de sus fundamentos de derecho y que a continuación transcribo:

1) No se trata aquí de dilucidar la significación de los derechos de sufragio activo y pasivo reconocidos en el art. 23 CE, ni la importantísima función que a tales derechos les corresponde en una democracia en cuanto instrumentos de realización del principio de soberanía popular.

Lo anterior es algo que por obvio ni siquiera puede cuestionarse.

Y tampoco soporta ninguna clase de polémica la afirmación de que la búsqueda de la real voluntad popular, manifestada en las urnas, ha de constituir el principal criterio de interpretación y aplicación jurídica que habrá de seguirse cuando se sustancie, en vía administrativa o en fase jurisdiccional, una controversia sobre el resultado de un proceso electoral.

2) El principal problema litigioso de este proceso es otro. Lo que hay que decidir es cuando y cómo se debe iniciar, en términos procesales, el litigio jurisdiccional en el que se quiera hacer valer una impugnación sobre el resultado electoral.

Es decir, hay que resolver cuales son el plazo y cauce procesal que han de ser observados para iniciar un proceso jurisdiccional sobre una controversia electoral como la que se ha señalado, y en el que podrá ser invocado ese fundamental criterio interpretativo que antes se ha subrayado.

Concretado así el problema a resolver, el fundamento de Derecho quinto precisa que la Ley Orgánica Electoral “establece un específico cauce procesal para impugnar la actuación de las Juntas Electorales, que está constituido por el recurso contencioso-electoral cuando se trata de impugnar los acuerdos sobre proclamación de electos, impugnación que debe hacerse en el plazo de tres días. Y añade “es en ese específico procedimiento donde se han de ejercitar todas las pretensiones de nulidad o modificación del resultado electoral que haya quedado formalizado en el acta de proclamación de electos”.

Subraya luego, con la cita de los preceptos legales correspondientes y en particular del artículo 114.1 de la Ley Orgánica, según el cual, como ya vimos, la Sentencia ha de notificarse a las partes “no más tarde del día trigésimo séptimo posterior a las elecciones”, que es evidente “la voluntad del legislador de que la posible controversia electoral se zanje de manera definitiva en un inmediato y breve período de tiempo”.

De todo ello concluye que la Ley Orgánica Electoral

Mediante ese recurso contencioso-electoral de que se viene hablando, contiene una regulación directa y específica de la impugnación jurisdiccional de los resultados electorales, lo cual, en virtud del principio de especialidad que rige en las relaciones internormativas (*Lex specialis derogat generali*), prevalece sobre cualquier otra y la desplaza. Que la supletoriedad que dispone para la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 116.2) no opera en las cuestiones que ella directamente regula, como son las representadas por el concreto acto electoral frente al que ha de formalizarse la impugnación jurisdiccional, y por el plazo en que ésta ha de interponerse. Y que los preceptos de esa específica regulación procesal constituyen, en aplicación de lo ordenado por el 117.3 de la Constitución, las normas de procedimiento a las que necesariamente ha de ajustarse el ejercicio de la potestad jurisdiccional en las controversias sobre materia electoral.

Y también ha de considerarse eliminada la posibilidad de que, por la vía de la supletoriedad que el art. 120 de la LOREG dispone para la Ley de Procedimiento Administrativo, el resultado electoral sea corregido o revisado “en cualquier momento” mediante la aplicación de lo establecido en el art. 105.2 del segundo de esos textos legales, toda vez que no hay laguna alguna que sea necesario colmar por la vía de la supletoriedad.

La LOREG, como ya se ha dicho, establece un plazo terminante para plantear cualquier clase de impugnación que se quiera hacer valer contra el resultado electoral.

No se limita, sin embargo, la Sentencia a lo que resulta de la interpretación literal de la Ley Orgánica Electoral hasta aquí hecho, sino que a esas razones añade en su fundamento de derecho sexto otras “de más profundo calado que también aconsejan la misma conclusión” y que

Están constituidas por la necesidad de cohonestar la enorme trascendencia constitucional de las elecciones de los miembros de las Cortes Generales con el principio de seguridad jurídica, también proclamado por el texto constitucional (art. 9.3).

La constitución de las Cortes Generales es el punto de arranque de actos de suma importancia constitucional, como son el nombramiento del Presidente del Gobierno y el de formación de un nuevo Gobierno; y también marca el inicio de los períodos parlamentarios que jalonan la actividad legislativa.

Y es claro que permitir una posibilidad de impugnación de los resultados electorales, sin un preciso límite temporal, significa admitir la posibilidad de mantener, de manera muy prolongada o indefinida, una situación de incertidumbre sobre la definitiva composición de las Cortes Generales. Lo cual no es compatible con la importancia constitucional que corresponde a ese órgano parlamentario, ni tampoco con el principio constitucional de seguridad jurídica.

El mandato de la LOREG sobre el plazo de interposición del recurso contencioso-electoral es la plasmación, por el legislador ordinario, de esas anteriores exigencias constitucionales.

Resuelta la cuestión por esa doble vía argumental la Sentencia dedica sus fundamentos de derecho séptimo y octavo a contestar las objeciones que a esa argumentación habían opuesto los recurrentes. La primera de ellas se refería a la supuesta imposibilidad de advertir “la posible discordancia entre, de una parte, el resumen de votación de una o varias mesas sobre el que haya dado cuenta oralmente el Secretario de la Junta Electoral y, de otra, la anotación que se realice para dejar constancia documental de esos resúmenes” durante la sesión de escrutinio y en el acta de proclamación, excusa a la que la Sentencia responde que, si bien esto es cierto,

no lo es menos que el período de los tres días subsiguientes al acta de proclamación son más que suficientes para comprobar si el total resultado electoral que en ella se refleja es o no coincidente con la suma de los resúmenes de votación correspondientes a cada una de las Mesas que hayan sido computadas.

y que

El protagonismo que la LOREG permite en los actos y operaciones electorales a los apoderados e interventores de las candidaturas, y el derecho a recibir certificaciones que igualmente prevé (especialmente en los arts. 76 a 79, y 108.7), representan medios puestos a disposición de las candidaturas en términos bastantes para que puedan realizar esa comprobación.

Y entre tales medios ha de ser también destacado el representado por el derecho, reconocido a los representantes de las listas y miembros de las candidaturas, así como a sus apoderados e interventores, a que les sean entregadas y expedidas copias de las actas que, tras el escrutinio, han de ser extendidas por las Mesas Electorales (arts. 98.1 y 99.2).

La segunda objeción hacía alusión a la naturaleza de fundamental del derecho consagrado en el artículo 23 de la Constitución y a ella responde también con seguridad el fundamento de derecho octavo de la Sentencia, precisando con acierto que:

Este precepto habla del derecho a acceder a las funciones y cargos públicos “con los requisitos que señalen las leyes”. Y esta literal dicción lo que hace es atribuir a dicho derecho una configuración legal, lo cual supone que la acción para la reclamación de la efectividad de dicho derecho habrá de ser ejercitada en los términos legalmente establecidos para ello.

El Tribunal Supremo ha dejado así definitivamente en claro que el recurso contencioso-electoral es el único cauce procesal, excluyente de cualquier otro, para plantear y resolver todas las cuestiones que puedan suscitarse sobre la validez de los resultados electorales y que en él y sólo en él se encuentra el punto de equilibrio entre las exigencias del derecho fundamental a la igualdad de acceso a las funciones públicas y la necesidad de no prolongar la situación de interinidad institucional que deriva de la convocatoria de las elecciones, valores constitucionales ambos que deben preservarse en la misma medida.

IV. CONFIRMACIÓN DE ESTA TESIS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Sentencia del Tribunal Supremo que acaba de analizarse fue recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional por los mismos actores del recurso contencioso-electoral por entender que estaba incurso en “vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, así como los derechos fundamentales que amparan, por un lado, a los votantes de la circunscripción de Asturias en las elecciones generales al Congreso de los Diputados celebradas el día 12 de Marzo de 2.000, relativos al respeto a su voluntad política, libremente expresada por medio del voto directo y secreto, y por otro, a mis representados D. Alvaro Francisco Narciso Cuesta Martínez, cuarto candidato de la lista presentada por el Partido Socialista Obrero Español-progresistas a los citados comicios, todos ellos recogidos en el artículo 23.1 y 2 de la Constitución Española.

El recurso de amparo en cuestión fue denegado por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de Abril de 2.002, Sentencia de la que me limito a reseñar lo siguiente:

- Constata, a la vista de la prueba aportada al proceso, que, en efecto, se produjo una “discordancia entre lo realmente acaecido, esto es, la voluntad del electorado expresada en los sufragios emitidos y lo reflejado en el soporte informático que sirvió para calcular la distribución de los puestos representativos en juego.

- Reconoce, a partir de esta constatación, que ello plantea “un claro dilema entre verdad material y seguridad jurídica, dilema -dice- en el que los elementos que lo componen han de considerarse en el mismo plano, el del normal funcionamiento del Estado democrático y en el que lógica y necesariamente la segunda ha de ser premisa de la primera”, ya que “de poco serviría la total seguridad de una exacta correlación entre la voluntad del electorado y el resultado proclamado si la misma no tiene lugar en el momento en el que ha de constituirse la institución representativa de la que depende el nombramiento del Presidente del Gobierno y la formación de éste.

- Advierte a continuación que por las razones dichas la relación entre verdad material y seguridad jurídica no puede cuestionarse *en cualquier momento* por el cauce de la rectificación de errores materiales que prevé la Ley reguladora del Procedimiento Administrativo.

Subraya, finalmente, que el régimen electoral “resulta ser un régimen específico y singular, no equiparable normalmente al régimen administrativo común” y que “el legislador electoral al regular los plazos de reclamación e impugnación de los resultados electorales ha optado por una determinada concepción de la específica seguridad jurídica en materia electoral”, ante la que debe ceder el descubrimiento de una realidad material distinta una vez transcurridos los referidos plazos, “pues de las distorsiones que puede llegar a generar la anulación de las situaciones ya creadas puedan derivarse perjuicios mucho más notables de los que supondría la indudable comprobación de aquella desconexión.

La argumentación del Tribunal Constitucional se cierra con una apelación a la “diligencia especialmente exigente” que el carácter perentorio de los plazos establecidos por la legislación electoral reclama *inexorablemente* de los protagonistas del proceso electoral, diligencia de la que no pueden resultar exonerados por el hecho de que la Administración Electoral haya actuado “con falta de esmero en la comprobación de los datos”, razón por la cual concluye que sus derechos sustantivos garantizados por el artículo 23 de la Constitución (acceso al cargo representativo del recurrente) no pueden considerarse conculcados.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo que acabo de exponer trae a la memoria inevitablemente las polémicas elecciones presidenciales celebradas en Noviembre pasado en los Estados Unidos de América y toda la interminable secuela de procesos y resoluciones judiciales de los Tribunales, estatales y federales, incluidos los Tribunales Supremos del Estado de Florida y de la Federación, que amenazaron con demorar *sine die* la instalación de un nuevo Presidente con todo lo que eso hubiera supuesto de crisis constitucional en el plano interno y de crisis económica y financiera en el mundo entero.

Como todos recordarán, el problema se produjo en relación al posible cómputo como válidas de un buen número de papeletas no totalmente perforadas por los votantes, lo que dio lugar a la petición del candidato demócrata de un nuevo recuento con el que esperaba superar la exigua diferencia de votos inicialmente registrada en el Estado de Florida en favor del candidato republicano.

Ese nuevo recuento exigía un tiempo adicional, que con el Código Electoral de Florida no era muy claro que pudiera otorgarse, ya que dos secciones consecutivas del mismo daban pie a soluciones contradictorias. El conflicto suscitado por dichas normas, entre el *shall ignore* y el *may ignore* que una y otra aplicaban a las remisiones de resultados posteriores a una determinada fecha, fue resuelto inicialmente por la Sentencia del Tribunal Supremo de Florida de 21 de Noviembre de 2.000, que, en uso de sus *equitable powers*, fijó las 5 p.m. del domingo 26 de Noviembre como fecha tope para el envío de las certificaciones correspondientes, plazo que por su brevedad hacía realmente imposible el nuevo recuento.

Una solución de este tipo, adoptada de forma un tanto vergonzante, fue, tras nuevas idas y venidas del Tribunal Supremo del Estado al Tribunal Supremo Federal, la que finalmente terminó imponiéndose a la vista de que la fecha de elección del nuevo Presidente por los compromisarios de los Estados se echaba encima y no había forma de aclarar antes de ella cuál de los dos candidatos había obtenido más votos populares.

Los obtuvo, al parecer, como ya entonces se suponía y luego comprobaron los recuentos privados realizados *a posteriori*, el candidato demócrata, pero esta increíble peripecia demostró al mundo entero que la siguió a través de los medios de comunicación y de la red que para ganar una elección no es suficiente tener más votos, sino que hay que tenerlos en el preciso momento en que la contienda electoral debe darse por terminada, ya que la pendencia indefinida de la misma puede colocar a un país al borde del abismo o, incluso, arrojarle a él.

Así hay que aceptarlo deportivamente porque lo mejor es enemigo de lo bueno. No es sorprendente por ello que el Tribunal Supremo de Florida en la Sentencia de 8 de Diciembre de 2.000 concluyera su argumentación con la cita de un legendario entrenador de fútbol americano, Vince Lombardi: *We didn't lose the game, we just ran out off time.*

§ 102. LAS RELACIONES ENTRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Fernando Garrido Falla
Magistrado del Tribunal Constitucional, España

I. LA REFORMA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA

1. Los orígenes del contencioso-administrativo español¹

A. La situación durante el Antiguo Régimen

La trayectoria del Estado del Antiguo Régimen se caracteriza cabalmente por una progresiva concentración de poderes en manos del Monarca frente a los señoríos jurisdicciones y a la jurisdicción eclesiástica, pudiendo resumirse las notas características del Estado preconstitucional en las siguientes:

1) existen jurisdicciones especiales, frente a las que se levanta el principio de “unidad de fuero”, 2) a fines del XVIII en el interior de los grandes organismos administrativos (Consejo Real, Consejo de Castilla...) se produce la *separación funcional* entre los asuntos gubernativos y los contenciosos (administrativos); 3) no existe el recelo del caso francés frente a los Tribunales.

B. Los comienzos del Estado constitucional

Nuestro primer texto constitucional, la Constitución de Cádiz de 1812 consagra, a los efectos que aquí interesan, dos principios fundamentales: división de poderes y unidad de fuero jurisdiccional (aunque con exclusión de militares y eclesiásticos). No hay nada, sin embargo, en esta Constitución que se parezca a un sistema de Justicia administrativa. Habrá que esperar a 1845 para asistir al nacimiento de la Jurisdicción contencioso-administrativa en España, con unos perfiles rigurosamente condicionados, claro está, por las circunstancias políticas y doctrinarias del momento.

En todo caso puede decirse que durante el XIX son dos las tendencias que cabe apreciar en cuanto a la forma de entender la justicia administrativa:

a) Los liberales son partidarios del modelo judicialista (inglés), que consiguen fugazmente imponer durante el llamado *bienio progresista* (1854-56) y tras la Revolución liberal de 1868, hasta la Restauración (1876).

1. V., GARRIDO FALLA, F., (en colaboración con LOSADA GONZÁLEZ, H. y PALOMAR OLMEDA, A.), vol. III (*La Justicia Administrativa*) del *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid 2001, pp. 95 y ss.

b) Los conservadores, son partidarios del sistema francés (modelo de justicia retenida), que imponen en 1845 y que (con los paréntesis antes señalados) va a durar hasta la solución armónica o conciliadora de la Ley de Santamaría de Paredes de 1888.

C. La instauración de la Justicia administrativa. Jurisdicción retenida y jurisdicción delegada

En efecto, la instauración de la jurisdicción contencioso-administrativa tiene lugar mediante las Leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845, que siguiendo el ejemplo francés crean: 1) Consejos provinciales con jurisdicción delegada y 2) el Consejo Real con jurisdicción retenida; a partir de 1856 se llamará Consejo de Estado. Son notas a destacar:

a) Inicialmente se establece la regla de competencia general: “todo lo contencioso de las diferentes ramas de la Administración” (art. 9 de la Ley 1845); es el sistema de *cláusula general*.

b) Posteriormente, utilizando la distinción *gubernativo* frente a *contencioso*, las diferentes leyes especiales començar a atribuir a la Administración la resolución de las cuestiones contenciosas de su competencia (teoría del Ministro-Juez), con lo que las cuestiones van al Consejo Real en apelación o segunda instancia.

La consecuencia de todo ello son las notas del carácter revisor y de proceso al acto del contencioso del recurso contencioso-administrativo. Asimismo se volatiliza la cláusula general: en los Manuales de la época aparecen las listas de los actos susceptibles de recurso.

El cambio radical del sistema (auténtico precedente del sistema actual) tiene lugar, como ya quedó indicado, con la Ley Santamaría de Paredes de 13 de septiembre 1888, que logró *armonizar* las enfrentadas corrientes entre 1) jurisdicción retenida, 2) jurisdicción delegada y 3) judicialistas. De ahí que se dijera que esta Ley introduce en España el “sistema armónico y mixto”, vigente hasta 1956, no obstante la reforma introducida por la Ley Maura de 5 de abril de 1904, que arrancó definitivamente la jurisdicción del Consejo de Estado para confiarla a una Sala especial del Tribunal Supremo, compuesta de Magistrados sometidos al estatuto de la carrera judicial, pero de procedencia mixta (judicial y administrativa).

En resumen, a imitación del ejemplo francés, las Leyes de 2 de mayo y 6 de julio de 1845 instalaron en nuestro ordenamiento positivo un todavía tímido sistema de fiscalización de la legalidad de la actuación administrativa sobre la base del siguiente esquema: comprobar si el acto administrativo dictado por la Administración se ajustaba o no al Derecho vigente. Esta idea permanece en la Ley de Santamaría de Paredes (1888-94) que, aún reconociendo el mérito que supone la parcial judicialización del sistema, exigía como requisitos para la interposición del recurso:

a) Que la Administración se hubiese pronunciado previamente, es decir, que hubiese un acto administrativo previo, o, dicho de otra forma, que la cuestión hubiese sido previamente planteada en vía administrativa (*privilège de préalable*, en la doctrina del Consejo de Estado francés). Esta exigencia está en la base del tan repetido carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, que hoy debe ser establecido en sus justos términos, como ya se verá.

b) Que se hubiese vulnerado un derecho subjetivo del recurrente de carácter administrativo. Exigencia que comportaba una doble consecuencia, a saber: en primer lugar, se venía a establecer un requisito de legitimación para recurrir, excluyendo no sólo la acción popular, sino a quienes solo invocasen un interés más o menos directo en el asunto. En segundo lugar, el derecho vulnerado había de ser de carácter administrativo. Se establecía así la configuración de la materia administrativa, como delimitación frente a la civil o penal, propia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

c) En fin, se excluían las materia propias de la potestad discrecional de la Administración (como los actos políticos o de gobierno); requisito que se convertía en un presupuesto de admisibilidad del recurso.

2. La ley jurisdiccional de 1956: el proceso *inter partes*

La Ley de 27 de diciembre de 1956 cambia radicalmente el esquema precedente, introduciendo en nuestro Derecho el proceso *inter partes* como característica normal del proceso contencioso-administrativo. Pero en relación con esto, resulta necesario realizar algunas precisiones² que ya la propia Ley nos explicaba en su Exposición de Motivos. Así:

a) La Jurisdicción Contencioso-administrativa se sigue calificando de revisora en cuanto que requiere la existencia previa de un acto (expreso o por silencio administrativo) de la Administración; pero claro está, “esto no significa que se haya querido concebir la jurisdicción... como una segunda instancia; ante ella por el contrario se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la actora por razón de un acto administrativo... es, por tanto, revisora en cuanto requiere la existencia previa de un acto de la Administración, pero sin que ello signifique -dicho sea a título enunciativo- que sea impertinente la prueba, a pesar de que no exista conformidad en los hechos de la demanda, ni que sea inadmisibile aducir en vía contenciosa todo fundamento que no haya sido previamente expuesto ante la Administración”.

b) En relación con las pretensiones de las partes, la Ley permitía -como la ahora vigente- tanto la petición de anulación del acto administrativo, como el restablecimiento de una situación jurídica individualiza o la condena al pago de una indemnización; pero sin necesidad de que ello conduzca -y fue un gran acierto el hacerlo así- al establecimiento de dos recursos procedimentalmente diferenciados, como hizo la Ley Municipal de 1935. El recurso contencioso-administrativo era al mismo tiempo de anulación y de plena jurisdicción; es decir, amparaba cualquiera de las ya enunciadas pretensiones formuladas por las partes. La diferencia estaba en el *petitum* (y, congruentemente, en el fallo de la Sentencia), pero no en el procedimiento seguido.

c) En fin, la Ley de 1956 estaba inspirada en el principio de cláusula general: cualquier acto de la Administración Pública sujeto al Derecho administrativo, así como las disposiciones normativas con categoría inferior a la ley (es decir, los reglamentos) podían ser objeto de impugnación mediante el correspondiente recurso. Las exclusiones que se contenían en la redacción inicial o fueron abolidas por la propia legislación preconstitucional o quedaron *ipso iure* derogadas por la Constitución de 1978.

2. V., GARRIDO FALLA, F., “Algunas novedades de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* n° 29, 1999, pp. 99 y ss.

No es, pues, un azar que la Ley de 1956 haya sobrevivido a los importantes cambios constitucionales acaecidos en España desde que fue promulgada. Constituyó un paso definitivo para la construcción del Estado de Derecho, hasta el punto de que González Pérez nos recordaba el juicio que, desde su exilio de Méjico, en cuya Universidad ostentaba la titularidad de una cátedra de Derecho Procesal, emitía Niceto Alcalá-Zamora en los siguientes términos: “Sería erróneo en absoluto tildar de totalitario al texto, a causa de las circunstancias en que se ha promulgado, y entrañaría grave error que el día de mañana fuese víctima de uno de esos *ciegos bandazos derogatorios* a que tanto propende el temperamento político español, salvo las disposiciones de neto signo discriminatorio señaladas”.

¿Debe deducirse de lo anterior que la reforma de la Ley de 1956 no ha sido necesaria? Por supuesto, ésta sería una conclusión equivocada. Por lo pronto, de entonces acá se ha producido un hecho jurídico-político fundamental que afecta a la totalidad de nuestro ordenamiento jurídico: la promulgación de la Constitución Española de 1978. La vinculación al Derecho de todos los poderes del Estado es ahora una exigencia global; las restricciones que en este sentido incluía la Ley de 1956 tienen necesariamente que desaparecer... aunque, si bien se mira, el Tribunal Constitucional ya se ha encargado, con su jurisprudencia, de indicarnos cuáles son los preceptos que deben considerarse derogados.

En segundo lugar, resulta necesario incorporar al texto de la Ley las modificaciones introducidas en leyes post-constitucionales. Así, la configuración del Estado de las Autonomías hizo necesaria la promulgación de la Ley 34/1981 para ampliar el concepto de Administración Pública a las Administraciones de las Comunidades Autónomas y a las Entidades sometidas a su tutela. Por su parte, las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional, del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal de Cuentas, así como el Estatuto de Personal de las Cortes Generales, han ampliado notablemente las facultades de fiscalización de la Jurisdicción Contencioso-administrativa al incluir determinadas resoluciones y disposiciones de dichos órganos constitucionales entre la materia fiscalizada (artículo 58,2º LOPJ).

En fin, la propia estructura de la jurisdicción contencioso-administrativa, de acuerdo con la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, sufre importantísimas transformaciones con la distribución de competencias que ahora arranca de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo para terminar en la única Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, con la innovación que supone el recurso de casación en ésta materia.

La necesidad de la reforma estaba, pues, prejuzgada.

3. La nueva ley jurisdiccional de 1998

La Ley 29/1998, de 13 de julio (BOE 14 de julio), reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa ha venido a sustituir, cuarenta y dos años después de su promulgación, a la tan elogiada Ley de 1956. Curiosamente, los reformistas han tenido que superar las reservas de los muchos defensores de la Ley anterior. No deben extrañar, por eso, las reiteradas afirmaciones de *continuidad* que se contienen en la Exposición de Motivos de la nueva ley.

Pero, claro está, las novedades tenían que subrayarse para justificar la reforma. Me referiré seguidamente a las principales (que a veces no son tales).

a) Para empezar, se incorporan a la Organización judicial los Juzgados unipersonales (ya establecidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero hasta entonces en el papel). Cuestión polémica que no cuenta con el favor de importantes sectores doctrinales.

b) La Ley opta por suprimir la exclusión de fiscalización de los *actos políticos del Gobierno*, que se contenía en el proyecto que se tramitaba ante la anterior legislatura frente a la escandalizada protesta de la doctrina mayoritaria. Ahora se habla de los elementos *reglados* de los actos del Gobierno, así como de las indemnizaciones a que pueden dar lugar (art. 2,a). Lo cual da por supuesta su existencia, aunque admitiendo la fiscalización de sus elementos reglados. (A lo que hay que añadir, a mi juicio, la existencia de actos infiscalizables por concernir al funcionamiento y relaciones entre los Órganos constitucionales, como sería el caso de un Decreto de disolución de las Cortes).

c) Los redactores de la Ley se jactan de haber introducido las siguientes importantes modificaciones (según ellos, antes inexistentes): el recurso contra la inactividad de la Administración y contra las actuaciones materiales. A mi juicio no resulta ocioso que se hable expresamente en la Ley de éstas posibilidades, pero debe quedar claro que esto también era posible con la Ley anterior. En efecto:

a') Por lo que se refiere a la inactividad de la Administración, bastaba con formular una petición expresa de actuación y, por silencio administrativo, teníamos una resolución formal contra la que recurrir, que es exactamente lo que ahora -como pretendida novedad- establece el art. 29 de la Ley de 1998.

b') Y en cuanto a la actividad material, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo ya se habían pronunciado en sentido positivo. Más aún: tratándose de una *vía de hecho* era posible utilizar la acción interdictal ante la jurisdicción ordinaria; remedio que hoy parece discutible a la vista del artículo 30 de la Ley de 1998, que parece optar por una especie de *interdicto administrativo* (cuya lentitud puede pronosticarse sin grave riesgo de equivocación).

Dicho esto, el carácter continuista de la Ley 29/1998 se subraya expresamente en la propia Exposición de Motivos, en la que literalmente se lee: "Continuista porque mantiene la naturaleza estrictamente judicial que la jurisdicción Contencioso-administrativa ya tenía en la legislación anterior y que la Constitución ha venido ha consolidar definitivamente; porque mantiene asimismo el carácter de juicio entre partes que el recurso contencioso-administrativo tiene y su doble finalidad de garantía individual y control del sometimiento de la Administración al Derecho y porque se ha querido conservar, conscientemente, todo aquello que en la práctica ha funcionado bien, de conformidad con los imperativos constitucionales".

II. SOBRE LAS COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Con la creación del Tribunal Constitucional (arts. 159 a 165 de la Constitución) se completa la juridización del Estado.

Comencemos por recordar que son dos las atribuciones fundamentales que la Constitución y su Ley Orgánica (LOTC) asignan al Tribunal Constitucional: el control de la constitucionalidad de la Ley y la defensa de los derechos fundamentales y libertades de los ciudadanos mediante el recurso de amparo.

A su vez, el control de constitucionalidad de las normas jurídicas se realiza a través de tres vías diferentes, a saber: 1) por vía de recurso de inconstitucionalidad; 2) por vía de conflicto de competencias y 3) por vía de cuestión de inconstitucionalidad³. Digamos algo en relación con estos diversos caminos jurídicos.

1. El recurso de inconstitucionalidad

La anulación, por vía de recurso de inconstitucionalidad, de las Leyes formales contrarias a la Constitución constituye la competencia indiscutible y el rasgo definitorio del Tribunal Constitucional, tanto en la Constitución española (CE) como en sus orígenes conceptuales. Así lo concibió Hans Kelsen, padre intelectual del concepto de la jurisdicción constitucional *concentrada* (el control constitucional de las Leyes en los Estados Unidos es *difuso*, por lo que la Corte Suprema no tiene el monopolio de los pronunciamientos de inconstitucionalidad). Surge, pues, el Tribunal Constitucional como una especie de legislador negativo y con tal carácter se introdujo en la Constitución Austriaca de 1921.

Dicho esto, tanto la función preventiva del Consejo Constitucional francés que, como es sabido, emite su dictamen con carácter previo a la promulgación de la Ley (control previo que también se contemplaba en la redacción original de la LOTC y que fue suprimido por la reforma de 1985), como la función revisora de los Tribunales Constitucionales de Alemania y España, presentan un perfil tan rigurosamente específico que las hacen irrevocables por el Tribunal Supremo. Los efectos de la sentencia estimatoria son contundentes: la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma inconstitucional (artículo 39 de la LOTC), por lo que los Tribunales ordinarios (incluido el Tribunal Supremo) habrán de ajustarse a tal decisión, incluso corrigiendo para el futuro su anterior jurisprudencia (artículo 40.2 LOTC).

En relación con esta vía, la coexistencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo puede y debe ser pacífica y no conflictiva.

2. Los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de éstas entre sí

En este supuesto -ya que el conflicto puede plantearse con motivo de *disposiciones, resoluciones y actos* sin rango formal de Ley (artículo 161.2 CE y artículo 61.1 LOTC)- puede obviamente darse una duplicación de impugnaciones: en vía constitucional y en vía contencioso-administrativa (en relación, en este caso, con las disposiciones, resoluciones y actos sin rango formal de ley, anteriormente mentados). Pues bien, si tal se diese, el Tribunal ordinario (por definición el contencioso-administrativo) “suspenderá la tramitación del proceso hasta la decisión del conflicto constitucional” (artículo 61.2 LOTC)⁴. La decisión del Tribunal Constitucional vinculará a todos los poderes públicos y tendrá plenos efectos frente a todos (artículo 61.3).

3. V., mis comentarios al Título IX de la Constitución Española, en GARRIDO FALLA, F., et al., *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., Madrid 2001, pp. 2651 y ss.

4. V. GARRIDO FALLA, F., (en colaboración con LOSADA GONZÁLEZ, H. y PALOMAR OLMEDA, A.), vol. III del *Tratado de Derecho Administrativo*, ob. cit., pp. 291 a 293. GÓMEZ MONTORO, A.J., “Jurisdicción constitucional y jurisdicción contencioso-administrativa en la resolución de conflictos positivos de competencia”, *REDA* nº 30,

En teoría, cabría plantear una repartición de competencias en esta materia: al Tribunal Constitucional cuando el conflicto surja de una norma con rango de Ley formal y a la jurisdicción contencioso-administrativa cuando la norma carezca de dicho rango. Sin embargo, este replanteamiento resulta inviable dada la redacción del artículo 161.2 CE.

En relación con ésta vía importa formular las siguientes observaciones:

a) Las Comunidades Autónomas pueden recurrir disposiciones, resoluciones y actos emanados del Consejo de Ministros, como expresamente se deduce de los arts. 61.1 y 63.1 de la LOTC, bien directamente ante el Tribunal Constitucional, bien ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (arts. 12.1.a) y 19.1.d de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). En el supuesto de que se hubiese planteado el conflicto simultáneamente ante el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, “este suspenderá el curso del proceso hasta la decisión del conflicto constitucional” (art. 61.2 LOTC).

b) Entiendo que no se trata aquí de una simple suspensión; lo que ocurre es que el proceso contencioso-administrativo se extingue por pérdida del objeto litigioso.

No existe fundamento para que en esta materia el Tribunal Supremo pueda plantear reivindicaciones competenciales.

3. Por vía de cuestión de inconstitucionalidad

Como es sabido el artículo 163 CE establece que “cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la Ley, que en ningún caso serán suspensivos”. La LOTC desarrolla este precepto en sus artículos 35 a 37.

Son, pues, notas características de esta vía de comprobación constitucional las siguientes: 1) la previa existencia de un procedimiento judicial cuya solución dependa de la aplicación de una norma que el Juez o Tribunal considere contraria a la Constitución; 2) que dicha norma tenga rango de ley; 3) que la dicha Ley sea posterior a la Constitución; 4) el planteamiento de la cuestión paraliza la decisión del procedimiento judicial del que trae causa.

Ningún conflicto con la jurisdicción ordinaria puede plantearse en el ejercicio de esta competencia.

1990, pp. 93 y ss. ARCE JANÁRIZ, A., “Jurisdicción constitucional y jurisdicción contencioso-administrativa en la jurisprudencia de conflictos de competencia”, *REDA* n° 70, 1991, pp. 225 y ss. y “A vueltas con la asignación jurisdiccional de los conflictos positivos de competencia”, *REDA* n° 79, 1993, pp. 523 y ss. GÓMEZ MONTORO, A.J. y CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., “De nuevo sobre quien debe resolver sobre los conflictos positivos de competencias”, *REDA* n° 99, 1998, pp. 369 y ss.

III. EL CONFLICTO ENTRE JURISDICCIONES CON MOTIVO DEL RECURSO DE AMPARO

Empero, los auténticos conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional se plantean obviamente con motivo del recurso de amparo⁵. Como es sabido, es la propia Constitución, en su artículo 161, la que atribuye expresamente al Tribunal Constitucional, competencia para conocer "...b) del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de esta Constitución, en los casos y formas que la Ley establezca".

Ahora bien, la remisión que se hace al artículo 53.2 descarta la idea de que esta competencia del Tribunal Constitucional se ejercite "en régimen de monopolio". Pues este precepto se expresa así:

Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela y libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo II (*de la Constitución*) ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

Una lectura restrictiva del precepto transcrito permitiría entender que los Tribunales ordinarios son el *Juez común* para la protección de las libertades y derechos fundamentales y que solo *en su caso* (es decir, "en los casos y formas que la Ley establezca", como se dice en el artículo 161.1.b) CE cabe acudir al Tribunal Constitucional, lo que haría del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional una vía excepcional.

Pero ocurre que esa prevista Ley resulta ser cabalmente la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1979 (LOTC) en cuyo Título III se regula el recurso de amparo constitucional que, como es sabido, procede contra: 1) las decisiones o actos sin valor de ley emanados de las Cortes o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas (artículo 42); 2) las violaciones de los derechos y libertades fundamentales por parte del Gobierno o de sus Autoridades o funcionarios o de los Organos ejecutivos de las Comunidades Autónomas "una vez que se haya agotado la vía judicial precedente" (artículo 43.1); y 3) las violaciones de los derechos y libertades que tuvieran su origen inmediato y directo *en un acto u omisión judicial* siempre que en esta vía se hayan agotado todos los recursos utilizables y que la violación sea "imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial" (artículo 44.1).

Es decir, el recurso de amparo no tiene nada de excepcional, al convertirse, antes bien, en la vía ordinaria para resolver en última instancia las violaciones de los derechos y libertades fundamentales que tengan su origen en actos o decisiones de cualesquiera de los poderes del Estado y de las Comunidades Autónomas.

Eso sí, lo que reiteradamente viene proclamando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es el carácter *subsidiario* del recurso de amparo; pero no en el sentido de que solo a falta de Juez o Tribunal competente para conocer del recurso del particular lesionado (que podría ser un entendimiento correcto de la expresión) se pone en funcionamiento el proceso constitucional, sino como exigencia de que "se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial" (arts 43.1 y 44.1.a de la LOTC).

Subsidiario, pues, significa posibilidad del particular de acudir al recurso de amparo cuando no ha obtenido ante los Tribunales ordinarios, con carácter previo, satisfacción a sus pretensiones en materia de violación de derechos fundamentales. Se trata, en defini-

5. GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución, ob. cit.*, pp. 983 a 985 y 2668 a 2670.

tiva, de un alargamiento de la vía de amparo que -apartándose de la posible interpretación del art. 53.2 CE que antes sugeríamos- la LOTC viene a estructurar en dos fases: fase previa ante los Tribunales ordinarios y fase de auténtico amparo ante el Tribunal Constitucional⁶.

El problema que plantea la solución que consagra nuestra LOTC es doble: a) en primer lugar, provoca una inevitable tensión entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional (en realidad, entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional); b) en segundo lugar, cualquier intento de establecer *filtros* en la vía previa para descargar el volumen de asuntos que llegan al Tribunal Constitucional genera el efecto perverso de producir un nuevo alargamiento de la vía previa. Permítaseme una reflexión sobre estas dos cuestiones.

A) Empezando por la segunda, ¿qué ha ocurrido con las sucesivas redacciones dadas al art. 240.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por la Ley orgánica 5/1997 y la Ley orgánica 13/1999? Pienso que lo que se pretendió por el legislador fue habilitar, mediante el incidente de nulidad, al propio Tribunal sentenciador para revocar su sentencia cuando hubiese incurrido en incongruencia o causado indefensión, dos de los más frecuentes supuestos de vulneración del art. 24 CE (que es, justamente, el precepto mayor número de veces invocado en los recursos de amparo). Sin embargo, he aquí el resultado práctico: por una parte, y con una frecuencia preocupante, el Juzgado o Tribunal no quiere saber nada de la irregularidad que se le imputa, lo que abre la vía del recurso de amparo (o sea, la reforma no descarga de trabajo al Tribunal Constitucional); por otra, coloca al litigante -a su propio abogado- ante la, a veces, fundada duda de si debe plantear el incidente de nulidad o acudir directamente a la vía de amparo. Pues bien, ¿qué no se equivoque!. Pues si utiliza indebidamente el incidente de nulidad, el Tribunal Constitucional le cerrará la puerta del amparo por extemporáneo, ya que habrá alargado indebidamente la previa vía judicial y habrá transcurrido el plazo para la interposición del recurso de amparo (art. 44.2 LOTC). Y si decide ir directamente al amparo y el Tribunal Constitucional lo considera prematuro, se le invocará la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo y la imposibilidad de acudir *per saltum* a esta vía. No se olvide que el Tribunal Constitucional en trámite de admisión es inmisericorde. Por cierto con razón... casi siempre.

B) Mayor importancia, desde el punto de vista institucional, ofrece la creciente tensión entre el Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, incluido por supuesto el contencioso-administrativo, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE), y el Tribunal Constitucional “intérprete supremo de la Constitución...independiente de los demás órganos constitucionales y... sometido solo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica” (art. 1º, 1 LOTC); y, como consecuencia, “todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva” (art. 87.1 LOTC). Entre los cuales poderes públicos se encuentra obviamente el Tribunal Supremo, especialmente si se tiene en cuenta que el ya aludido carácter subsidiario del recurso de amparo exige, como es sabido, que con carácter previo a su planteamiento “se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial” (art. 44.1.a LOTC); entre los cuales, claro está, el recurso de casación cuando sea procedente.

6. GARRIDO FALLA, F., “La subsidiariedad del recurso de amparo”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* nº 28, 1998.

Dicho en fórmula breve: las Sentencias del Tribunal Supremo son revisables por el Tribunal Constitucional. La limitación en esta acción revisora se encuentra en la propia LOTC: aparte la decisión sobre si se han violado o no los derechos y libertades fundamentales “se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales” (art. 54 LOTC).

Si, pues, la delimitación -y la parcial supremacía del Tribunal Constitucional- está tan razonablemente establecida ¿por qué las tensiones? ¿Acaso porque resulta difícil soportar la situación de ser y no ser *supremo* al mismo tiempo? ¿Quizás porque todo sea susceptible de ser considerado desde el ángulo constitucional, olvidando el Tribunal Constitucional la restricción del art. 54? ¿Puede que por ambas cosas a la vez? Vayamos por partes.

Hay dos vías de posible revisión por el Tribunal Constitucional de sentencias del Tribunal Supremo, a saber: 1) por violaciones directamente achacables a los órganos judiciales que han intervenido en la vía previa, es decir, confirmadas o imputables al Tribunal Supremo (violación, por tanto, de las garantías procesales de los arts. 24 y 25 CE); y 2) por indebida apreciación del alcance constitucional que deba atribuirse a las libertades substantivas que consagra la CE en sus arts. 14 a 30.

a) Por lo que se refiere a la primera, hay que reconocer que es abundantísima la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la que enfáticamente se afirma que no es competencia de esta jurisdicción, frente a una petición de tutela judicial efectiva, “determinar en cada caso concreto si el recurso (en la vía previa) reúne los requisitos legales para su admisibilidad, tarea en la que el TS ostenta la condición de intérprete último”, afirmación ciertamente respetuosa, pero se añade a continuación que “la intervención de este TC queda reservada a los supuestos en los que la interpretación o aplicación de los requisitos procesales resulta arbitraria, inmotivada, fundada en un error patente con relevancia constitucional o afectada de un rigorismo excesivo o una manifiesta desproporción entre la causa de inadmisión advertida y las consecuencias que se han seguido para la efectividad de la tutela judicial” (STC 111/2000, de 5 de mayo, FJ 8). Análogo razonamiento se encuentra en centenares de sentencias en relación con la valoración de la prueba y cuestiones de hecho.

Hay que reconocer que el argumento resulta contradictorio y que el lector puede pensar que estamos ante una sutil manera de *vestir el muñeco*. Porque, en definitiva, siendo el Tribunal Constitucional el que aprecia si ha habido arbitrariedad, falta de motivación o error patente está traspasando los límites del respeto a las formas procesales (especialmente cuando se declara la arbitrariedad) para entrar en el fondo de la cuestión controvertida.

El tema se suaviza, sin embargo, ordenando la retroacción de actuaciones para que el Tribunal sentenciador -o confirmatorio en casación- dicte nueva sentencia.

Pero no siempre sucede así. El caso más notable en los últimos tiempos -al menos desde que yo pertenezco al TC- es el resuelto por la STC 136/1999, de 20 de julio, relativo a la condena de los miembros de la Mesa de Herri Batasuna. Esta sentencia aprobada por una mínima mayoría y con votos particulares absolutamente variopintos (pues, frente a quien defendía en su integridad la sentencia del TS, había quien pedía su descalificación más rotunda) no deja de constituir un artificioso ejercicio para conseguir una tercera vía, por lo demás bastante desfigurada en el fallo, a saber: reconocer que la sentencia de la Sala 2ª del TS había aplicado con toda corrección el artículo 164,bis,a) del Código Penal de 1973 sobre colaboración con bandas armadas terroristas, pero que el

tal artículo, por infringir de manera manifiesta el principio de proporcionalidad, debía considerarse inconstitucional (aunque la declaración de tal resultase ociosa al haber dejado de estar vigente desde la promulgación del Código Penal de 1995).

A mi juicio, esta sentencia constituye un intento, quizás fallido, de ejercicio de *self restrain* por parte del Tribunal Constitucional. Si bien es cierto, hay que añadirlo, que basándose la sentencia en la infracción de los derechos procesales que garantiza el artículo 25.2 CE, pudo limitarse a acordar la retroacción de actuaciones para que se dictase nueva sentencia por la Sala sentenciadora.

A los efectos de evitar los hoy inevitables conflictos que ya conocemos ¿cabría pensar en una reforma legislativa que estableciese en estos casos, como regla, la retroacción de actuaciones?

b) Por lo que se refiere a la tutela jurisdiccional de las libertades y derechos fundamentales, hay que convenir en que aquí el Tribunal Constitucional al resolver recursos de amparo debe pronunciarse sobre el fondo del asunto con la anulación, en su caso, de la sentencia dictada en la vía judicial previa, ya que la delimitación y alcance de estas libertades fundamentales, tanto frente a actuaciones de los poderes públicos, como cuando se trata de colisión de derechos entre particulares (por ejemplo, vulneración del derecho a la intimidad o al honor personal o familiar mediante el ejercicio del derecho a la información o a la libre expresión), pertenece plenamente y en última instancia al Tribunal Constitucional.

Sin embargo, los hechos nos demuestran que lo que en teoría parece claro se enturbia frecuentemente en la realidad. El caso más notable lo constituye el conocido *asunto I. Preysler* que ha dado lugar, sin que variasen los términos de la *litis* a dos sentencias del Tribunal Supremo y a otras dos correlativas del Tribunal Constitucional. Lo cual ha propiciado un auténtico enfrentamiento dialéctico entre ambos Altos Tribunales.

Merece la pena recordar los antecedentes de este conocido caso. En julio de 1989 la Sra. I. Preysler interpuso ante el Juzgado de 1ª Instancia Nº 32 de Barcelona demanda civil en la que solicitaba que se declarase intromisión ilegítima en su honor, intimidad personal y familiar y en la propia imagen, así como una indemnización de 50.000.000 de pesetas, por la publicación en la revista *Lecturas* de un reportaje titulado “la cara oculta de Isabel Preysler”. El Juzgado estimó parcialmente la demanda, declarando la intromisión ilegítima en los derechos fundamentales alegados y condenando a los demandados (Director y Redactor de dicha revista y entidad mercantil editora de la misma) al abono de una indemnización de 5.000.000 de pesetas. Contra la referida Sentencia apelaron ambas partes ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que dictó Sentencia en la que tras afirmar que “para cualquier persona, sea pública o privada, existe un ámbito especialmente protegido de su intimidad, como es el de la intimidad doméstica” se reconoce a la demandante una indemnización de 10.000.000 de pesetas. La Sentencia fue recurrida en casación por la entidad editora de la revista y por su Director, dando lugar a Sentencia del TS que estimó dicho recurso, casando y anulando la Sentencia de apelación, desestimando la demanda y absolviendo a los demandados. Se apoya la Sentencia en el derecho a informar, considerando que en este caso los datos y las frases aparecidas en el reportaje de la revista, proporcionados por una antigua sirvienta, no se pueden catalogar, ni de lejos, como atentatorios graves a la intimidad, “simplemente constituyen una propagación de chismes de escasa entidad, que en algún caso pudiera servir como base para resolver un contrato laboral de empleo del hogar, pero nunca para estimarlos como un atentado grave y perjudicial a la intimidad de una persona”.

Frente a la referida Sentencia del TS, la Sra. I. P. presenta recurso de amparo en febrero de 1997, que, una vez terminada su tramitación, da lugar a Sentencia del Tribunal Constitucional 115/2000, de 5 de mayo, en cuyo Fallo se acuerda otorgar el amparo solicitado, reconociendo que se ha lesionado el derecho a la intimidad personal y familiar de la recurrente y ordenando restablecerla en su derecho, anulando la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo en recurso de casación.

Obsérvese, que la Sentencia del TC no ordena la retroacción de actuaciones, sin embargo, la representación procesal de la revista y de su director presenta escrito ante el TS solicitando una nueva Sentencia para resolver los motivos de casación que no habían sido examinados en la Sentencia anulada; por su parte la representación de la Sra. P. interesó también nueva Sentencia desestimatoria de dicho recurso de casación y confirmación de la Sentencia de la Audiencia Provincial.

Resulta más que dudosa, a mi juicio, la pertinencia de la tramitación de este segundo recurso de casación, pues la STC 115/2000 no decretó retroacción de actuaciones sino que lisa y llanamente anuló la Sentencia del TS. Claro está que si, además, hubiese declarado la firmeza de la Sentencia de la Audiencia Provincial, las cosas estarían más claras. Lo cierto, sin embargo, es que el Tribunal Supremo dicta una segunda Sentencia con fecha 20 de julio de 2000 en la que, tras minimizar el alcance del contenido del reportaje publicado, se declara la intromisión ilegal en la intimidad de Doña Isabel Preysler y, seguidamente, se condena a los demandados, de forma solidaria, a abonarle la indemnización de 25.000 pesetas.

El carácter simbólico del acatamiento a la Sentencia del TC por parte del TS, resulta indiscutible. Ello da lugar a un segundo recurso de amparo que se plantea, en primer lugar, como incidente por indebida ejecución de la STC 115/2000 y, con carácter subsidiario, como recurso de amparo contra la Sentencia del TS por entender que se vulnera de nuevo el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y se infringe el art. 24, que garantiza la tutela judicial efectiva. Lo cierto es que la Sala Segunda dicta nueva Sentencia 186/2001, de 17 de septiembre en la que se vuelve a reconocer que se ha vulnerado el derecho a la intimidad personal y familiar de la demandante, se declara la nulidad de la Sentencia de la Sala Primera del TS de 20 de julio de 2000 y, a efectos indemnizatorios, remite a las cantidades fijadas por la Audiencia Provincial de Barcelona (F.J. 9). Resulta ocioso añadir que si esto se hubiese dicho en la primera Sentencia del TC, este segundo peregrinaje jurisdiccional de la demandante hubiese resultado innecesario. Es posible que también se hubiese evitado la situación de tensión existente entre el TC y la Sala Primera del TS.

Merece la pena recordar algunas de las afirmaciones argumentales que se contienen en la segunda Sentencia del TC. Así, en el F.J.3 se lee:

La violación del órgano judicial puede proceder tanto de su actividad *in procedendo* como de sus pronunciamientos *in iudicando*, distinción que tiene su trascendencia a la hora de modular el alcance de la declaración de nulidad, que constituye uno de los pronunciamientos contemplados en el art. 55.1.a) LOTC. En efecto, cuando la lesión afecta a derechos procesales, la declaración de nulidad lleva aparejada, generalmente, la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la comisión de la lesión para que el órgano judicial dicte nueva resolución respetuosa de las garantías procesales. En cambio, cuando la lesión es de un derecho material o sustantivo, la declaración de nulidad de la decisión judicial ordinariamente habría de ir acompañada de una decisión del propio Tribunal Constitucional sobre el fondo del asunto. En ambos supuestos este Tribunal actúa como garante supremo de los derechos y libertades garantizados en los artículos 14 a 30.2 CE, fiscalizando como Juez último la correcta aplicación de tales derechos por parte de los Tribunales ordinarios.

Este distingo parece claro. Sin embargo, curiosamente no es la norma que se autoaplica el TC en la propia Sentencia 186/2001, pues, apreciándose por el TC vulneración del art. 24.1 CE por cuanto el derecho a la tutela judicial efectiva “incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes” (F.J. 6), sin embargo en el fallo no se pronuncia una retroacción de actuaciones sino que se confirma la vulneración del derecho sustantivo lesionado, así como la indemnización pertinente. No debe extrañar, por tanto, el razonamiento que se contiene en el voto particular formulado por los Magistrados Sres. Conde Martín de Hijas y Jiménez Sánchez, -curiosamente ponente de la Sentencia- en cuyo párrafo final se afirma: “La fijación directa por este Tribunal Constitucional de la indemnización procedente, aunque lo sea por el cauce casi eufemístico de remitirnos a la de la Sentencia de apelación, sin declarar su firmeza, consideramos que supone una implicación en ámbitos propios del ejercicio de la jurisdicción, confiados a los Órganos del Poder Judicial (y más claramente cuando, como en este caso, se trata de un conflicto *inter privados*), que este Tribunal prudentemente ha evitado en otras ocasiones, sin que veamos la razón para que no se continúe esa actitud en este caso?”.

IV. POSIBLES FÓRMULAS PARA EVITAR CONFLICTOS ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

Como ha recordado la citada STC 186/2001, la revisión en amparo de las Sentencias dictadas por la jurisdicción ordinaria, lo pueden ser por 1) vicios *in procedendo* y 2) vicios *in iudicando*.

A) Las primeras implican como regla la infracción de los artículos 24 y 25 CE; se trata por tanto, de violaciones de derechos que tienen *su origen inmediato y directo* en los órganos judiciales (art. 44.1 LOTC). En tales casos, es obvio que el Tribunal Constitucional fiscaliza a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, por lo que no resulta posible un reparto de competencias entre una y otra jurisdicción para enjuiciar tales recursos. Lo que si cabe, en cambio, (y es lo que parece deducirse del art. 54 LOTC) es establecer explícitamente la regla de que el pronunciamiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional sea siempre la *retroacción de actuaciones*. Pienso que si la Sentencia del caso *Herri Batasuna* se hubiese resuelto así, no se hubiese planteado ninguna situación conflictiva.

B) En los supuestos de revisión por vía de amparo de violación de libertades y derechos fundamentales por los órganos, autoridades y funcionarios de los Poderes Ejecutivos (art. 43 -y, en su caso, art. 44 al revisar en vía judicial previa- de la LOTC) es obvio que sea el Tribunal Constitucional quien deba decir la última palabra en cuanto a la extensión y posibles limitaciones de estas libertades; pero la expresión *en su caso* del art. 53.2 CE podría servir de base para una nueva distribución de la competencia para conocer de los recursos de amparo. Esta redistribución competencial podría basarse en las siguientes reglas, a saber:

a) En principio, se podría conceder a la jurisdicción ordinaria en sus distintos grados el conocimiento -como Juez común- de los recursos de amparo interpuestos por los particulares.

b) Como consecuencia, la competencia del Tribunal Constitucional quedaría reducida a los siguientes supuestos:

a') Cuando el Tribunal ordinario, con motivo de su actuación, cometa violación de los artículos 24 y 25 CE; es decir, cuando con motivo de la revisión (*in iudicando*) se infrinjan garantías instrumentales o procedimentales (*in procedendo*).

b') Mediante la instrumentalización de un "recurso para unificación de doctrina constitucional". Su regulación podría inspirarse en la que para parecido recurso se regula en los artículos 96 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa 29/1998.

Es decir, por contradicción entre Sentencias dictadas en supuestos análogos con motivo de la revisión de libertades fundamentales o por contradicción con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, o manifiesta infracción del contenido esencial del derecho o libertad objeto del recurso. Un uso prudente por parte del Tribunal Constitucional de esta última posibilidad sería la clave para ese *entendimiento necesario* entre ambas jurisdicciones.

V. EN PARTICULAR: RELACIONES ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Como resulta de cuanto se ha dicho hasta aquí, son frecuentes los casos de relaciones entre las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa. Un intento de sistematización nos conduciría a los siguientes supuestos:

a) Con carácter general, nos encontramos con el supuesto previsto en el artículo 43 LOTC, es decir, violaciones de los derechos y libertades fundamentales originados por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios o de los órganos ejecutivos colegiados de las Comunidades Autónomas o de sus autoridades, funcionarios o agentes. Se trata de los casos típicos del recurso de amparo constitucional; recurso que, sin embargo, solo es susceptible de ser interpuesto "una vez que se haya agotado la vía judicial procedente" (artículo 43.1, *in fine*, LOTC). Ahora bien, agurada dicha vía, el Tribunal Constitucional revisa los pronunciamientos de los órganos de la jurisdicción ordinaria, incluidas las Sentencias del Tribunal Supremo.

Con motivo de la tan repetida revisión en vía ordinaria, el Tribunal puede, a su vez, vulnerar los derechos procedimentales que garantizan los artículos 24 y 25 CE (por ejemplo, imposición de una sanción gubernativa con infracción del principio de legalidad). El recurso de amparo tiene entonces un carácter mixto. Y el problema para el Tribunal Constitucional es si el examen de la violación *in procedendo* tiene carácter prioritario, lo que implicaría una sentencia del Tribunal Constitucional disponiendo la retroacción de actuaciones (con el posible efecto perverso de un innecesario alargamiento de la vía previa y una posible necesidad de un segundo recurso de amparo, como sucedió en el supuesto de la STC 186/2001 respecto de la jurisdicción civil).

b) En segundo lugar, nos enfrentamos con el supuesto de los recursos contra los Decretos Legislativos. Con anterioridad hemos expuesto nuestra opinión: si el Decreto Legislativo se ajusta exactamente a la Ley de Bases que lo habilita, su valor y rango es de Ley formal, por lo que la competencia para conocer de su impugnación corresponde al Tribunal Constitucional.

En cambio, si el Decreto Legislativo incurre en *ultra vires*, su valor será simplemente reglamentario, con lo que la posibilidad de ser impugnado en la vía contencioso-administrativa evita tener que recurrir al Tribunal Constitucional.

c) En fin, nos encontramos con el supuesto previsto en el artículo 161.2 CE (que se desarrolla en el artículo 76 LOTC): impugnación por el Gobierno de disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de órganos de las Comunidades Autónomas.

Sin duda estas disposiciones y resoluciones pueden ser también recurridas en vía contencioso-administrativa, según se desprende expresamente del art. 19.1,c) de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. El plazo es el mismo en una y otra vía (dos meses y, a mi juicio, no cabe distinguir que en un supuesto quien recurre sea el Gobierno y en otro (vía contencioso-administrativa) sea la Administración del Estado, pues la personalidad jurídica de la administración es única, y a estos efectos comprende al Gobierno. ¿Se trata entonces de una elección que corresponde al Gobierno-Administración del Estado? Entiendo que para acudir a la vía contencioso-administrativa estamos efectivamente ante un supuesto de elección por parte del recurrente; pero, en cambio, para acudir al Tribunal Constitucional resulta necesario que el objeto de la impugnación tenga relevancia constitucional. Obsérvese que el art. 76 LOTC remite para la tramitación de estos recursos a lo dispuesto en los artículos 62 a 67 LOTC; quiérese decir, por tanto, que por vía de recurso lo que se está planteando es un auténtico conflicto de competencias positivo (si bien, en una sola dirección, es decir, del Estado contra las Comunidades Autónomas).

d) Digamos, para terminar, que estos conflictos de competencia no pueden encubrir, en cambio, cuestiones que solo pueden plantearse ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Un reciente caso ha sido resuelto por la STC 195/2001, de 4 de octubre. Los antecedentes del asunto se resumen así: Por el Gobierno del Principado de Asturias se presentó ante el Tribunal Constitucional conflicto positivo de competencia frente a la Junta de Galicia, en relación con el Acuerdo (o Acuerdos) de fecha indeterminada, que aprobaron un proyecto de obras para la construcción de un puerto en la localidad de Ribadeo (Lugo). En el escrito de planteamiento se solicitaba que se declarase por el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del Acuerdo o Acuerdos objeto de impugnación, por corresponder al Principado de Asturias la titularidad de las *competencias controvertidas*. Se argumentaba que las obra iniciadas comenzaron a afectar a la zona asturiana de la ría del Eo, provocando importantes alteraciones en el fondo de dicha ría y perturbando asimismo el ecosistema de dicha zona. Así es que produciéndose los efectos de dichas obras en territorio de la Comunidad Asturiana, se venía a entender que la Junta de Galicia había actuado invadiendo competencias de la Comunidad perjudicada.

Resulta obvio que plantear aquí un conflicto competencial carece de sentido. Ha habido, en primer lugar, un acto (o actos) administrativo de Organismos de la Junta de Galicia susceptible, en su caso, de impugnación en vía contencioso-administrativa. Y ha habido, sobre todo, unas actuaciones materiales que han causado daños a un tercero (entidad pública en este caso), por lo que estaríamos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual (funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos) también fiscalizable por la jurisdicción contencioso-administrativa. Por eso la referida STC 195/2001 declaró la inadmisión del conflicto planteado.

**§ 103. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA
EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES¹
(UNA CONTRAREFORMA INCONSTITUCIONAL)**

Agustín Gordillo
Profesor de la Universidad Buenos Aires, Argentina

I. DA CAPO²

Cuando venía camino a esta Ciudad reflexionaba y recordaba la frase clave de una película de Fellini³ que puse en los cabezales al final del libro *La Administración Paralela* y aparece en la edición italiana⁴, no en la española⁵ Una orquesta está ensayando, se oye un gran ruido: todos se detienen, se miran, luego de un instante el director dice

1. Versión corregida de la desgrabación de la conferencia pronunciada en el Palacio de Justicia en la Ciudad de La Plata, sobre *La defensa de la Administración en el nuevo Contencioso Administrativo*, en junio de 2001.

2. Hechos: La antigua Constitución y el correspondiente Código Contencioso Administrativo de 1906 establecían un control judicial de los actos administrativos por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, en primera y única instancia colegiada. La interpretación jurisprudencial del código exacerbó las limitaciones del control, que devino virtualmente inexistente.

En 1994 se modifica la Constitución, que exige un distinto código, nuevos tribunales y mejor control. Poco después la Legislatura de la Provincia dicta el nuevo código, con un corte garantista contemporáneo pero aún dentro de las pautas comparadas en la materia. Se celebran los concursos públicos de oposición por el Consejo de la Magistratura y se seleccionan y designan los jueces de primera instancia en lo contencioso administrativo y algunos camaristas.

Ese proceso está incompleto a mediados de 2001. Los jueces designados no han podido jurar, a pesar de haberlo pedido y no están en funciones ni cobran sus sueldos. La Legislatura votó los fondos para ponerlos en funciones y el Superior Tribunal llegó a alquilar los inmuebles para poner en marcha el nuevo sistema de control judicial de la administración, pero el Tribunal de Cuentas de la Provincia, uno de los órganos a controlar (SORIA, Daniel F., "El Proyecto de Código Procesal contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires y el juzgamiento de los actos del Tribunal de Cuentas", *Revista Régimen de la Administración Pública*, 227: 11), objetaría el gasto si no se ponen en marcha los nuevos tribunales. El Superior Tribunal deja sin efecto las locaciones, no toma los juramentos, exhorta al Poder Ejecutivo.

Si bien es manifiesta la falta de voluntad política del nuevo gobierno provincial de poner en marcha el sistema y realizar lo que falta, en audiencia pública realizada en la Legislatura (controlada por la oposición) se expresa que la responsabilidad es del Superior Tribunal, que sería pasible de juicio político.

El Superior Tribunal, en el caso *La Jirafa Azul*, ha resuelto seguir ejerciendo jurisdicción por las causas posteriores a la entrada en vigor del nuevo código y aplicar al efecto el viejo código derogado. (MILANTA, Claudia, "Vigencia diferida del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo para la Provincia de Buenos Aires (nota al fallo 'La Jirafa Azul')", LL, 1998-B, 506.)

La Universidad Nacional de La Plata propone al Autor como Profesor Honorario y se realizan unas *Jornadas Nacionales de Actualización en Derecho Administrativo* en su Homenaje. En ese múltiple contexto se invita al autor a dictar a) la conferencia inaugural de un seminario sobre el contencioso administrativo provincial, en la sede del Palacio de Justicia en la Ciudad de La Plata, teniendo como título *La defensa de la Administración en el nuevo Contencioso Administrativo*; y b) la de clausura, con *Conclusiones y comentarios* a su cargo, de las *Jornadas sobre el Nuevo Contencioso Administrativo* organizada por los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires, en funciones y con nuevo código desde hace alrededor de un año. Lo que sigue es el texto corregido de la primera de ellas. La segunda, una semana posterior, se incorpora dentro de la nota 24.

3. "Ensayo de orquesta".

4. *L'amministrazione parallela. Il parasistema giuridico-amministrativo*, Giuffrè, Milán 1987.

5. *La administración paralela*, Civitas, Madrid 1982, cuarta reimpresión 2001.

Da capo!, *Empecemos de vuelta*; al rato, otra vez. Así es toda la película, solo que va aumentando el sonido y se empieza a ver polvo y escombros y uno se da cuenta recién al final que es una gigantesca bola de hierro que está tirando todo el edificio abajo; se viene todo abajo y todavía no todos nos damos cuenta⁶.

Voy a decir cosas medio deshilvanadas, exageradas como corresponde a mis ancestros andaluces, para tratar de superar el umbral de esa sordera.

1. La primera traición jurisprudencial de un Código

Soy un viejo desilusionado del derecho en la provincia de Buenos Aires. Recuerdo las palabras de Juan Francisco Linares, *La deformación jurisprudencial de un Código*⁷. Tienen más de medio siglo y cuando las leí, francamente, me convencieron: siempre me quedó la idea de que era una traición judicial al sistema normativo de control.

Tuve que pedir que alguien me llevara los juicios porque sinceramente no soportaba el proceso contencioso administrativo en la provincia de Buenos Aires.

2. Privación sistemática de justicia

No hace mucho publiqué dos notas con un título para mí muy fuerte: “Privación Sistemática de Justicia en la Provincia de Buenos Aires”⁸. No es una frase dicha al pasar porque habla de la privación *sistemática*, no de vez en cuando sino *sistemática*.

Le puse número al segundo, *dos* y después me digo ¿qué voy a hacer, así hasta el diez? Pero esta es mi opinión de fondo, la vieja, la de Linares, de 50 años o 70 años.

He tenido mis peleas, pero finalmente todo empieza a cambiar, la doctrina se fue unificando en la crítica al sistema⁹, se modificó en este punto estructuralmente¹⁰ la Constitución¹¹, por unanimidad de la Convención Constituyente; se hizo la Comisión del Código y el proyecto, debidamente elevado a la Legislatura, recibió aprobación legisla-

6. Es la permanente incapacidad de ver la realidad, que según Naipaul (*The Return of Eva Peron*, Londres 1980) nos caracteriza como países subdesarrollados. Es una observación común: NEILSON, James, “The old guard under siège”, *Buenos Aires Herald*, agosto 16, 2001, p. 16.

7. V., las referencias de nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Fundación de Derecho Administrativo, cap. XIII, nota 1.6., 4ª ed., Buenos Aires 2000, p. .

8. V., nuestro libro *Cien notas de Agustín. Notas asistemáticas de un lustro de jurisprudencia de derecho administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo n° 3, Buenos Aires 1999, pp. 36 y ss.; “Privación sistemática de justicia en la Provincia de Buenos Aires”, nota a PONTE, Cores, CSJN, *LL*, 1995-D, 1299. El segundo se llamó “Privación sistemática de justicia 2 (dos) en la provincia de Buenos Aires”, nota a CSJN, *Transporte del Oeste S.A. c. Municipalidad de Merlo*, *LL*, 1996-C, 39, reproducida en *Cien notas...*, *op. cit.*, § 32, p. 96.

9. HUTCHINSON, Tomás, “La proyectada reforma constitucional en la Provincia de Buenos Aires. Oportunidad para cambiar la justicia contencioso administrativa”, *LL*, 1989-E, 1254; TAWIL, Guido S., “El Código Varela y la necesidad de una profunda transformación en el contencioso administrativo provincial argentino”, *LL*, 1989-A, 1127; BIBILONI, Homero, “Algunas cuestiones para reflexionar ante la necesaria modificación del proceso contencioso en la Provincia de Buenos Aires”, *Revista Función Pública* n° 89, p. 19.

10. ORTIZ, Ricardo Miguel, “El nuevo fuero contencioso administrativo”, en el libro de AA.VV., coordinado por BOTASSI, Carlos A., *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, Platense, La Plata 2000, p. 37.

11. V., MARTIARENA, Juan José, “Fundamentos constitucionales del proceso administrativo en la Provincia de Buenos Aires”, *JA*, 2000-III, 1086; SORIA, Daniel F., “El proceso administrativo bonaerense y los efectos de la reforma constitucional”, *RDA* n° 17, p. 495; “Bases constitucionales del proceso administrativo bonaerense”, *RAP* n° 5, p. 196, “El proceso administrativo bonaerense ante la reforma constitucional”, *RAP* n° 5, p. 209.

tiva, promulgación, publicación, profusa difusión a través de múltiples estudios¹² y hace años que todavía no se lo cumple. Por suerte no estuve¹³. No tuve *nada* que ver, *nada*, no hay ni una coma y ni una palabra mía¹⁴. Tanto es así que alguna vez alguien tenía miedo que yo atacara el Código (todavía no me conocen), pero me parece excelente, la verdad, no tengo sino elogios¹⁵. La doctrina sigue avanzando en su estudio¹⁶. Mi duda y la de otros, como se verá, es de otro tipo¹⁷.

3. La duda del suicida

Con el tiempo lo fuimos estudiando¹⁸ y cuando está ya al parecer vigente, ahí se empieza a escuchar el ruido, ese ruido sordo y grave, cada vez peor, por sobre la inaudición de la sordera. Ahí comienza para mí una etapa final. O sea, después del final, *Da capo!*, o lo que en criminología llaman *la duda del suicida*. Pareciera que la gente que decide suicidarse con navaja empieza con mucha decisión y cuando llega a la mitad, o se quedó sin fuerzas porque está medio desangrado o -y este es el chiste de los criminólogos- le entran las dudas, ¿será buena idea haberme matado? Pero ya es tarde; el primer corte es recto y el resto sigue en zigzag.

Para mí, al poder en general le entró la duda a mitad del camino y esto no es nuevo, es muy viejo. Hay una anécdota que contaba Bielsa, por supuesto no me consta. Cuando se hace en 1946 el primer Plan Quinquenal, se manda un paquete importante de leyes al Congreso. Se aprueba todo, algunas leyes eran excelentes y están aún hoy vigentes. En ese paquete de leyes vino sancionado el Código Contencioso Administrativo.

12. V., entre otros, BEZZI, Osvaldo M., "La proyección institucional de la creación del fuero administrativo en Buenos Aires", *RAP* n° 13, p. 205; *Código Procesal y Ley del Fuero Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, editorial Función Pública, La Plata 1998; BOTASSI, Carlos A., "El nuevo proceso administrativo bonaerense", *Revista RAP* n° 7, p. 205; ALTAMIRA GIGENA, Julio I., "El nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Bs. As.", *Rev. Actualidad en Derecho Público* n° 8, p. 69; SORIA, Daniel F., "El proceso administrativo bonaerense y los efectos de la reforma constitucional", *RDA* n° 17, p. 495; "Bases constitucionales del proceso administrativo bonaerense", *RAP* n° 5, p. 196; "El proceso administrativo bonaerense ante la reforma constitucional", *RAP* n° 5, p. 209; "El Proyecto de Código Procesal contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires y el juzgamiento de los actos del Tribunal de Cuentas", *RAP* n° 11, p. 227; "Las reformas al nuevo sistema de Justicia Administrativa de la Provincia de Buenos Aires", *RAP* n° 19, p. 259.

13. V., CASSAGNE, Juan Carlos, "El nuevo Código Procesal Contencioso-Administrativo de la Provincia de Buenos Aires", en el libro de BOTASSI (coordinador), *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, nota 3, Platense, La Plata 2000, pp. 1-2.

14. Buena prueba de ello, no se aceptó la crítica de BOSCH, que yo sigo, a la proteica expresión *contencioso administrativo*, en lugar de utilizar la diáfana frase *derecho procesal administrativo*. Son tributos docentes (como *poder de policía*, *Ley de los gobiernos militares*, etc.) al uso distorsivo del lenguaje.

15. Salvo, desde luego, la desafortunada y antigua terminología.

16. V., en particular el libro de AA. VV., cuya coordinación hiciera BOTASSI, Carlos A., *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, Platense, 2000, p. 638. V., además, entre otros, BOTASSI, Carlos A., "El nuevo proceso administrativo bonaerense", *RAP* n° 7, p. 205.

17. Otros también la tuvieron: BIBILONI, HOMERO M., "El nuevo contencioso provincial. Puerta a la esperanza o la posibilidad cierta de una desilusión", *Rev. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales de la UNLP*, XXXIII, La Plata 1997, p. 79; en otra forma tremenda de decirlo se señala que "Sin el fuero, todo habrá sido en vano": ORTIZ, Ricardo Miguel, "El nuevo fuero contencioso administrativo", en el libro de AA.VV., coordinado por BOTASSI, Carlos A., *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, Platense, La Plata 2000, pp. 37 y ss., p. 54.

18. Así, BOTASSI, Carlos A., "El nuevo fuero y los casos de responsabilidad del Estado", *J.A.*, 2000-III, 1141; D' ARGENIO, Inés A., "La materia determinante de la competencia en el proceso administrativo provincial", *J.A.*, 2000-III, 1095; GAVEGLIO, Adrián J., "Apuntes acerca del sistema de pretensiones en el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires", *J.A.*, 2000-III, 1127.

Hasta ahí es verificable. Según la anécdota cuando le llevan a Perón el decreto de promulgación, el que se lo lleva le dice “Acá le traigo el decreto para la promulgación del Código Contencioso Administrativo, ¿usted sabe de qué se trata?” Le contesta que sí, por supuesto, pero el otro insiste. “¿Pero usted sabe para qué sirve esto?” Sí, para los tribunales, los abogados, los juicios. “¿Pero usted sabe, General, para qué sirve esto?” “Bueno, ¡dígame, para qué sirve!” “Sirve para anularle más fácilmente los decretos, General”. Entonces lo vetó. El fundamento del veto era que se trataba de un asunto tan importante y complicado que merecía ser estudiado con mucho detenimiento, concienzudamente y así llegamos desde el año 1946 al 2000, estudiándolo muy concienzudamente.

4. El dique

Ahora bien, en la Nación esto se resolvió jurisprudencialmente. Los jueces finalmente rompieron el dique. Hoy en día hay un control suficiente y adecuado creado a partir de la Constitución¹⁹ y del hartazgo de los jueces de una situación de descontrol que, por supuesto, la gente los señalaba con el dedo como no podía ser de otra manera²⁰. Hoy en día existe acción de clase²¹, tutela de los derechos de incidencia colectiva²², un sistema judicial que funciona hasta en la prevención de algunos casos extremos de dilapidación de fondos públicos²³. Tenemos la decisión que empezó en Mar del Plata con la Cámara Federal, que cuando hay una única decisión justa o razonable, la atribución se transforma de discrecional en reglada²⁴. Tenemos una verdadera revolución jurisprudencial que hace que ya no haga falta el Código.

Nos cansamos los justiciables y la justicia, por suerte ambos²⁵. El Código no hace ya falta, la jurisprudencia ha sufrido todo lo que haga falta y va resolviendo muy bien todos los problemas que puedan presentarse²⁶. El presupuesto se equilibrará, de a poco.

19. Ha sido pivotal en ello las normas de los tratados de derechos humanos y las nuevas normas sobre garantías judiciales, sobre todo estableciendo la tutela de los derechos de incidencia colectiva. V., también nuestro art. “Un día en la justicia: los amparos de los artículos 43 y 75 inciso 22 de la Constitución nacional”, *LL*, 1995-E, p. 988 y ss., reproducido con modificaciones, bajo el título *Los amparos de los artículos 43 y 75 inc. 22 de la Constitución*, como cap. IX de la 2ª ed. del libro *Derechos Humanos*, Buenos Aires 1996. Igualmente reproducido en MARTÍN, Abregú, y COURTIS, Christian (Compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires 1997, pp. 201 y ss.

20. Un panorama general en nuestro t. 2, *op. cit.*, caps. XIII, XIV y XV; nuestro libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Editorial Civitas, Madrid 1981.

21. El tema no deja de estar controvertido, comparar, en general, BIANCHI, Alberto B., “Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de legitimación colectiva a gran escala”, en *RAP*, n° 235, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires 1998, pp. 11 y ss. V., también nuestro art. “La legitimación”, en *Procedimiento administrativo*, Universidad Austral, Ciencias de la Administración, Buenos Aires 1999, pp. 441-7.

22. Ampliar en nuestro *Tratado*, t. 2, *op. cit.*, caps. II, III y IV; anteriormente nuestros art. “Derechos de incidencia colectiva”, en el libro de la Universidad Austral, *El Derecho Administrativo Argentino, Hoy*, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires 1996, pp. 274 y ss.; “La legitimación”, en Universidad Austral, *Procedimiento administrativo*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires 1999, pp. 441-7.

23. Los tribunales nacionales han comenzado, felizmente, a fulminar de nulidad aquellas decisiones administrativas que son un obvio dispendio de recursos públicos. Así p. ej. CNF. ed CA, Sala II, *Torello*, *LL*, SupAdm, 3-IV-2000, con nota de GAMBIER, Beltrán, “Civismo y amparo. Derecho de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad”; la misma Sala II *in re Gambier, Beltrán c. Poder Ejecutivo nacional*, *LL*, 1999-E, 623. Ambos comentados en nuestro tratado, t. 2, cap. III, § 6.6, pp. 30 a 33.

24. CFed. Mar del Plata, *Cipriano*, *LL*, 1998-F, 355, con nuestra nota “Control de razonabilidad”, reproducida en nuestro libro *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, p. 202.

25. V., nuestro art. “Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia”, *LL*, 1997-F, 1318; reproducido, con modificaciones, bajo el título “Los grandes fallos de la actualidad”, en la 2ª ed. del libro *Después de la Reforma del Estado*, 1998.

En la nueva jurisdicción del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires se dictó la primera Constitución luego de la autonomía y el primer código, llamado contencioso administrativo y tributario; se realizaron los concursos públicos de oposición y se designaron los jueces, que están en funciones. En la Ciudad de Buenos Aires, los tribunales de la materia funcionan normalmente²⁷. El presupuesto está equilibrado.

26. Por ello cuando la Legislatura de la Ciudad analizaba el proyecto de código y requería opiniones, la nuestra fue que la clave estaba en cuántos jueces la Ciudad pensaba presupuestar. El código no era la primera prioridad, para nosotros.

27. Nota del Autor: En la clausura de las Jornadas antes referidas no puede evitar la comparación. Mis palabras fueron:

1.- Cuando se me invitó a decir estas conclusiones y reflexiones, entendí que si bien mi deber era estar presente lo más posible durante el desarrollo de las jornadas, mis palabras no habrían de ser un pretendido resumen de las ideas de los demás expositores y los intercambios del debate, sino mis propias conclusiones y reflexiones en ocasión y a propósito de aquéllos, que por ende no comprometen a los organizadores ni mucho menos al fuero.

Aclarado eso, sería pecar de plagio afirmar que todas las ideas que habré de exponer me pertenecen. Muchas las he recogido aquí. La selección y compaginación es mía, buena parte de las ideas son ajenas: las propias son a su vez reflexiones obligadas frente al testimonio de la realidad de estas jornadas.

2.- Afortunadamente las conferencias tienen un interés editorial más que suficiente para que sean publicadas como libro. Las jornadas que los organizadores han quedado, sin saberlo, comprometidos a hacer *cada año* siguiente y subsiguientes, permitirán el desarrollo de aquellas ideas propias y a los que las recogemos, provechosa recolección. Cada año un libro, ese es el compromiso y el derrotero que preanuncian y marcan estas Jornadas.

3.- Uno de los autores aquí mencionado ha distinguido el rol de partero del rol de profesor de inglés de la criatura. Quien recordó a dicho autor, a su vez, indicó que la Ciudad no podía ser madre y señaló algunas otras connotaciones esotéricas. Sea claro en todo caso que tanto las jornadas como el fuero no tienen partero, ni profesor de inglés, ni su madre es la Ciudad Estado de Buenos Aires. La Ciudad Estado es en cambio un calificado testigo de lo bien que han salido las cosas en la construcción de la justicia local. Muchas cosas andan bien en este país y ésta es una de ellas.

4.- Otras andan mal. Se han recordado aquí otros países y la Provincia de Buenos Aires y su código y fuero llamado contencioso administrativo. Evoquemos pues también cómo allende el Riachuelo nuestros colegas de la homónima Buenos Aires tienen un código escrito ordenado por la Constitución vigente, debidamente sancionado y promulgado, publicado y también vigente pero por extraña alquimia seudojudicial aún no aplicado, y jueces del fuero seleccionados y designados, pero por conjuros judiciales de juramentos no tomados, aún *no* en funciones. Los hados han querido probar a sangre y fuego su templanza; son trece, número que impetra los malabares del destino: hasta las páginas de los diarios locales han llegado la nómina de los jueces ARIAS, Luis Federico, GUARNIERI, Hugo, MARTÍ, Gladis, ECHARRI, Hugo, SERVÍN, José Abelardo, OCAMPO, Jorge Aníbal, ESCOBAR, Antonio, SCHRENGINGER, Marcelo, FULGHERI, María, SARDO, Adriana, ISAAC, Simón, LOGAR, Ana, VALDI, Verónica. Los que no integran ya el Poder Judicial en otras funciones han ocurrido, como corresponde, al propio Poder Judicial. Otros nombres que la semana pasada han quedado registrados en audiencia pública en la Ciudad de La Plata, han jugado por deliberada omisión una carta osada contra el imperio de la Constitución, la ley y Justicia, han hecho hasta ahora lo necesario para impedir que esos jueces asuman sus funciones, han logrado impedir que el Código se cumpla, han cometido además actos positivos propios para incumplirlo. Debieran, en cabeza ajena aunque en terreno local, haber aprendido la lección: nadie transgrede la Constitución siempre impunemente, a veces toca pagar a la sociedad. Es el mismo país, apenas un curso de espesa agua oscura nos separa. Estemos pues atentos, aqueude su caudal barroso, a defender nuestra propia Justicia. No lloremos tardíamente, como otros los últimos estertores de la moribunda Aerolíneas Argentinas, defendamos a tiempo la Justicia en jaque. El tiempo es hoy.

5.- Volvamos a lo bueno, que es mucho. Celebremos lo que anda bien. Es que estas Jornadas, como el fuero, son objetivamente un producto de lo más calificado que podía brindar la sociedad en la cual se hallan insertas. Son algo de lo mejor que puede dar de sí la sociedad política porteña. Más allá de las cenagosas orillas, pasando los extintos saladeros de otrora, otro código y otro fuero pugnan por nacer a la vida. Aquí celebramos el bautismo.

Ha sido mucho más que un procedimiento público de concurso el que permitió la selección de quienes ahora nos han brindado sus ideas y su experiencia. Como todo procedimiento objetivo y garantístico puede no satisfacer a todos en el resultado inmediato, pero eso no importa: *el camino importa*. Puede que la exitosa instrumentación del Consejo de la Magistratura de la Ciudad no satisfaga a todos en sus decisiones, pero importa que esté y decida.

Para cambiar de imagen, en esta Ciudad Estado de Buenos Aires hemos asistido al bautismo de fuego de un código moderno y una constitución garantista, que muchos cultores de viejas pero no olvidadas dictaduras deplo- ran. Es más que un fuero *hipergarantístico* como se pretende ridículamente denostarlo en los cafés y cenáculos de siempre, cuando no se tiene buen derecho o se quiere demasiado al poder por el poder mismo, sin importar quién ni cómo lo ejerce, cuando no se tiene memoria del miedo -en el célebre título del libro de Graham-Yool- porque no se lo sufrió sino que se ayudó a infligirlo, porque se medró en el sistema de abuso de poder.

5. Otra traición

Pero eso es la Nación y la Ciudad de Buenos Aires, acá en la Provincia seguimos con el letrado de Linares, la deformación jurisprudencial de un Código, ahora le agregamos la violación de la ley y al mismo tiempo de la Constitución²⁸. Que también lo sea de la Convención Americana ya parece un detalle.

6.- Este fuero que ya rindió sus pruebas antes frente a los órganos públicos de selección, da también ahora su primer examen anual ante la sociedad abierta y sus amigos. Es el mejor y más brillante de sus exámenes salvo los que vendrán. No ya la prueba en su momento correctamente impuesta desde afuera como condición de admisión, sino el interrogante nacido desde adentro, por un imperativo de conciencia. No el examen pedido sino el ofrecido, como sólo los grandes se ofrecen a sí mismos. Es la legitimación social por antonomasia.

Bien está que las Jornadas no sean oficialmente del fuero. No deben tampoco serlo. No podrían incluso serlo, pues las opiniones, los criterios, las razones, no se votan ni se aprueban, sólo se discuten. No se cuenta el número de los soldados de las huestes de las ideas y doctrinas mayoritarias y minoritarias, pues hay falanges solamente de guerreros, no de jueces y magistrados, ni de pensadores, docentes o autores. No se cuenta el número o la cantidad de los sostenedores de tal o cual idea, de tal o cual ideología, de tal o cual interés concreto: solamente se sopesan sus razones, se ponderan sus intereses, se juzga su comportamiento, se tiene presente su trayectoria, se analiza la parábola de su vida y de sus ideales, se aprecia la coherencia entre sí de sus ideas y al todo se lo compagina y compara con sus actos.

Los jueces, a su vez, deciden en sus sentencias. Todos los demás opinamos antes y después sobre esas decisiones y sobre todos sus demás actos en el proceso y en la vida. Los restantes magistrados, funcionarios, integrantes del ministerio público en sus diversas manifestaciones, empleados mismos, también traen aquí una parte fundamental de sí mismos para que celebremos con ellos, todos juntos, esta pujanza del nuevo fuero.

Los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires y todos los justiciables del proceso administrativo local junto a la opinión pública somos a nuestro turno los jueces naturales y sociales de su conducta, de su patrimonio, de su estilo de vida, de su afán de perfeccionamiento, de su predisposición al diálogo, de su vocación de transparencia, de su apertura intelectual y personal, de su temple en someter las propias ideas al debate, de su ahínco en el trabajo y en el estudio, de su afán de mejoramiento, de su profunda humildad en no venir a avasallar con el peso de sus decisiones, dictámenes y sentencias, que lo poseen, sino a someter al debate sus ideas, que las tienen más y mejores todavía.

7.- Estas Jornadas no son del fuero pero se viven y sienten como si lo fueran. Son un subproducto más, ciertamente no imaginado en su momento, del procedimiento de selección por concurso público, abierto y de oposición, propio de la democracia en que hoy vivimos y debemos siempre defender contra sus constantes ataques. Ataques que nunca faltan por aquellos que al menos conocemos y se dan siempre a conocer por sus ideas infaliblemente autoritarias, raramente ingenuas, frecuentemente interesadas.

En esa larga tarea de preparación que hicieron todos los integrantes del nuevo fuero de la Ciudad, de previos concursos de oposición para la docencia, de libros y artículos de doctrina, de notas a fallo, de charlas y conferencias dadas y escuchadas, de cursos hechos o impartidos, de exámenes otrora rendidos y hoy tomados, se ha creado un ethos y una ética del trabajo, del logro, de la realización personal, del mérito.

8.- Por eso demuestran con su vida que saben que sus funciones son un resultado de la democracia abierta y participativa de hoy, esa que no es solamente una forma de llegar al poder sino también una forma de ejercerlo. Para los que piensan que la Justicia es un poder no democrático, vaya esta profunda lección de democracia que nos dan los integrantes del fuero de la Ciudad. Son demócratas en acción, a la altura de las exigencias de mañana y por encima de las de hoy. Saben justipreciar el boato que debe acompañar su rango sin creerse del todo la simbología. No ignoran que aunque la alfombra roja debe existir, ella no es alimento intelectual. Como escuché a un magistrado en estas Jornadas, no se han comido la alfombra.

Conocen de la necesidad de perfeccionamiento permanente de las doctrinas y las personas. Vienen efectivamente al ruedo de las ideas, a discutir como integrantes de una sociedad pluralista, no como dueños de nociones verdaderas ni oficiales, sino como vanguardia del debate: es en función de ese liderazgo ejemplarizador que dan la tónica de venir al llano.

9.- Dan con su conducta el recto ejemplo a sus demás funcionarios y empleados que -mayoritariamente recibidos de abogados, o a punto de serlo- han sabido también emularlos y estudian con ahínco, como corresponde, en los cursos de especialización de su alma mater, que hoy testimonialmente nos brinda también su techo acogedor. De aquellas semillas salen estas mieses. Trabajan, piensan, leen y escriben derecho, sufren, aprenden y enseñan, mientras siguen construyendo, todos juntos, magistrados y funcionarios, el hermoso edificio intelectual y moral de este nuevo fuero porteño. Ese sí que es un auténtico Palacio de Justicia, el del espíritu, no el de ladrillo y argamasa. Estas Jornadas son ciertamente de esa Justicia, con mayúscula.

En estas Jornadas, ha sido Justicia.

28. Quizás es que se repara en "La proyección institucional de la creación del fuero administrativo en Buenos Aires" que advirtiera en el artículo de este título BEZZI, Osvaldo M., *RAP* n° 13, p. 205.

Y qué violación! Pues “Los convencionales constituyentes de 1994 *por unanimidad modificaron estructuralmente todos* los elementos que integran la Justicia Administrativa en la Provincia de Buenos Aires”²⁹. Una frase así, que intentó reseñar una magnífica reforma constitucional y legislativa, culminando en un nuevo derrotero doctrinario, quedó imprevistamente transformada en el resumen de todo lo que es el alcance de la contrarreforma.

Al contrario, ahora se trataba de ver cómo desde uno de los poderes constituidos, precisamente el guardián de la Constitución aprobada por unanimidad de los convencionales constituyentes, se modificarían otra vez, esta vez en flagrante inconstitucional contrarreforma, “estructuralmente todos los elementos”.

Cuando ya estaba el Código aprobado le entra la duda al poder provincial: empezaron con el tema de cómo se creaban los juzgados y aparecieron las voces de prudencia diciendo que no exageremos, todos juntos no, porque no va a haber causas suficientes, con una administración tan buena quién va a hacer un juicio. Despacito, de a poco.

Me acuerdo que por aquella época me dijeron “me imagino que usted no va a venir a sabotear esto” y les dije que no porque no soy saboteador. Entonces me acuerdo que con especial cuidado y a pedido dije que vayan despacito, de a poco, pero la verdad que si hubiera sabido que ese de a poco eran tantos -casi infinitos- años, hubiera dicho De a poco, pero no tanto. No exageren Uds. tampoco, que yo no soy el único andaluz.

6. Otro zigzag

Siguen los ruidos afuera. Siguen pidiendo *Da capo!* Pero ahora quieren dar por terminado el ensayo de orquesta, no quieren siquiera oír de vuelta desde el comienzo la partitura. Ahora quieren derogar el Código, la Constitución, los jueces³⁰, todo. Menos mal que no son los años de plomo. Yo lamento el mal cruce de las circunstancias que me tiene a mí hablando acá, justo en la Corte, sobre el tema. Pero, en definitiva, la principal responsabilidad que uno tiene es con la propia conciencia y no hay más remedio. No me toca sino decir como Wade dando conferencias en Estados Unidos “Espero que no me deporten”³¹, porque iba a hablar en contra de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos³².

Yendo al corazón del tema, la preocupación por la defensa de la administración en el contencioso es la duda del suicidado: es otro de los zigzags políticos de una mano moribunda y tardíamente vacilante. Seguramente pareció muy divertido ayer hacer un código, hoy no pueden creer que sea en serio³³.

29. ORTIZ, Ricardo Miguel, *El nuevo fuero contencioso administrativo*, op. cit., p. 37.

30. Hasta las páginas de diarios y revistas ha llegado la nómina de los jueces: ARIAS, Luis Federico, GUARNIERI, Hugo, MARTÍ, Gladis, ECHARRI, Hugo, SERVÍN, José Abelardo, OCAMPO, Jorge Aníbal, ESCOBAR, Antonio, SCHRENGER, Marcelo, FULGHERI, María, SARDO, Adriana, ISAAC, Simón, LOGAR, Ana, VALDI, Verónica.

31. He argentinizado la referencia. El chiste de WADE fue que esperaba no tener problemas con la visa de turista.

32. WADE, H. W. R., *Towards Administrative Justice*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1963.

33. Por eso cuando la Ciudad pidió opinión de su proyecto de Código, yo sugerí que primero decidieran *cuánta* justicia querían tener. Para quienes se alegran de mis fracasos de fuerza de convicción sobre la cosa pública (van perdiendo la batalla) ésta es otra cuestión en que no convencí.

Ahora bien, en todo caso de derecho tenemos que ver las cosas no solamente al momento en que están pasando, sino cómo se van a ver después, dentro de diez o más años. Para mí no es solamente una forma de ver las cosas académicamente, profesionalmente me han perdido a veces opinión con ese alcance temporal.

II. “VERLA VENIR”³⁴

Puedo hoy contar que en el año 1990 me consulta el Banco Mundial sobre si todo el sistema de la Ley de Reforma del Estado iba a ser declarado inconstitucional o no, quince años después³⁵. Esta fue la pregunta en 1990. “Hoy ya sabemos que no. Pero después, cuando hayan cambiado todos los jueces, cuando esta Corte no esté y venga otra Corte, ¿usted cómo lo ve?” Una pregunta difícil, pero como toda pregunta se puede contestar. Yo consideré que la ley aguantaba el control de constitucionalidad diez o quince años después, con otros jueces, en otro momento político, sin todo el andamiaje que estaba en ese entonces presente.

1. El Proceso. Memorias del Miedo

Yo invitaría ahora a pensar qué pasa dentro de diez o quince años respecto del momento actual. Y voy a hacer una comparación tremendamente exagerada, tremendamente injusta, pido perdón, pero es lo que me viene a la mente. La primera parte de la comparación ya fue hecha en los periódicos, ya es un poco exagerada pero tiene la sensación de hechos históricos y en este punto creo que son comparables, en los contenidos obviamente no. Me estoy refiriendo, primero, a lo que pasó durante el Proceso militar. Durante el Proceso nadie hablaba de *dictadura militar*, por supuesto; no se usaba *el dictador*,³⁶ se decía *Ley* en vez de *decreto-ley*³⁷ y se hablaba sí de las muertes pero de los *enfrentamientos*;³⁸ no de la tortura, sabíamos que existía pero se estaba entre atemorizado e insensibilizado. Lo de atemorizado es así, sin ninguna duda. Recuerdo una editorial del *Buenos Aires Herald*, el único diario que publicó todas las muertes durante

34. El uso popular suele distinguir entre *verla venir* y *mandarla buscar*, refiriéndose a problemas que se le acercan a uno. Lo primero es inteligente, lo segundo imprudente. Ahora bien, ni siquiera *verla venir*, eso es impericia máxima.

35. Conociendo esas preocupaciones externas cuando leí, en 1991, que el gobierno argentino iba a negociar el futuro *Plan Brady* y días antes había dictado un decreto desregulatorio que la opinión pública había criticado muy fuertemente pero para mí era constitucional, publiqué casi de inmediato mi artículo “La validez constitucional del decreto 2284/91”, en el *Periódico Económico Tributario* n° 1, Buenos Aires noviembre de 1991, reproducido como cap. XI del libro *Después de la Reforma del Estado*, *op. cit.* Fue inútil porque el *Plan Brady* no salió en ese momento. El decreto fue luego ratificado por ley. Y tampoco alcanzó con el *Plan Brady*.

36. Es magnífico y estremecedor recordar los malabarismos verbales de NEILSON, James, *En tiempo de oscuridad 1976-1983*, Emecé, Buenos Aires 2001; V., más recientemente, el testimonio apasionante de GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *El velo de la ilusión. Apuntes sobre una vida argentina y su realidad política*, Sudamericana, Buenos Aires 2000, esp., pp. 139-233, que llega hasta 1998.

37. Por supuesto, el uso continúa, como lo explicamos en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Parte General*, Fundación de Derecho Administrativo, cap. I, § 6, 5ª ed., reimpresión Buenos Aires 2000, *Las ‘leyes’ que no son leyes*, p. 7. La pretendida función legitimadora de esa elección semántica es evidente. La criticamos desde su intronización en el gobierno militar de 1966: “Análisis crítico de la ley de desarrollo”, *Revista de Legislación Argentina* n° 2, Buenos Aires 1966, pp. 86 y ss.

38. No ejecuciones o fusilamientos.

un tiempo, que decía *una noche de pesadilla*. Y cuenta la editorial que estuvieron toda una noche pensando y resolviendo ¿publicamos o no estas últimas muertes? y finalmente decidieron publicarlas. Pero por supuesto, se salvaron un poco por ser extranjeros. Contaron los diarios que a Andrew Graham-Yool, que está otra vez en el *Buenos Aires Herald*, un día lo secuestraron y lo dejaron desnudo en plaza San Martín, como para demostrarle el poder sin llegar a la tortura física o a la pérdida de la vida.

En su estremecedor libro *Memoria del Miedo*³⁹, que hace poco reeditó la Universidad de Belgrano, cuenta con diferencias y más detalles una parecida anécdota, sólo que aterradora.

Pero en aquel entonces, entre el miedo, la complicidad o lo que fuere, lo veíamos con menos sensibilidad de lo que se mira 25 años después. Y esto se ve en la reacción de la sociedad frente a lo que ocurrió en aquel momento.

2. El endeudamiento⁴⁰ y la hecatombe

Después vino la década del '90, estamos en democracia, ya no hay persecución, ya no hay muertes, no hay torturas. Eran otras épocas, había que privatizar, había que vender. Lo que no sabíamos en ese momento, como no supimos antes saber otras cosas, era que debiendo 60 mil millones antes de empezar a privatizar y vender, luego de privatizar y vender todo, serían 130 mil millones⁴¹. Hace poco un periodista serio comparaba el *proceso* con esta época que nos ha tocado vivir, el '90, por supuesto que los contenidos no son comparables, sí lo son en este despertar tardío. Veinticinco años después, ¿era tan terrible aquello? Sí, era muy terrible. ¿Estamos tan mal de verdad habiendo vendido todo? Sí, estamos tan mal⁴².

3. La inaplicación del Código

Ahora la pregunta dentro de quince o veinticinco años es, ¿tenían un Código contencioso y los jueces anteriores decidieron no aplicarlo?⁴³ ¿Había jueces nuevos seleccionados y nombrados y los viejos no les tomaban juramento y estaban preguntándose si la administración no estaría un poco indefensa?

39. GRAHAM-YOOL, Andrew, *Memoria del miedo*, Fundación Editorial de Belgrano, Buenos Aires 1999.

40. Nos remitimos al t. 1, cap. IV, cap. XI, § 8.3: "El contrato de crédito externo en un marco de endeudamiento estructural"; *Después de la reforma del Estado*, caps. IV, V y VI., 2ª ed., 1998.

41. Es la cuenta que nos faltó sacar en nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, *op. cit.*

42. Nos remitimos al análisis que realizamos en el cap. IV del t. 1 de nuestro tratado, *Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio*. Otros libros aparecidos en este año 2001 no parecen compartir esta evaluación de la gravedad de la emergencia, por ejemplo CRIVELLI, Julio César, *La emergencia económica permanente*, Ábaco, Buenos Aires 2001, prólogo de BIANCHI, Alberto B., pp. 114 y ss.; ABERASTURY, Pedro, *Ejecución de sentencias contra el Estado*, prólogo de SÁENZ, Jorge A., Abeledo-Perrot, 2001, pp. 98 y ss.; CANOSA, Armando N., *Las reformas al régimen de juicios contra el Estado y la ley de emergencia económica*, Ábaco, Buenos Aires 2001, pp. 15 y ss. Algunos datos periodísticos posteriores avalan aquella primer impresión nuestra: ESPERT, José Luis, "Default, devaluation likely", *BAHerald*, 26 de agosto, p. 12; FRAGA, Rosendo, "El ajuste no puede provocar una situación de desesperación social", *La Nación*, 26 de agosto, p. 8; MARTÍN, Redrado, Surgery better than butchery, *BAHerald*, 24 de agosto, p. 8.

43. Es la situación a partir del caso *La Jirafa Azul*, sobre el cual volveremos. V., MILANTA, Claudia, "Vigencia diferida del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo Para la Provincia de Bs. As. (nota al fallo 'La Jirafa Azul')", *LL*, 1998-B, 506.

Al así hacerlo ¿inaplicaron además un código vigente, incumplieron y violaron frontal y estructuralmente la Constitución, resucitaron un código muerto, mantuvieron el descontrol y el despilfarro, dieron vida de ultratumba a un tribunal fenecido -ellos mismos?.

4. La autopreservación del Yo

Llego al tema. Lo veo con mucho dramatismo, porque puede haber lugar para la insensibilización propia de la autodefensa, la autopreservación del yo. Uno necesita como ser humano subsistir. Es primario como instinto humano. Uno puede negarse todo como para no tener que enfrentarse a la realidad. La negación de la realidad y el olvido es uno de los mecanismos de defensa del Yo, como ya decía Ana Freud.

III. SEPAN: QUE SABEMOS QUE SABEN

Si en el '76-78 era decir *en algo andarán*; si en el '90 era decir *tanto no será*, ahora es decir *no es para tanto, no exagere*. O como antes no sabían de las muertes y los latrocinios,⁴⁴ ahora parece que no saben qué es una democracia en que falte uno de los tres poderes del Estado. No saben qué es que no haya justicia, que la administración dilapide el dinero sin control, que detrás del descontrol vengan la miseria y la represión. *No saben* qué es violar la Constitución, la ley, el sistema de tutela jurisdiccional, el control del poder. “No sé, no me acuerdo, no lo veo, no lo creo”: *preservo el yo*. Pero nosotros *sabemos que saben*. Esta vez el pueblo *sabe que saben de qué se trata*.

1. La ley de la irresponsabilidad

Vuelvo más atrás. Frente al zigzag del suicida es útil el desorden histórico, quiero una vez más mostrar la analogía de los procesos históricos en que se inserta esta denegación frontal y final de justicia. Cuando yo estaba trabajando en estas cosas que recordaba Martiarena del nuevo Derecho Internacional Público y su influencia en el derecho interno⁴⁵, recuerdo haber hablado con un jurista que me ha ayudado mucho, autor de Derecho Internacional. El me explicaba esto del derecho imperativo internacional y sacó el tema de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final. Con una risa me dice “por supuesto, olvidémosnos del hecho que son absolutamente nulas, totalmente inválidas”. Como se rió me quedé con la duda sobre si consideraba que esto era sí o no. Después cuando sale la sentencia del juez Gustavo Cavallo veo que lo citan profusamente y él lo

44. Así como no hace mucho se construyó una teoría exculpatoria de las huestes militares, ahora se postula un paralelismo con los soldados del general -cuya riqueza sería la que éste les repartió. Otros despojos, otra guerra, otros juicios.

45. V., t. 1, cap. VI; t. 2, *La justicia administrativa internacional*, cap. XVI; “La justicia nacional y su articulación con la justicia supranacional”, *Cuadernos de Fundejus*, n° 3, año 3, 1995, pp. 23 y ss., reproducido en el libro *Estudios Jurídicos en Memoria de Alberto Ramón Real*, FCU, Montevideo 1996, pp. 265 y ss.; “La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno”, *LL Actualidad*, 17 de abril de 1990, reproducido como cap. III del libro *Derechos Humanos*, 1ª ed., Buenos Aires 1990, actualmente 4ª ed., 1999; “La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales”, nota al fallo *Giroldi*, en la revista *Régimen Argentina del Régimen de la Administración Pública* n° 215, 1996, pp. 151 y ss.

había dicho en serio. Se rió con la risa de la hiena, como un gesto nervioso y nada más. Pero lo cierto es que de pronto la Corte de San José dice que todas estas leyes son absolutamente irritas. Nuestra Corte pidió el fallo, ya saben, se sintió el golpe afuera del edificio, como en *Ensayo de Orquesta*. Temblaron las paredes, se levantó polvareda, cayeron escombros...

Qué dice el fallo de San José, no solamente estas leyes sino toda forma de *no* juzgamiento de los responsables de la violación de los derechos humanos, todavía más amplio que delitos de lesa humanidad⁴⁶, contraviene la convención americana.

Son pues irritas y la Corte Nacional no va a tener más remedio que decirlo así. Y esto implicará todos los costos y todas las consecuencias de un lento acomodarse al derecho que nunca debimos abandonar. Fíjense, sale la sentencia en primera instancia y todos dicen “esto lo arregla la Corte, hagamos el *per saltum*”, pero en la Corte ya no será lo mismo, lo están pensando distinto: es otro caso, otro tiempo histórico, otra realidad.

2. ¿Qué es esto de que no haya justicia?

Entonces vuelvo a invitar a pensar ¿cómo se va a sentir esto dentro de diez o quince años?⁴⁷ Hoy, digamos que estamos un poco enojados, un poco molestos, un poco confusos, un poco preocupados, pero ¿vemos en su verdadera magnitud qué es que no haya justicia?

Que no haya justicia y punto. Porque esta es la verdad y no la vimos antes, cincuenta años o setenta años antes, pero se la ve ahora. La indefensión existió siempre, pero ahora es peor, más frontal, más flagrante: y ahora se agregan hechos propios en la cadena causal de la denegación de justicia. Antes tenía un esbozo de fundamentación en la vieja Constitución. Ahora la vieja constitución está derogada y la nueva Constitución por unanimidad modificó *estructuralmente todos los elementos* del sistema. Ahora se levantan contra la Constitución, contra la unanimidad de la convención constituyente, contra la legislatura que aprobó el nuevo código y derogó el viejo. Todo para ayudar a la administración vaya saber a qué. Tal vez a seguir gastando en el viejo esquema, en ese modelo que no se reconoce como agotado, del despilfarro y algo más, que lleva a la desesperación y algo más.

Hay otra comparación injusta que no puedo evitar: venimos del medioevo, en que el monarca hacía *justicia*. Se pasa a las *curia regis* y luego a la justicia delegada. Después se llega, con todas las mutaciones que ustedes conocen, al Consejo de Estado de Francia y de ahí al contencioso español y por fin a nuestros viejos contenciosos.

Por eso es esta jurisdicción en primera y única instancia que ya no existe en Francia, en España, en ningún país medianamente desarrollado. Es la jurisdicción única, en única instancia, concebida para que el control sea lo más escaso posible, con plazos muy

46. Este concepto, de todos modos, se está extendiendo pronunciadamente en la actualidad. Nos remitimos al desarrollo que hicimos en el t. 1, cap. VI, § 2.3, p. 21; § 3.4, p. 28.

47. Es la fundamental que siempre cabe hacerse en todo caso de derecho: la posible evolución de su contexto, que desde luego influirá luego en la decisión misma. Lo explicamos en el t. 1, cap. I, § 15, p. 40. Como dice CARRIÓ, Genaro, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1989, “la solución de todo caso jurídico tiene que insertarse en el tiempo y hacerse cargo de su transcurso”, p. 34, § K. En otro sentido dice LEVI, Edward H., *Introducción al razonamiento jurídico*, EUDEBA, Buenos Aires 1964, p. 12, que “Las reglas cambian mientras son aplicadas”. Ampliar en nuestro *El método en derecho*, *op. cit.*, p. 89, “El devenir del tiempo en el caso. El impulso procesal”.

breves para iniciarlo, infinito para resolverlo y todo lo demás. Todo armado para que no haya control porque así viene, viene del siglo XII transmutado por el Consejo hace un par de siglos porque tampoco es el actual⁴⁸. El Consejo actual ya tiene vigente el principio de la prudencia en el Derecho Administrativo. Ahora es un principio del Derecho Administrativo.

IV. LA ADMINISTRACIÓN INDEFENSA

Para no dejar de hablar del tema que se me pone, porque es uno de los argumentos, *la administración va a quedar indefensa*, recuerdo un juicio que tuve contra la Provincia hace unos años; como abogado mi trabajo es tratar lo mejor que pueda de sacar las cosas adelante. Y hablando con mi contraparte, el abogado del Estado, me sale la siguiente frase, cuya ingenuidad fue inmediatamente vista como obvia y así me lo hizo saber, le dije “Bueno, espero que no me vuelvas loco con problemas procesales”. Y me dice “Agustín, ¿te voy a dejar la principal carta que tengo?, perdóname, te voy a volver loco”. No era cierto, me dejó correr solo. Lo que *no* me dijo era que ya *sabía*, no era un *pálpito*, *sabía*, que *me lo iba a ganar en cuanto al fondo*⁴⁹. Me lo ganó en la forma y en el fondo y, además, creo que tenía razón. No parece precisamente una administración indefensa, tenga el código que tuviere. Con el órgano decisorio de su parte, como al Viejo Vizcaya, le alcanza y sobra.

Por eso la clave del nuevo código no es el nuevo código, son los nuevos jueces. Entonces, liquidan los jueces, pues *Sin el fuero, todo habrá sido en vano*.

Por las dudas, liquidan el nuevo Código también, hacen la resurrección del viejo cadáver. Y se quedan ellos también juzgando a la administración, más allá del tiempo, de la Constitución, de la historia.

De paso, derogan la nueva Constitución, restablecen *in totum l'ancien régime*.

Qu'ils mangent brioches.

V. EL ABOGADO DE LA ADMINISTRACIÓN, ANTES DEL JUICIO: EL DICTAMEN PREVIO AL ACTO

Muchas veces en la justicia no se le da todo el peso necesario al dictamen previo de los organismos permanentes de asesoramiento letrado⁵⁰. No se castiga siempre con la invalidez absoluta el acto dictado sin dictamen jurídico previo: no me digan pues que la preocupación es la defensa en derecho de la administración. Si lo fuera, fulminaríamos de nulidad todo lo que no tenga o no respete el dictamen jurídico previo de los organismos permanentes de asesoramiento letrado.

48. V., *Conseil D'Etat, Le Conseil d'État de l'an VIII à nos jours*, La Spezia, Adam Biro, Italia 1999.

49. Los llamados *alegatos de oreja* funcionan especialmente en el derecho administrativo, a favor de la administración. V., al respecto nuestro t. 2, cap. XVI, § 12, “Reuniones *ex parte*”, p. 13; cap. I, § 4.2., “El alegato informal”.

50. T. 3, cap. IX, § 4.5, especialmente 4.5.2 “La inexplicable excepción del dictamen jurídico previo”.

Si no se les pide opinión o no se les hace caso o se inventan organismos nuevos de supuesto asesoramiento jurídico y todo esto la justicia no lo castiga con la nulidad, es porque no es cierto que les importe la defensa del Estado en Derecho.

Ahora bien, ¿por qué la insistencia de que haya un dictamen jurídico previo? Yo he estado dentro de la administración y de afuera también lo veo constantemente. Una cosa es convencer de algo a la autoridad y que ella diga sí, no hay problema, pero si el abogado no le hace el dictamen la autoridad no firma el proyecto. El abogado, puertas adentro, le dice “mire señor, acá pasa esto, pasa lo otro” y empieza una negociación interna entre quien quiere hacer algo y el que le va a hacer el dictamen jurídico.

En esa negociación interna generalmente el que quiere decidir se ajusta un poco más al planteo legal para lograr finalmente el dictamen letrado. A veces los letrados son demasiado astutos y hacen un dictamen en el cual, en definitiva, no le están diciendo que es válido, sino que lo puede hacer pero que vea después se verá que pasa. Es como darle o negarle una cautelar bajo caución juratoria. Hágalo si quiere, pero responsabilícese, institucional y personalmente.

Es muy importante la función juridizante del abogado en la administración pública, por eso es el dictamen jurídico previo. Una segunda función juridizante es el abogado de la administración en la contestación de la demanda. Es el mismo tipo de profesional que no le quiso hacer su dictamen si no moderaban un poco lo que estaban haciendo, *sí, pero no tanto*. Y no es suficiente con traer un abogado más. Nombrar a los amigos en cargos laterales de asesoramiento y luego pasarles a ellos la función de asesoramiento previo o defensa ulterior. Es que en algún momento ellos también saben de la responsabilidad. Así como el abogado de la administración pública es un elemento indispensable de juridicidad del sistema en el dictamen jurídico previo, con el Código va a haber un segundo momento de control de la administración pública, en el momento de la contestación de la demanda. Acá están demandando por esto, en verdad creo que tienen razón. Resuélvanlo porque yo no me voy a comprometer con usted y decir que esto está perfecto, porque ya no tengo la salida de decir que esto tiene cincuenta problemas procesales y en el fondo me remito a lo que resulte de la prueba. Voy a tener que decir algo sobre el fondo del asunto, bajo mi responsabilidad.

No nos apiademos del pobre abogado en el sentido de que va a estar inerte. Es más bien el funcionario ejecutivo que va a tener que enfrentar a los abogados del Estado cuando estos le digan lo que todos sabemos. Porque no es ninguna novedad, cuando algo viene todos sabemos si está más o menos bien o más o menos mal. Esto no es ninguna maravilla para nadie.

Con esto estoy diciendo que no creo que haya una situación difícil ni mucho menos de indefensión para el abogado ni para la administración: estarán indefensas la violación de la ley y de la Constitución. Hay una situación difícil para el funcionario que tiene que mantener o no una conducta ante la demanda.

Para el abogado es una situación distinta, no difícil porque los abogados sabemos convivir con situaciones difíciles. En realidad, nuestra profesión es de problemas. Las cosas que no tienen problemas no nos llegan, nos llegan solamente las que tiene problemas.

Por lo tanto, sabemos manejarnos frente a los problemas, con inteligencia y con practicidad. Y si no lo sabemos lo aprendemos. Esto es perfectamente posible.

1. La corrupción

Algo parecido pasa y yo lo he comentado varias veces acá en La Plata, con la Convención Interamericana contra la Corrupción⁵¹. Entre los requisitos, por lo menos que yo le veo, de validez de los contratos administrativos existen varios puestos por la Convención, de que el contrato sea justo, que haya equidad y uso eficiente de los fondos públicos. Eficiencia y equidad no son hoy meros argumentos de teoría administrativa, no son más argumentos de política, son ya argumentos jurídicos.

Y el abogado, entonces, a quien le piden un dictamen sobre un contrato que va a implicar un uso ineficiente de los fondos públicos, tiene que decirlo porque si no lo dice va a incurrir en *mala praxis*.

2. La urgencia

Yo comento siempre el tema de la urgencia, que es una cosa muy inasible y el abogado le encuentra la vuelta, para eso estamos, y pone que si usted tiene un informe que diga que es urgente y este informe parece *prima facie* razonable y usted también lo dice, yo como abogado le voy a decir que el pre informe parece *prima facie* razonable y si está de acuerdo en que hay urgencia, puede contratar directamente. Si va a haber un tema de si el uso de los fondos públicos es eficiente va a pedir primero un informe de alguien que explique por qué es eficiente y dirá “no parece *prima facie* irrazonable el dictamen que dice que es eficiente en el caso el uso de fondos públicos”. Si usted está de acuerdo, bien, pero yo voy a cuidarme de no decir *adelante* sin analizar si *prima facie* es o no un uso eficiente o ineficiente de fondos públicos. Yo también me tengo que cuidar de la *mala praxis*.

Cuando un abogado contesta una demanda con alguna de las cosas que a veces se hacen y a veces pasan, es lo mismo. No puede decir que solamente se fijó en el plazo y que eran facultades discrecionales. Como abogado no puede ya liberarse de opinar sobre el fondo del asunto.

VI. EL ABOGADO DE LA ADMINISTRACIÓN, EN EL JUICIO

El cambio que más impacta no es pues el aparente, bien lo han advertido. No es que el abogado del Estado con el viejo Código saque todos los ases de la manga: el administrado no lo hizo en plazo, se equivocó, no lo hizo dos veces, no trajo la prueba, facultades discrecionales, acto de gobierno, acto institucional, además siempre están los que trabajan para darle más por si le falta. Entonces con eso contesta la demanda. Ni siquiera una computadora precisa, con unos juegos de hojas escritas a máquina se las arregla y contesta cualquier demanda. Y todas son improcedentes sin mayor esfuerzo. Ahora, si no tiene todas estas cosas tiene que entrar al fondo, este es otro trabajo y tiene otro tipo de inconveniente y es que primero tiene que tomar una posición en el fondo del asunto. Debe pensar si lo que se le plantea es sensato o no, si tiene sustento fáctico. Y en el plazo que tiene para contestar la demanda tiene que consultar con la autoridad política.

51. Que analizamos en el cap. XVI de la quinta ed. del t. 1. Anteriormente en “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción”, *LL*, 1º-IX-97.

Cómo se contesta esto? Si no le dicen nada, como suele ocurrir, no va a tener las viajes salidas del plazo, esto o lo otro, sino que va a tener que decir que esta demanda es totalmente improcedente porque el Estado ha obrado en forma magníficamente razonable. Ahora bien, cuando se resuelva que es irrazonable tiene que bancárselo, así como yo debo dar cuenta del juicio que perdí por no tener razón mi cliente. ¿Pero cómo y usted permitió que este juicio siguiera, usted no avisó que esto era un disparate, que mejor se solucionaba de entrada?

Hoy en día si el abogado del Estado contesta con 20 argumentos procesales y el juicio se pierde por el fondo, quién le va a decir nada. Pero si el único tema es el de fondo, va a tener que rendir cuentas el día de mañana acerca de cómo contestó ese problema de fondo en su momento.

VII. LA DESESPERACIÓN, CONTRACARA DE LA EMERGENCIA

El tema es que estamos llegando a un punto evidentemente límite. Ya están llegando opiniones un poco fruto de la desesperación. Ustedes saben lo que pasa con el gato cuando se lo acorrala, es medio peligroso. Nunca hay que acorralar a un gato porque el gato después araña y acá me parece que están acorralando a los gatos. Creo que es una cosa francamente peligrosa porque se parte de una carencia básica de razón⁵².

1. Primero, la jirafa azul⁵³

Yo creo que todas las cosas hay que verlas a través del tiempo. Cuando sale el primer fallo, el de la jirafa, me acuerdo que a mí no me dejó contento pero tampoco demasiado preocupado, me pareció simplemente raro. Bueno, la jirafa azul, el tiempito, la emergencia, la situación, la coyuntura. En esto los argentinos somos expertos; somos los maestros de la emergencia, del momento⁵⁴. Por ahora no, está bien, esperemos. Tres meses, seis meses, un año, dos años. Por ahora no, pero cuánto? ¿Con el nuevo gobierno? No, tampoco. Los economistas dicen que llega un momento en que lo cuantitativo supera el umbral de lo cualitativo. Llega el momento de rendir las cuentas, el momento terminal en que hay que sancionar a los culpables pues el problema ya no tiene remedio.

52. Las voces de prudencia, en lo económico y social, recomiendan alimentar a los pobres en época de emergencia. (FRAGA, Rosendo, "El ajuste no puede provocar una situación de desesperación social", *La Nación*, 26 de agosto, p. 8.) Que alguien piense también en los que tienen hambre y sed de justicia. No hagan de moderna Marie Antoniette, no nos digan "Qu'ils mangent brioche".

53. Nos remitimos nuevamente a MILANTA, Claudia, *Vigencia diferida del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo para la provincia de Buenos Aires (nota al fallo 'La Jirafa Azul')*, LL, 1998-B, 506.

54. V., nuestros artículos "La emergencia administrativa argentina de 1989-1992", en el *Libro de Homenaje al Profesor Eduardo ORTIZ ORTIZ*, ed. Colegio Santo Tomás de Aquino, San José 1993; "Emergencia residual en la deuda pública interna", LL, 29 de mayo de 1995, reproducido como cap. V del libro *Después de la Reforma del Estado*, op. cit., Ampliar *supra*, nota 43. ABERASTURY puntualiza la poca credibilidad de una emergencia de varias décadas.

2. Messineo

Y acá ha pasado esto, claramente. Ya no es una cuestión de demora, sino que es una cuestión cualitativa. No es un problema de cuánto tiempo pasó. Y cuando se empieza a desarmar todo el aparato de control y dejar el camino libre a la ilegalidad, esto es más grave todavía. Me informaron el otro día, supongo que con información correcta, no lo sé, que los fondos que estaban previstos para el sistema de control judicial se están destinando a otros fines, las cosas que estaban hechas para ponerlo en funcionamiento se están deshaciendo, he oído frases como “habrá que modificar la Constitución”⁵⁵. Se está de hecho derogando la derogación del viejo Código, una aberración jurídica que ya señaló Messineo. Y está funcionando el viejo Código, el primero derogado. Unas horas y hasta unos días y quizás unos meses lo puedo creer y aceptar.

Las películas que tratan del *regreso de los muertos vivos*⁵⁶, con todo, no tardan más de un par de horas. Más no se soporta. Excede hasta del terror.

Messineo⁵⁷, que alguna vez se citó en este punto y en este sentido en los fallos de este tribunal, dijo que la abrogación de la norma abrogatoria no hace renacer la norma primigeniamente abrogada. Pueden derogar el segundo código *pero no pueden hacer renacer el primero* por más tiempo que una mala película de horror. Está derogado y punto, lo derogó otro Código, el nuevo. Deroguen el nuevo, ya lo han hecho, hagan lo que les parezca, es criatura vuestra, pero el primero no renace. Un tiempito, seis meses, un año, se puede mantener la ficción. Ahora, ya no da para más. Ya sabemos de qué se trata. No es cuestión de interpretación, es cuestión de voluntad⁵⁸.

3. Los plazos del dolo

Me estaban contando hoy, no lo sabía pero es fácil imaginarlo ahora que me lo dicen, los abogados inocentes que leen un Código en el Boletín Oficial, interponen la demanda en el plazo más amplio del nuevo código y le resuelven que el plazo aplicable es el más corto del viejo código derogado. Es de terror⁵⁹.

55. La Constitución que, por cierto, acaban de violar tan frontalmente como nunca se haya podido imaginar. Se aplican especialmente aquellas palabras de ALBERDI: “El secreto de tener una Constitución, es mantener la Constitución”.

56. PADULA, Pablo Federico, *El regreso de los muertos vivos*, LL Litoral - Juris, octubre de 1997, pp. 847 y ss., que hemos recordado en el t. 2 de nuestro tratado, cap. XIII, p. 41 *in fine*.

57. Lo hemos recordado en nuestro art. “La promulgación y publicación de las leyes”, *Revista Derecho del Trabajo* n° 10, año XXIX, Buenos Aires 1969, pp. 595 y ss.

58. Ya lo hemos dicho a propósito de cuestiones igualmente obvias aunque menos graves, menos profundas: “el juez conoce el derecho y lo aplica, o lo desconoce en el doble sentido de la palabra. En un país que ha sufrido tantas rupturas del orden constitucional, no se debiera mantener como doctrina nacional, ni jurisprudencia, el verdadero prevaricato que el pasado introdujo en nuestro sistema. Es peor que el derecho *al revés* que denota NIETO, Alejandro en España”. “No hay un aplicarla en un justo medio ¿a veces sí y a veces no?, ¿algunas normas sí y otras no?, La Constitución y el orden jurídico supranacional se cumplen o se incumplen, eso es todo. No se pretenda disfrazar en buenas razones procesales el ciego aplicar de una norma inconstitucional”. Nuestro libro *El acto administrativo, Introducción*, 5ª edición, 2000.

59. Si bien no litigo en dicha jurisdicción, el terror es real, porque yo también me equivoqué. En el libro publicado en La Plata sobre el nuevo contencioso administrativo yo mismo escribí que el plazo era de noventa días y lo criticaba por excesivo. (“El acto administrativo”, en el libro coordinado por BOTASSI, Carlos A., *El nuevo proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires*, La Plata 2000, pp. 19 y ss., p. 26.) No, resulta que ni siquiera eso. Son treinta, otra vez. Un tribunal de nueve colegas lo ha querido. Por ello me remito a mi artículo “Cómo leer una sentencia”, publicado en la *Revista Actualidad en Derecho Público* n° 14, 2001.

Como tiene dicho la CSJN, “Una de las derivaciones del principio cardinal de la buena fe es la que puede formularse como el derecho de todo ciudadano a la veracidad ajena y al comportamiento leal y coherente de los otros, *sean éstos los particulares o el propio Estado*”; “El actuar contradictorio que trasunta deslealtad resulta descalificado por el derecho, lo que ha quedado plasmado en brocados como el que expresa *venire contra factum proprium non valet* que sintetizan aspectos de densa dimensión ética del principio de buena fe”⁶⁰.

“Resulta necesario exigir a las partes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales y desestimar toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que se ha suscitado en el otro”⁶¹.

Se recuerda que “deben rechazarse las pretensiones contradictorias con la conducta pasada del pretensor, cuando ellas contrarían la buena fe o vulneran la confianza que terceros depositaron sobre dicha conducta previa”⁶².

Como se advierte, leer la jurisprudencia del superior tribunal provincial y compararla con la nacional es siempre motivo de desaliento. La privación sistemática de justicia es una constante a través de toda la historia de dicho tribunal local. No han querido despedirse sin dar las salvas finales⁶³.

VIII. LOS QUE NO PUEDEN ENTRAR

En el curso de especialización de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho tomamos el examen, en realidad no es un examen sino una entrevista de ingreso y tratamos de sacar sólo lo más grueso porque es para estudiar después. Históricamente son dos tipos de personas los que no pasan estas comisiones y son distintos grupos de entrevistadores, así que no es una cosa mía. Los dos perfiles que históricamente no se admiten al ingreso en el postgrado son por un lado aquellos muy verdes que todavía no aprendieron lo mínimo de la profesión. Es decir que se recibieron en diciembre, que es uno de los casos que no entró y no sabe ni en qué país está parado, no sabe nada de nada; no se acuerda con quién dio las materias, no se acuerda qué materias dio y mucho menos qué estudió, no sabe qué libros leyó, no tiene ningún libro, son todas fotocopias. Se les dice que sigan estudiando un poco más y después vuelvan porque, ahora, todavía no pueden aprovechar la especialización.

Vayamos al segundo perfil. Es el que se recibió hace tiempo pero no ha hecho nada útil desde entonces. Nos quedamos todos con la cara muy sobria pero es una persona que dice que se está acercando a la jubilación (es un caso muy típico) y entonces quiere empezar a estudiar *ahora*, así cuando se jubila se dedica a la docencia. Primero, no sabe que hay un límite de edad para entrar en la carrera docente y si se va a jubilar tampoco

60. *Cía. Azucarera Tucumana S.A. c. Gobierno Nacional*, JA, 1989-IV, 429.

61. *Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Provincia de Corrientes y otro*, LL, 1992-B, 216, cons. 4° *in fine*.

62. *STTierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur*, Miranda, LL, 1998-E, 198, 202. Voto preopinante de HUTCHINSON, quien cita a la CSJN, Fallos, 7: 138; 305: 1402; CNFed. CA, Sala III, Casik, 26-XI-85. V., también MAIRAL, *La doctrina de los actos propios y la administración pública*, Depalma, Buenos Aires 1988.

63. En la audiencia pública convocada sobre este tema en la Legislatura una semana después se preguntó, en efecto, si esto era causal de juicio político. Pareciera que sí. Se dijo también que era causal de intervención judicial, al menos al Poder Judicial. No es que la intervención sea una panacea, pero alguna censura institucional debe tener este tipo de conducta. No puede quedar, como tantas cosas en el país, sin reprobación.

puede entrar, ni siquiera de profesor titular. Uno acepta eso cuando le dicen que se quieren dedicar a las plantas; pero van a estudiar derecho administrativo. (Risas.)

Estos dos extremos son los que no entran.

Pero hay un tercer caso real y al mismo tiempo anómalo, aunque verdadero. No entró tampoco uno que sostuvo y no pudo explicar, la tesis que el decreto-ley 22.140, derogado por la 25.164, está siendo aplicando en su organismo: Messineo no figuraba en su bagaje. El caso no lo invento, esa persona no la admitimos, específicamente por esa razón, para el ingreso a la especialización. Ahora vengo acá y es lo mismo. Y me pueden dar la explicación que quieran. Aguanta un tiempo, pero no más. Es ya más que una provocación.

1. La responsabilidad civil

Yo lo he dicho privadamente, pero lo digo ahora públicamente y hace mucho que lo digo. Lo dije en el primer artículo que publiqué sobre Derecho Administrativo, en 1959, sobre “La responsabilidad civil directa e indirecta de los funcionarios públicos”⁶⁴. Hace 42 años que recomiendo demandar civilmente por la responsabilidad de los funcionarios públicos de los tres poderes. Son las palabras de Hauriou, que siempre tuvieron peso en mi mente⁶⁵.

Frente al problema no digo que no se hagan cosas como dicen algunos, por ejemplo un amparo. Hay muchas cosas que se pueden intentar, pero me pregunto, ¿se dan cuenta los que hoy tienen que tomar una decisión y la han postergado *sine die*⁶⁶, que son responsables civilmente? ¿Debieron excusarse, se trata del milenario *nemo iudex in causa sua*?

2. El crimen de los custodios

Pero hay más y peor. Hay una omisión de tomar el juramento, hay una omisión más que se agrega a las acciones positivas como aplicar un código que no existe, derogar un código vigente, como en los peores gobiernos de facto. Ya no es la traición jurisprudencial de un código. Ya no es el suicido político de un gobernante. Es la muerte de la ley *hecha por sus custodios*. Como en derecho penal, tiene más responsabilidad por el delito *quien tiene la guarda de la víctima*. Acá hay agravante de alevosía y estrago con dolo eventual, *al derogar de facto una reforma constitucional que por unanimidad cambia para bien la estructura de todos los elementos del control*.

64. *La responsabilidad civil directa e indirecta de los agentes del Estado, Lecciones y Ensayos* n° 14, Buenos Aires 1959, pp. 117 y ss., reproducido, con modificaciones, como cap. XIX del t. 2 del tratado.

65. HAURIOU, Maurice, *La jurisprudence administrative de 1892 á 1929*, t. I, París 1929, p. 649. Las transcribimos en el t. 2, cap. XIX, § 1, p. 1. V., también MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsables privilegiados-Los jueces*, ED, 24-II-2000. En contra LINARES, “En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público”, *LL*, 153: 601.

66. Siendo como es uniforme el criterio interpretativo de que una suspensión *sine die* equivale a la derogación. Lo explicamos en el t. 3 del tratado, *El acto administrativo*, 5ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, cap. VI, nota 7.12, Buenos Aires 2000, p.13; cap. XIII, § 3.2, p. 5, “La suspensión como extinción”.

Si a uno le cuentan que en Uganda⁶⁷ pasó esto, ¿usted qué cree? ¿Qué le parece? Y, no lo toleraríamos de Uganda⁶⁸. ¿Lo vamos a tolerar de nosotros sin darnos cuenta de la gravedad que tiene? Yo creo que éste es un momento ya casi, como en la película de Fellini, “*De gran finale*”, ya se viene abajo todo el edificio: cascotes, escombros, columnas, techo. Y cuando algunos están pensando y me entero hoy de ideas que circulan, de modificar la Constitución, derogar formalmente el nuevo Código porque ya está casi derogado *de facto*, yo creo que realmente estamos al final del camino. Esto si no se arregla muy pronto termina muy mal. Y termina muy mal como terminó el *proceso*. Claro, no hay treinta mil muertos, espero que no me maten a mí. No habrá una corrupción gigantesca, no aparecerán en bolsillos privados 15 mil millones de dólares, pero estamos hablando de la vigencia del Estado de Derecho. Falta un poder del Estado, por culpa de dos poderes del Estado: el controlante y el controlado. Para que el controlado no terminara de perecer en su suicidio, entonces el controlante se apresuró a suicidarse él y, convenientemente, mató también el código, los jueces, todo. Hay preceptos bíblicos para ello.

Esto es el equivalente de decir, eliminemos el Poder Legislativo como en los golpes militares y nos arreglamos ahora con el Ejecutivo y el Judicial. Esto lo hemos vivido y no pareció tan importante. Ahora aprendemos que en realidad está mal y los diarios lo han aprendido también y hablan de la dictadura. Me llama la atención. Yo he sido funcionario de una dictadura, me lo han dicho los alumnos, y yo pensaba “qué fuerte, funcionario de la dictadura”, pero ahora es normal decirlo.

Y con los derechos humanos, con la corrupción y con el soborno transnacional es lo mismo, de pronto se ha tornado normal señalarlo y juzgarlo y el que no lo ve o no lo juzga es porque no lo quiere ver y *no porque no se vea*. El vulgo no se equivoca, no hay peor ciego que el que no quiere ver.

Piensen ustedes la gravedad de decir *no hay justicia*, porque esta es la respuesta. Insisto, la idea no es mía, la dijo Juan Francisco Linares. Con todo, era menos grave en tiempos de Linares y no contentos de traicionar un código han hecho ahora regresar de la tumba y caminar, el código traicionado y finalmente muerto. Era menos grave porque el sistema lo imponía la vieja Constitución. Se podía argumentar ¿Qué culpa tengo yo si la Constitución dice que el control judicial es así?

3. Jirafas azules, escorpiones, ranas, gatos

Sí, pero cuando la Constitución dice exactamente lo contrario, cambió todo el sistema anterior, punto por punto y lo hizo por unanimidad de la convención constituyente, y todo eso lo deroga un órgano estatal, ya el tema se pone espeso. Cuando el legislador hace lo suyo, se puso espesísimo. Ya ahí yo creo que fue un momento de mala inspiración. Sinceramente no debieron haber dictado *La Jirafa Azul*.

67. Los argentinos somos muy sueltos de cuerpo en tomar ejemplos africanos como antítesis actual del estado del país. Los demás saben que las comparaciones no son tan lejanas.

68. Pero a este paso, como ya lo ha dicho NEILSON, James, en diez años más nos quedaremos atrás también de Uganda. No es sólo el subdesarrollo económico o la emergencia económica, es ante todo un estancamiento espiritual y moral.

Ahora está hecho, no se puede remediar. Pero ¿y el presente? ¿Y el futuro? ¿Es ineluctable repotenciar sinérgicamente⁶⁹ el error, hasta el caos final? ¿Quieren tirar abajo el edificio, como en la obra de Fellini? ¿Sansón, ahora tirando el templo de la justicia y del Estado sobre sí mismo?

Sí, al Poder Ejecutivo le tomó antes la duda del suicida y no quiso ni quiere, ni va a hacer absolutamente nada obviamente porque no está en su naturaleza. Uds. conocen el cuento del escorpión y la rana, que se ponen de acuerdo en que la segunda cruce el vado con el primero auestas. Pero la rana duda “Vos sos un escorpión, me vas a matar”. “No, quedate tranquila, si te mato a vos me muerdo yo también, porque me voy a ahogar”. A mitad del vado el escorpión pica nomás a la rana y antes de morir los dos, ante la muda queja de la rana, le dice “Es más fuerte que yo, está en mi naturaleza”.

No le pidamos al gobernador, a éste, al que siga o al que estuvo, no le pidamos al poder político que diga “Ahora tomo la navaja y raaaah, que venga el control judicial”. No, si lo puede evitar lo va a evitar, porque está en su naturaleza.

Ahora bien, ¿quién es el que tiene que ponerle el cascabel al gato? El Poder Judicial, no hay otro⁷⁰. Y si el Poder Judicial no lo hace o peor aún le ayuda a sacarse los casca- beles que tiene puestos... es fuerte, es demasiado fuerte.

No sé si vieron el debate en el Congreso con los superpoderes, por supuesto está en un clima de cierto nerviosismo, no se puede pedir mucha precisión, pero me causó cierta gracia en el fondo, en este sentido de la risa de la hiena, ver que impacto una amenaza que les hizo Elisa Carrió a los senadores y no sé si a los diputados de que los iba a querellar penalmente por infames traidores a la patria. Es desprolijo porque francamente creo que hay emergencia, claramente hay emergencia y desde la época romana durante seis meses se admiten poderes bastante excepcionales.

Creo que a Carrió se le fue la mano en el sentido de decir “acá va a estar configurado el delito de infame traición a la patria”, pero los senadores capaz que no calcularon una estricta y puntual condena penal, pero sí que “Con tantas cosas que tenemos a ver si una más justo derrama el vaso”. Entonces aflojaron un poco y decidieron ponerle un poco más de frenos o de límites a la delegación. Puede haber estado bien o mal, pero lo cierto es que alguien dijo algo exagerado pero que tuvo impacto y logró un resultado. Ahora bien, ¿por acá nadie piensa qué pasa con alguien que hace que de los tres poderes del estado uno no funcione? Es demasiado grave, es el equivalente a un gobierno *de facto* en que no hay Poder Legislativo. El problema es que ahora ya no hay doctrina y jurisprudencia legitimadoras de los gobiernos de facto, ahora hay expresas normas constitucionales opuestas, pensadas específicamente para la emergencia. Ni en la emergencia se puede suprimir un poder del Estado. Si el golpe de Estado no lo pueden ya dar impunemente los militares, ¿puede acaso darlo la cabeza del Poder Judicial?

Más aún, si yo tengo que decir qué me importa más digo que, francamente, me importa más el Poder Judicial. Con Administración y el Poder Judicial se ha demostrado que el país igual funciona, aunque mal o pésimo. Pero con Poder Legislativo y Poder Ejecutivo, sin Poder Judicial, perdónenme, piénsenlo, es extraordinariamente grave: ya no se puede decir que funciona el Estado de los últimos siglos. Y acá no es un problema de

69. Sobre el tema del efecto sinérgico en derecho administrativo V., t. 3, cap. IX, § 4.7 y sus referencias, cap. X, § 18, “El efecto sinérgico de los vicios de forma y otros”.

70. Hemos sostenido siempre que es el más importante de los tres poderes. Actualmente veamos el mismo criterio en el t. 1, cap. III, sección II.

pasarse las culpas y decir que la culpa la tiene el gobernador, el gobernador también la tiene, pero ¿y con los jueces que están designados? Están notificados, les dicen que falta solamente tomarle juramento.

Me recordaban que el profesor español Luis Ortega, de paso por ésta, decía que vayan con un escribano. Buena idea, yo vendría con un escribano acá y labraría un acta. Primero preguntaría si me toman juramento y si no me lo toman que el escribano labre el acta. Lo que sigue después son las responsabilidades, porque esta no es una decisión que se pueda tomar sin incurrir en responsabilidad. La más simple y la más terrible es la civil porque esa sigue a la persona. Acá no hay que pensar en las responsabilidades políticas o penales porque no son eficaces, son demasiado poderosas. En el juicio de daños y perjuicios se lo sigue a uno hasta su casa, después de retirado o jubilado. Se lo sigue siempre.

IX. “MANDARLA BUSCAR”

Yo estuve hace unos meses, con un problema de vecindad, en una entrevista con el intendente lugareño, abogado él. Estaba un poco entre canchero y despectivo. Yo estaba en silencio acompañando a la gente. En algún momento los vecinos le dicen, con esa imprecisión del que no es abogado: “Si no es así vamos a utilizar todos los remedios o las acciones legales que correspondan”. El Intendente se ríe, con toda razón y les dice “Perdónenme, eso se va a resolver dentro de veinte años y yo no voy a estar ya”. Entonces yo, que al final de cuentas soy abogado, le dije “Mire, la acción de daños se resuelve mucho más pronto”. No se lo dije con esta vocecita, sino con una voz un poco más fuerte. El hombre se enojó muchísimo, casi me hace echar. Pero finalmente lo pensó, después me preguntó quién era, luego agarró la tarjeta y la miraba. Es abogado y es político. En la propia reunión se dio vuelta. Desarmó todo lo que tenía armado porque me creyó que lo iba a demandar por daños y perjuicios y que de esa demanda no se zafaba yéndose de intendente, no le dejaba el problema al otro. Se lo llevaba puesto a su casa, para siempre.

Como dicen Braibant y Long: al funcionario no le importa el juicio contra el Estado; no le importa el juicio contra la administración, no le importa el juicio contra su acto, porque sabe que *él no va a estar cuando se resuelva*. Qué le importa, “Hagan lo que quieran, demanden!” Pero si uno le dice “Lo voy a demandar a usted por daños y perjuicios, no importa si es por dos pesos con cincuenta, pero lo voy a hacer”. Eso tiene un alcance diferente si el planteo es correcto. Claro, nunca hay que dejarse extorsionar. La verdad, esto me lo enseñó un cliente a mí, un gran abogado, que no hay que dejarse extorsionar jamás por un juicio, le amenazan con hacer un juicio o se lo hacen, sopórtelo. Me han hecho juicios y los soporto y contesto la demanda y tomo abogado y gasto plata y espero la sentencia y, mientras tanto, llegan las cédulas a mi casa; el portero me dice *doctor, llegó esto para usted* y me lo da dobladito porque él no vio que era una demanda por daños y perjuicios. (Risas.)

Pues bien, el consejo sabio es no dejarse extorsionar. Que hagan juicio, que todavía se puede morir usted, se puede morir el otro, se puede arreglar, se puede resolver. No soy pues partidario del juicio como elemento extorsivo, pero sí como un aviso oportuno. Que no se entere veinte años después que las cosas son ahora distintas de lo que parecieron en aquel momento de insensibilidad, la insensibilidad del *proceso* frente a cada muerte.

Sé que es injusto, sé que es exagerado, por eso recordé que soy descendiente de andaluces. Pero es lo mismo en el sentido de la insensibilidad en el presente y el ajuste de cuentas años después. Yo, con todo afecto les digo sinceramente que es hora de llegar al final de la película de Fellini y resolverlo de cuajo antes que implote el edificio porque si no, después, las responsabilidades desgraciadamente van a ser pesadas. Esto ya no es *no verla venir*, es *mandarla buscar*.

Les pido disculpas por el tono dramático, propio de mi exageración, pero realmente es así como lo siento. Muchas gracias.

§ 104. EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÉS Y SU INCESANTE RENOVACIÓN

Luis A. Ortiz-Álvarez
Profesor de la Universidad Central de Venezuela y
de la Universidad Católica Andrés Bello

*(Crisis y grandes reformas de un paradigma. De la Revolución Francesa
al nuevo "Code de Justice Administrative" del año 2000)*

El contencioso administrativo francés (la justice administrative) ha sido, sin duda, un auténtico ejemplo o paradigma mundial en materia de control de la Administración Pública. La noción misma de Estado de Derecho y muchos de sus principios fundamentales están íntimamente relacionados con el nacimiento y desarrollo de tal sistema de justicia, del cual también va a surgir toda la construcción del Derecho Administrativo.

La riqueza de la historia francesa en la materia es, notoriamente, impresionante y, por supuesto, no pretendo historiar ni inventariar este vasto y apasionante proceso cuya explosión máxima tiene lugar con la *Revolución Francesa*, la cual generó una monumental onda expansiva que, como veremos, llega hasta nuestros días y que, de hecho, todavía está en curso. Lo que quiero destacar en estas notas, luego de hacer una pequeña conexión Revolución-contencioso administrativo (I), es que a pesar de las etapas de *crisis* por las que, ciertamente, ha pasado el sistema de justicia administrativa francés, llegando incluso a ser fuertemente criticado (II), el mismo sistema nunca ha dejado de recuperarse y pensar en la *renovación*, desde los mismos tiempos revolucionarios hasta lo más reciente del siglo XXI, y ello ha sido así en todos sus niveles, doctrinario, jurisprudencial y, con particular fuerza, a nivel legislativo (III). Me parece, pues, si acaso sea modestamente por medio de estas notas o breves reflexiones, que es tiempo de ayudar a rescatar la merecida celebridad del contencioso francés.

I. EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COMO LEGADO DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA

Sobre la historia y alcance de la Revolución Francesa y su influencia en la formación del Derecho público europeo (y mundial) ya se ha escrito bastante, y con sobrada brillantez por lo demás, para que yo siquiera soñase con rehacerla. Para esto, en todo caso, y además de una innumerable y riquísima bibliografía en francés¹, en inglés² y en muchas

1. Con meras aspiraciones ilustrativas, entre una infinita bibliografía, V., al menos, entre clásicos y recientes, 1) TOCQUEVILLE, Alexis, *L'Ancien Régime et la Révolution*; SIEYES, E., *Qu'est-ce que le Tiers État?*; 2) BLUCHE, F., RIALS, S. y TULARD, J., *La Révolution Française*, Puf, París 1998; LEFEBVRE, Georges, *La Révolution Française*, Puf, París 2000; MICHELET, *Histoire de la Révolution française*, 2 tomos, París 1979; SOBOUL, A., *La Révolution Française*, Gallimard, París 1984 / Puf, 1989; TAINE, H., *Les origines de la France contemporaine*, Hachette, París 1877-1874, 6 vol.; TULARD, J., *Histoire de France, Les Révolutions*, t IV, Fayard, París 1988; TULARD, J., FAYARD J. F. y FIERRO, A., *Histoire et Dictionnaire de la Révolution Française*, Laffont, Bouquins, París

otras lenguas³ sobre la visión histórica y general de la Revolución, afortunadamente ya contamos con extraordinarios estudios específicos, tanto desde el mirador doctrinario iuspublicista francés -al cual luego me iré refiriendo- como en el marco de los autores de Derecho Público hispanoamericano, entre los cuales destacan obras que han escrito grandes maestros, tales como las de García de Enterría, una clásica⁴ y otras más recientes⁵, pero todas muy renombradas, a las cuales hay que agregar un muy estimable libro de Brewer-Carías, el cual se suma a su astronómica bibliografía y a su inigualable forma de escribir⁶.

A partir de los eventos de la Revolución Francesa, la historia de la humanidad cambiaría para siempre. Sus aportaciones son simplemente inconmensurables y, por supuesto, sería muy ambicioso intentar presentarlas en un artículo, mucho menos en uno tan limitado y breve como este. Es difícil imaginar alguna materia o campo (social, económico, cultural, político, jurídico, científico, artístico...) que no haya sido alcanzado por los destellos de la explosión de 1789.

Baste pensar, entre muchos, en los grandes aportes de la Revolución -sin duda influida por los pensadores de ese tiempo⁷- sobre la visión de un hombre nuevo, la nueva sociedad y las declaraciones de derechos (y muy en particular la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*), las nuevas ideas de soberanía, el principio de legalidad o Reino de la Ley y de libertad, el fortalecimiento de la idea de Constitución, el principio de rendición de cuentas, la reorganización territorial del Estado y su particular visión del principio de separación de poderes y la consecuente generación de un sistema especial de control de la Administración Pública y de dualidad de jurisdicción. Esta era, pues, la esencia y la definición de la Revolución, tal como lo escribe con pasión Michelet: “*Je définit la Révolution, l'avènement de la Loi, la résurrection du Droit, la réaction de la Justice*”⁸.

1987, 1213 pp.; 3, FURET OZOUF, François (Dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française*, Flammarion, París 1988-2001, varios tomos; SOBOUL, Albert (Dir.), *Dictionnaire historique de la Révolution française*, Puf, 1989.

2. SUTHERLAND, D.M.G., *The French Revolution and Empire. The Quest for A Civic Order*, Blackwell Publishing, UK 2003 (y la bibliografía que allí se cita -vid. pp. 390-406-); DOYLE, William, *The Oxford History of the French Revolution*, Oxford, New York 1989; *The French Revolution, a Bibliography of Works in English*, the Historical Association, London 1988; *The French Revolution. A very short introduction*, Oxford 2001; THOMPSON, J.M., *The French Revolution*, Sutton, UK 2001; 2) BAKER, Keith Michael, *Inventing the French Revolution, Essays on French Political Culture in the Eighteenth Century*, Cambridge University Press, 1990; BLANNING, T.C.W., *The Rise and Fall of the French Revolution*, University of Chicago Press, 1996; JONES, C., *The Longman Companion to the French Revolution*, London 1988; SCHAMA, S. *Citizens. A Chronicle of the French Revolution*, Viking 1989.

3. Vid. en castellano CALDERON BOUCHET, Ruben, *La Revolución Francesa*, Editorial Santiago Apóstol, 2001; OLIVAN, I. Castells, *La Revolución Francesa (1789-1799)*, Ed. Síntesis, Madrid 1997; GONZÁLEZ PACHECO, A., *La Revolución Francesa 1789-1799*, Ariel, Madrid 1998.

4. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, Civitas, Madrid 1994.

5. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, Madrid 1999; *Problemas del Derecho Público al comienzo de siglo*, Civitas, Madrid 2001.

6. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Reflexiones sobre la Revolución americana -1776- y la Revolución francesa -1789- y sus aportes al constitucionalismo moderno*, EJV, Caracas 1992.

7. Entre quienes destacan, sin duda, LOCKE, MONTESQUIEU y ROUSSEAU, Jean-Jacques, tres gigantes del pensamiento universal y autores de magníficas obras (*Second Treatise of civil government*; *L'Esprit des Lois*; *Contrat social*) todas de incontables reediciones.

8. MICHELET, *Histoire de la Révolution française*, 2 tomos, t I, París 1979, p. 51.

Dentro de este universo, y además de insistir sobre su gran influencia en la configuración de la Administración contemporánea⁹, sobre lo que deseo poner énfasis es en la *relación directa* de la Revolución Francesa con el nacimiento de la justicia administrativa.

Tal como lo apunta García de Enterría, “la justicia administrativa es una creación jurídica completamente nueva, sin raíces en los grandes fundamentos del Derecho Occidental, el Derecho Romano, el Derecho Germánico, el *ius commune* medieval o moderno, la *common law*, el Derecho natural y de Gentes. Surge a fines del siglo XVIII, con la Revolución Francesa. Hasta entonces la Administración había sido un instrumento personal del poder del monarca, beneficiaria, por tanto, de sus mismos atributos (soberanía, *legibus solutus*, capaz de quebrantar Leyes y de otorgar exenciones o privilegios, exenta de controles externos y, por supuesto, del juez). Esta situación va a sufrir un cambio espectacular, el más significado de la historia de la Administración: ésta pasará a ser una organización regulada por la Ley, tanto en su organización como en su actividad, una organización llamada, en su virtud, a ejecutar la Ley y no cualquiera ocurrencias de sus agentes”¹⁰.

Con la Revolución, como se sabe, se establecería un nuevo principio de soberanía, la cual no va a residir más en el Rey, sino en la Nación, en el pueblo, tal como lo expresaba el artículo 3 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, siendo también relevante lo dispuesto por el artículo 6 del mismo Texto, en el sentido de que “La Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derechos a concurrir personalmente, o por sus representantes, a su formación”. La Ley, pues, regirá y someterá a todos, en particular a los *agentes* o *administradores* que conforman el también delegado Poder Ejecutivo, pudiendo sólo actuar en virtud de la Ley, la cual debía estar por encima del hombre, tal como lo postulaba Rousseau.

En este sentido, eran categóricos los artículos 5, 7 y 8 de la Declaración de 1789¹¹, al igual que la Constitución de 1791.

El Poder Ejecutivo, pasaba así a ser concebido como un conjunto de competencias tasadas, estrictamente prefijadas por la Ley. En todo caso, lo relevante es que este nuevo

9. Sobre el particular, pueden consultarse numerosos magistrales estudios, entre otros: BURDEAU, F., *Histoire de l'administration française. Du 18e au 20e siècle*, Montchrestien, París 1994; BURDEAU, F., *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, Puf (Thémis), 1995; GODECHOT, J., *Les institutions de la France sous la Révolution et l'Empire*, Puf, París 1998; GUGLIELMI, G.J., *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française de la Révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889)*, LGDJ, 1991; HAURIU, M., “De la formation du droit administratif français depuis l'an VIII,” *Rev. gén. d'adm.* t. 2, 1892, pp. 386 y ss.; LEGENDRE, P., *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, Puf (Thémis), 1968; *L'administration du 18e siècle, à nos jours*, Puf (Thémis), 1969; *Trésor historique de l'Etat en France. L'administration classique*, Fayard, 1992; SAUTEL G., HAROUEL, J.-L., *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution française*, Dalloz (Précis), 8e éd., 1997; THUILLIER, G. et TULARD, J., *Histoire de l'administration française*, Puf (Que sais-je?), 1994; TAINE, *Les origines de la France contemporaine*, París, HACCHETTE; tamb. el trabajo ya citado de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, 1994 (libro este último, por cierto, del cual también hay edición en francés, *Révolution Française et administration contemporaine*, Económica, París 1999).

10. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Problemas del Derecho Público al comienzo de siglo*, Civitas, Madrid 2001, pp. 27 y ss.

11. Esta, innovando en la historia, dispondría que “...*Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a hacer lo que la Ley no ordena*” (artículo 5); “Ningún hombre puede ser acusado, detenido o encarcelado más que en los casos determinados *por la Ley* y según las formas que ésta establezca” (artículo 7), norma que agrega que “cuando un ciudadano es llamado *en virtud de la Ley* debe obedecer al instante”. Asimismo, se establece que “nadie podrá ser condenado más que *en virtud de la Ley* establecida y promulgada anteriormente al delito” (artículo 8).

reino de la Ley o de *legalización* de todas las actuaciones públicas generales y singulares, suponía que, en contraste con el superado absolutismo, ahora sólo los funcionarios podían imponerse o exigir obediencia en *virtud de la ley*, principio que, por supuesto, debía ser sometido a un sistema de control o, al menos, de autocontrol.

Dentro de este contexto, como se sabe, y con particular causa en una famosa Ley dictada por la Asamblea en plena tormenta revolucionaria y de reforma judicial (la *loi des 16-24 août de 1790*), se formalizaría el *principio de separación de las actividades judiciales y administrativas*¹², del cual, junto a otras normativas complementarias, incluyendo a la Constitución de 1791, derivaría todo el sistema de control de la Administración Pública, esto es, la *justice administrative*¹³.

Una vez instaurado el sistema inicial, Napoleón Bonaparte jugaría un papel importante en la vida y consolidación de la justicia administrativa, en especial por medio de su impulso en la creación del Consejo de Estado o *Conseil d'Etat* (por la Constitución del año VIII), y la posterior instauración en su seno de una *commission du contentieux* en 1806. Para Bonaparte, el Consejo de Estado era una de esas "*masses de granit*" que había que echar sobre el suelo de la Francia. Y tal objeto se logró, pues desde sus inicios y por muchos años la jurisprudencia del Consejo de Estado fue admirable, a lo cual se sumaban los aportes -y en ocasiones la presión- del legislador por medio de reformas.

II. EL ESTANCAMIENTO DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÉS. EL MOVIMIENTO DE CRÍTICAS Y LA MUTACIÓN DEL SISTEMA

Pero no todo ha sido celebraciones. Por momentos, la brillantez y originalidad del contencioso francés llegó a perderse y, luego de ser un indiscutible paradigma, pasaría a ser puesto en entredicho, llegando incluso a percibirse un singular fenómeno de olvido.

En efecto, a pesar de la indiscutible espectacularidad y fama mundial del contencioso administrativo francés a lo largo de su historia (y quizás también por ello), hay que

12. Tema este de particular interés aquí, al cual CHEVALLIER, J., ha dedicado un libro excepcional: *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, París 1970, así como algún otro artículo posterior, "Du principe de séparation au principe de dualité" en *RFDA*, 1990, p. 712. *Cf.*, tamb. DELVOLVE, P., "Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire" en *Mélanges Chapus*, París 1992, pp. 135 y ss.; VEDEL, G., "La loi des 16-24 août 1790. Texte? Prétexste? Contexte?" en *RFDA*, 1990, p. 698; asimismo, el *Dossier* especial de las revistas *AJDA*, n° 9, 1990, (*Juridiction administrative et juridiction judiciaire 200 ans après la loi de 1790*); *RFDA*, 1990, (*La dualité de juridictions en France et à l'étranger. Bicentenaire de la loi des 16-24 août 1790*); y *EDCE*, n° 42, 1991 (*1790-1990, 200 ans après, le juge administratif et le juge judiciaire se rencontrent*).

13. Además de la bibliografía general citada hasta ahora, conviene ya ir tomando nota de algunas de las grandes obras generales del Derecho Administrativo, en las cuales se expresa bien la referida relación entre la Revolución y el contencioso administrativo: *vid.* entre otros, CORMENIN, Louis, *Droit administratif*, Pagnerre, 2 vol., 5ta. ed. 1840 (1ra. Ed. 1822); LAFERRIERE, Edouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2 vol., Berger-Levrault, 2e éd., 1896 (1re éd., 1887-1888); DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel*, 5 vol., Boccard, t. 1 à 3, 3e éd., 1927 et 1928, t. 4 et 5, 2e éd., 1924 et 1925 (1re éd., 1911); HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12e éd. (par André Hauriou), 1933 (1er éd., 1892); *Cf.* tamb. MESTRE, J.-L., *Introduction historique au droit administratif français*, Puf, 1985; y su trabajo "Le contentieux administratif sous la Révolution française d'après des travaux récents", *RFDA*, 1996, pp. 289 y ss., MONNIER, François, "La naissance du contentieux administratif moderne", *Rev. Adm.*, 1995, pp. 348 y ss.; y, en general, todo tratado o libro moderno de Derecho administrativo o de contencioso administrativo hace ineludible referencia a tal conexidad. Asimismo, como punto seguro de partida, la gran obra de CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, París 2002; tamb. su *Droit administratif général*, Montchrestien, París 2001.

reconocer, *on doit le reconnaître*, que, tanto internamente en Francia, como en el Derecho extranjero, no han faltado los que en tiempos relativamente recientes (*rectius*: antiguos) han destacado -y atacado- sus fallas.

Llegó un punto, preocupante, en el cual se podía afirmar que “*le droit administratif n’a plus bonne réputation*” (Delvolvé)¹⁴, lo cual estaba directamente relacionado con las fuertes críticas que durante diversas etapas se lanzaban en contra de la jurisdicción contencioso administrativa. Como lo destaca Lochak, muchos eran los factores que se conjugaron para que ocurriera esa *erosión* de la legitimidad de la institución del contencioso administrativo francés. La *admiración tradicional* de los profesores hacía la obra del Consejo de Estado se había *debilitado* y, en general, algunos hablaban de una “*perte de prestige*” del Derecho administrativo.

La edad de oro del contencioso francés, *tout court*, parecía haber terminado, y aunque la tentación de justificar y dar razones es grande, por lo pronto no voy a darme esta tarea de mencionar y explicar los diversos elementos que llevaron a esta situación. Basta mencionar, para ilustrar con mejores plumas que la mía, algunos estudios de auto-crítica dentro de la doctrina francesa que ya se dieron a esta tarea, siendo un inolvidable clásico aquel trabajo de 1962 del profesor Rivero sobre el *Huron au Palais Royal*, en el cual se destacaban tempranamente muchos de los defectos del contencioso administrativo francés¹⁵, al cual le seguirían los *Nouveaux propos naïfs d’un Huron* en 1979 del mismo autor¹⁶. En los años 80, tuvo lugar una nueva ola de trabajos críticos sobre el sistema francés, estando dentro de los más célebres los estudios publicados en la revista *Pouvoirs* en 1988¹⁷. Asimismo, y a pesar de muchas mejorías normativas y jurispruden-

14. Para darle contexto a esta afirmación, echa hace casi ya 10 años (lo que, en términos evolutivos recientes, significa hace mucho tiempo atrás) me permito citar el párrafo dentro del cual se enmarca la frase, con la cual, por cierto, DELVOLVÉ, Pierre, comenzaba su libro *Le droit administratif*, Dalloz, París 1994, “Le droit administratif n’a plus bonne réputation. Ou c’est peut-être seulement la juridiction administrative à laquelle il est lié, et au premier chef le Conseil d’Etat, qui fait aujourd’hui l’objet de reproches, voire d’un procès, atteignant ce droit lui-même./ Pendant longtemps considéré comme une sorte de miracle (WEIL, P.) ayant assujéti la puissance publique au respect de la règle de droit, il est souvent perçu aujourd’hui, surtout par ceux qui le connaissent peu, comme une source de complication pour les administrés et pour les justiciables. Après avoir été porté au pinacle, comme un modèle de développement progressif, voire progressiste, tenant compte à la fois de l’intérêt général et des libertés des citoyens au service desquels l’administration se trouve également, il est dénoncé comme attentatoire aux droits des particuliers, étranger aux besoins des entreprises, ignorant des courants internationaux. Il a contre lui l’air du temps, voire le vent de l’histoire!./ Du Conseil d’Etat, on n’attend plus les grands arrêts qui ont forgé le droit administratif. Trop distant des administrations et des autres juridiction, il le serait aussi des administrés, alors même qu’ils encomrent son rôle: sa justice, trop lente, serait vaine pour eux. On veut en détourner le cours au profit des tribunaux judiciaires. Du sacre, on est passé au massacre (F. BURDEAU). Le droit administratif ne vaut pas un excès d’honneur. Il ne mérite pourtant pas l’indignité. La seule justification de ce petit livre est d’essayer, en le présentant, d’en mesurer les vertus et les limites”.

15. RIVERO, Jean, *Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir*, Dalloz 1962, chron., pp. 37-40 (tamb. en *Pages de Doctrine*, LGDJ). Para esa época, también son relevantes los trabajos críticos de LAUBADERE, A., *Réflexions sur la crise du droit administratif*, Dalloz 1952, I, pp. 5 y ss. y de WALINE M., *Préfaces du Jurisclasseur administratif, Situation actuelle du droit administratif en France (1952; 1963)*; *Une décennie de droit administratif*, 1963-1973 (1974).

16. RIVERO, Jean, *Nouveaux propos naïfs d’un Huron sur le contentieux administratif*, EDCE 1979-1980, n° 31, pp. 27-30.

17. *Pouvoirs*, n° 46, intitulada *Droit administratif. Bilan critique*, París 1988, siendo de destacar los trabajos de MARION, Alain, BAZEX, BOULOUIS, CHEVALIER, COHEN-TANUGI, HUBAC/ROBINEAU y LOSCHAK. También en esta década, pueden mencionarse los estudios contenidos en *Trentième anniversaire des tribunaux administratifs*, Ed. CNRS, 1986. Asimismo, entre otros, se encuentran los estudios de WOEHLING, Jean-Marie, “Réflexions sur une crise: la juridiction administrative à la croisée des chemins”, *Mélanges Charlier* (Emile-Paul, 1981), pp. 341-368; VIARGUES, Robert, *Trentième anniversaire des tribunaux administratifs*, RDPF, 985, pp. 157-179; PRETOT, Xavier, *Réflexions sur la justice administrative*, Dalloz 1986, chron., pp. 271-274. Adicionalmente, vid. BIENVENU, J.J., *Le*

ciales, a principios de los años 90 también eran ásperos y constantes los análisis sobre el sistema, aun cuando ya se sentía con mayor positivismo y fuerza el auténtico proceso de *mutation* y renovación en el cual se encontraba ya el Derecho administrativo francés¹⁸.

En términos generales, y casi sin tregua, la doctrina francesa ha sido bastante auto-crítica y exigente, y sería muy tedioso tratar de listar todos los trabajos que en uno u otro tema del contencioso administrativo han sabido ver defectos, proponiendo cambios y reformas. Lo importante, en todo caso, es que estas críticas, entre intervenciones jurisprudenciales y legislativas, han sido resolutamente superadas. A partir de 1995 los cambios logrados eran impresionantes y todavía estaban por venir las reformas de 1997 y 2000, con las cuales, definitivamente, se logró recuperar, y con creces, la imagen de la justicia administrativa, cuya *âge d'or* está nuevamente en pleno esplendor. Ya veremos la profundidad de los cambios en muchas instituciones y dogmas sagrados (carácter revisor y objetivo, medidas cautelares, poderes de sustitución, ejecución de sentencias, etc.) lo cual, por si fuera poco, ha venido acompañado de un significativo y constante aumento del número de tribunales y magistrados, con lo cual se han logrado cifras y tiempos de decisión -y efectiva protección judicial- realmente envidiables, a la par de una estimable calidad de la justicia.

Pero antes de referirnos a este proceso de renovación, debemos recordar que las críticas del sistema francés no sólo tuvieron lugar en el país de Molière, sino que, como es normal, muchos autores extranjeros, aunque como *outsiders*, también hicieron eco de ese momento de desorientación del contencioso francés. Dentro de este nivel de la cadena analítica, es de destacar la labor que en este sentido ha realizado la doctrina española (quizás con la seguridad e inspiración proveniente de los otros sistemas europeos y del notable mejoramiento del contencioso español luego de la Constitución de 1978 y de las impresionantes consecuencias renovadoras sacadas del casi mágico derecho a la *tutela judicial efectiva*), aun cuando sea menester señalar que, si bien inmensamente valorada en Latinoamérica, en general dicha doctrina española es mucho menos conocida en el mundo jurídico francés.

Al respecto, no puede dejar de mencionarse el conocido libro de García de Enterría intitulado *Hacia una nueva justicia administrativa*, publicado a principios de los años noventa, en el cual se hacía referencia al contencioso en Francia como “el fin de un paradigma”, para destacar que dicho sistema y sus esquemas tradicionales habían dejado -o tenían que dejar- de ser el sistema ejemplar a nivel mundial en materia de justicia

droit administratif, une crise sans catastrophe, n° 4, Droits 1986; CHEVALLIER, J., *Changement politique et droit administratif*, in *Les usages sociaux du droit*, Centre univ. Picardie, Puf, 1989; COHEN-TANUGI, L., *Le Droit sans l'Etat*, Puf, París 1985.

18. Ante todo, las obras colectivas *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Bilan critique*, Económica, París 1991; *Le droit administratif en mutation*, presentada por CHEVALLIER, J., Centre univ. Picardie, Puf, 1993; “Le droit administratif. Des principes fondamentaux à l'effectivité de la règle: bilan et perspectives d'un droit en mutation”, *AJDA* n° spécial, juin 1995, (Débat: “Questions pour le droit administratif”). Asimismo, AUBY, J.-B. “Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites”, *Mélanges J.-M. Auby*, Dalloz, 1992; BIZEAU, J.P., “Le juge administratif n'est-il plus que le juge de la puissance publique?”, *AJDA*, 1992; CHAPUS, R., “L'administration et son juge. Ce qui change”, *EDCE* n° 43, 1992, p. 259; LOCHAK, D., *La justice administrative*, París 1992; TRUCHET, D., “A propos de l'évolution du droit administratif: loi d'extension et loi de divergence”, *Mélanges Chapus*, (Montchrestien 1992), p. 633; BRAIBANT, G., “Du simple au complexe. Quarante ans de droit administratif (1953-1993)”, *EDCE* n° 45, 1994, p. 409; PRETOT, X., “La juridiction administrative à lacroisée des chemins”, *Droit et politique*, Puf, 1993; SABOURIN, P., “Un Persan au Conseil d'Etat”, *AJDA*, 1993, pp. 515-525; tamb., el *Rapport de la Commission d'enquête sénatoriale, sur la justice administrative* (Président, Hubert Haenel; Rapporteur, Jean Arthuis), JO 11 juin 1992, Doc. Sénat, n° 400 (219 p.).

administrativa, aun cuando en esa misma obra se daba cuenta ya de los primeros pasos de un proceso de reforma que terminaría expandiéndose en años subsecuentes, como en trabajos posteriores el mismo García de Enterría -siempre actualizado respecto las publicaciones francesas- tendría oportunidad de reconocer y aplaudir. Así, en un libro de 2001 en el cual se analiza en su capítulo I “*La justicia administrativa en el cambio de siglo*”, el profesor español tendría oportunidad de informar sobre los significativos cambios del contencioso francés y de los otros sistemas europeos, a cuyas corrientes modernas el primero “no pudo dejar de ser receptivo”.

En propósito, García de Enterría dirá que “el sistema francés es ya, inexcusablemente, el de un proceso de protección subjetiva”, concluyendo su análisis general de la justicia administrativa europea -incluyendo a la francesa- con referencias a lo que califica como la maduración plena del proceso contencioso-administrativo” como una vía judicial plenaria y efectiva para el control de la Administración¹⁹.

Pero antes de llegar a estos niveles, ciertamente hubo un movimiento de críticas, representado por muchos trabajos que -con razón- atacaron los *dogmas* del contencioso tradicional, a cuya *vis* expansiva se sumaron los cientos de estudios que en los últimos años destacaron las nuevas virtudes de otros sistemas de justicia administrativa europeos, todo lo cual generó una suerte de nube oscura sobre el contencioso francés. Lo importante ahora, pues, es ver cómo se despeja todo ese humo que tiene cegado a muchos, quienes no han podido percatarse que el fuego principal ya ha sido apagado. Hay, pues, muchos autores que han dejado de mirar y buscar inspiraciones en el país de Descartes, movimiento de aparente huida que se ha arraigado aún más por las limitaciones naturales de idioma y porque los pequeños estudios (como los publicados en las revistas especializadas, entre estas la *AJDA*, la *RFDA* y la *RDP*)²⁰ llegan a pocos y las grandes obras de contencioso francés moderno (siendo de destacar entre las grandes las del maestro René Chapus, las cuales se reeditan y actualizan constantemente) no suelen ser traducidas al castellano, todo lo cual colabora negativamente en el todavía presente -a pesar de la fuerza expansiva del Internet²¹- fenómeno del *retardo cronológico* que separa al derecho francés del latinoamericano.

Pero todo lo negativo es historia. El contencioso administrativo francés se ha renovado y no merece hoy ni estar en el olvido ni mucho menos ser inercialmente atacado, aun cuando esto, según he podido percibir en algunos foros, no sea infrecuente hoy día.

En efecto, en la actualidad, para mi sorpresa y poniendo a prueba mi serenidad, todavía es posible escuchar el eco del ruido de aquéllos tiempos de críticas, aun cuando sean cada día más aisladas y, para traspolar una afirmación de Delvolvé, normalmente provenientes de aquéllos que siempre han conocido poco el sistema de justicia administrativa francés o, me atrevería a decir, de aquellos que, confiando en libros viejos y cegados por el resplandor de otros ordenamientos que también se han renovado, no han

19. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Problemas del Derecho Público al comienzo de Siglo*, Civitas, Madrid 2001.

20. *AJDA*: “L’Actualité Juridique Droit Administrative”; *RFDA*: *Revue Française de Droit Administrative*; *RDP* (o *RDPF*): *Revue du Droit Public et de la Science Politique*; a los cuales pueden sumarse muchas otras publicaciones periódicas relevantes, como el *Recueil Dalloz (D.)*, *Les Petites Affiches (LPA)*, *La Revue Administrative (Rev. Adm.)*, *Gazette du Palais (G.Pal.)*, *Revue Française de Droit Constitutionnel (RFDC)*, *Etudes et documents du Conseil d’Etat (EDCE)*, entre otras.

21. En este sentido, por cierto, no está demás tomar nota de la página web del Consejo de Estado Francés (www.conseil-etat.fr), llena de relevante información y constantemente actualizada.

podido actualizarse con las virtudes del *nuevo* sistema de justicia administrativa en Francia.

III. LAS GRANDES Y CONSTANTES REACCIONES DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÉS. VIEJAS Y ÚLTIMAS REFORMAS (DE LA REVOLUCIÓN AL SIGLO XXI)

Y de esto se trata el último punto de este modesto trabajo, de colaborar, a modo de revancha, en ese necesario proceso de información y rescate sobre lo que hoy por hoy es el contencioso administrativo francés y de hacer ver que, luego de un incesante proceso de avances jurisprudenciales y, en especial, de *reformas legislativas*, el sistema francés de justicia administrativa ha recuperado su posición en los primeros puestos del *ranking* mundial de efectividad en la materia.

En todo caso, con cierta resignación y a pesar de lo espectacular y constante -aunque, por supuesto, perfectible y en ocasiones criticable por su timidez- que resulta el fenómeno de renovación jurisprudencial francés, debo insistir en que no voy a poder dar cuenta de los avances del contencioso francés a través de sus grandes decisiones o *arrêts* del *Conseil d'Etat* y otros tribunales, en cuya masiva e indetenible labor también ha influido la jurisprudencia del *Conseil Constitutionnel*²² y la de los distintos tribunales de derecho europeo, con particular fuerza el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la Corte Europea de Derechos Humanos, por lo que sólo me limitaré a remitir a las obras exhaustivas del profesor René Chapus (*Droit administratif général*, 15^{ème} Ed., Montchrestien, París, 2001, 2 tomos y su *Droit du contentieux administratif*, 10^{ème} Ed., Montchrestien, París, 2002), así como, por supuesto, al insustituible libro de M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé y B. Genevois (*Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, París, cuya última edición que conozco es la 13^{ème}, por Dalloz, París, 2001).

Dicho lo anterior, y en esto sí quiero concentrarme, toca ahora destacar las evoluciones en bloque que, por vía de intervenciones del legislador, ha tenido el contencioso francés, grandes pasos legislativos dentro de cuya inmensidad solamente podré destacar las que a mi juicio son las más relevantes, dándole particular importancia a las más recientes.

A tal efecto, para refrescar memorias y dar datos viejos, en primer lugar hay que hacer breve mención a la batalla histórica del contencioso administrativo, la cual comienza en la época de la Revolución Francesa donde, por medio de varias leyes (tales como las de 16-24 de agosto de 1790, 7-11 septiembre de 1790 y 27 abril-25 mayo de 1791), se otorgaron competencias a la Administración para resolver ella misma sus litigios (los *directoires* de departamentos y distritos para los asuntos locales y el resto

22. En todo caso, me parece menester el siguiente reenvío bibliográfico: V., FAVOREU, Louis, *L'apport du Conseil constitutionnel au droit public*, Pouvoirs, 1989, pp. 17 y ss.; FAVOREU, Louis y PHILIP, Loïc, *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, París 1989; GENEVOIS, B., "Continuité et convergence des jurisprudences constitutionnelle et administrative", *RFDA*, 1990, pp. 143 y ss.; MERCUZOT, B., "L'integration de la jurisprudence constitutionnelle à la jurisprudence administrative", en *Le droit administratif en mutation*, Puf, Centre univ. Picardie, 1993, pp. 177 y ss.; OULD BOUBOUTT, A.S., *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Economica, París 1987; varios autores, *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, Montchrestien, París 1988. Tamb. VEDEL, G., "Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel", *Mélanges Chapus*, París 1992, pp. 662-671.

competencia del *conseil de ministres*, presidido por el Rey). En el año VIII, tendría lugar la primera reforma descollante, donde además de la confirmación del principio de separación por una Ley de 16 *fructidor*, la Constitución de 22 *frimaire* de ese año III (13 de diciembre de 1799) crearía el *Conseil d'Etat* y la ley de 28 *pluviôse* crearía el *conseil de préfecture* en cada departamento. Sin embargo, el nuevo sistema no alcanzaba a los ministros, los cuales conservaban su competencia de derecho común y en primera instancia en tanto que un texto expreso no le otorgara competencia expresa a otro juez, lo que revelaba el mantenimiento del sistema de *l'administrateur-juge* y, en concreto, del *Ministro-Juez*.

En 1806, tuvo lugar otra reforma de afinamiento del sistema, impulsada por Napoleón, como dije, consistente en la creación, por Decretos de 11 de junio y de 22 de julio, de una “comisión del contencioso” (*commission du contentieux*), la cual le daría un verdadero impulso al Consejo de Estado en su futura carrera como órgano jurisdiccional. En 1831, nuevas reformas mejorarían el funcionamiento y estructura del Consejo de Estado (publicidad de audiencias, figura de los *commisaires du gouvernement*, etc.).

Todo este sistema, se mantiene por muchos años y es visto como un modelo de *justice retenida (justice retenue)*²³ en el cual el Consejo de Estado y los Consejos de Prefecturas tienen potestades limitadas, si se quiere esencialmente consultivas y de autocontrol, momento éste del comienzo de la concepción de que el juez administrativo debe tener el espíritu de administrador (*l'esprit de l'administrateur*), esto es, del principio de *jurer l'administration, c'est encore administrer*²⁴.

En 1872, el sistema daría otro gran paso (ya dado antes por poco tiempo entre 1849 y 1851), esta vez para configurar un nuevo esquema más efectivo de “*justicia delegada*” (*justice déléguée*) donde los referidos tribunales adquieren potestades soberanas y propiamente jurisdiccionales²⁵. Esta última intervención legislativa, con la cual se produjo un auténtico fortalecimiento de las potestades judiciales de control contencioso administrativo, tuvo lugar por medio de la ley de 24 de mayo de 1872 y con la misma el Consejo de Estado podía tomar decisiones autónomas no sometidas a la aprobación del Jefe de Estado (*chef de l'Etat*), lo que bajo el sistema de justicia retenida era la regla, al menos en teoría (en la práctica el Consejo de Estado tenía ya gran prestigio e independencia).

En complemento de este gran avance legislativo, la jurisprudencia del Consejo de Estado terminaría de enderezar el sistema, por medio de una decisión de principio, el *arrêt Cadot* de 13 de diciembre de 1889²⁶, con la cual se entiende suprimida la competencia residual de los Ministros, pasando la misma al Consejo de Estado, en lo adelante juez general de derecho común y de primera instancia.

Con esta decisión, de autoconferirse de competencia general en materia de litigios contra la Administración, se complementaba el célebre *arrêt Blanco* de 1873, en el cual

23. SAUVEL, T., “Le justice retenue de 1806 à 1872”, *RDPE*, 1970, p. 260.

24. Sobre este principio, V., ante todo, SANDEVOIR, Pierre, *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, LGDJ, París 1964. Tamb. CHEVALLIER, J., *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, ob. cit., 1970.

25. V., DRAGO, R., “La loi du 24 mai 1872” y WRIGHT, V., “La réorganisation du Conseil d'Etat en 1872”, en *EDCE* n° 25, 1972, pp. 13 y 21.

26. *Rec.*, pp. 1148 y ss, concl. JAGERSCHMIDT; D. 1891.3.41, concl.; S. 1892.3.17, nota HAURIU M.; V., también LONG M., WEIL P., BRAIBANT, G., DELVOLVE, P. y GENEVOIS, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, París 2001; CHEVALLIER, J., “Réflexions sur l'arrêt Cadot”, *Rev. Droits* n° 9, 1989, p. 79.

se establecieron las bases (tanto de competencia jurisdiccional como sustantivas) del Derecho Administrativo.

Luego de una larga calma normativa, pero dentro de un ambiente de fortalecimiento del Consejo de Estado (y de una profunda articulación técnica de los recursos de *excès de pouvoir* y de *plein contentieux*), aunque a la vez de acumulamiento de demasiadas causas (*encombrement*) y de dificultades de decidir en tiempos razonables, tendría lugar otra gran reforma del contencioso francés. En 1953, los antiguos *conseils de préfecture* fueron suprimidos y en su lugar fueron creados los tribunales administrativos (*tribunaux administratifs*), a los cuales adicionalmente se les transfirió parte de las competencias en primera instancia del Consejo de Estado. Estos tribunales administrativos, que fueron creados por el Decreto-ley del 30 de septiembre de 1953 y por un Decreto de aplicación del 28 noviembre de ese año (en vigor desde el 1° de enero de 1954), hasta fecha reciente llegan a un número de 35 tribunales (colegiados), siendo los principales jueces de derecho común en primera instancia²⁷. En la actualidad, estos Tribunales suman más de 580 magistrados y dictan más de 110.000 sentencias al año. Nótese también, que la *qualité de la justice* de estos tribunales es tan alta, que sólo el 15% de sus decisiones son apeladas y, de estas pocas apelaciones, ni siquiera la mitad llega a prosperar.

En 1963, el Consejo de Estado sería nuevamente reorganizado, quedando fortalecida su "*section du contentieux*". Posteriormente, la organización y competencias del Consejo de Estado han sido constantemente mejoradas, siendo de destacar, entre otras, las reformas de 1980, 1987 y 1990, hasta llegar al nuevo Código de Justicia Administrativa de 2000, el cual también abarca al Consejo de Estado. La estructura de este famoso tribunal, dividido en Secciones y Sub-Secciones, es muy compleja y cada día más eficaz.

El Consejo de Estado Francés (*Conseil d'Etat*)²⁸, conformado por más de 300 miembros ordinarios, está dictando al año más de 10.000 sentencias y sus lapsos de decisión, de fondo y cautelares, han mejorado sensiblemente.

27. Sobre la reforma de 1953, puede consultarse CHAILLEY, P., "La réforme du contentieux administratif: règles de compétence", D 1954, chron., p. 51; DESFORGES, C., *La compétence juridictionnelle du Conseil d'Etat et des tribunaux administratifs*, LGDJ 1961; GAZIER, F., "De quelques perspectives ouvertes par la récente réforme du contentieux administratif", RDP, 1954, p. 669; A. DE LAUBADERE, "Le réforme du contentieux administratif", AJDA, 1953; LETOURNEUR, M., "La réforme des compétences au sein de la juridiction administrative", Pal G. 1953, 2, D, p. 62; RIVERO, J., "Le réforme du contentieux administratif", RDP, 1953, p. 926. Tamb. COMBARNOUS M., "La réforme du contentieux administratif: du décret du 30 septembre 1953 à la loi du 31 décembre 1987", AJDA n° spécial, juin 1995, p. 175; STIRN, B., "La situation des tribunaux administratifs", RFDA 1987, p. 436 y "Les tribunaux administratifs en 1989 et 1990: bilan et perspectives", RFDA 1990, p. 342; VIARGUES, R., "Trentième anniversaire des tribunaux administratifs", RDP 1985, p. 157; WEILL, G., "Les premiers résultats de la réforme du contentieux administratif", EDCE n° 11, 1957, p. 131; WOERHLING, J. M., "Réflexions sur une crise: la juridiction administrative à la croisée des chemins", *Mélanges Charlier*, Ed. Emile-Paul, 1981, p. 341; y las obras colectivas: *Les tribunaux administratifs vingt ans après le réforme de 1953. Bilan et perspectives* (Actes du Colloque pour le 20e anniversaire des tribunaux administratifs), Publ. Université Grenoble 2, 1974; *Trentième anniversaire des tribunaux administratifs* (Actes du Colloque national de Grenoble, 1984), Ed. CNRS, 1986.

28. Sobre el Consejo de Estado, además de las obras generales, en particular la de CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, cit., puede verse también MASSOT, J., MARIMBERT, J., *Le Conseil d'Etat*, Doc. fr. 1988; ROBINEAU, Y. y TRUCHET, D., *Le Conseil d'Etat*, Puf (Que sais-je?), París 1994; STIRN, B., *Le Conseil d'Etat. Son rôle, sa jurisprudence*, Hachette, París 1991. Tamb. ARNOULT, E. et MONNIER, F., *Le Conseil d'Etat. Juger, conseiller, servir*, Gallimard (Découvertes), 1999; COSTA, P., *Le Conseil d'Etat et la société contemporaine*, Economica, París 1993; *Le Conseil d'Etat, son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974* (obra colectiva, Dir. L. Fougère), Ed. CNRS, 1974; *Le Conseil d'Etat le 1^{er} an VIII à nos jours*, Soc. nlle Adam Biro, 1999 (IIe centenaire du Conseil d'Etat); "Le Conseil d'Etat avant le Conseil d'Etat" en *Rev. adm.* 1999 n° spécial 3, (IIe centenaire du Conseil d'Etat).

En 1987, por medio de una ley de 31 de diciembre, llegaría otra ola gigante. Esta vez con la creación de las Cortes Administrativas de Apelación francesas (*Cours administratives d'appel*), las cuales corresponden a una *innovación absoluta* (Chapus), pues era la primera vez que tribunal alguno (distinto al Consejo de Estado) tendría competencias de apelación en el contencioso general.

A estas nuevas Cortes de Apelación, intercaladas entre los tribunales administrativos y el Consejo de Estado, se les han transferido importantes competencias y, sin duda, han sido consideradas como uno de los mejores avances del sistema.

Inicialmente en un número de 5, posteriormente fueron aumentadas a 7 Cortes, todas colegiadas, divididas en Salas y de gran efectividad. Sumando más de 140 magistrados, estas Cortes dictan al año más de 11.500 sentencias²⁹.

Para este entonces, y a pesar de extraordinarios avances, a los cuales su sumaban las figuras de las *astreintes* por la ley de 16 de julio de 1980 y de los *référé*s, en especial el *référé provision* por un Decreto de 2 de septiembre de 1988 y el control de *cassation* del Consejo de Estado por las leyes de 1987 y 1989, entre muchos otros aportes normativos, todavía la doctrina exigía más. Entre las críticas más reiteradas, destacaban las relativas al supuesto carácter revisor y objetivo del sistema, la insuficiencia de las medidas cautelares, los limitados poderes de restablecimiento y sustitución del juez, la lentitud de los procesos y la dispersión normativa y la necesidad de una nueva codificación, entre otras.

Es así como en 1995, tendría lugar una de las renovaciones más importantes del contencioso administrativo francés. Las reformas fueron tan profundas en algunos campos, que -por ejemplo en materia de poderes del juez y el contenido de las sentencias- según expresiones de R. Chapus, se trataba de un *cambio espectacular* con el cual “se ha volteado una página en la historia del contencioso administrativo”³⁰. Se construía, en una frase de Drago, *un nuevo juez* contencioso administrativo.

En efecto, por medio de una Ley de 8 de febrero de 1995, se establecieron notables y numerosas modificaciones en el contencioso francés, demasiadas y muy profundas para si quiera intentar mencionarlas todas y, mucho menos, analizarlas. Mejor será remitir a

29. COMBARNOUS, M., *Une étape décisive dans la modernisation du contentieux administratifs*, AJ 1988, p. 76; FRANC, M., “Commentaires sur une réforme”, AJDA 1988, p. 79; GABOLDE C., “La seconde réforme du contentieux administratif”, D 1988, chron., p. 51; LONG, M., “Une réforme pour préparer l’avenir”, RFDA, 1988, p. 163; PACTEAU B., “La longue marche de la nouvelle réforme du contentieux administratif”, RFDA, 1988, p. 168; PIGNAULT M., “Perspectives ouvertes à la juridiction administrative par la loi du 31 décembre 1987”, EDCE n° 40, 1988, p. 215; STIRN B., “Le Conseil d’Etat après la réforme du contentieux”, RFDA, 1988, p. 187; TEDESCHI P., “Quelques aspects de la réforme du contentieux administratif”, JCP 1988, I. n° 3342; VIER C.-L., “Le contentieux administratif après la loi du 31 décembre 1987”, AJDA, 1988, p. 118. Tamb. CHABANOL D., “Une réforme inachevée”, AJDA, 1988, p. 102; LEPAGE JESSUA C. et HUGLO C., “La réforme du Conseil d’Etat vue par les avocats”, AJDA, 1988, p. 127; LEVY M. y PRETOT X., “Le juge, le justiciable et le tomahawk”, AJDA, 1988, p. 109. Asimismo, para estudios generales y balances, COMBARNOUS M., “La réforme du contentieux: du décret du 30 septembre 1953 à la loi du 31 décembre 1987”, AJDA, juin 1995 (n° spécial), p. 175; DRAGO, R., “Les cours administratives d’appel”, RFDA, 1988, p. 186; GENTOT M., “1989, première année de fonctionnement des CAA”, RFDA, 1990, p. 549; GENTOT M. et OBERDORFF H., *Les CAA*, Puf, Paris 1991; ISAILA H., *Les CAA. Approche critique*, Economica, Paris 1993; KALCK P., *TA et CAA*, Berger-Lavruault, Paris 1990; B. STIRN, “TA et CAA: un nouveau visage”, AJDA n° spécial, juin 1995, p. 183; RFDA 1992, pp. 643 et 795; los estudios colectivos en “La réforme du contentieux administratif; premier bilan”, RFDA, 1990, p. 337.

30. Vid. CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, París. Las referencias del texto aparecen a partir de la edición de 1995 (pp. 172, 724 y ss.) y se confirman y refuerzan en ediciones posteriores de esa obra. Para algunos comentarios adicionales, V., CHAPUS, René, *Droit administratif général*, París.

la bibliografía sobre el particular³¹. En todo caso, hay que destacar la expansión del campo de acción de la figura del *juez único*, esto es, de la posibilidad de que, dentro de un tribunal colegiado, muchas de sus decisiones sean tomadas rápidamente por un solo juez. La Ley también estableció la posibilidad, dentro de un proceso cautelar, de decretar la *suspensión provisoire* de la ejecución de un acto administrativo, es decir, una suerte de medida cautelar provisionalísima. Asimismo, y además de diversos aportes a nivel de los procedimientos, se dispusieron nuevas competencias para las Cortes Administrativas de Apelación.

Pero el más importante y trascendental aporte de la Ley de 1995 fue en materia de poderes del juez. Y aquí sí se ameritan unos comentarios adicionales. Si bien la tradición³² era la de no admitir que el juez contencioso administrativo realizara actos de administrador y dictara órdenes de hacer y de no hacer (*injonctions*), resulta ser que tal principio venía siendo seriamente atenuado por vía jurisprudencial, tanto en materia de los recursos de plena jurisdicción como los recursos de anulación. Así, para empezar, la jurisprudencia admitía claramente la posibilidad de que el juez contencioso administrativo decretara mandamientos de hacer o de no hacer a los particulares³³. Asimismo, la jurisprudencia admitía que en ciertos casos el juez contencioso administrativo dictara este tipo de órdenes o *injonctions* frente a la propia Administración, bien que la regla seguía siendo la contraria. Finalmente, la tradición ha venido a modificarse sustancialmente, en favor de los poderes del juez, con la Ley reforma del contencioso administrativo francés de 1995.

Según esta Ley, el juez puede pronunciar estas *injonctions* cuando decide un litigio en el fondo (*règle au fond un litige*), lo cual puede utilizarlo el juez para hacer efectiva la cosa juzgada creada por su sentencia. Tales mandamientos pueden requerirse, entre otros casos, cuando la sentencia *implique necesariamente* que una *medida de ejecución* sea tomada *en un sentido determinado*. Como lo reseña Chapus³⁴, “tales *injonctions* son, en efecto, la manifestación de las obligaciones resultantes de la cosa juzgada. Con tales órdenes el juez no hace sino que juzgar. En otros términos, lo que hace el juez es continuar el ejercicio de su función jurisdiccional y cumplirla plenamente”³⁵.

31. Sobre esta Ley, en general, V., el libro referido de CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, obra cit.; los estudios colectivos en la RFDA, 1991 (Dossier: *La loi du 8 février 1995 et la réforme du contentieux administratif*); También, FRAISSEX P., “La réforme de la justice administrative par la loi du 8 février 1995...”, *RDP*, 1995, p. 1053; HUGLO C. y LEPAGE C., “Le Titre IV de la loi du 8 février 1995...”, *Les Petites Affiches*, 17 mars 1995; PICARD, E., “La loi du 8 février 1995...”, *La semaine juridique*, 1995, I, n° 3840; tamb. DRAGO, Roland, “Un nouveau juge administratif”, en la publicación de las *I Jornadas de Derecho Administrativo Allan R. BREWER CARIAS*, 1995, pp. 13 y ss.; y en *Mélanges Jean Foyer*, Puf, París 1997, p. 451.

32. CHEVALLIER J., “L’interdiction pour le juge administratif de faire acte d’administrateur”, *AJDA*, 1972, p. 67; GAUDEMET Y., “Réflexions sur l’injonction dans le contentieux administratif”, *Mélanges Burdeau*, LGDJ, 1977, p. 805; MODERNE, F., “Étrangère au pouvoir du juge, l’injonction, pourquoi le serait-elle?”, *RFDA* 1990, p. 798; RIVERO, J., “Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir”, *D*, 1962, Chron., p. 37.

33. En donde, como muestra CHAPUS, R., *idem.*, pp. 719, se encuentra bastante jurisprudencia, p. ej. CE, 8-01-1960, Caso *Lafon*; 4-10-1976, *Elissonde*; 25-01-1980, *Sotem et Mariani*; 17-03-1993, *Tortajada*.

34. *Idem.* p. 727.

35. Esta necesidad de amplios poderes del juez, por cierto, ya había sido denunciada por RIVERO, Jean desde 1962, en su famoso trabajo *Le Huron au Palais. Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès du pouvoir*, Dalloz, 1962, p. 37 en donde el Indio decía “en nuestro pueblo, pensamos que la función del juez contencioso administrativo es, en efecto, decir aquello que el derecho exige: así, cuando por ejemplo nuestro juez decide cuál de los dos cazadores, que se disputan el cuerpo de un ciervo el cual ambos pretenden haber cazado, debe llevarse la presa, según las leyes de la caza, nosotros pensamos que él sigue actuando como juez, y no se convierte en cazador de ciervos”.

El contencioso francés, pues, en materia de poderes del juez y ejecución de sentencias, ha cambiado profundamente³⁶.

En 1997, vendrían otros mejoramientos del sistema contencioso administrativo francés, estos con ocasión del Decreto N° 97-563 del 29 de mayo de 1997, en vigor desde el 1 de septiembre del mismo año. En esta oportunidad las reformas eran muy diversas, destinadas a mejorar múltiples aspectos puntuales (regularización de recursos, instrucción de los procedimientos y cierre o libre adaptación de los lapsos procesales por parte del juez, indicación de lapsos de impugnación de sentencias, etc.) pero también a introducir ciertas novedades (tal como el *référé preventif* en materia de trabajos públicos y, en materia de la medida cautelar de efectos o *sursis à exécution*, la obligatoriedad de presentar un escrito de ratificación de interés en la continuación del juicio de nulidad en los casos de negativas de medidas cautelares por ausencia de apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*, lo cual debe hacerse dentro de un lapso de 2 meses so pena de entenderse desistido el proceso de pleno de derecho, lo cual revela la intención de impedir la continuación de procesos inútiles y la toma de conciencia de la seriedad de los jueces y de los altísimos niveles de coincidencia entre lo que se decide en sede cautelar y en sede definitiva)³⁷.

Finalmente, y ya para ir cerrando con todos los honores, quedan dos grandes reformas o avances por reportar. Por una parte, me refiero al reciente proceso de codificación que culminó con un nuevo Código de la Justicia Administrativa (*Code de Justice Administrative*), construido por lo que respecta a su parte legislativa por una *ordonnance* N° 2000-387 de 4 de mayo de 2000 y en cuanto a su parte reglamentaria por los Decretos N°s 2000-388 y 389 de la misma fecha.

El nuevo Código, que en realidad entró en vigor el 1° de enero de 2001, ha sido recibido por la doctrina como uno de los más importantes avances del sistema³⁸, toda vez

36. V., además de los estudios generales ya citados, BRISSON J.-F., "L'injonction au service de la chose jugée contre l'administration", *Rev. Justices* 1996 n° 3, p. 167; CAMMILLERI A., "Le pouvoir d'injonction du juge administratif: une révolution avortée?", *JCP* 1997, I, n° 3992; DEBBASCH R., "Le juge administratif et l'injonction: la fin d'un tabou", *JCP* 1996, I, n° 3924; C. GABOLDE, *Le juge administratif va-t-il nous gouverner?*, DA 1995, fasc. 11, p. 1; GUETTIER, Christophe, "L'administration et l'exécution des décisions de justice", *AJDA*, n° spécial, Paris 1999, pp. 66 y ss.; GOURDOU J., "Les nouveaux pouvoirs du juge administratif en matière d'injonction et d'astreinte. Premières applications de la loi du 8 février 1995", *RFDA* 1996, p. 333; MALVASIO F., "Les nouveaux pouvoirs d'injonction du juge administratif", *LPA* n° 18, février 1997; MODERNE, F., "Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif", *RFDA* 1996, p. 43; VALADOU P., "Le pouvoir de commandement du juge à l'administration", *LPA* 29 mai 1995, p. 4; WOEHLING J.M., "Les nouveaux pouvoirs d'injonction du juge administratif selon la loi du 8 février 1995: propositions pour un mode d'emploi", *LPA* 24 mai 1995, p. 18. Asimismo, GUETTIER CH., "Injonction et astreinte", *JCA*, fasc. n° 1114 (1997); PACTEAU B., "Astreintes envers les personnes morales de droit public, Juris-Classeur procédure civile," fasc. n°s 2145 s.; GAUDEMONT Y., "Le juge administratif, futur administrateur?", in *Le juge administratif à l'aube du XXIe siècle*, Presses univ. Grenoble, 1995, p. 179; y el libro de MOUZOURAKI P., *L'efficacité des décisions du juge de la légalité administrative dans le droit français et allemand*, LGDJ, Paris 1999.

37. Sobre las reformas de 1997, puede verse CHAUVAUX, Didier, "Réforme du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel", en *AJDA*, n° 9, 1997, pp. 688 y ss., autor que afirma que esta reforma también es muestra del interés en "aumentar la eficacia de las jurisdicciones contencioso administrativas y no afectar las garantías de los justiciables"; igualmente sobre esta reforma de 1997, V., LATOURNERIE M.-A., "Brèves réflexions su le décret n° 97-563 du 29 mai 1997 relatif au fonctionnement des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel et à la procédure devant ces juridictions" en *RFDA* n° 5, 1997, pp. 952 y ss.; GABOLDE, Christian, *Procédure des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel*, Dalloz, Paris 1997.

38. Ante todo, el excelente y práctico libro, ahora actualizado, de LEPAGE, Corine y HUGLO, Christina, *Code de justice administrative 2002-2003*, Litec, Paris 2002; tamb. CHABANOL, Daniel, *Code de justice administrative*, Le Moniteur, Paris 2001; FANACHI, Pierre, *La justice administrative*, Puf, Paris 2000; y El libro colectivo, *Justice administrative*, La Documentation Française, Edición 2001. Asimismo, CHAPUS, René, "Lecture du code de justice

que el mismo ha venido a ratificar y consagrar principios modernos de control judicial y ha pasado a unificar y sistematizar un gran número -que era casi inmanejable- de normativas dispersas³⁹.

Además, el Código tiene una visión integral, pues el mismo no sólo viene a regular la actividad de los Tribunales Administrativos y las Cortes Administrativas de Apelación (como era el caso del Código derogado)⁴⁰, sino que también abarca a la actividad del Consejo de Estado.

En palabras de Chapus, esta nueva codificación “importaba absolutamente a la coherencia, a la claridad y, por esta vía, a la inteligibilidad del derecho de la justicia administrativa, al igual que a su acceso... Código de confirmación y consolidación, es igualmente el Código del futuro”⁴¹.

Por otra parte, y generando ya una primera modificación del *Code de Justice Administrative*, al cual se ha incorporado y fusionado, tenemos la importante reforma generada por la Ley de 30 de junio de 2000 (*loi du 30 juin 2000*). Se trata, nada menos, de lo que Pacteau ha calificado como “una de las grandes reformas contemporáneas del contencioso administrativo”, “recompensa de un trabajo preparatorio eficaz” y reflejo de la “muerte programada de los tabúes que por mucho tiempo pesaron sobre la justicia administrativa... viejos principios tambaleantes que sólo esperaban caer y que no eran sino que arena y polvo”⁴².

La ley de 30 de junio de 2000 (en vigencia desde el 1º de enero de 2001), ha venido a reestructurar y fortalecer resueltamente el sistema de medidas cautelares en el contencioso francés, esto es, los llamados *procédures d'urgence* -sistema ya antes bastante avanzado y poderoso⁴³-. En concreto, y este es el primer gran aporte, la ley crea un novedoso y amplísimo *référé suspension*, el cual viene a suplantar al antiguo *sursis à exécution* y a la *suspension provisoire*. El nuevo *référé suspension* tiene un campo de acción más amplio, pues expresamente se dispone su operatividad frente a actos denegatorios⁴⁴. Asimismo, otro avance de sumo interés, se suavizan las condiciones de procedencia y, en concreto, se bajan los estándares de exigencia para el estudio del *fumus boni iuris*, lo cual tiene lugar con un consciente cambio de lenguaje, de antes exigirse un *moyen sérieux* de anulación ahora es suficiente la exigencia de dudas, esto es, de *doute sérieux* en cuando a la legalidad de la decisión.

Pero adicionalmente, como una muestra más de la extensión de los poderes del juez y de la aceleración de los procedimientos, la nueva ley de junio de 2001 crea un *référé liberté*, el cual permite decretar *cualesquiera medidas necesarias* para la *salvaguarda* de las *libertades fundamentales*, debiendo pronunciarse el juez en un brevísimo lapso de 48 horas.

administrative”, *RFDA*, n° 5, 2000, pp. 929 y ss.; CASANOVA J. A., “Le code de justice administrative”, *AJDA*, 2000, pp. 639.

39. El nuevo Código tiene 720 artículos, 151 legislativos y 569 reglamentarios.

40. El anterior Código, de alcance parcial, era el *Code de tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel* (de 1989) y antes de este, el *Code de tribunaux administratifs* (de 1973).

41. CHAPUS, René, “Lecture du code de justice administrative”, *loc. cit.*, 2000, *cit.*, pp. 929-939.

42. PACTEAU, Bernard, “Vu de l'intérieur: loi du 30 juin 2000, une réforme exemplaire”, *RFDA* n° 5, 2000, pp. 959 y ss.

43. V., ORTIZ-ÁLVAREZ, Luis A., *La protección cautelar en el contencioso administrativo*, Sherwood, Caracas 1999.

44. Con lo cual se supera definitivamente la restrictiva jurisprudencia *Amoros* de 1970 que afectaba a la figura de suspensión de efectos.

En lo que respecta al importante *référé provision*, por medio del cual se otorgan provisiones económicas cautelares, la nueva Ley de 30 de junio de 2000 no dispone nada nuevo, por lo que el mismo se entiende vigente bajo la normativa anterior, ya suficientemente amplia y moderna. También subsiste sin modificaciones el *référé instruction*.

Sin embargo, el *référé conservatoire* ha sido mejorado, al no supeditarse más a la existencia de un recurso previo, siendo también irrelevante el tema de prejuzgar sobre lo principal. Adicionalmente, el *référé précontractuel* ha quedado reforzado al permitirse al juez suspender la firma de los contratos por un lapso específico de tiempo.

En lo que respecta a los procedimientos de estas medidas cautelares, la ley de 30 de junio de 2000 dispone que el juez deberá decidir con extrema rapidez, en 48 horas para el *référé liberté* como vimos y en los mejores lapso posibles (“*dans les meilleurs délais*”) para el *référé suspension*. De igual modo, en aras de tal aspiración, expresamente se entiende que la decisión cautelar puede ser tomada por un solo juez (*juge unique*) y que, además, no es necesario esperar las conclusiones del *commissaire du gouvernement* para la realización de la audiencia contradictoria, la cual, por lo demás, se dispone puede ser escrita u *oral*, lo que es otro aporte importante de la normativa, la cual luce ya revolucionaria. Por último, también se establece una suerte de poder de selección o *filtrage* del juez, quien puede descartar de inmediato las solicitudes manifiestamente inadmisibles, e igualmente se disponen unos lapsos breves de decisión de las apelaciones.

Para ir cerrando con palabras de Fouletier y Pacteau, es posible sostener que “la ley de 30 de junio de 2000 ha logrado el *tour de force* de hacer descender de su pedestal al carácter ejecutorio de los actos administrativos”⁴⁵. La ley es *ejemplar* y “nadie duda que el fin de siglo exigía un *tournant juridique*, para hacer progresar la justicia administrativa”.

La ley en cuestión, que ya ha sido objeto de importantes análisis y comentarios⁴⁶, y cuya identificación exacta es *Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives*, ha sido complementada por un decreto de aplicación, el *Décret n° 2000-1115 du 22 novembre 2000*, normativas que, como dije, han quedado integradas en el nuevo Código de la Justicia Administrativa, o mejor, de la nueva justicia administrativa.

Esta Ley de 30 junio de 2000, por lo demás, y no es un dato menor, fue analizada y firmemente apoyada por la misma Ministra de Justicia en Francia, en una declaración en julio de 2002, en la clausura de un coloquio⁴⁷ sobre la misma, reconociendo que el talón de Aquiles de la justicia es su lentitud, a lo cual la nueva ley reacciona con vigor y acierto, dentro de este proceso de *mutation* de la justicia administrativa, concluyendo:

45. FOULETIER, Marjolaine, “La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives”, *RFDA* n° 5, 2000, pp. 963 y ss.

46. Además de la obra de CHAPUS y de los trabajos generales antes citados sobre el Código de Justicia Administrativa, puede consultarse CYRIL, Clément, “Le juge administratif des référés: un véritable juge de l'urgence après la loi du 30 juin 2000”, *LPA*, 10 août 2000; FOULETIER, Marjolaine, “La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives”, *loc. cit.*; MORLOT-DEHAN, Clotilde, “La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif”, *LPA*, 4 septembre 2000; PACTEAU, Bernard, “Vu de l'intérieur: loi du 30 juin 2000, une réforme exemplaire”, *loc. cit.*; ROUAULT M.C., *La loi du 30 juin 2000: un petit pas vers un traitement efficace de l'urgence par le juge administratif*, Dalloz, 2001, chron. p. 398; VANDERMEEREN, Roland, “La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif”, *LPA*, 2000, p. 706. Asimismo, el “Rapport du groupe de travail du Conseil d'Etat sur les procédures d'urgence”, en *RFDA* n° 5, 2000, pp. 941 y ss.; “Rapport public 2002 - Conseil d'Etat”, *EDCE*, n° 53.

47. *La pratique du référé administratif: un an après*, en la Assemblée nationale, París el 12 de febrero de 2002 (www.justice.gouv.fr).

“je voudrais redire mon attachement au bon fonctionnement de la justice administrative...Pour ma part, je pense que notre société aurait plus à perdre qu'à gagner à un affaiblissement de la justice administrative qui a toujours su soumettre, avec doigté et fermeté, l'administration au principe de légalité comme au principe de responsabilité”.

En la práctica judicial, por lo demás, los resultados también palpables, tanto en la constante utilización de los nuevos mecanismos como, más importante aún, en los niveles de celeridad de respuesta. Vistos los avances y requerimientos legales (y la creación de tribunales y aumento significativo de magistrados y funcionarios judiciales que ha tenido lugar en los últimos años, proceso de reclutamiento que todavía es constante y sostenido), hay que destacar que el contencioso administrativo francés, tanto en los procedimientos de fondo como en los cautelares, ha alcanzado lapsos de decisión realmente admirables. En este sentido, y para mostrar lo que es verdadera tutela judicial efectiva, sea suficiente mencionar que, en materia de medidas cautelares (los *référé*s), el promedio durante todo el año 2001 fue que las mismas, contradictorio incluido, las decidía el Consejo de Estado en un promedio de 9 días y de solamente 3 días cuando estaban involucradas libertades fundamentales, efectividad también visible en los años 2002 y 2003, e igualmente presente a nivel de las Cortes Administrativas de Apelación y de los Tribunales Administrativos.

En definitiva, tal como el mismo García de Enterría lo ha aceptado y proclamado, el contencioso administrativo francés se ha generalizado como un proceso de protección subjetiva y efectiva, equiparándose a los mejores sistemas europeos y, agrego yo, quizás superándolos. En palabras del maestro español, es claro que hoy día la justicia administrativa europea, y dentro de ésta la francesa, ha madurado plenamente “eliminando todos los viejos obstáculos radicados en la tradición de exención de la justicia del viejo poder público, lejano y absoluto, y demoliendo todas las sucesivas y tenaces técnicas de impedir, limitar o condicionar la plenitud del conocimiento judicial que durante dos siglos han ido apareciendo. Al doblar este siglo el modelo me parece a punto de alcanzar su perfección última. La justicia administrativa, así perfeccionada, convertida en una tutela judicial plenaria y efectiva, no coartada, aproximativa o parcial, se ha erigido definitivamente en una pieza insoslayable de la concepción occidental del Estado de Derecho”⁴⁸.

Desde la Revolución hasta nuestro tiempo, el contencioso administrativo francés ha sabido renovarse como pocos. No creo en la perfección del sistema ni tampoco quiero venderlo de esa forma.

Hay, por supuesto, aspectos que pueden ser mejorados. No existe, de hecho, ningún sistema de justicia administrativa en el mundo que pueda ser calificado de perfecto.

Pero lo cierto del caso, es que el contencioso francés ha retomado un *standard* general de efectividad extraordinario. En la teoría, y en la práctica, la *justice administrative* está funcionando y lo está haciendo de manera magnífica. El paradigma, pues, ha vuelto y, en muchos aspectos, su omnipotencia y supremacía son más admirables que nunca.

48. V. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Problemas del Derecho Público al comienzo de Siglo*, Civitas, Madrid 2001, p. 59.

§ 105. ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN ENGLISH LAW

J. A. Jolowicz
Profesor de la Universidad de Cambridge.
Inglaterra

In October of the year 2000, the English judicial system acquired, for the first time in its history, an *Administrative Court*. The Court is manned by a number of judges nominated by the Lord Chief Justice to sit as judges of the Court.

The introduction of the Administrative Court recognises the increase in litigation in the field of administrative law, but, from the point of view of principle, it is really little more than a change in nomenclature. The Administrative Court is not a separate court in its own right: it is not even a recognised Division of the High Court. It is no more than an element of the Queen's Bench Division of the High Court. Its judges are judges of that Division¹: they are full time judges, but not full time judges of the Administrative Court.

This is all in keeping with one of the fundamental notions of the unitary judicial system of English law. It is for the ordinary courts, not separate administrative courts, to deal with litigation arising out of the acts and decisions of public authorities, including the central Government, and to do so in accordance with the ordinary general law. Indeed, if a public authority is shown to have committed a civil wrong (*tort*) against an individual, it may be held liable in the ordinary courts and in accordance with the ordinary law². For most purposes, English law recognises only two main categories of proceedings the criminal and the civil. What is not criminal is civil. So, cases that would elsewhere be classified as *administrative* are, in England, civil³.

In principle, therefore, and until recently, the English system barely recognised and made little if any use of the distinction between public and private law: it was a matter of dogma that the same law governs everyone in the state, both public officials, at all levels, and private citizens. The distinction between public law and private law was, of course, known, but it has been said that its principal use was to assist with the classification of books in a library. As will appear, the distinction acquired great practical importance in the early 1980s, but before turning to that it must be noted that the ordinary law lacks the means to provide full judicial control of the administration. Something specialised is needed, for example, if an individual is to be able to challenge the act or decision of a public authority with a view to having it quashed as illegal, and

1. The High Court is that part of the Supreme Court that deals with cases at first instance. The High Court is formally divided into three Divisions-The Chancery Division, the Queen's Bench Division and the Family Division.

2. English law thus rejects the reasoning of the famous French case of *Blanco*, T.C. 8 fév. 1873. D. 1873.3.17, concl. FORMERLY, David the maxim "The King can do no wrong" protected the Crown from liability. In her personal capacity the Queen remains immune to liability imposed by *her* judges, but since 1947 the Crown Proceedings Act has rendered the Crown, i.e., the sovereign in a public capacity, acting through Government Ministers (*Ministers of the Crown*) generally liable in tort, subject only to certain exceptions.

3. *In re Norway's Application* [1990] 1 A.C.723.

the same is true if the challenge seeks to prevent a public authority from acting in excess of the powers conferred on it by law or to compel it to act where it is its legal duty to do so.

To deal with this kind of problem recourse was made to the so-called *prerogative* remedies. By the end of the 16th Century, a number of *prerogative* remedies, that is, legal methods whereby the King could call upon his judges to exercise judicial control over *inferior jurisdictions* had become available to his subjects: “The Crown lent its legal prerogatives to its subjects in order that they might collaborate to ensure good and lawful government”⁴. The three prerogative remedies relevant to administrative law were known as *certiorari*, *prohibition* and *mandamus*⁵. By *certiorari*, the decision of an inferior jurisdiction could be brought before the court for consideration of its legality: if found to be illegal it would be quashed. By *prohibition*, an inferior jurisdiction could be prevented from exceeding its competence. By *mandamus* it could be compelled to perform a positive duty imposed upon it by law.

At first, the prerogative remedies were said to be available only against *inferior jurisdictions*, that is bodies with a duty to act judicially, but they came to be available also in relation to the acts and decisions of administrative and some other bodies as well⁶.

This is not the place to explore in detail the expansion in the scope of the prerogative remedies: our concern is with procedure. It must suffice to say that in modern times their scope has been greatly expanded so that it now extends even to certain non-statutory bodies having no direct connection with Government, if they in fact exercise powers that are such that they can nevertheless properly be considered to be *public* powers. For example, the Panel on Take-overs and Mergers of the City of London is a *private* body that has promulgated a set of rules governing company take-overs and mergers. Though it has no statutory base and acts independently of Government, the Panel exercises extensive power in the City of London, can impose severe penalties for breach of its rules, such as exclusion from the London Stock Exchange and is relied on by the Government as an important element in control of the market, working in conjunction with the statutory regulation of investment business. The Panel’s powers are, therefore sufficiently *public* for its decisions to be subject to *certiorari*⁷.

During the 19th Century, the judicial system and the entire system of ordinary civil procedure in England underwent major reforms. The prerogative remedies were, however, omitted from these reforms. For better or worse they were allowed to retain their ancient characteristics and could only be invoked through an antiquated form of procedure which did not allow a claim for a prerogative remedy to be combined with a claim for any other remedy that might be available under the general law. An applicant for *certiorari*, for example, claiming that an administrative order affecting him should be quashed for illegality, could not add to that claim a claim for damages as compensation for harm caused to him by the illegal order. The procedure itself was complex. An applicant for what was still known as a *writ* of *certiorari*, *prohibition* or

4. Wade & Forsyth *Administrative Law* (ed.8, 2000) (hereafter *Wade*) 582. Habeas corpus is also a prerogative remedy, but is not relevant to the concerns of this paper.

5. See post, n.13.

6. Wade, 595-600. The Courts of the Justices of the Peace exercised important judicial functions and so constituted *inferior jurisdictions*. They also had imposed upon them a wide variety of administrative functions. This probably assisted the early expansion of the scope of the prerogative remedies beyond *inferior jurisdictions*.

7. *R. V. Panel on Take-overs and Mergers ex p. Datafin Plc* (1987) Q.B. 815.

mandamus asked for a *rule*, that is an order of the court calling upon the other party to *show cause* why the writ should not be issued. If the rule was granted, and the other party failed to *show cause*, the rule was made *absolute* and the remedy granted; otherwise, the rule was discharged. This was a costly and time-consuming two-stage procedure.

In 1933, some simplification was introduced. The procedure by *rule* was abolished, but before being able to proceed with his claim, the claimant had, instead, to obtain the court's permission: once permission had been granted, the case followed the pattern of normal single stage proceedings. In 1938, the *writs*⁸ were changed to *orders* of certiorari, mandamus or prohibition as the case might be, which brought further minor simplification.

These changes, though beneficial, left the user of the prerogative procedure at a serious disadvantage by comparison with the user of the ordinary civil procedure. First, it continued to be impossible to combine a claim for one of the prerogative remedies with a claim for any other remedy. Secondly, while an ordinary civil litigant is entitled to have his opponent disclose relevant documents in his possession or control - *disclosure of documents*- this was not so under the prerogative procedure and, in contrast with the normal rule that evidence is presented orally by witnesses who are subject to cross-examination, the evidence under the prerogative procedure was given by sworn written statement (*affidavit*) on which cross-examination was very rarely allowed. In addition, under the prerogative procedure, the time limits were very much shorter than those under the ordinary procedure, and the permission requirement remained. However, the short time limits and the requirement of permission are commonly said to be necessary protections for public authorities against frivolous challenges to their decisions or acts and against prolonged periods of uncertainty as to their validity⁹. Both survive as part of the present law.

One consequence of the deficiencies of the prerogative procedure was an increased willingness on the part of the judges to allow use of the ordinary procedure for proceedings against public authorities. Of course, no litigant could claim certiorari, prohibition or mandamus through that procedure, but two ordinary *private* law remedies, if awarded against a public authority are almost as good. First, if an injunction is obtained against a public authority preventing it from pursuing an illegal course of action, that will be as effective in bringing the illegal conduct to an end as would be an order of prohibition. More importantly, perhaps, from a practical point of view, the modern remedy of a *declaration* can be used as a substitute for certiorari. It is possible, through the ordinary procedure, to ask the court to make a declaration of the legal position as it exists between the parties to the proceedings without at the same time seeking any other remedy¹⁰. So, for example, by way of the ordinary procedure, a claimant may ask the court to make a declaration that a certain decision of a public authority, is illegal and void.

It is true, of course, that such a declaration would not actually nullify the illegal decision, as would the grant of the prerogative remedy of certiorari, but it may be confidently expected that no public authority will attempt to apply a decision of its own once the court has pronounced that decision to be illegal.

8. The old form of the *writ* of certiorari was that of a royal demand to be informed of a matter: Wade 591.

9. See post text at n.18.

10. The declaration, which was brought into general use in the 19th Century, is a discretionary remedy, as are the prerogative remedies. This means that the judge has a certain freedom in deciding whether to grant or refuse it.

It thus came about that, for a time, the same *the ordinary* procedure could be used for challenges to public authorities as to *private* bodies that were not subject to the prerogative remedies but that were nevertheless in a position to exercise power over others, such as Trade Unions and professional associations. So, for example, there was no procedural difference between a case in which a declaration was granted that a proposed change in the rules of a Trade union was unlawful, and one in which a similar declaration of illegality was granted in relation to a demand by the Inland Revenue Authority for certain information from taxpayers. What is more, in similar circumstances, the substantive law is the same. For example, it is an aspect of what are called *the rules of natural justice*¹¹ that a person has a right to a fair hearing before a decision adverse to his interests is taken. This applies and was originally developed in relation to the decisions of statutory (public law) tribunals or administrative authorities: a decision taken in breach of the rules of natural justice will be declared void and of no effect. With the growth in modern times of powerful private bodies, the same principle has come to be applied to them. If a member of a trade union or other association is summoned to appear before its disciplinary committee, that committee must comply with the rules of natural justice or risk a challenge to its decision and a declaration of the decision's illegality.

In 1977, a fully revised procedure for the prerogative remedies was introduced. Each of them became an element of the new *application for judicial review*¹². Under the Civil Procedure Rules 1998, Part 54, now in force, the substance of the 1977 law is maintained¹³. The 1977 law made it possible to join a claim for an injunction, a declaration or for damages with a claim for one of the prerogative remedies. Disclosure of documents can be ordered as may be cross-examination on affidavit evidence. It is also possible for the court to order proceedings started as an application for judicial review to continue as if they had been started as an ordinary action¹⁴, but under the 1977 law there was no possibility of a transfer from ordinary proceedings to judicial review¹⁵.

The short time limits for judicial review and the requirement of permission to proceed remain part of the law.

There is nothing in the legislation governing the application for judicial review that explicitly deprives a person of the choice, formerly available, between the ordinary civil procedure -usually an action for a declaration- and judicial review asking for certiorari. On the contrary, it was the intention of the draftsmen of the reforms that the choice should remain open¹⁶. However, after a period of uncertainty, the House of Lords, in the case of *O'Reilly v. Mackman*¹⁷ dismissed an action for a declaration that the decision of a public authority was illegal and did so purely and simply because the claimants had adopted the wrong procedure. They should have used judicial review and asked for

11. The phrase has acquired a technical meaning. There are two fundamental rules: a man may not be a judge in his own cause, and a man's defence must always be fairly heard: see Wade, 435-543.

12. R.S.C. Ord. 53, now C.P.R. Part 54. See also Supreme Court Act 1981, s. 31.

13. Apart from changes in the language of the rule, the principal differences are that the claim for judicial review is now begun in much the same way as certain types of ordinary action and that English phrases have been substituted for the former Latin titles of the remedies. Certiorari, prohibition and mandamus are now known as a *quashing order*, a *prohibiting order* and a *mandatory order* respectively. For convenience, the Latin words will continue to be used in this paper.

14. Only in so far as claims for an injunction, a declaration or damages are concerned. It is explicitly laid down that judicial review procedure must be used for claims for mandamus, prohibition or certiorari: C.P.R. 54.2.

15. But see post, text at n. 39.

16. The realisation of this intention would, in any case, have created difficulty: Wade 649-650, post text at n. 35.

17. (1983) 2 A.C. 237.

certiorari. The case was one that could only be brought before the court by way of an application for judicial review. The House thereby established what is known as the *exclusivity* of judicial review.

The case concerned a number of men who had been sentenced to periods of imprisonment. Like all prisoners they would have received some remission of their sentences, but they committed serious disciplinary offences while in prison and were sentenced by the Board of Visitors (the *Board*) -the disciplinary authority- to loss of remission. They alleged that the Board had reached its decision unlawfully, and, by ordinary action, sought a declaration that the sentences of loss of remission were null and void. It was clear that, if their allegations were true, the decision of the Board would have been unlawful, but the House of Lords dismissed their action without consideration of its merits.

Part of the reasoning behind this decision was that the reforms of 1977 had removed the unfairness to the litigant of the old prerogative procedure and that there was therefore no reason to continue to allow the use of the ordinary procedure in *public law* cases. The short time limits, the requirement of permission to apply, the use of affidavit evidence and the few other surviving disadvantages to claimants were justified in the interests of good administration. "The public interest in good administration requires that public authorities and third parties should not be kept in suspense as to the legal validity of a decision the authority has reached ... for any longer period than is absolutely necessary in fairness to the person affected by the decision"¹⁸.

A general rule, subject to some exceptions was laid down by the House of Lords to the effect that it would be wrong to permit a person seeking to establish that a decision of a public authority infringed rights to which he was entitled to protection under public law to proceed by way of ordinary action and by this means to evade the provisions of the law "for the protection of such authorities"¹⁹.

There are two points in particular that must be made about *O'Reilly v. Mackman*.

The first is that it amounts virtually to a return the old formulary system from which English law was liberated by the reforms of the 19th Century. For centuries English law as administered by the central courts²⁰, was contained within a number of *forms of action*, each of which was appropriate for cases of a particular kind and each of which was self-contained and exclusive of the others. Over the years much time and money was spent in the courts on examining in meticulous detail whether the claimant had engaged the correct form of action for his case. A litigant who had the misfortune to select the wrong form of action would lose, whether or not he would have succeeded in obtaining the redress he sought through a different form of action: the question of overall merits was simply not considered²¹. The technicalities of the forms of action disappeared more than 100 years ago. It appears that -within the specialised field with which this paper is concerned- it was brought back by the House of Lords. The claimants in *O'Reilly v. Mackman* failed solely because they chose the wrong *form of action*, and the substance of their claims was never considered.

18. (1983) 2 A.C. at p. 280-281, per Lord Diplock.

19. (1983) 2 A.C. 285.

20. Originally, justice was local. The King's courts acquired jurisdiction piecemeal through development and expansion of the *forms of action*.

21. To be accurate the unfortunate claimant suffered a *non-suit*. The dismissal of the claim did not have res judicata effect: he was entitled to start a fresh action (if not out of time), but in reality, this was small consolation.

The second point is the use by the House of Lords of the concept of *public law* as the test for whether an ordinary action for, say, a declaration, may be engaged by the claimant, or whether he is obliged to apply for judicial review.

As already noticed, English law has not traditionally made practical use of the distinction between public and private law.

The position reached after *O'Reilly v. Mackman* was so well described by Lord Wilberforce in a case decided in the House of Lords just one year later, that it is here quoted in full:

The expressions *private law* and *public law* have recently been imported into the law of England from countries which, unlike our own, have separate systems concerning public and private law. No doubt they are convenient expressions for descriptive purposes. In this country they must be used with caution, for, typically, English law fastens not upon principles but upon remedies. The principle remains intact that public authorities and public servants are, unless clearly exempted, answerable in the ordinary courts for wrongs done to individuals. But by an extension of remedies and a flexible procedure it can be said that something resembling a system of public law is being developed. But before the expression *public law* can be used to deny a subject a right of action in the court of his choice it must be related to a positive prescription of law, by statute or statutory rules.

We have not yet reached the point at which the mere characterisation of a claim as a claim in public law is sufficient to exclude it from consideration by the ordinary courts; to permit this would be to create a dual system of law with the rigidity and procedural hardship for plaintiffs which it was the purpose of the recent reforms to remove²².

The decision in *O'Reilly v. Mackman* forcibly introduced into English law the distinction between public and private law not as a matter of theory, but with an immediately practical function.

If a case was treated as arising out of *public law*, the use of judicial review was mandatory. If not, judicial review was excluded and only the ordinary procedure itself was available. In the light of what was said by Lord Wilberforce, it can readily be understood that in many of the cases decided in the years after *O'Reilly v. Mackman* the outcome depended on the claimant's choice of procedure. A particularly troublesome area was that of public employment. An employee of a public authority might be employed under a normal contract of employment, in which case he could not claim against the authority by judicial review²³. On the other hand, he might be employed on statutory terms and conditions, that is public law, in which case judicial review would be mandatory²⁴.

As time passed after *O'Reilly v. Mackman*, the judges themselves -and most vocally the appellate judges- began to indicate their dislike for the dichotomy that that case had established, especially in those cases in which the defendant sought to strike out the claim on the sole ground that it had been begun in the wrong form. Gradually ways were found to soften the rigidity of the exclusivity rule of *O'Reilly v. Mackman*.

One profitable area for this was found in cases that involved both public and private law. So, in one case, the relevant public authority determined that a doctor working for the National Health Service had failed to give sufficient time to his practice as required

22. *Davy v. Spelthorne B.C.* (1984) A.C. 363, 276.

23. *R. v. East Berks. Health Authority, ex parte Walsh* (1985) Q.B. 152

24. *R. v. Home Secretary, ex parte Benwell* (1985) Q.B. 554. In most of these cases, the employee claimed that he had been wrongfully dismissed from his employment. See Wade, 651; Walsh "Judicial Review of Dismissal from Employment" (1989) P.L. 131.

by statutory regulations, and withheld part of his salary: this would have been perfectly lawful if it were the fact that the authority's determination was correct. The doctor brought an ordinary action claiming payment of his full salary. The success of his claim depended, of course, on a successful challenge to the (public law) determination by the authority. Notwithstanding this point, the House of Lords held that he had a private law right to be paid in accordance with the (statutory) terms of his employment and allowed his action, which was to enforce that private right, to go ahead²⁵.

The second means found to soften the exclusivity rule is less principled but more pragmatic. In relatively few cases of judicial review are there serious questions of fact, and the modern procedure for judicial review is modelled on a particular form of civil procedure designed for use where no serious issues of fact have to be resolved²⁶. It is widely agreed that where this is not the case, the ordinary procedure is the more suitable. In *Dennis Rye Pension Fund v. Sheffield City Council*²⁷, the claimants owned residential property, which the local housing authority called upon them to repair and improve. The claimant was awarded a grant by the authority (under public law) which the authority subsequently refused to pay on the ground that the work had not been carried out to its satisfaction. The claim was for payment of the grant and was brought by the ordinary procedure and the authority argued that it should have been brought by judicial review. The Court of Appeal held that the claim could go ahead by the ordinary procedure. Lord Woolf M.R.²⁸, pointed out that a challenge to the authority's refusal to express satisfaction -necessary as a condition of payment of the grant- would depend on the examination of factual issues which were more appropriately examined in the course of ordinary proceedings.

The final means found to give greater flexibility to the ruling in *O'Reilly v. Mackman* effectively gives to the court a large discretion to allow the use of the ordinary procedure in *public law* cases. It calls for a little explanation. The formal ground for striking out the claim in *O'Reilly v. Mackman* as given by Lord Diplock in the House of Lords was that the use of the ordinary procedure in the circumstances of that case amounted to an *abuse of the process of the court*.

Abuse of the process of the court is a well known and time honoured phrase used to describe proceedings which seek to use the process of the court for some ulterior and improper purpose: an action which is classified by the court as an *abuse of the process of the court* will be struck out²⁹.

25. *Roy v. Kensington and Chelsea Family Practitioner Committee* (1992) A.C. 624. See also *Wandsworth L.B.C. v. Winder* (1985) A.C. 461: the tenant of a house owned by a local authority was sued by the authority by ordinary action because he refused to pay an increased rent. The authority argued that he could not, in that action, raise by way of defence the argument that the (public law) decision to raise the rent was unlawful: according to the authority the tenant should first challenge that decision by judicial review. The House of Lords had no doubt that such a step was quite unnecessary and that the defence could be raised without it.

26. C.P.R. 54. 1 (2) (c), making *Part 8 procedur* -an alternative form of ordinary procedure for use in cases not involving disputes of fact- the *judicial review procedure*.

27. (1998)1 W.L.R. 840.

28. *Ibid.* at p. 847. "M.R.", is the abbreviation for Master of the Rolls, the ancient title of the President of the Court of Appeal.

29. A famous historical example is that of an action brought by one highway robber (*highwayman*) against his partner for the taking of an account between them of the proceeds of their profession. See JOLOWICZ, *Abuse of the Process of the Court: Handle with care*, 1990 "Current Legal Problems" 77.

In *Mercury Ltd. v. Telecommunications Director*³⁰, a dispute arose between the claimant, a private telecommunications company, and the Director General of Telecommunications -a public authority- about the interpretation by the latter of the former's telecommunications licence. The claimant began ordinary proceedings for a declaration that its own interpretation was correct. Against the defendant's objection that judicial review should have been used, the House of Lords held that the action was competent. Lord Slynn pointed out that proceedings in the Commercial Court³¹ were at least as well suited, if not better suited, to determination of the issue in the case than judicial review. It could not, therefore, be properly regarded as an abuse of the process of the court. In coming to his conclusion, Lord Slynn indicated that in his opinion a degree of uncertainty was...

a small price to pay to avoid the over-rigid demarcation between procedures reminiscent of earlier disputes as to the forms of action and of disputes as to the competence of jurisdictions apparently encountered in civil law countries where a distinction between public and private law has been recognised. It is of particular importance, as I see it, to retain some flexibility as the precise limits of what is called *public law* and what is called *private law* are by no means worked out. The experience of other countries seems to show that the working out of this distinction is not always an easy matter. In the absence of a single procedure allowing all remedies -quashing, injunctive and declaratory relief, damages- some flexibility as to the use of different procedures is necessary. *It has to be borne in mind that the overriding question is whether the proceedings constitute an abuse of the process of the court*³².

By 1996, therefore, or thereabouts, the rigidity of the exclusivity rule had been substantially reduced by the decisions of the courts³³. However, even if the will had been there to get rid of the rule altogether, that ceased to be a practical possibility after 1977. The reforms of that year made it possible to combine a claim for an injunction, a declaration, or damages with a claim for judicial review³⁴. But those are *ordinary* remedies, ordinarily available by ordinary action. If, therefore, the exclusivity rule were removed, so that an ordinary action for a declaration could be brought against a public authority, a claimant could have rendered nugatory almost the whole of the judicial review procedure. It was an unfortunate and unintended consequence of the 1977 liberalising reform that abolition of the exclusivity rule, by giving the claimant the choice of procedures, would have led to an absurd result and so was effectively ruled out³⁵.

On the other hand, there is almost universal agreement that the unproductive procedural arguments and the dismissal of claims for procedural reasons that followed *O'Reilly v. Mackman* must be avoided so far as possible. Nevertheless, the Law Commission -perhaps because it felt that it had no choice- recommended only that transfers both ways between judicial review and ordinary proceedings should be allowed, but not that the procedures should be unified³⁶.

30. (1996) 1 W.L.R. 48.

31. Like the Administrative Court, the Commercial Court is a part of the Queen's Bench Division of the High Court, but of much greater antiquity.

32. (1996) 1 W.L.R. at p. 27, emphasis added.

33. This does not mean that public authorities ceased to raise the rule in their own defence, even taking it - generally unsuccessfully- to the House of Lords, as in *Steed v. Home Secretary* (2000) 1 W.L.R. 1169.

34. Ante, text at n. 14.

35. Wade, 650.

36. *Administrative Law: Judicial Review and Statutory Appeals* Law Com., n° 206, 1994.

Some time later, Lord Woolf in his major Report on the system of civil justice³⁷, recognised that the exclusivity rule had led to “wholly undesirable procedural wrangling” and that it continued to cause problems. However, he too did not, recommend the legislative abolition of the dichotomy. Instead he recommended that the two procedures should be brought closer together in order, as he said, to bridge the divide between public law and private law claims. To a substantial extent, this has been achieved under the new Rules. Proceedings for judicial review are now started by use of the same claim form as is used for those ordinary civil cases that do not raise serious issues of fact³⁸, and cases can now be transferred into, as well as out of judicial review³⁹. This last point may not be of great assistance to claimants, however since the short time limits available in judicial review⁴⁰ will apply and the court’s permission to proceed will be required once the case has become one of judicial review⁴¹.

A little guidance to litigants is contained in the new Rule, which states that judicial review *must* be used where the claimant seeks a mandatory order, a prohibiting order or a quashing order⁴², judicial review *may* be used where the claimant seeks a declaration, an injunction, or damages⁴³. This does not do much, however, to help the litigant to avoid the wrong choice of procedure in a difficult case. In official advice to litigants contemplating action to challenge the lawfulness of an enactment, a decision, or action of a public authority, it is pointed out that judicial review may not be appropriate in every instance. In consequence, litigants are *strongly advised* to seek appropriate legal advice.

Such legal advice, if competently given and followed should normally protect the claimant from having his case struck out under *O’Reilly v. Mackman*, but there is now a real possibility that the courts themselves can play a part in preventing disastrous mistakes of procedural choice. It is a cornerstone of the new Civil Procedural Rules that they have the “Overriding objective of enabling the court to deal with cases justly”⁴⁴.

This objective is intended to be achieved mainly by the use of judicial case management, the introduction and detailed specification of which is a principal purpose of the new rules. It is no longer, as it was before, for the parties to control the way a case is developed through its pre-trial stages, but for the court to give directions from the inception of the case until trial.

Under this system there seems to be no reason why, if the court considers that the wrong procedure has been selected it should not, of its own motion if necessary, order

37. In 1994, Lord Woolf, then a judge in the House of Lords, was appointed by the Lord Chancellor to carry out a review of the rules and procedures of the civil courts with a view to improvement in access to justice. His report and recommendations were published in two parts as *Access to Justice: Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales, Interim Report 1995, Final Report 1996*. Lord Woolf’s report forms the basis of the Civil Procedure Rules 1998, which now govern civil procedure.

38. Ante n. 26. The claimant in a judicial review case is required to supply very much more information and also supporting evidence on his claim at this stage than is required for an ordinary action.

39. Formerly, only the latter was possible.

40. CPR 54.5 (1), which states that the claim form must be filed *promptly* and in any event not later than three months after the grounds to make the claim first, arose. The court has a discretionary power in exceptional circumstances to extend this limit: CPR 3.1 (2) (a).

41. CPR 30.5 (2); CPR 54.4.

42. I.e., mandamus, prohibition or certiorai. See ante n. 13.

43. CPR 54.2, 54.3. Judicial review cannot be used to claim damages alone: CPR 54.3 (2).

44. CPR 1.1. Various aspects of this are expanded in CPR 1.2.

the case to continue as if it had been started as an ordinary action⁴⁵, or that it should be transferred to the Administrative Court as a case of judicial review⁴⁶.

The new procedural rules came into effect only in 1999 and have scarcely had time to prove themselves. However, on the face of things it seems that the worst effects of *O'Reilly v. Mackman* have probably been eliminated, but the dichotomy itself survives. It remains to consider some of its more important implications and whether a unified procedure could in practice be instituted⁴⁷.

If it is right that the most serious of the problems created by *O'Reilly v. Mackman* have been resolved, it may be asked why there should continue to be concern at the survival of the dichotomy. One answer, from a theoretical point of view, lies in the general unity of English law and the absence of a tradition of distinguishing between *public* and *private* law cases: *administrative* cases are civil cases and should be treated as such⁴⁸. From a more practical point of view, the use of a distinct procedural form for *public* law cases provides the special *protection* of the permission requirement and the short time limit to all *public* law cases -including the most trivial- and to no *private* law cases, however significant. It makes no sense to afford special procedural protection to the decision of a Parish Council to change the days on which rubbish is collected in a village and to deny it to the decision of a large *private* corporation with many employees to change the conditions of its pension scheme. It is convenient to look separately at the two elements of the protection.

Permission. It is claimed that the permission requirement is necessary to protect public authorities from frivolous or unfounded challenges. It is true that under the ordinary procedure a claimant needs no permission to proceed, but there are procedures whereby a defendant may apply for a claim against him to be struck out, or alternatively he may apply for summary judgment dismissing the claim without further hearing. The grounds on which this may be done are that the claimant "has no real prospect of succeeding on the claim" -which certainly covers frivolous or unfounded challenges- and that there is no compelling reason why the case should be disposed of at a trial⁴⁹. A successful application on these grounds will bring the action to an end, without more. That is quite sufficient to protect a public authority from baseless challenges. Certainly, under judicial review, it is the claimant who must apply for permission to proceed, whereas under ordinary procedure it is the defendant who must apply to have the claim dismissed. There is no reason, however, why a public authority should have this unique procedural advantage. If it wishes to dispose summarily of proceedings against it, it should be required to take the initiative, like any other litigant.

Short time limit. It cannot be denied that the legal validity of some administrative decisions should not be left in doubt by allowing challenges to them to be brought for so long as the limitation period of *private* law has not expired⁵⁰. Once again, however, this does not mean that every administrative decision requires the same protection. The Public Authorities Protection Act 1893, which provided special short periods of limitation for proceedings against public authorities, was repealed in 1954 without

45. CPR 54.20.

46. CPR 30.5 (2).

47. It is not denied that this would require legislation, and, perhaps, primary legislation at that.

48. Ante, text at n.3.

49. CPR 24.2.

50. The normal limitation (prescription) period is 6 years. For judicial review, it is normally 3 months.

causing difficulties⁵¹, and a number of statutes which confer powers on public authorities specify their own periods within which challenges to the exercise of those powers must be brought. Rules such as these relate to particular public authorities or to particular categories of administrative decision, not to all administrative decisions, and are capable of individual adjustment. The legislature can attach to administrative acts and decisions the limitation period that is appropriate to the circumstances; those that need no special protection can be left to the ordinary law.

Standing. An important difference between the judicial review and the ordinary procedure, not already mentioned in this paper is that for the former a claimant must have *standing*. No such requirement is formally recognised for the latter, but, as already stated, in certain circumstances an action can be terminated without trial; in the ordinary procedure this is likely to happen if the claimant fails to state facts sufficient to show that the defendant has infringed a legal right of his own. This has much the same effect as would a dismissal for lack of standing, though English law does not recognise it as such.

The present law of standing for judicial review is directly tied to the permission requirement which provides that permission must not be granted unless the court considers that the applicant has “a sufficient interest in the matter to which the application relates”⁵². This is a flexible formula which has allowed the courts to make judicial review available not only to persons whose interests are affected but who cannot show a legal right of their own, but also to public spirited claimants whose purpose is to vindicate the law.

This was effectively settled by the House of Lords in *R. v. Inland Revenue Commissioners ex p National Federation of Self Employed and Small Businesses Ltd*⁵³. In that case the Federation claimed by judicial review that the Inland Revenue had illegally favoured one class of taxpayers, in breach of its duty to administer the tax law fairly as between different classes of taxpayer. The House held that the initial permission to proceed had been rightly granted: it would be a “grave lacuna in our system of public law if a pressure group, like the federation, or even a single public-spirited taxpayer, were prevented by outdated technical rules of *locus standi* from bringing the matter to the attention of the court to vindicate the rule of law and get the unlawful conduct stopped”⁵⁴. At a later stage, however, after consideration of evidence presented by the Inland Revenue, it became clear that what the Revenue had done in the actual circumstances was within its lawful powers. It was finally held that after all, the Federation did not have standing, and the claim was dismissed without more.

There are, it is true, logical difficulties with this decision. Correctly, a decision that a claimant lacks standing is a preliminary decision that should be taken once and for all when the proceedings are started, and not after a consideration of the merits. However, the decision in the *Inland Revenue* case has its advantages. It means that permission to proceed can and should be given at the outset if the court considers that the claim shows “what might on further consideration turn out to be an arguable case in favour of granting the claimant the relief that he claims”⁵⁵. In other words, at the beginning, the

51. Wade 653.

52. Supreme Court Act 1981, s. 31 (3).

53. (1982) A.C. 617.

54. (1982) A.C. at p.644, *per* Lord Diplock.

55. *Ibid.*

permission requirement, combined with standing, excludes only frivolous claims or those that are manifestly unsustainable; if permission is refused the defendant is relieved of offering any evidence in defence. On the other hand, if permission is granted at the earliest stage, the defendant must make some kind of answer to the claim, but if that answer is sufficient to defeat the claim on the merits, the proceedings need not run their full course.

There have been a number of cases in which Government decisions have been brought before the courts for consideration in which no individual rights have been affected. In one striking example a taxpayer was held to be entitled to challenge a Government decision to lay before Parliament a draft Order for the payment of a large sum of public money to the European Community⁵⁶.

Again, to take just two more examples, it has been held that the environmental organisation, Greenpeace, had standing to challenge a decision authorising the building of a nuclear power station⁵⁷, and that the Equal Opportunities Commission had standing to challenge a Minister's refusal to accept that the U.K. was in breach of European employment law and its consequent refusal to introduce legislation said to be necessary under European law⁵⁸.

In the latter case Lord Keith in the House of Lords observed that it would be a "very retrograde step now to hold that the EOC has no *locus standi* to agitate in judicial review proceedings questions related to sex discrimination which are of public importance and affect a large section of the population"⁵⁹.

It has been said, following the *Inland Revenue* case, that, in effect, a citizen's action or *actio popularis* is now in principle allowable in suitable cases⁶⁰, and, as noted earlier⁶¹, the scope of judicial review is now much wider than it was. It follows that the opportunities for citizens to challenge the acts and decision of governmental and quasi-governmental bodies has been greatly expanded.

This is a healthy and desirable development, and it may well be that it could not have been achieved had *O'Reilly v. Mackman* not established the public/private dichotomy and the exclusivity of judicial review in English law.

Nevertheless, it is now suggested, by way of conclusion, that the time has come in England, and perhaps elsewhere, for a fundamental reconsideration of the dichotomy from the point of view of principle and legal policy. In England the dichotomy has taken the form of a separation of the procedures to be used for *public* law and for *private* law cases and the distinction is not deeply rooted in the English legal tradition⁶². In some other countries the dichotomy is deeply rooted and has taken form of a distinction between two judicial orders the *ordre judiciaire* and the *ordre administratif*. In those countries it may be more difficult to eliminate, but at least in England there is, as has been shown, a move away from insistence on its rigid application and what may be a trend towards its elimination.

56. *R. v. H.M. Treasury, ex p. Smedley* (1985) Q.B. 657. The challenge failed on the merits.

57. *R. v. Inspectorate of Pollution, ex parte Greenpeace Ltd. (n° 2)* (1994 4 All E.R. 329).

58. *R. v. Secretary of State for Employment, ex p Equal Opportunities Commission* (1995) A.C.1.

59. *Ibid.*, at p. 26.

60. Wade, p. 682.

61. Ante, text at n.7.

62. Ante, text at n. 22.

In the ultimate analysis, the policy behind the dichotomy rests on the assumptions -no doubt valid in the past- that Society consists of the State, on the one hand, and of private citizens on the other, and that all significant power rests with the State. It needs no demonstration, however, that these assumptions are no longer valid. The acts and decisions of great corporations and of powerful trade unions are as capable of having wide spread consequences for society as are many, if not most, administrative decisions. It is, therefore, no less important that the legality of those acts and decisions should be open challenge.

In English law, the Attorney-General has standing to bring civil proceedings *in the public interest* and so does a private citizen who obtains permission to use the Attorney-General's name, by way of what is called a *relator action*⁶³.

However, the Attorney-General's decision whether or not to take action himself or to grant permission is wholly unfettered. It is not a judicial decision. It is subject to control only in Parliament and may be influenced by political -but, theoretically, not by party-political considerations⁶⁴.

Otherwise a private citizen may bring ordinary civil proceedings by relying on a private right of his own even though he does so for the ulterior purpose of vindicating the law, but this essentially involves a legal fiction.

A right of the claimant has been infringed and he purports to sue in respect of that, but his claim is brought in a wider interest. So, in *Congreve v. Home Office*⁶⁵ the Home Office had taken action in relation to the issue of television receiving licences which would have the effect of causing the plaintiff to suffer a very small financial loss (£6, i.e., less than US\$10), but the same Home Office action affected very large numbers of other people. The claimant sought a declaration that the action of the Home Office was unlawful, and succeeded⁶⁶. Lord Denning M.R. in the Court of Appeal noted that if the Home Office action was lawful, all those people would suffer and added, "They appeal to this court to help them. Mr. Congreve is their leader. His case is brought to test all of them".

On the other hand, where the claimant is unable to rely on a legal right of his own, however insignificant, his claim will necessarily fail. In *Gouriet v. Union of Post Office Workers*⁶⁷ the Secretary-General of the Union announced a proposed boycott of all communication with South Africa as a protest against the apartheid regime then in power in that country. The boycott would inevitably have involved post office workers in breaches of the criminal law and probably the Union also. The claimant first tried to get the agreement of the Attorney-General to a relator action and on his refusal, began proceedings in his own name. He could not claim infringement of a legal right of his own, and in the House of Lords his claim was rejected, in substance because only the Attorney-General can bring civil proceedings in the public interest against a *private* person or body, an expression which, unrealistically, includes a large Trade Union.

63. In a relator action the individual actor is essentially *dominus litis* and is responsible for costs, but the Attorney-General retains some control- e.g., over a possible appeal.

64. The Attorney-General is, of course, not only the principal law officer of the Crown, but a member of the Government.

65. (1976) Q.B.629.

66. This was before *O'Reilly v. Mackman* was decided and no objection was taken to the use of an ordinary action against a Government Department.

67. (1978) A.C. 435.

In the *Inland Revenue* case, it was made clear by the judges of the House of Lords that the decision in *Gouriet v. Union of Post Office Workers* -which had been relied on in argument by the defence- was irrelevant: *Gouriet's* case was concerned with a *private* body, the *Inland Revenue* case with a *public* body, and that distinction was decisive.

This makes little sense, as was essentially recognised by Lord Woolf who was not only concerned to bridge the divide between public law and private law claims⁶⁸, but also to enable the courts, in appropriate *private* law cases, such as claims for a declaration, to allow proceedings to continue “if it is in the interests of justice or in the public interest that they should do so”⁶⁹.

Implementation of this recommendation would do much to reduce the differences between the ordinary procedure and judicial review. Lord Woolf does not, it is true, go so far as to recommend abolition of the dichotomy, but it is suggested that legislation to achieve that result would not be technically difficult. There would be just one form of procedure, with no requirement that any claimant should seek the court’s permission to proceed, whether the claim is against a public authority or not. All claims would, of course, remain subject to the risk of striking out⁷⁰.

There would, however, be a new procedure whereby a would be claimant could apply for permission to proceed with his claim if he so wished. In the vast majority of ordinary private claims in which the claimant claimed in respect of infringement of his legal right, there would be no reason for the claimant to seek permission, and no change from the present position.

If, however, the claimant had no private right and brought proceedings in what he saw as the public interest, he could apply for permission, and success in that application would remove any risk that the claim might be struck out⁷¹.

The history of the practical use in English law of the public/private dichotomy is extremely short. It has been one of the purposes of this paper to show some of the problems to which that use can give rise.

Fortunately for English law, very soon after its introduction, it was recognised that the dichotomy is alien to English law⁷², and now, after little more than 20 years, its impact has been greatly reduced. It may even be that it is already close to elimination. In some other countries such as France, where the dichotomy rests upon a fundamental dogma of the Revolution of 1789⁷³, it will be much more difficult to remove it from the administration of justice, but, as suggested here, the idea, however deeply entrenched, that litigation involving public authorities calls for different procedures, or even different jurisdictions⁷⁴, is ripe for fundamental reconsideration.

68. Ante, text at n.38.

69. Final Report p. 255.

70. Ante, text at n.49.

71. This suggestion is described more fully in JOLOWICZ, “Civil Proceedings in the Public Interest”, *Cambrian Law Review* 32, 1982, pp. 46-48. See also JOLOWICZ, *On Civil Procedure*, 2000, pp. 173-174.

72. Ante, text at n. 22.

73. Law of 16 and 24 August 1790.

74. As long ago as 1971, a leading French authority -Président Marc Ancel- regarded the French division of the court system into ordinary and administrative courts as *unfortunat* CAPPELLETTI and TALLON (eds.), *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*, 1973, p. 786.

In modern society the power of many so-called *private* institutions rivals that of many public authorities, and not infrequently surpasses it. The exercise of power by either category calls for the same judicial control in the same jurisdiction and in accordance with the same principles of substantive law.

ÍNDICE GENERAL

TOMO II

TERCERA PARTE

DERECHO ADMINISTRATIVO

I. PRINCIPIOS GENERALES

§ 56. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO OBSTÁCULO O COMO FACILITADOR EN UN CONTEXTO DE INNOVACIÓN Y COMPLEJIDAD

ALBERTO J. GIL IBÁÑEZ

I.	CENTRANDO EL OBJETO DE ESTE ESTUDIO	1311
II.	ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, DERECHO ADMINISTRATIVO Y GESTIÓN PÚBLICA: ALGUNAS OBSERVACIONES PREVIAS.....	1312
	1. <i>Éxito y crisis del Derecho administrativo</i>	1312
	2. <i>La evolución del concepto de Administración pública: de la claridad de lo público a la imitación de lo privado para llegar a la complejidad de lo público-privado</i>	1314
	3. <i>La interrelación público-privado: la irrupción de la cultura managerial en lo público versus la responsabilidad público-social de las organizaciones privadas</i>	1315
	A. <i>Gestión pública y Derecho administrativo</i>	1315
	B. <i>La olvidada responsabilidad social de las organizaciones privadas</i>	1317
III.	LA IMBRICACIÓN DE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO A TRAVÉS DEL DERECHO	1318
	1. <i>Los principios de buena gestión económica en la Administración pública</i>	1318
	2. <i>La economía, eficacia y efectividad desde el punto de vista del Derecho</i>	1319
	3. <i>Otros principios complementarios: hacia un compromiso</i>	1320
IV.	LAS NUEVAS TENDENCIAS: LA GOBERNANZA Y EL DERECHO	1321
	1. <i>En busca de una definición de Gobernanza</i>	1321
	2. <i>De la relación entre Gobernanza y Derecho: la participación de sujetos privados como marca de presentación</i>	1323

ÍNDICE GENERAL

V.	EL DESAFÍO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	1325
	1. <i>De obstáculo a facilitador y garante</i>	1325
	2. <i>El Derecho como instrumento generador de confianza hacia lo público</i>	1326
VI.	FINALMENTE ALGUNOS PUNTOS DE REFLEXIÓN: ¿HACIA UN NUEVO PARADIGMA DE LA ADMINISTRACIÓN Y SU DERECHO?.....	1327
	1. <i>Hacia una nueva concepción del Derecho administrativo: El Derecho como marco y como instrumento</i>	1327
	2. <i>El Derecho como instrumento</i>	1330
	A. <i>¿Por qué una norma de calidad adecuada no resulta aplicada en la práctica? El problema de las capacidades administrativas</i>	1330
	B. <i>El rendimiento de las normas: garantías procedimentales como indicadores de resultados</i>	1331

§ 57. UN SIGLO DE DERECHO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

I.	APARICIÓN Y FRACASO DE LA IDEA DE UN RÉGIMEN JURÍDICO ESPECIAL PARA LA ADMINISTRACIÓN 1886-1905.....	1335
II.	CREACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA Y CONSOLIDACIÓN DE UN RÉGIMEN ESPECIAL PARA LA ADMINISTRACIÓN. EL PRIMER CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 1910-1941.....	1337
III.	EL SEGUNDO CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 1941-1964.....	1341
IV.	AMPLIACIÓN DEL CAMPO DE ACCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO 1964-1984.....	1343
V.	EL TERCER CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 1984-1991.....	1346
VI.	A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991.....	1350
VII.	REFLEXIONES Y CONCLUSIONES.....	1353

§ 58. LA AMPLIACIÓN CUANTITATIVA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

CARLOS LUIS CARRILLO ARTILES

I.	LA NOCIÓN DE ESTADO DE DERECHO Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	1359
II.	LA GÉNESIS HISTÓRICA DE LA NOCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO.....	1359
III.	LA TESIS DE LA VINCULACIÓN POSITIVA.....	1360
IV.	LA TESIS DE LA VINCULACIÓN NEGATIVA.....	1360
V.	LA NOCIÓN FORMAL DE ESTADO DE DERECHO.....	1361
VI.	CARACTERES QUE DEFINEN EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	1362
VII.	ACERCAMIENTO A LA NOCIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	1363
VIII.	LA NOCIÓN DEL ESTADO SOCIAL Y DE DERECHO. EL ACTIVISMO SOCIAL.....	1364

ÍNDICE GENERAL

IX.	LA NOCIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD A LA LUZ DEL ACTIVISMO SOCIAL	1364
X.	ANTECEDENTES Y DEVENIR CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN VENEZUELA	1366
XI.	EL ESTABLECIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999	1367
XII.	EL ENTRAMADO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999	1368
XIII.	EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA NOVÍSIMA LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	1370
XIV.	A MANERA DE EPÍLOGO.....	1371
	BIBLIOGRAFÍA.....	1371

§ 59. EL STATUS CONSTITUCIONAL DEL CIUDADANO Y LA RELACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

ENRIQUE ARGULLOL MURGADAS

I.	LA POSICIÓN GENERAL DEL CIUDADANO ANTE LOS PODERES PÚBLICOS.....	1373
II.	CIUDADANO Y ADMINISTRADO	1377
III.	EL ESTATUTO ORDINARIO DE LOS CIUDADANOS	1379
	BIBLIOGRAFÍA.....	1382

§ 60. LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

LUBÍN AGUIRRE

I.	FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y LÍMITES DE LA POTESTAD SANCIONADORA	1384
II.	EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SUS MANIFESTACIONES: RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD	1385
III.	LA CULPABILIDAD Y LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	1386
IV.	EL PRINCIPIO <i>NON BIS IN IDEM</i>	1388
V.	EXTINCIÓN DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS.....	1389
VI.	GARANTÍAS PROCESALES EN LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA	1389
	BIBLIOGRAFÍA.....	1392

ÍNDICE GENERAL

II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

**§ 61. LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.
LA EFICACIA COMO DESIDERÁTUM DE LA GESTIÓN PÚBLICA
EN VENEZUELA**

MARÍA ELENA LEÓN ÁLVAREZ

I.	INTRODUCCIÓN	1393
II.	LA GESTIÓN PÚBLICA POR RESULTADOS EN EL NUEVO ORDEN LEGISLATIVO VENEZOLANO	1394
	1. <i>Sujeción a Planes, Objetivos y Compromisos de Gestión</i>	1395
	A. <i>Los Compromisos de Gestión</i>	1396
	2. <i>El Seguimiento de las Actividades</i>	1398
	3. <i>La Evaluación</i>	1399
	4. <i>Control del Desempeño Institucional y de los Resultados Alcanzados</i>	1400
III.	CONCLUSIONES	1401

§ 62. LAS COMISIONES DE REGULACIÓN EN COLOMBIA

RICARDO HOYOS DUQUE

I.	LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS COMISIONES DE REGULA- CIÓN	1403
	1. <i>La delegación de funciones presidenciales</i>	1404
	2. <i>Las competencias del Presidente de la República en materia de Servi- cios Públicos Domiciliarios</i>	1405
II.	LAS COMPETENCIAS DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN	1406
	1. <i>La Exposición de Motivos de la Ley 142 de 1994</i>	1406
	2. <i>La ley 142 de 1994</i>	1406
	3. <i>La jurisprudencia del Consejo de Estado</i>	1407
	4. <i>La posición de la Corte Constitucional</i>	1411
III.	CONCLUSIONES	1419

**§ 63. TEORÍA DE LA NUEVA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA
NACIONAL EN COLOMBIA**

JAIME VIDAL PERDOMO

I.	INTRODUCCIÓN	1421
II.	PRINCIPALES ASPECTOS POLÍTICO-ADMINISTRATIVOS QUE SE DEFINEN EN LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL	1422
	1. <i>La definición de la forma política-administrativa del Estado y su sis- tema de gobierno</i>	1423
	A. <i>El régimen parlamentario en España</i>	1423
	B. <i>La naturaleza del régimen presidencial</i>	1423
	C. <i>La potestad reglamentaria</i>	1424
	D. <i>El Consejo de Ministros</i>	1425

ÍNDICE GENERAL

2.	<i>La determinación de la estructura de la administración pública</i>	1426
3.	<i>Principios constitucionales de organización y funcionamiento administrativos</i>	1426
	A. <i>Principios sobre la intervención de la ley en la organización administrativa principal</i>	1426
	B. <i>La intervención complementaria del Presidente de la República</i>	1427
	C. <i>La organización ministerial en Venezuela</i>	1428
	D. <i>Algunos otros mecanismos constitucionales</i>	1429
III.	LOS PRINCIPIOS DE LA LEY 489 DE 1998	1429
1.	<i>Introducción relativa a la reforma administrativa de 1968</i>	1429
2.	<i>Los principales rasgos teóricos de la ley 489 de 1998</i>	1430
	A. <i>Funciones según el título de la ley</i>	1430
	B. <i>El alcance de la ley según los artículos 1º y 2º</i>	1431
	C. <i>Visión de los principales aspectos de la ley</i>	1431
	D. <i>La descripción general del contenido de la ley 1429</i>	1431
IV.	ALGUNAS REFERENCIAS A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y CONCLUSIONES	1432
1.	<i>La legislación española de los últimos tiempos</i>	1433
2.	<i>Ciertas conclusiones</i>	1433

§ 64. LAS COMPETENCIAS SOBRE EL PATRIMONIO DOCUMENTAL DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

ALFONSO PÉREZ MORENO

I.	INTRODUCCIÓN.....	1435
II.	CUESTIONES PREVIAS	1435
III.	LA CONCURRENCIA DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS	1437
IV.	LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE ARCHIVOS LA INTERPERTACIÓN DE LA LEY ANDALUZA.....	1438
V.	CONTRADICCIONES EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA.....	1439
VI.	LA COOPERACIÓN COMO PRINCIPIO BÁSICO DE LAS RELACIONES COMPETENCIALES	1440
1.	<i>Un cambio de perspectiva: el ciudadano común como criterio predominante en la ordenación de la cooperación entre los entes públicos. El sistema de administraciones públicas.....</i>	1440
2.	<i>La significación del principio de cooperación y su articulación técnica</i>	1441
3.	<i>El principio de subsidiariedad como expresión de la cooperación.....</i>	1443
4.	<i>El sistema de autonomías integradas, factor determinante de la cooperación.....</i>	1443

ÍNDICE GENERAL

**§ 65. COMENTARIOS A LA LEY SOBRE EL ESTATUTO
DE LA FUNCIÓN PÚBLICA**

HILDEGARD RONDÓN DE SANSÓ

I.	IDENTIFICACIÓN DE LA NORMA.....	1445
II.	CONTENIDO GENERAL DE LA NORMATIVA.....	1447
III.	EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999.....	1449
IV.	MOTIVACIONES QUE DETERMINARON LA DEROGATORIA DE LA LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA Y LA MODIFICACIÓN DEL SISTEMA POR EL MISMO CREADO.....	1457
	1. <i>Su inidoneidad para cumplir con los fines propuestos</i>	1457
	2. <i>Su incapacidad de atender a los cambios</i>	1458
V.	OBJETIVOS DEL DECRETO DE REFORMA DE LA LEY DE CARRE- RA ADMINISTRATIVA.....	1458
VI.	NOVEDADES RELEVANTES DEL DECRETO LEY.....	1458
VII.	ÁMBITO DEL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.....	1459
VIII.	LOS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN Y LOS ÓRGANOS DE GESTIÓN.....	1459
	1. <i>Organizador del sistema de función pública</i>	1460
	2. <i>Órgano de control de otros órganos y entes de la Administración Pública</i>	1460
	3. <i>Como órgano de asesoría</i>	1460
	4. <i>Como órgano de enlace de los sindicatos</i>	1460
	5. <i>En materia de reducción de personal es de su competencia</i>	1461
	6. <i>En materia de formación debe:</i>	1461
IX.	LOS FUNCIONARIOS ADMINISTRATIVOS.....	1461
X.	LOS DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS.....	1465
	1. <i>Derechos funcionales</i>	1465
	2. <i>Los derechos de naturaleza económica</i>	1465
	3. <i>Derecho a la sindicalización</i>	1468
	4. <i>Derecho a la negociación colectiva</i>	1468
	5. <i>El derecho al procedimiento conflictivo</i>	1469
	6. <i>Derecho de huelga</i>	1470
XI.	DEBERES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.....	1471
XII.	PROHIBICIONES.....	1472
	1. <i>Con relación a la celebración de contratos</i>	1472
	2. <i>Con relación a la actividad política</i>	1472
	3. <i>Con relación a los gobiernos extranjeros</i>	1473
	4. <i>Con relación a las acciones u omisiones limitativas de las actuaciones públicas</i>	1473
XIII.	INCOMPATIBILIDADES.....	1473
XIV.	DE LOS SISTEMAS DE ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL.....	1473
XV.	CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA.....	1480

ÍNDICE GENERAL

**§ 66. DERECHO DE ACCESO A LOS ARCHIVOS Y REGISTROS
DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

MANUEL RODRÍGUEZ COSTA

I.	CONSIDERACIONES PREVIAS	1483
II.	EL ACCESO A LOS EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS EN EL DE- RECHO COMPARADO	1484
	1. <i>El derecho de acceso en Estados Unidos</i>	1484
	2. <i>El derecho de acceso en Francia</i>	1486
	3. <i>El derecho de acceso en Italia</i>	1488
	4. <i>El derecho de acceso en España</i>	1490
III.	ANTECEDENTES DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y LE- GALES QUE REGULAN EL DERECHO DE ACCESO A LOS EXPE- DIENTES Y ARCHIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN VENEZUELA	1493
IV.	NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE REGULAN EL DERECHO DE ACCESO A LOS EXPEDIENTES Y ARCHIVOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	1494
V.	EL DERECHO DE ACCESO EN LA LEY ORGÁNICA DE LA ADMI- NISTRACIÓN PÚBLICA	1496
VI.	REGULACIÓN CONTENIDA EN LA LEY ORGÁNICA DE PROCEDI- MIENTOS ADMINISTRATIVOS.....	1497
VII.	DELIMITACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO.....	1498
	1. <i>Ámbito de aplicación subjetivo</i>	1498
	2. <i>Ámbito de aplicación objetivo</i>	1498
VIII.	MATERIAS EXCLUIDAS DEL DERECHO DE ACCESO.....	1500
IX.	ADMISIBILIDAD DE DECLARAR RESERVADAS PARTES DEL EX- PEDIENTE.....	1502
X.	DISPOSICIONES EN LEYES ESPECIALES.....	1503
	BIBLIOGRAFÍA.....	1505

III. LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

**§ 67. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
EN AMÉRICA LATINA**

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

**§ 68. LES NOUVEAUX ASPECTS DE LA PROCÉDURE
ADMINISTRATIVE NON CONTENTIEUSE EN FRANCE**

PIERRE DELVOLVÉ

I.	LES ASPECTS ANTERIEURS AUX DECISIONS ADMINISTRATIVES	1522
	1. <i>Les aspects collectifs</i>	1522
	2. <i>Les aspects individuels</i>	1525

ÍNDICE GENERAL

II.	LES ASPECTS PROPRES AUX DECISIONS ADMINISTRATIVES.....	1527
	1. <i>L'adoption des décisions</i>	1527
	2. <i>Le retrait des décisions</i>	1531

**§ 69. LA PROHIBICIÓN DE LA REFORMA EN PERJUICIO
(NON REFORMATIO IN PEIUS) EN EL PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE SEGUNDO GRADO**

LUIS FRAGA PITTALUGA

I.	INTRODUCCIÓN	1535
II.	LA <i>NON REFORMATIO IN PEIUS</i> EN EL ÁMBITO PROCESAL	1536
III.	LA <i>NON REFORMATIO IN PEIUS</i> EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE SEGUNDO GRADO	1541
IV.	BREVE APUNTE SOBRE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO	1544
	1. <i>Derecho a la defensa o a ser oído</i>	1546
	2. <i>Derecho a promover y evacuar pruebas</i>	1546
	3. <i>Interdicción de las pruebas ilegítimas</i>	1547
	4. <i>Derecho a la formación del expediente administrativo y de acceder al mismo</i>	1547
	5. <i>Derecho a la notificación</i>	1548
	6. <i>Derecho a la motivación</i>	1549
	7. <i>Derecho al doble grado de instancia</i>	1550
	8. <i>Derecho a ser presumido inocente</i>	1552
	9. <i>Derecho a no autoinculparse</i>	1553
V.	ALGUNAS NOTAS SOBRE LA POTESTAD REVISORA DE LA ADMINISTRACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE SEGUNDO GRADO.....	1553
VI.	APLICABILIDAD DE LA PROHIBICIÓN DE REFORMA EN PERJUICIO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE SEGUNDO GRADO	1555
	1. <i>Perfiles fundamentales de las tesis que rechazan la admisibilidad de la prohibición de reforma peyorativa en el procedimiento administrativo</i>	1556
	2. <i>Perfiles fundamentales de las tesis que admiten la prohibición de reforma peyorativa en el procedimiento administrativo</i>	1558
	3. <i>Nuestra posición</i>	1559
	A. <i>Derechos y garantías constitucionales que impiden la reformatio in peius</i>	1559
	(a) <i>El derecho a la defensa</i>	1559
	(b) <i>El derecho a la notificación e información de cargos</i>	1561
	(c) <i>El derecho a la prueba</i>	1561
	(d) <i>El derecho al doble grado de instancia</i>	1563
	B. <i>El derecho a no autoinculparse</i>	1563

ÍNDICE GENERAL

C.	<i>Normas legales que impiden la reformatio in peius</i>	1564
(a)	<i>La irretroactividad de los nuevos criterios administrativos</i>	1564
(b)	<i>La irrevocabilidad de los actos administrativos generadores de derechos subjetivos o intereses legítimos</i>	1568
D.	<i>Principios del Derecho Administrativo Formal que impiden la reformatio in peius</i>	1569
(a)	<i>El principio de la buena fe</i>	1569
(b)	<i>El principio de venire contra factum proprium non valet</i>	1570
(c)	<i>El principio de la confianza legítima</i>	1572

§ 70. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEY DE TIERRAS Y DESARROLLO AGRARIO

ALBERTO BAUMEISTER TOLEDO

I.	PUNTUALIZACIÓN SOBRE EL TEMA OBJETO DE EXAMEN	1575
II.	LOS PRINCIPIOS REGULADORES, TRÁMITES Y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALES EN SEDE INTERNA ADMINISTRATIVA AGRARIA	1579
1.	<i>Enunciado de principios rectores</i>	1579
2.	<i>Procedimientos en torno al Régimen de uso de aguas con fines agrarios</i>	1582
3.	<i>En torno al Registro Agrario</i>	1583
4.	<i>Procedimiento de Declaratoria de tierras Ociosas o Incultas</i>	1584
5.	<i>Certificación de Fincas productivas (Art. 44 a 51)</i>	1587
6.	<i>Procedimiento de otorgamiento del Certificado de Finca Mejorable</i>	1588
7.	<i>Primacía del interés social y público en la protección del fin agroalimentario</i>	1590
8.	<i>Procedimiento para la Adjudicación de Tierras</i>	1591
9.	<i>Procedimiento de rescate de las tierras</i>	1593
10.	<i>Pronunciamientos complementarios en casos de rescate</i>	1598
III.	PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO AGRARIO	1599
1.	<i>Principios rectores en el contencioso agrario</i>	1599
2.	<i>Regulaciones propias del Contencioso Administrativo agrario</i>	1601
A.	<i>Competencia</i>	1601
B.	<i>Materia abarcada por la competencia especial</i>	1602
3.	<i>El trámite procesal propiamente dicho</i>	1602
A.	<i>Ley procesal aplicable</i>	1603
B.	<i>Forma para interponer los recursos y/o acciones contra entes públicos agrarios</i>	1603
C.	<i>Admisión o inadmisión (Art. 174, 176, 178 y 179):</i>	1604
D.	<i>Emplazamiento</i>	1605

ÍNDICE GENERAL

E.	<i>Pruebas</i>	1605
F.	<i>Informes, sentencia y apelación: (Arts. 188 al 190 LTDA)</i>	1606
G.	<i>Trámite de la Segunda Instancia: (Art. 191 al 193 LTDA)</i>	1606
IV.	POTESTAD CAUTELAR EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	1607
V.	OBSERVACIONES FINALES	1608

§ 71. EL PRINCIPIO DE OFICIALIDAD DE LA ACCIÓN SANCIONADORA ADMINISTRATIVA Y LAS CONDICIONES NECESARIAS PARA GARANTIZAR SU EFECTIVIDAD

BLANCA LOZANO CUTANDA

I.	ESTADO DE LA CUESTIÓN: LA CONSIDERACIÓN TRADICIONAL DE LA POTESTAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PARA PROCEDER A SANCIONAR, POSICIONES DOCTRINALES AL RESPECTO Y PROBLEMAS QUE COMPORTA	1611
II.	LA OFICIALIDAD DE LA POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA COMO NECESARIA CONSECUENCIA DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. SU RECONOCIMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE Y LA EVOLUCIÓN SUFRIDA EN ESTE SENTIDO POR OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS	1620
III.	EL RECONOCIMIENTO AL DENUNCIANTE DE LA CONDICIÓN DEINTERESADO EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR CUANDO SE VEAN AFECTADOS SUS INTERESES LEGÍTIMOS Y LA NECESARIA INTRODUCCIÓN EN AQUELLOS ÁMBITOS EN LOS QUE SE TUTELAN DERECHOS COLECTIVOS DE LA ACCIÓN PÚBLICA Y DE LA LEGITIMACIÓN DE LAS ENTIDADES DEDICADAS A SU DEFENSA	1624
	1. <i>Superación de la negación tradicional de legitimación procedimental al denunciante cuando éste es titular de derechos o intereses legítimos. Su reconocimiento por la jurisprudencia y la Ley de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas del País Vasco</i>	1625
	2. <i>El necesario reconocimiento de la acción pública y de la consiguiente legitimación en todo caso del denunciante cuando está en juego la defensa de derechos o intereses colectivos. El caso, especialmente significativo de la protección del medio ambiente</i>	1630
	3. <i>La legitimación de las Asociaciones representativas de intereses económicos y sociales para la defensa de los intereses colectivos. Insuficiente reconocimiento legal y posibilidad de una interpretación amplia por la jurisprudencia de la condición de “interesado”</i>	1639
	4. <i>Garantías necesarias para evitar denuncias infundadas o abusivas</i>	1641

ÍNDICE GENERAL

§ 72. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA LEY DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA

CATERINA BALASSO

I.	INTRODUCCIÓN	1643
II.	EL PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN DE PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN LA LEY PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA	1647
	1. <i>Inicio</i>	1648
	2. <i>Sustanciación</i>	1654
	3. <i>Terminación</i>	1659

IV. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

§ 73. EL PRINCIPIO DE EJECUTORIEDAD DE LAS PROVIDENCIAS ADMINISTRATIVAS DICTADAS POR LAS INSPECTORÍAS DEL TRABAJO Y LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO

JOSÉ GREGORIO SILVA BOCANEY

I.	INTRODUCCIÓN.....	1663
II.	DE LOS ARGUMENTOS Y EL ARGUMENTO TELEOLÓGICO	1664
III.	DE LA INTERPRETACIÓN Y LA REVISIÓN.....	1666
IV.	DE LA REVISIÓN EXTRAORDINARIA DE SENTENCIAS DE LAS DEMÁS SALAS DEL TRIBUNAL.....	1671
V.	ALCANCE DE LA REVISIÓN EXTRAORDINARIA DE SENTENCIAS DE LAS DEMÁS SALAS DEL TRIBUNAL SUPREMO	1671
VI.	RESPECTO A LA IGUALDAD JERÁRQUICA DE LAS SALAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA.....	1672
VII.	PLANTEAMIENTOS DE LA DECISIÓN OBJETO DE ANÁLISIS	1672
VIII.	DE LA EJECUCIÓN DE LOS ACTOS DICTADOS POR LA ADMINISTRACIÓN	1676
IX.	DEL TRIBUNAL COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS ACCIONES JUDICIALES TENDENTES A LA EJECUCIÓN DEL ACTO.....	1678
X.	CONCLUSIONES.....	1685
	BIBLIOGRAFÍA.....	1687

§ 74. LA PROBLEMÁTICA DE LAS VALIDACIONES LEGISLATIVAS EN FRANCIA Y EN ESPAÑA: ESTUDIO COMPARATIVO

FRANCK MODERNE

I.	ANÁLISIS DE LA TÉCNICA JURÍDICA DE VALIDACIÓN LEGISLATIVA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS	1691
	1. <i>La configuración global de la validación legislativa</i>	1691
	2. <i>Las categorías de actos administrativos susceptible de validación legislativa</i>	1694

ÍNDICE GENERAL

II.	EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS VALIDACIONES LEGISLATIVAS	1696
1.	<i>El control de constitucionalidad</i>	1696
2.	<i>El control de convencionalidad</i>	1700

§ 75. LAS RENUNCIAS, LAS DISPENSAS Y LAS EXENCIONES

JUAN DE STEFANO

I.	LAS RENUNCIAS Y LAS DISPENSAS	1705
II.	DISTINCIÓN ENTRE DISPENSA Y EXENCIÓN.....	1706
III.	EJEMPLO DE EXENCIÓN EN LA LEY DE IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES DEL 05-10-1999 Y EN LAS LEYES DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA DEL 22-12-1999, DEL 13-11-2001 Y DEL 28-12-2001	1706
IV.	EJEMPLOS DE DISPENSA EN LA CITADA LEY DE IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES.....	1708
V.	DISTINCIÓN ENTRE DISPENSA Y AUTORIZACIÓN	1708
VI.	EL JURISTA H. FRÁGOLA SOSTIENE QUE LA DISPENSA NO SE DEBE CONFUNDIR CON LA CONCESIÓN, NI CON LA AUTORIZACIÓN. ÉL TOMA POR EJEMPLO LA APERTURA DE UNA CASA PARA JUEGO DE AZAR, Y DEMUESTRA QUE EL PROVEIMIENTO PERTINENTE ES LA DISPENSA	1709
VII.	PERTENENCIA AL ESTADO DE LAS ARMAS DE GUERRA, SEGÚN EL ART. 133-CONSTITUCIÓN DE 1961, Y SEGÚN EL ART. 324 CONSTITUCIÓN 1999. LAS PENAS EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE POR LA TRANSGRESIÓN EN MATERIA DE ARMAS (ARTS. 273, 275, 277 Y 279).....	1710
VIII.	LA LEY SOBRE ARMAS Y EXPLOSIVOS DE 1939 Y LOS CASOS DE EXENCIÓN Y DISPENSA EN EL USO DE LAS ARMAS POR PARTE DE LOS MILITARES, POLICÍAS Y CIVILES	1711
IX.	LAS AUTORIZACIONES EN SUS TIPOS DE LICENCIA Y PERMISO EN LA LEY DE CAZA Y EN LA LEY DE PESCA Y ACUICULTURA DEL DERECHO VENEZOLANO: 1) LA LEY DE CAZA DEL 15-08-1944 Y LA LEY DE PROTECCIÓN A LA FAUNA SILVESTRE DE AGOSTO DE 1970.....	1712
	BIBLIOGRAFÍA	1713

§ 76. CONSIDERACIONES SOBRE LA CADUCIDAD COMO MEDIO DE EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

DANIEL FERNANDO SORIA

I.	INTRODUCCIÓN	1715
II.	APORTES PARA LA DELIMITACIÓN DE LA FIGURA.....	1717
1.	<i>Esquema de distinción</i>	1717
A.	<i>Caducidad del acto administrativo y caducidad del procedimiento administrativo</i>	1717
B.	<i>Caducidad de la pretensión procesal administrativa</i>	1717
C.	<i>Caducidad y condición resolutoria</i>	1718

ÍNDICE GENERAL

	D. <i>Caducidad y renuncia</i>	1718
	E. <i>Caducidad y revocación</i>	1718
	F. <i>Caducidad y anulación</i>	1719
	G. <i>Caducidad y retiro</i>	1719
	H. <i>Caducidad y rescate</i>	1719
	I. <i>Caducidad y rescisión o resolución</i>	1720
	J. <i>La cuestión frente a otros modos de extinción de vínculos jurídicos</i>	1721
	2. <i>Notas salientes de la figura</i>	1721
III.	LA CADUCIDAD Y ALGUNAS REGULACIONES EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS GENERALES	1722
IV.	BREVES APUNTES COMPARADOS	1723
V.	VISUALIZACIÓN DE LA CADUCIDAD Y DE FORMAS AFINES DE EXTINCIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EN ALGUNAS REGULACIONES SECTORIALES.....	1727
	1. <i>Medidas extintivas -de caducidad- en regímenes de fomento</i>	1727
	2. <i>Medidas extintivas en materia de concesiones de uso de bienes del dominio estatal</i>	1730
	3. <i>Medidas extintivas de licencias o actos autorizativos en materia ambiental, urbanística y de edificación</i>	1732
	4. <i>Figuras equivalentes bajo otras calificaciones jurídicas</i>	1733
	5. <i>Servicios Públicos y actividades de Interés Público</i>	1736
VI.	ELEMENTOS JURÍDICOS DE LA DECLARACIÓN DE CADUCIDAD	1738
	1. <i>Subjetivos</i>	1738
	2. <i>Objetivos</i>	1739
	3. <i>De Procedimiento</i>	1742
VII.	APUNTES COMPLEMENTARIOS	1744
	1. <i>Concurrencia de causales de revocación y de caducidad</i>	1744
	2. <i>Efectos de la caducidad</i>	1745
VIII.	CONCLUSIONES.....	1746

V. LOS CONTRATOS DEL ESTADO

§ 77. LA MUTABILIDAD DE LA FIGURA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT

I.	INTRODUCCIÓN.....	1749
II.	LA CONFIGURACIÓN INICIAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO, EN EL ESTADO LIBERAL, COMO UN CONTRATO PRIVADO CON MODULACIONES	1750
	1. <i>Obra pública y propiedad privada</i>	1750
	2. <i>Obra pública y libertad de empresa: planificación pública e iniciativa privada</i>	1751

ÍNDICE GENERAL

3.	<i>La selección del contratista y el principio de igualdad</i>	1751
4.	<i>Contrato de obra pública e interés general: el modelo de contrato privado y el modelo del acto administrativo</i>	1752
5.	<i>La posición jurídica peculiar de la Administración en más y en menos</i>	1754
III.	LA SUSTANTIVACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO	1755
IV.	EL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN EL CONTEXTO NEOLIBERAL DEL DERECHO COMUNITARIO.....	1757
1.	<i>El cumplimiento de los criterios de convergencia</i>	1758
2.	<i>La gestión directa a través de una sociedad estatal de carácter mercantil</i>	1758
A.	<i>La posición en menos en orden a la selección de la otra parte contractual</i>	1759
B.	<i>La posición en más en las fases de ejecución y cumplimiento del contrato</i>	1760
C.	<i>El sometimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa</i>	1761
D.	<i>Regulación por Ley</i>	1762
V.	APLICACIÓN POR EL ESTADO DEL MODELO DE GESTIÓN DIRECTA DE LA OBRA PÚBLICA POR MEDIO DE UNA SOCIEDAD ESTATAL DE CARÁCTER MERCANTIL.....	1762
VI.	CONCLUSIONES	1763

§ 78. ¿DEBEN SUBSISTIR LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN UNA FUTURA LEGISLACIÓN?

JESÚS CABALLERO ORTIZ

I.	LAS CONTRADICCIONES QUE PRESENTAN LAS TESIS NEGADORAS DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	1765
II.	PLURALIDAD DE CRITERIOS PARA CALIFICAR AL CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	1767
1.	<i>Los criterios manejados en su país de origen</i>	1767
2.	<i>La amplia e incongruente caracterización del contrato administrativo en Venezuela</i>	1769
III.	LA INNECESARIA JUSTIFICACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN BASE A UN RÉGIMEN ESPECIAL	1771
1.	<i>El régimen jurídico sustantivo o sistema de prerrogativas no justifica la categoría</i>	1771
2.	<i>La manera equívoca como fue incorporado el contrato administrativo en la legislación procesal administrativa</i>	1773
A.	<i>Una disposición aislada</i>	1773
B.	<i>La norma competencial</i>	1774
(a)	<i>La tradición constitucional y legislativa</i>	1774
(b)	<i>El surgimiento de la norma competencial</i>	1775
IV.	SOLUCIÓN QUE SE PROPONE	1776
V.	CONCLUSIÓN	1777

ÍNDICE GENERAL

§ 79. ALTERACIONES ECONÓMICAS Y OBLIGACIONES CONTRACTUALES: LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

LUIS CORSI

I.	INTRODUCCIÓN.....	1779
	1. <i>Referencia a la Cláusula</i>	1782
	2. <i>La Cláusula rebus sic stantibus en el Código Civil</i>	1783
	3. <i>La Cláusula en la jurisprudencia venezolana</i>	1785
II.	LA CLÁUSULA <i>REBUS SIC STANTIBUS</i> EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	1787
	1. <i>Precisiones terminológicas</i>	1787
	2. <i>Situaciones de imprevisión en nuestro ordenamiento jurídico</i>	1788
	3. <i>Condiciones de existencia de la imprevisión: requisito para que proceda</i>	1789
	4. <i>Los poderes exorbitantes de la Administración en el contrato administrativo: La buena fe y la equidad como fundamento del riesgo imprevisible</i>	1791
III.	EFFECTOS JURÍDICOS DE LA CLÁUSULA.....	1793
	1. <i>Revisión del contrato</i>	1794
	2. <i>Suspensión del contrato</i>	1795
	3. <i>Resolución del contrato</i>	1795
	4. <i>Imprevisión y fuerza mayor</i>	1796
	5. <i>La teoría de la imprevisión y las exigencias del fin público o interés general propio del contrato administrativo</i>	1799
	6. <i>Significado y alcance de la indemnización</i>	1799
	7. <i>El sistema expuesto y su valoración crítica</i>	1800

§ 80. LAS NEGOCIACIONES Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO: TRANSACCIONES, CONVENIOS, ARBITRAJE

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ

I.	LAS ACTIVIDADES NEGOCIADAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	1803
II.	LA POSIBILIDAD DE CONVENIR CON LOS PARTICULARES.....	1808
	1. <i>Manifestaciones principales de los acuerdos procedimentales</i>	1808
	2. <i>Selección de un ejemplo: los convenios urbanísticos; la influencia de los intereses privados en materia urbanística (la “privatización” del urbanismo)</i>	1810
III.	TRANSACCIONES.....	1814
	1. <i>Transacción extraprocesal</i>	1814
	2. <i>Transacción judicial o conciliación</i>	1817

ÍNDICE GENERAL

IV.	LOS ARBITRAJES ADMINISTRATIVOS	1818
	1. <i>Presente y futuro del arbitraje en el Derecho administrativo</i>	1818
	2. <i>Un ejemplo de regulación de los arbitrajes: el Derecho de Costa Rica</i>	1824
	3. <i>El éxito del arbitraje administrativo en el ámbito del comercio inter- nacional</i>	1827

§ 81. SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE LA LICITACIÓN Y DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

JUAN PABLO CAJARVILLE PELUFFO

I.	INTRODUCCIÓN	1831
	1. <i>Los procedimientos de selección del contratista</i>	1831
	2. <i>Los “pliegos de bases y condiciones”</i>	1832
II.	LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE LA LICITACIÓN	1833
	1. <i>Objeto de la licitación y objeto del contrato; sus variables</i>	1833
	2. <i>Determinación del objeto en los pliegos de condiciones</i>	1834
	3. <i>Límites de la determinación del objeto en el pliego de condiciones</i>	1834
	4. <i>Determinación del objeto en las ofertas</i>	1836
	5. <i>Adecuación de las ofertas al pliego de condiciones</i>	1837
	6. <i>Determinación del objeto del contrato en el acto de adjudicación</i>	1839
	7. <i>Determinación del objeto del contrato con posterioridad al acto de adjudicación</i>	1841
III.	UN CASO PARTICULAR DE DETERMINACIÓN DEL OBJETO: LA CONTRATACIÓN SOBRE MUESTRA	1842
	1. <i>Planteamiento preliminar</i>	1842
	2. <i>Interpretación del pliego</i>	1842
	3. <i>Aplicación del pliego</i>	1843
	4. <i>Criterio de igualdad o identidad con la muestra</i>	1843
IV.	CONCLUSIÓN	1843
	1. <i>Importancia del control jurisdiccional de la determinación del objeto</i>	1843

VI. LOS SERVICIOS PÚBLICOS

§ 82. LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN ESPAÑA

JOSÉ RAMÓN PARADA

I.	LA ACTIVIDAD DE PRESTACIÓN O DE SERVICIO PÚBLICO	1845
	1. <i>De la creación de los servicios públicos a su privatización</i>	1845
	2. <i>El equivalente norteamericano del servicio público. El régimen de las public utilities</i>	1848
	3. <i>Los servicios compartidos entre la gestión pública y la privada</i>	1849
	4. <i>Servicios públicos y tercer sector</i>	1850

ÍNDICE GENERAL

II.	LAS FRONTERAS ENTRE LA ACTIVIDAD PÚBLICA Y LA PRIVADA EN LA CONSTITUCIÓN	1852
III.	EL RÉGIMEN DEL SERVICIO PÚBLICO TRADICIONAL. PRINCIPIOS GENERALES	1854
IV.	LA RELACION DE PRESTACIÓN EL ESTATUS DE LOS USUARIOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS	1855
	1. <i>Admisión del servicio</i>	1855
	2. <i>Derechos y deberes de los usuarios. La contraprestación económica del servicio. Tasas, precios públicos y tarifas</i>	1856
	3. <i>Relación de prestación y garantía judicial</i>	1857
V.	LAS FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.....	1858
VI.	EL MODELO EUROPEO DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL Y EL DESMANTELAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS ECONÓMICOS	1859
	1. <i>Electricidad</i>	1860
	2. <i>Servicio Postal</i>	1862
	3. <i>Hidrocarburos</i>	1863
	4. <i>Gas</i>	1864
	5. <i>Telecomunicaciones</i>	1864
VII.	LOS SERVICIOS PÚBLICOS IMPROPIOS O ACTIVIDADES PRIVADAS REGLAMENTADAS	1867
	BIBLIOGRAFÍA.....	1868

**§ 83. SERVIÇO PÚBLICO E PODER DE POLÍCIA:
CONCESSÃO E DELEGAÇÃO**

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO

**§ 84. LOS SERVICIOS PÚBLICOS: VICISITUDES Y
FUNDAMENTOS DE UN TEMA JURÍDICO INCONCLUSO
E IMPRECISO**

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

I.	INTRODUCCIÓN.....	1881
II.	LAS TENTATIVAS PARA CONSOLIDAR EL SERVICIO PÚBLICO COMO FUNCIÓN TÍPICA ADMINISTRATIVA. LA TEORÍA CLÁSICA DE LOS SERVICIOS. ANTECEDENTES Y DESARROLLO JURÍDICO DOCTRINAL	1882
	1. <i>Los servicios públicos como expresión del interés general</i>	1882
	2. <i>Las razones históricas para el compromiso entre Estado y servicios públicos. La teoría de los servicios públicos</i>	1886
	3. <i>El concepto jurídico de servicios públicos como función administrativa</i>	1889
	4. <i>La crisis del concepto jurídico clásico de los servicios públicos como función administrativa</i>	1890

ÍNDICE GENERAL

	5. <i>La concepción de los servicios públicos en Colombia. La prestación y el régimen jurídico. Evolución hasta su consolidación como una función administrativa.....</i>	1892
III.	LA REACCIÓN NEOLIBERAL. LOS SERVICIOS PÚBLICOS COMO FENÓMENOS DE LA ECONOMÍA DE MERCADO. REGLAS Y PRINCIPIOS. ANTECEDENTES Y DESARROLLO JURÍDICO DOCTRINAL.....	1899
	1. <i>Servicios públicos y mercado. El abandono a la concepción del servicio como función pública administrativa.....</i>	1899
	2. <i>Características y principios del nuevo sistema de los servicios públicos</i>	1903
	A. <i>Libertad de Entrada</i>	1905
	B. <i>Libertad de Acceso al Mercado.....</i>	1906
	C. <i>Libertad de Contratación</i>	1908
	D. <i>Libertad de Inversión.....</i>	1910
	E. <i>Servicio Público Universal.....</i>	1910
	F. <i>El sistema en sus desarrollos nacionales se concreta en los servicios públicos domiciliarios dirigidos a la atención del interés general sobre usuarios finales</i>	1911
	G. <i>Órganos Autónomos Reguladores</i>	1914
	3. <i>El Derecho Privado como la Base Jurídica del Nuevo Sistema. El Derecho Público como Regla de Excepción</i>	1918
	A. <i>La Situación Actual del Problema.....</i>	1918
	B. <i>Una Propuesta de Solución en Derecho y Armoniosa al Conflicto.....</i>	1919
	C. <i>El Dilema de lo Público y de lo Privado</i>	1921
	D. <i>Preservación de los principios de legalidad para la administración y de autonomía de voluntad y libertad para los particulares. Posibilidad de conjugar estas dos bases</i>	1923
	E. <i>El Derecho aplicable a los contratos y a los actos unilaterales en servicios públicos. Galimatías e inseguridad.....</i>	1925
	F. <i>Régimen jurídico disciplinario especial para el ejercicio excepcional de funciones administrativas en servicios públicos</i>	1932
IV.	LAS TENTATIVAS CONSTITUCIONALES EN TORNO DE UNA DEFINICIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. LAS DIVERSAS LECTURAS DE SU RÉGIMEN POSITIVO CONSTITUCIONAL	1933
	1. <i>La lectura clásica como función administrativa. Profundas razones para la consideración de un régimen de derecho administrativo a partir del texto constitucional de 1991</i>	1933
	2. <i>La lectura neoliberal de los servicios públicos. La libertad, el mercado y la competencia económica como fundamentos constitucionales de los servicios públicos. Análisis sistemático y de contexto de las normas constitucionales como presupuesto del nuevo servicio público</i>	1935
	A. <i>La libertad, el mercado y la competencia en la base de los servicios públicos. Alcance del artículo 333 constitucional para la sustentación de la lectura neoliberal.....</i>	1936

ÍNDICE GENERAL

B.	<i>Los límites del bien común como restricciones a la economía de mercado en los servicios públicos. Alcance de los artículos 333 y 334 constitucionales en cuanto a la intervención del Estado.....</i>	1938
C.	<i>Los Monopolios frente a los servicios públicos. Alcance del artículo 336 constitucional</i>	1942
D.	<i>El régimen jurídico especial para los servicios públicos a la luz de la lectura neoliberal. Materias sustraídas de este análisis. Alcance de los artículos 365 a 369 constitucionales</i>	1944
3.	<i>La lectura ecléctica. El régimen mixto constitucional para los servicios públicos.....</i>	1949
4.	<i>Políticas generales de administración y el régimen de control, inspección y vigilancia. La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios Alcance el artículo 370 constitucional.....</i>	1950
V.	CONCLUSIONES.....	1951
	BIBLIOGRAFÍA.....	1953

§ 85. LUCI ED OMBRE DELLA LEGGE QUADRO 8 NOVEMBRE 2000,N,328 IN ARRESA DELLA REALIZZAZIONE DEL SISTEMA INTEGRATO DI INTERVENTI E SERVIZI SOCIAL LA NUOVA DISCIPLINA DEI SERVIZI SOCIALI IN ITALIA

ONORATO SEPE

I.	DALLE NORME CRISPINE DEL 1890 ALLA LEGGE QUADRO PER I SERVIZI SOCIALI. INTERVENTI NORMATIVI ANTERIORI ALLA COSTITUZIONE	1957
II.	DIFFICOLTA INCONTRATE NELL'ATTUAZIONE DI QUANTO PREVISTO DALL'ART.38	1958
III.	GLI STUDI CONDOTTI DA CASSESE E BASSANINI E LE PROPOSTE DELLA COMMISSIONE ONOFRI: I PRINCIPI GENERALI CONTENUTI NELLA LEGGE QUADRO	1959
IV.	GLI ADEMPIMENTI NORMATIVI ED AMMINISTRATIVI PREVISTI PER L'ATTUAZIONE DELLA LEGGE QUADRO.....	1960
V.	SOGGETTI PUBBLICI E PRIVATI CHE DEVONO COOPERARE PER L'ATTUAZIONE DEI PRINCIPI ENUNCIATI DALLA LEGGE QUADRO INEAMENTI GENERALI DELLA NUOVA DISCIPLINA	1962
VI.	LA LEGGE QUADRO COME ATTRIBUZIONE DI UN COMPITO DI PARTECIPAZIONE ATTIVA DEI CITTADINI ALL'ATTUAZIONE DELL'ORDINAMENTO	1963
VII.	IL CARATTERE DI UNIVERSALITÀ DEL SISTEMA INTEGRATO DI SERVIZI SOCIALI.....	1963
VIII.	LA PROGRAMMAZIONE DEGLI INTERVENTI E L'ATTUAZIONE DEL PRINCIPIO DI SOLIDARIETÀ	1964
IX.	I PIANI COMUNALI DI ZONA	1965
X.	IL SISTEMA INFORMATIVO INTESO A FORNIRE CONOSCENZA DEI SERVIZI OFFERTI.	1965

ÍNDICE GENERAL

XI.	LA PREVISIONE DI INDAGINI SULLA C.D. ESCLUSIONE SOCIALE	1966
XII.	IMPORTANZA DELLA NUOVA LEGGE QUADRO NELLA TRASFORMAZIONE E RAZIONALIZZAZIONE DELL'ORDINAMENTO COMPLESSIVO.....	1966

**§ 86. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS ECONÓMICOS
DE INTERÉS GENERAL**

JOSÉ ARAUJO-JUÁREZ

I.	INTRODUCCIÓN	1969
II.	CARACTERÍSTICAS	1969
III.	FUNCIONES	1970
IV.	NOCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO.....	1970
	1. <i>Elemento orgánico: la titularidad pública (o exclusividad regaliana)</i>	1970
	2. <i>Elemento material: el interés público</i>	1971
	3. <i>Elemento formal: el régimen jurídico exorbitante</i>	1971
V.	PERSPECTIVA CONTEMPORÁNEA	1972
VI.	SERVICIO ECONÓMICO DE INTERÉS GENERAL.....	1973
	1. <i>Introducción</i>	1973
	2. <i>Concepto</i>	1974
	3. <i>Régimen jurídico</i>	1974
	4. <i>Obligaciones o cargas jurídicas, por razones de servicio público</i>	1975
	A. <i>Servicio Universal</i>	1975
	B. <i>Otras obligaciones o cargas jurídicas</i>	1976
VII.	CONCLUSIÓN	1977

**§ 87. EL ENTE REGULADOR EN LA REFORMA
DEL SECTOR ELÉCTRICO VENEZOLANO**

JUAN GARRIDO ROVIRA

I.	INTRODUCCIÓN	1979
II.	LA ENERGÍA ELÉCTRICA COMO MATERIA DE INTERÉS Y COM- PETENCIA NACIONALES.....	1980
III.	LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO ELÉCTRICO	1982
IV.	CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA REFORMA DEL SEC- TOR ELÉCTRICO	1984
V.	ASPECTOS RELEVANTES DEL CONTENIDO NORMATIVO DE LA LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO ELÉCTRICO.....	1989
	1. <i>Fuentes normativas</i>	1989
	2. <i>El servicio eléctrico</i>	1989
	3. <i>La separación de actividades</i>	1991
	4. <i>La libre competencia relativa y el libre acceso</i>	1992
	5. <i>Otros aspectos administrativos</i>	1993
VI.	LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA ELÉCTRICA COMO ENTE REGULADOR DEL SECTOR ELÉCTRICO	1995

ÍNDICE GENERAL

1.	<i>Naturaleza jurídica de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica</i>	1996
2.	<i>Principios de actuación de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica</i>	1997
3.	<i>Normas legales sobre el régimen de la Junta Directiva y del personal de la Comisión</i>	1998
VII.	LA COMPETENCIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA ELÉCTRICA	1999
1.	<i>La competencia de regulación</i>	2000
2.	<i>Las funciones de fiscalización y de supervisión</i>	2005
3.	<i>Las funciones de Control</i>	2006
VIII.	CONCLUSIONES.....	2011

§ 88. RÉGIMEN AUTORIZATORIO DE LOS SERVICIOS PRESTADOS CON TECNOLOGÍA VoIP EN VENEZUELA

DANIEL OQUENDO

I.	INTRODUCCIÓN.....	2015
II.	ESPECIFICACIONES TÉCNICAS Y VENTAJAS DE VoIP	2018
III.	APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PRESTADOS CON LA TECNOLOGÍA VoIP	2019
IV.	EL RÉGIMEN AUTORIZATORIO DE LOS SERVICIOS PRESTADOS CON LA TECNOLOGÍA VoIP	2021
1.	<i>Utilizando únicamente Internet</i>	2021
2.	<i>Utilizando únicamente una Red Privada de Telecomunicaciones</i>	2021
3.	<i>Utilizando una red de conmutación de paquetes y una red de conmutación de circuitos y el recurso de numeración</i>	2022
V.	CONCLUSIÓN	2023

§ 89. VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RAINER LORENZO

I.	PRINCIPIO DE LEGALIDAD ANTE LA NECESARIA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA ECONOMÍA. PRINCIPIO DE LEGALIDAD, VERSUS LA DESLEGALIZACIÓN.....	2025
II.	LA DESLEGALIZACIÓN EN LA ORDENACIÓN JURÍDICA DE LAS TELECOMUNICACIONES	2028
1.	<i>Deslegalización y limitaciones a la libertad económica</i>	2029
2.	<i>Deslegalización en materia tributaria</i>	2031
3.	<i>Consecuencias jurídicas de la deslegalización de la libertad económica en materia de telecomunicaciones</i>	2032
	BIBLIOGRAFÍA.....	2033

ÍNDICE GENERAL

§ 90. LA DENOMINADA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO POR ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

FRANCISCO HUNG VAILLANT

I.	PLANTEAMIENTO GENERAL DEL TEMA	2035
II.	ALGUNAS DISPOSICIONES LEGALES DE LAS CUALES SE PRETENDE DEDUCIR LA PERMISIBILIDAD DE HACER EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DEL HERMETISMO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA	2039
	1. <i>La Ley de Impuesto al Consumo Suntuario y Ventas al Mayor</i>	2040
	2. <i>La Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras</i>	2040
	3. <i>La Ley de Mercado de Capitales</i>	2043
	4. <i>La Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia</i>	2044
	5. <i>La Ley de Impuesto Sobre la Renta</i>	2046
	6. <i>El Código Orgánico Tributario</i>	2047
	7. <i>El Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo</i>	2048
	8. <i>Ciertas disposiciones referentes a la Quiebra contenidas en el Código de Comercio</i>	2049
III.	LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN LA JURISPRUDENCIA DE NUESTROS TRIBUNALES	2049
	1. <i>La sentencia de la Sala Especial Tributaria de la extinta CSJ, de fecha 3 de febrero de 1999</i>	2049
	2. <i>La sentencia de fecha 24 de marzo de 2000 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia</i>	2053
	3. <i>La sentencia de fecha 18 de abril de 2001 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia</i>	2055
	4. <i>La sentencia de fecha 3 de marzo de 1994 dictada por el Juzgado Superior Primero de Familia y Menores de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas</i>	2057
IV.	A MANERA DE CONCLUSIÓN	2059
	BIBLIOGRAFÍA	2062

§ 91. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA EN VENEZUELA

FEDERICO E. LEÁÑEZ A.

I.	CONSIDERACIONES GENERALES	2065
II.	CONSIDERACIONES SOBRE LA LEY PARA PROMOVER Y PROTEGER EL EJERCICIO DE LA LIBRE COMPETENCIA.	2067
III.	PROTECCIÓN GENÉRICA DE LA LIBRE COMPETENCIA (PROHIBICIÓN GENERAL).....	2068
IV.	SUPUESTOS ESPECÍFICOS O PROHIBICIONES PARTICULARES. REFERENCIA ESPECIAL A LAS CONCENTRACIONES ECONÓMICAS	2070

ÍNDICE GENERAL

V.	LA PROHIBICIÓN DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO Y LA PROHIBICIÓN DE POSICIÓN DE DOMINIO COMO CONSECUENCIA DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA	2075
VI.	CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA REALIZACIÓN DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA PROHIBIDA	2077
VII.	POSIBILIDAD DE EVALUACIÓN PREVIA DE LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA	2078

**§ 92. EMERGENCIA ECONÓMICA ARGENTINA:
LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA INDISPONIBILIDAD DE
LOS DEPÓSITOS FINANCIEROS Y BANCARIOS**

ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ

I.	EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA 1570 DEL PEN Y LA PRIMERA VERSIÓN DEL <i>CORRALITO</i>	2081
II.	LA REACCIÓN POPULAR	2082
III.	LOS DERECHOS INDIVIDUALES VIOLADOS	2083
IV.	LA INCONSTITUCIONALIDAD DE DICHAS MEDIDAS	2085
V.	LA MISIÓN DEL PODER JUDICIAL Y EL CASO SMITH	2085
VI.	LA LEY DE EMERGENCIA N° 25.561 Y SU INCONSTITUCIONALIDAD	2089
VII.	EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA N° 214 DEL PEN Y LA SEGUNDA VERSIÓN DEL <i>CORRALITO</i>	2092
VIII.	EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA N° 320	2094
IX.	LA LEY N° 25.787 Y SU INCONSTITUCIONALIDAD	2096
X.	EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA 905 DE REORDENAMIENTO DEL SISTEMA FINANCIERO	2098
XI.	EL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA N° 1326	2100
XII.	REFLEXIONES FINALES	2104

**§ 93. LE FONDAZIONI BANCARIE DERIVANTI DALLE CASE DI
RISPARMIO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO**

FABIO ROVERSI MONACO

I.	PREMESSE STORICHE	2107
	1. <i>L'origine</i>	2107
	2. <i>La successiva evoluzione</i>	2108
	3. <i>La trasformazione</i>	2109
	4. <i>Sintesi</i>	2111
II.	UNA STORIA LUNGA E GLORIOSA	2111
III.	L'INVERSIONE DI TENDENZA VERSO LA PRIVATIZZAZIONE	2113
IV.	LA COMPETENZA DELLE REGIONI	2115
V.	DUE DIVERSE TIPOLOGIE	2116

ÍNDICE GENERAL

**§ 94. DECRETO CON FUERZA DE LEY DE EMPRESAS
DE SEGUROS Y REASEGUROS**

CARLOS EDUARDO ACEDO SUCRE

I.	ANTECEDENTES	2119
II.	INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO	2126
III.	CONTROL DE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS SOBRE PERSONAS NATURALES QUE NO EJERCEN ACTIVIDADES ASEGURADORAS NI ACTIVIDADES CONEXAS.....	2135
IV.	EXTRACCIÓN A DISTANCIA Y SIN CONTROL DE INFORMACIÓN TOMADA DE LOS SISTEMAS DE COMPUTACIÓN	2143
V.	ATRIBUCIONES NORMATIVAS DE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS RELATIVAS A LAS RELACIONES CONTRACTUALES ENTRE LAS ASEGURADORAS Y SUS CLIENTES.....	2145
VI.	APROBACIÓN PREVIA DE LAS PÓLIZAS, AVISOS DE SINIESTRO, FINIQUITOS Y OTROS ELEMENTOS	2147
VII.	FACULTAD DE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE ORDENAR SUSPENDER O REVERTIR OPERACIONES.....	2151
VIII.	INTERVENCIÓN DE LA CASA MATRIZ O DE OTRAS SOCIEDADES RELACIONADAS CON LA EMPRESA EN DIFICULTADES.....	2152
IX.	DEFENSA EN LOS PROCEDIMIENTOS ANTE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS.....	2153
X.	INHABILITACIONES CUESTIONABLES.....	2156
XI.	CONSEJO NACIONAL DE SEGUROS.....	2159
XII.	INCREMENTO DE CAPITALS MÍNIMOS.....	2160
XIII.	REVOCACIÓN DE LA LICENCIA POR INCUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PARA OPERAR.....	2163
XIV.	OBJETO SOCIAL ÚNICO, LISTA DE ACTIVIDADES PERMITIDAS, NECESIDAD DE AUTORIZACIÓN PARA ACTIVIDADES CONEXAS Y PROHIBICIÓN DE ACTIVIDADES NO CONEXAS	2166
XV.	CONFUSIÓN ENTRE EL PAPEL DEL INVERSIONISTA Y EL PAPEL DEL ADMINISTRADOR	2170
XVI.	RESPONSABILIDAD DE LOS ACCIONISTAS, DE LOS MIEMBROS DE LA JUNTA DIRECTIVA Y DE QUIENES TENGAN A SU CARGO LA DIRECCIÓN EFECTIVA Y LA GESTIÓN DIARIA	2173
XVII.	RESTRICCIONES INNECESARIAS EN LA INVERSIÓN DE BIENES NO APTOS PARA REPRESENTAR LAS RESERVAS TÉCNICAS	2178
XVIII.	INSUFICIENCIA DE LAS RESERVAS TÉCNICAS	2179
XIX.	ENAJENACIÓN O GRAVAMEN DE LOS BIENES REPRESENTATIVOS DE LAS RESERVAS TÉCNICAS.....	2181
XX.	LOS AUDITORES EXTERNOS	2182
XXI.	FACULTAD DE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE CREAR APARTADOS GENÉRICOS O ESPECIALES	2183
XXII.	DISOLUCIÓN POR INACTIVIDAD DE LA ASAMBLEA DE ACCIONISTAS	2184
XXIII.	PÉRDIDAS PATRIMONIALES.....	2184

ÍNDICE GENERAL

XXIV.	CUENTA ESPECIAL PARA LAS PRIMAS.....	2185
XXV.	LIMITACIONES AL PRODUCTOR DE SEGUROS QUE CEDE SU CARTERA	2186
XXVI.	ARBITRAJE	2186
XXVII.	SEGUROS SOLIDARIOS	2190
XXVIII.	SUSPENSIÓN TEMPORAL POR CINCO INFRACCIONES Y REVOCACIÓN DEFINITIVA POR TRES INFRACCIONES ADICIONALES	2191
XXIX.	SANCIONES PENALES	2192
XXX.	CONSIDERACIONES FINALES.....	2194

VII. EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

**§ 95. LA ACTIVIDAD CONTROLADORA
DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN COSTA RICA**

ENRIQUE ROJAS FRANCO

I.	CONTROL INTERNO. EL SISTEMA PRESIDENCIALISTA HÍBRIDO COSTARRICENSE.....	2206
II.	JERARQUÍA PROPIA Y JERARQUÍA IMPROPIA	2207
III.	SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS	2209
IV.	EL RECURSO DE QUEJA	2209
V.	TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS.....	2210
VI.	LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS.....	2211
VII.	LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS QUE ESTABLECE LA LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	2211
VIII.	ACCIONES Y RECURSOS JURISDICCIONALES EN COSTA RICA	2212
IX.	EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN COSTA RICA	2212
X.	LA DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES	2213
XI.	LA SALA CONSTITUCIONAL.....	2214
XII.	REFORMAS PROCESALES URGENTES	2216

**§ 96. LOS PODERES DEL JUEZ ADMINISTRATIVO
TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y CONTROL INTEGRAL DE LA
ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA**

JOSÉ ANTONIO MUCI BORJAS

I.	LOS PODERES (DE FONDO) DEL JUEZ ADMINISTRATIVO EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE ANULACIÓN	2219
1.	<i>Introducción</i>	2219
2.	<i>La nueva legalidad administrativa</i>	2220
3.	<i>La nueva justicia administrativa</i>	2220
4.	<i>La nueva justicia administrativa (continuación)</i>	2222

ÍNDICE GENERAL

II.	LOS PODERES (CAUTELARES) DEL JUEZ ADMINISTRATIVO EN EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE ANULACIÓN.....	2228
1.	<i>Los poderes clásicos. La suspensión de efectos del acto administrativo</i>	2228
2.	<i>Los nuevos poderes (cautelares) del juez contencioso-administrativo. Introducción</i>	2229
3.	<i>Los nuevos poderes (cautelares) del juez contencioso-administrativo, el amparo constitucional y las medidas cautelares inominadas</i>	2230
4.	<i>Los poderes (cautelares) del juez contencioso-administrativo y las medidas preventivas contra particulares</i>	2230

§ 97. EL PROCESO DE LESIVIDAD: ¿UNA VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN MANOS DE LA ADMINISTRACIÓN?

AURILIVI LINARES MARTÍNEZ

I.	INTRODUCCIÓN	2233
II.	ASPECTOS GENERALES DEL PROCESO DE LESIVIDAD	2235
1.	<i>Concepto</i>	2235
2.	<i>Naturaleza Jurídica</i>	2236
3.	<i>Fundamento</i>	2237
III.	EL PROCESO DE LESIVIDAD EN EL DERECHO COMPARADO: ESPAÑA Y ARGENTINA.....	2238
1.	<i>Antecedentes Legislativos</i>	2238
2.	<i>Requisitos subjetivos</i>	2241
A.	<i>El Órgano Jurisdiccional:</i>	2242
B.	<i>Legitimación activa:</i>	2242
C.	<i>Legitimación Pasiva:</i>	2243
3.	<i>Requisitos Objetivos</i>	2244
A.	<i>Estabilidad del Acto</i>	2244
B.	<i>Que declare derechos subjetivos</i>	2245
C.	<i>Acto lesivo</i>	2246
D.	<i>Que sea regular</i>	2246
E.	<i>Que haya sido notificado</i>	2247
F.	<i>No es necesario que el acto agote la vía administrativa</i>	2247
4.	<i>Requisitos de la actividad: declaracion de lesividad</i>	2247
A.	<i>Concepto</i>	2248
B.	<i>Naturaleza Jurídica</i>	2248
C.	<i>Fundamento</i>	2249
D.	<i>Requisitos</i>	2249

ÍNDICE GENERAL

IV.	EL SISTEMA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA: ¿INEXISTENCIA DEL PROCESO DE LESIVIDAD?	2251
1.	<i>El Ministerio Público como legitimado activo en el Contencioso Administrativo general</i>	2255
2.	<i>El Consejo Nacional Electoral como legitimado activo en el Contencioso Administrativo Electoral</i>	2256
V.	REFLEXIONES FINALES	2261
	BIBLIOGRAFÍA.....	2263

**§ 98. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
BAJO LA LLAMADA DOCTRINA DE LA DEFERENCIA**

ALBERTO B. BIANCHI

I.	PLANTEO.....	2265
II.	LA ELABORACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA DOCTRINA.....	2268
1.	<i>Enunciado</i>	2268
2.	<i>Deferencia en caso de interpretación administrativa de las leyes</i>	2269
A.	<i>La deferencia en caso de interpretación administrativa razonable</i>	2269
B.	<i>Chevron v. NRDC. Dos graduaciones diferentes en la deferencia según sea la delegación legislativa</i>	2272
3.	<i>Bowles v. Seminole Rock y la deferencia en la interpretación administrativa de un reglamento</i>	2274
4.	<i>Una primera síntesis</i>	2275
5.	<i>Dificultades en la aplicación de Chevron</i>	2276
6.	<i>La deferencia en materia tarifaria</i>	2278
7.	<i>Ambito de aplicación</i>	2281
A.	<i>Los reglamentos en la Administración norteamericana</i>	2281
B.	<i>Substantive rules v. adjudications</i>	2283
8.	<i>Crítica doctrinaria a Chevron</i>	2284
III.	LA DOCTRINA DE LA DEFERENCIA EN LA ARGENTINA	2285
1.	<i>Planteo</i>	2285
2.	<i>Los reglamentos en la Argentina Diferencias con los reglamentos en los Estados Unidos</i>	2286
3.	<i>Jurisprudencia de la Corte Suprema en torno a la revisión de los reglamentos</i>	2288
4.	<i>La revisión judicial del acto administrativo</i>	2294
5.	<i>La revisión judicial de la actividad jurisdiccional de la Administración</i>	2296
6.	<i>Conclusiones sobre la doctrina de la deferencia en la Argentina</i>	2297
IV.	EL PROCEDIMIENTO PARA LA SANCIÓN DE REGLAMENTOS EN LOS ESTADOS UNIDOS.....	2298
1.	<i>Rulemaking informal</i>	2299
2.	<i>Rulemaking formal</i>	2301

ÍNDICE GENERAL

3.	<i>Negotiated rulemaking</i>	2302
4.	<i>Los controles previos a su vigencia</i>	2302
	A. <i>Control ejecutivo y legislativo</i>	2302
	B. <i>La revisión judicial previa</i>	2304
V.	CONCLUSIONES	2306

**§ 99. REFLEXIONES SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS
QUE CONDENAN AL ESTADO VENEZOLANO AL PAGO DE
SUMAS DE DINERO**

MARGARITA ESCUDERO LEÓN

I.	DIFICULTADES QUE SE PRESENTAN TANTO EN LA EJECUCIÓN VOLUNTARIA COMO EN LA EJECUCIÓN FORZOSA DE DICHAS SENTENCIAS	2310
II.	SOLUCIONES QUE PRESENTA EL DERECHO COMPARADO	2313
	1. <i>Francia</i>	2313
	2. <i>España</i>	2314
	3. <i>Italia</i>	2315
	4. <i>Alemania</i>	2316
	5. <i>Colombia</i>	2317
	6. <i>Argentina</i>	2318
III.	ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y LE- GALES APLICABLES EN LA ACTUALIDAD EN VENEZUELA	2318
IV.	POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL	2326
V.	REFLEXIONES FINALES	2328
	BIBLIOGRAFÍA	2329

**§ 100. BASES ESENCIALES PARA UNA REFORMA RADICAL DEL
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

RAFAEL J. CHAVERO GAZDIK

I.	INTRODUCCIÓN	2331
II.	LOS ÓRGANOS DE LA JURISDICCIÓN Y SUS COMPETENCIAS	2333
	1. <i>Descentralización</i>	2335
	2. <i>La especialización de los juzgados</i>	2336
	3. <i>Colegiación matizada</i>	2336
	4. <i>Jerarquía</i>	2337
	5. <i>Flexibilización</i>	2337
	6. <i>Claridad de criterios</i>	2337
III.	LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN LOS PROCESOS CONTEN- CIOSO ADMINISTRATIVOS	2338

ÍNDICE GENERAL

IV.	LA MATERIA DE LOS RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS.....	2341
	1. <i>Ámbito de lo contencioso administrativo</i>	2341
	2. <i>La inactividad de la Administración</i>	2342
	3. <i>El agotamiento de la vía administrativa</i>	2343
	4. <i>Otros asuntos contencioso-administrativos</i>	2343
V.	LOS PROCEDIMIENTOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS	2344
	1. <i>Los procedimientos en general</i>	2344
	2. <i>El tema de las medidas cautelares</i>	2346
	3. <i>Privilegios procesales</i>	2347
	4. <i>Recursos frente a decisiones definitivas</i>	2348
VI.	LOS PODERES DEL JUEZ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.....	2348

§ 101. EL RECURSO CONTENCIOSO-ELECTORAL

TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

I.	EL CUADRO LEGAL GENERAL DE ACCIONES Y RECURSOS EN MATERIA ELECTORAL.....	2353
II.	EL RECURSO CONTENCIOSO-ELECTORAL EN PARTICULAR	2355
	1. <i>La mecánica procesal</i>	2355
	2. <i>La Sentencia y sus posibles pronunciamientos</i>	2357
III.	LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE FEBRERO DE 2.001: UN CASO LÍMITE QUE CERTIFICA EL CARÁCTER EXCLUSIVO Y EXCLUYENTE DEL RECURSO CONTENCIOSO ELECTORAL.....	2358
	1. <i>Los hechos y el planteamiento de la litis</i>	2358
	2. <i>El fallo y la argumentación que lo sostiene</i>	2360
IV.	CONFIRMACIÓN DE ESTA TESIS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	2363
V.	CONSIDERACIONES FINALES.....	2364

§ 102. LAS RELACIONES ENTRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

FERNANDO GARRIDO FALLA

I.	LA REFORMA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA.....	2367
	1. <i>Los orígenes del contencioso-administrativo español</i>	2367
	A. <i>La situación durante el Antiguo Régimen</i>	2367
	B. <i>Los comienzos del Estado constitucional</i>	2367
	C. <i>La instauración de la Justicia administrativa. Jurisdicción retenida y jurisdicción delegada</i>	2368
	2. <i>La ley jurisdiccional de 1956: el proceso inter partes</i>	2369
	3. <i>La nueva ley jurisdiccional de 1998</i>	2370

ÍNDICE GENERAL

II.	SOBRE LAS COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	2371
	1. <i>El recurso de inconstitucionalidad</i>	2372
	2. <i>Los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de éstas entre sí</i>	2372
	3. <i>Por vía de cuestión de inconstitucionalidad</i>	2373
III.	EL CONFLICTO ENTRE JURISDICCIONES CON MOTIVO DE RECURSO DE AMPARO.....	2374
IV.	POSIBLES FÓRMULAS PARA EVITAR CONFLICTOS ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA	2379
V.	EN PARTICULAR: RELACIONES ENTRE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA	2380

**§ 103. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA
EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES
(UNA CONTRA REFORMA INCONSTITUCIONAL)**

AGUSTÍN GORDILLO

I.	DA CAPO.....	2383
	1. <i>La primera traición jurisprudencial de un Código</i>	2384
	2. <i>Privación sistemática de justicia</i>	2384
	3. <i>La duda del suicida</i>	2385
	4. <i>El dique</i>	2386
	5. <i>Otra traición</i>	2388
	6. <i>Otro zigzag</i>	2389
II.	“VERLA VENIR”	2390
	1. <i>El Proceso. Memorias del Miedo</i>	2390
	2. <i>El endeudamiento y la hecatombe</i>	2391
	3. <i>La inaplicación del Código</i>	2391
	4. <i>La autopreservación del Yo</i>	2392
III.	SEPAN: QUE SABEMOS QUE SABEN	2392
	1. <i>La ley de la irresponsabilidad</i>	2392
	2. <i>¿Qué es esto de que no haya justicia?</i>	2393
IV.	LA ADMINISTRACIÓN INDEFENSA	2394
V.	EL ABOGADO DE LA ADMINISTRACIÓN, ANTES DEL JUICIO: EL DICTAMEN PREVIO AL ACTO.....	2394
	1. <i>La corrupción</i>	2396
	2. <i>La urgencia</i>	2396
VI.	EL ABOGADO DE LA ADMINISTRACIÓN, EN EL JUICIO.....	2396
VII.	LA DESESPERACIÓN, CONTRACARA DE LA EMERGENCIA	2397
	1. <i>Primero, la jirafa azul</i>	2397
	2. <i>Messineo</i>	2398
	3. <i>Los plazos del dolo</i>	2398

ÍNDICE GENERAL

VIII.	LOS QUE NO PUEDEN ENTRAR	2399
	1. <i>La responsabilidad civil</i>	2400
	2. <i>El crimen de los custodios</i>	2400
	3. <i>Jirafas azules, escorpiones, ranas, gatos</i>	2401
IX.	“MANDARLA BUSCAR”	2403

**§ 104. EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÉS
Y SU INCESANTE RENOVACIÓN**

LUIS A. ORTIZ-ÁLVAREZ

I.	EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COMO LEGADO DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA	2405
II.	EL ESTANCAMIENTO DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÉS EL MOVIMIENTO DE CRÍTICAS Y LA MUTACIÓN DEL SISTEMA	2408
III.	LAS GRANDES Y CONSTANTES REACCIONES DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÉS. VIEJAS Y ÚLTIMAS REFORMAS (DE LA REVOLUCIÓN AL SIGLO XXI).....	2412

§ 105. ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN ENGLISH LAW

J. A. JOLOWICZ